



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SISTEMA DE PRECEDENTES NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A NORMATIZAÇÃO
TRAZIDA PELO CPC 2015

Carolina Gutierrez Marinho

Rio de Janeiro
2023

CAROLINA GUTIERREZ MARINHO

SISTEMA DE PRECEDENTES NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A NORMATIZAÇÃO
TRAZIDA PELO CPC 2015

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2023

CAROLINA GUTIERREZ MARINHO

SISTEMA DE PRECEDENTES NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A NORMATIZAÇÃO
TRAZIDA PELO CPC 2015

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador - Claudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ

Convidado: Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ

Orientador: Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, que põe em mim o querer e o realizar.
Aos meus pais e meu irmão, que se permitem ser instrumentos de
Deus nos mínimos detalhes da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao meu melhor amigo, sempre presente, fiel e ativo para suprir cada uma das minhas necessidades, em todo tempo me capacitando a ir mais além, colhendo minhas lágrimas quando eu precisava, e renovando as minhas forças como as da águia: o meu Deus, meu Aba, e meu Rei.

À minha família, meu pai, mãe, irmão e avó paterna, incansáveis em me proporcionar as melhores oportunidades, com todo tipo de suporte, desde emocional até material, passando pelo mais importante, que é o espiritual, de joelhos dobrados.

Ao professor e orientador Guilherme Hartmann, por compartilhar o conhecimento com distinta sabedoria e leveza, e principalmente pelos conselhos de um verdadeiro amigo, tornando a missão deste trabalho um desafio agradável e possível.

À professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, por toda dedicação e paixão empenhadas no exercício do magistério e da orientação, que transbordam em inspiração não só para as páginas ora escritas, mas também para a superação dos desafios costumeiros do dia a dia. Agradeço por todas as vezes que as reuniões acabaram com palavras de incentivo e de tranquilização, as quais faço questão de ressaltar que fazem diferença na vida dos alunos.

Aos meus amigos de sala, onde ganhei verdadeiros irmãos que quero cultivar para a vida toda, dentre os quais destaco Thalyta Eloah, Fernanda Trindade, Manoela Machado, Natália Rodrigues, Emanuel Moreno, Beatriz Valim, Samyla Sales, Jean Rodrigues, Lucas Prado, Maria Eduarda Borges, Júlio Albuquerque, Isabella Vieira, Monique Celebrini, Luiza de Faria, Letícia Fidalgo, que são alguns daqueles que tornaram a caminhada mais leve e proveitosa, me proporcionando a dádiva de apreciar o caminho.

Não posso esquecer dos amigos e companheiros de sala de 2019, antes de trancar a matrícula temporariamente, dentre os quais destaco Mariana Mendes, Luany Gomes, Samara Porto, Hursula Vaz, Érika Prado, Ana Graça e Bárbara.

Agradeço à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por toda riqueza de experiências vividas, tanto profissionais quanto sociais, e com relação a estas últimas destaco a amabilidade dos funcionários, exemplificados pela Tina, Cristiano, Cinthia, Leda, Sr. Jorge do almoxarifado, Rafael da biblioteca, que são pessoas que me fizeram sentir em casa nessa instituição.

Por fim, mas não menos importantes, agradeço ao meu avô e avó maternos, que não estarão presentes para ver a apresentação deste trabalho, mas que indiretamente me fizeram chegar até aqui e ser quem eu sou, Antônia Gutierrez da Silva e Antônio Joaquim da Silva Neto, meus amores eternos.

“(…) é Deus quem produz em vós tanto o
querer como o realizar, de acordo com sua boa vontade”.
Filipenses 2:18

SÍNTESE

A sistematização da utilização de mecanismos de aplicação de decisões precedentes criada de forma inédita no Código de Processo Civil em 2015 é tema que merece atenção. A temática toca diretamente na tradicional separação entre *civil law* e *common law*, e vai além, chegando a ser necessário seu estudo até para aferir o respeito a princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica e a separação de poderes. O presente trabalho emoldura aspectos teóricos (com análise das definições) e práticos (com a análise dos instrumentos jurídicos e sua aplicação) para aferir acertos e equívocos, e eventuais possibilidades de implementação de melhorias. Diante do ineditismo da normatização do referido sistema, é necessária a reflexão sobre a medida da intensidade da importação da técnica de vinculação dos efeitos de decisões precedentes, bem como seu alcance. A partir desse olhar crítico sobre o funcionamento sistêmico, buscar-se-á compreender a atual situação do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a eficácia e eficiência dos institutos sistematizados.

PALAVRAS-CHAVE:

Sistema de precedentes. Efeito vinculante. Instrumentos processuais uniformizadores. Decisão paradigma. Superação e distinção. Meios processuais para garantia e controle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O MODELO DE IMPORTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA MEDIDA DE INTENSIDADE DA INFLUÊNCIA DO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i>	12
1.1. Bases do sistema da <i>common law</i> e comparação com o caso brasileiro.....	14
1.2. Movimento de aproximação das doutrinas de países de tradição romana à tradição anglo-saxã, especialmente o Brasil.....	17
1.3. Instituição do regime de precedentes no CPC 2015 – fundamentos internos de legitimação e fontes de aplicação de precedente no Direito Comparado	22
1.3.1. Cenário jurídico brasileiro	24
1.3.2. Intensidade da influência da teoria de precedentes nos países de tradição romana - uma análise da legitimação e aferição da subsistência da essência da <i>civil law</i>	25
1.3.3. Neoconstitucionalismo brasileiro e a CRFB/88.....	28
2. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIAÇÃO, GRAU DE VINCULAÇÃO E MEIOS PROCESSUAIS DE FORMAÇÃO	33
2.1. Aproximação conceitual de precedente e jurisprudência	35
2.2. Experiência brasileira	38
2.3. Da criação de precedentes.....	42
2.4. Meios processuais de formação de precedentes vinculantes.....	46
2.4.1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	47
2.4.2. Incidente de Assunção de Competência.....	51
2.4.3. Recurso Especial e Recurso Extraordinário Repetitivos (julgamento por amostragem)	53
2.5. Hipóteses de não aplicação de precedentes vinculantes – distinção e superação	56
3. PRINCIPAIS MECANISMOS DE GARANTIA E CONTROLE DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES	61
3.1. Instrumentos processuais de garantia na formação de precedentes vinculantes	62
3.1.1. Participação de <i>amicus curiae</i>	62
3.1.2. Participação do Ministério Público	64
3.1.3. Possibilidade de participação da sociedade – análise da previsão normativa de audiência pública do artigo 927 §2º, CPC	66
3.2. Meios de controle da observância dos precedentes vinculantes.....	68
3.2.1. Sistema recursal.....	69
3.2.2. Reclamação	74
3.2.3. Ação rescisória	77
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar o Sistema de Precedentes no Processo Civil Brasileiro trazido pelo CPC 2015. Busca-se analisar a teoria dos precedentes em seus aspectos vantajosos e desvantajosos, aferindo o benefício da inovação jurídica trazida pelo CPC 2015. Isso porque, apesar de o sistema de precedentes judiciais com força vinculante já ser tema debatido pela doutrina anteriormente à confecção da codificação processual civil de 2015, a Lei nº 13.105/2015 sistematizou sua utilização de forma inédita.

O objetivo de tal implementação é uma maior segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a instauração de um critério objetivo com a finalidade de facilitar a função judicante. Observa-se uma dupla preocupação: com os sujeitos que se valem do Poder Judiciário, e com os sujeitos que operam o Poder Judiciário (a saber, com a própria “máquina judiciária” em si).

Desta forma, apesar de hodiernamente o instituto de precedentes vinculantes já contar com em média cinco anos de vigência, em decorrência da dimensão da mudança que sua criação trouxe ao ordenamento jurídico, o tema ainda pode ser considerado em fase de adaptação e aprendizado pelos operadores do Direito, razão pela qual ainda vale seu debate, incluindo a divagação sobre acertos e equívocos na sua aplicação, para implementação de melhorias, caso existam.

Na prática, essa criação rompeu com um raciocínio jurídico muito tradicionalmente arraigado na doutrina brasileira. O chamado “*civil law*” sempre foi incontestavelmente a base do sistema jurídico pátrio, que se contrapunha diametralmente ao sistema denominado “*common law*”, adotado em outros países (em sua maioria, países esses de origem anglo-saxã).

O rompimento reside justamente na flexibilização das diferenças entres os sistemas citados. Diante desse cenário, questiona-se se a base absolutamente positivista do sistema nacional, atualmente, se vê em processo de relativização, pois o sistema de precedentes afeta a ideia de codificação extrema e absoluta dos regimes cuja essência é influenciada pelo Direito Romano.

Portanto, como se nota, a relevância jurídica do presente estudo reside no fato de que a inovação do sistema de precedentes pode atingir o âmago da base jurídica brasileira (dicotomia *civil law/commom law*). Isto é, suas causas e consequências são afetadas literalmente aos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, não obstante o transcurso de cerca de cinco anos desde sua criação normativa, ainda pode ser considerado tema novo. E,

como tal, é carente de debates para não só melhor compreensão de suas nuances, como também para identificação de acertos de outros sistemas nacionais bem-sucedidos a serem implementados, e equívocos eventualmente existentes a serem corrigidos no advento de sua aplicação atual. A conferência de força vinculante a textos e posicionamentos elaborados pelo Poder Judiciário altera a estrutura do ordenamento como um todo.

O método a ser empregado desempenhará uma abordagem qualitativa das informações colhidas, incluindo as teses críticas, com o fito de identificação dos acertos e erros que existem no sistema em vigor, para eventuais proposições de medidas a serem adotadas.

A fim de realizar tais conclusões, serão traçados objetivos exploratórios (na colheita das informações), descritivos (na comparação entre as conclusões), e explicativos (na eventual proposição de medidas a serem tomadas para melhorar, extinguir ou modificar procedimentos inseridos no sistema em vigor).

Portanto, conforme exposto, a pesquisa se pautará em procedimentos bibliográficos e comparados, a fim de concluir quais são as vantagens e desvantagens da inovação jurídica trazida pelo CPC 2015 em sede do sistema de precedentes.

Isso porque é imperioso que nesta etapa de implementação jurídica do instituto em questão, os operadores do Direito reflitam no sistema posto para identificar quais são as peculiaridades positivas e negativas da aplicação já em curso. Isto é, é necessário que seja analisado nos casos práticos já julgados se o sistema de precedentes tem sido exitoso, e se há aspectos em seu âmbito a serem aperfeiçoados, ou até mesmo alterados. É necessário que se dê ouvidos às críticas existentes e que seus argumentos sejam ponderados, para que se evolua em aperfeiçoamento do instituto.

A relevância social repousa na mesma lógica, eis que o ordenamento jurídico é para a população e pela população, em última análise. Urge que seja debatido o tema sob a ótica de uma perspectiva que inclui a sociedade, tanto como sujeito passivo quanto como ativo. Não é por outra razão que até mesmo o diploma processualista trouxe a previsão de possibilidade da participação popular na formação dos precedentes, no artigo 927, § 2º, CPC. É necessário, portanto, o debate, eis que a sociedade precisa de mais consciência do seu papel fundamental no polo ativo do tema, para muito além do passivo, e o meio jurídico precisa analisar se a referida previsão legal é suficiente e eficaz para a inclusão da população no sistema de precedentes tal qual desejou o legislador.

Para tanto, é mister que seja analisada a medida da intensidade da importação da técnica de vinculação dos efeitos de decisões precedentes, bem como seu alcance. Deve ser feita não só

uma comparação, ainda que breve, com outros sistemas, mas também deve ser feita uma comparação interna, isto é, uma observação do alcance e extensão do referido modo de julgar na técnica ora vigente no sistema brasileiro. Ou seja, é importante que seja feito o cotejo do atual modelo com o antigo, para que possam ser pontuadas vantagens e desvantagens, a fim de que, caso haja desvantagem, possa ser eventualmente estudado um meio de superá-la. O primeiro capítulo deste trabalho se prestará a buscar tais respostas.

Vale salientar, ainda, que urge que seja esmiuçado o método para criação de precedentes vinculantes. Verificar se o órgão criador de paradigmas é legitimado para tanto é uma questão fundamental neste estudo, já que é tema controverso na doutrina. É preciso, ainda, que sejam aferidos os principais mecanismos de formação dos precedentes e suas formas de legitimidade, para que não só sejam analisados de forma crítica os seus instrumentos, mas como também que seja inferida a raiz de legitimidade de cada instrumento processual, o que será objeto do segundo capítulo deste estudo.

Por fim, com vistas a verificar a compatibilização prática da atual sistematização de precedentes com a ordem jurídica brasileira, bem como sua eficácia e eficiência, busca-se estudar os instrumentos processuais de garantia na formação de precedentes e os meios de controle da sua observância, bem como se tais meios são suficientes para fornecer a segurança jurídica necessária, os quais serão debatidos no terceiro capítulo do presente estudo.

1. O MODELO DE IMPORTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA MEDIDA DE INTENSIDADE DA INFLUÊNCIA DO SISTEMA DA *COMMON LAW*

O modelo de Sistema de Precedentes, ineditamente positivado em diploma normativo no Brasil pelo CPC de 2015, foi importado de sistemas de outros países, onde constituem a verdadeira base de seus sistemas. Nesse diapasão, cumpre ser analisado em que medida foi importada tão fundamental forma de raciocínio jurídico. Explica-se: é notório que o que foi importado dos sistemas anglo-saxões foi um pilar fundamental, uma pedra de torque, porém não as demais bases do sistema jurídico nacional. Desta forma, busca-se entender se há o surgimento de um sistema híbrido, com a mescla de fundamentos próprios do sistema de *common law* e fundamentos próprios do sistema de *civil law*, ou se o caso trata apenas de evolução do sistema, mantendo suas bases orgânicas.

E o questionamento que deve ser feito, diante dessa constatação, consiste em se aferir em que medida de intensidade foi importado o sistema de precedentes para o Brasil, e mais, até que ponto esse sistema define o perfil da integralidade do ordenamento jurídico. Passou a existir, portanto, no ordenamento jurídico o sistema de precedentes vinculantes e persuasivos, irrompendo na lógica processualista uma nova forma de julgamento e de operabilidade do Direito brasileiro.

Isso porque, como se verá adiante, os regimes de *common law* e *civil law* são tradicionalmente distintos entre si, com traços e características muitas vezes até antagônicas – tome-se, por exemplo, a forma de codificação.

Soma-se, ainda, à problematização exposta, a crise que os Poderes da República vivem hoje no Brasil, principalmente no tocante à legitimidade de representação social. Tal mácula permeia não só o Poder Executivo e o Legislativo, mas também o Judiciário, em especial a sua corte suprema, que é de composição política. Um exemplo das críticas que se apresenta em relação ao STF é a renovação dos ministros quase na integralidade por apenas um líder político – como por exemplo, a possibilidade de um cenário em que 8 integrantes de um universo de 11 ministros terem sido indicados pelo mesmo Presidente da República.

Nesse cenário, há, de um lado, um sistema jurídico assoberbado de demandas repetitivas, com pluralidade de processos com mesma *ratio* e, além disso, muitos processos judicializados de forma leviana – o que o forte incentivo às resoluções por meios consensuais já têm combatido também; e de outro lado, uma das pretensas soluções, a saber, a força vinculante

de precedentes judiciais, que se mostra de forma positivada e institucionalizada pela primeira vez, o que gera um ambiente de incertezas sobre o êxito de sua aplicação, na forma que tem sido aplicada.

Nesse embate, urge que sejam analisadas as nuances dessa aplicação a título de resolução, pois a crítica reside justamente na essência que fundamenta toda a estrutura orgânica do sistema posto: a segurança jurídica e seus meios para ser alcançada.

Em um compromisso com a verdade, é necessário se reconhecer que, mesmo que de forma pontual, já havia sido positivada, em normas esparsas, a função vinculante antes da recente codificação. Exemplos disso são as súmulas vinculantes, já existentes antes do CPC 2015, e, ainda, as decisões de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, as quais, apesar de não revogarem o texto legislativo, vinculavam os demais tribunais em decisões posteriores.

Cita-se, ainda, que desde 1890 o tema já era debatido no universo jurídico brasileiro, de modo que havia a recomendação expressa de consulta à jurisprudência para aplicação do direito, conforme Decreto nº 848/1890¹. O motivo da maior peculiaridade da novidade trazida pelo CPC 2015 é institucionalizar de forma positivada, por meio do que se pode chamar de microsistema, um mecanismo de aplicação de precedentes que cria decisões vinculantes.

É exatamente nessa intercessão que surge a peculiaridade de uma prática jurídica que mescla traços típicos de sistemas tradicionais. Isso porque a base do sistema chamado de *common law* é um direito não escrito, um direito jurisprudencial. Em que pese haver esse movimento de aproximação do sistema de tradição romana ao de tradição anglo-saxã, vale pontuar que muitos autores já sinalizam que o oposto também é verdadeiro, e que o sistema da *common law* tem passado por mudanças no sentido de uma maior codificação. Entretanto, o movimento contrário não será estudado no presente trabalho.

Nos idos de tempos atrás, a maior diferença apontada entre os regimes de tradição anglo-saxã e romana era justamente a contraposição de uma codificação exacerbada com uma codificação bem enxuta. O maior expoente dessa característica na *civil law* pode se dizer que foi a pretensão francesa de codificar a maior parte possível de conflitos em potencial que seriam existentes na realidade. Com essa filosofia, a cultura jurídica de países sob sua influência passou a ser ter diplomas sistematizados sobre as mais variadas possibilidades de quadros fáticos, e divididas em muitas matérias.

¹ BRASIL. *Decreto nº 848/1890*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

1.1. Bases do sistema da *common law* e comparação com o caso brasileiro

O sistema da *common law* se baseou em um direito consuetudinário, que não tinha os traumas de uma aristocracia injusta que julgava ao seu bel prazer. Como se nota ao longo da história, foi o medo da discricionariedade da aristocracia francesa que fez com que a república clamasse por um “juiz boca da lei”. Já no direito anglo-saxão, que não havia passado por experiência de injustiça jurídica tão grave e tampouco por uma revolução jurídica tão marcante, não havia esse apego a diretrizes consolidadas em textos oficiais.

Uma das características mais marcantes da sistematização norteamericana foi o surgimento da técnica do *stare decisis*. O requinte da aplicação de precedentes se particularizou de forma especial nos Estados Unidos da América, e é necessário destacar que essa é a pedra de torque que caracteriza o sistema da *common law* americana atualmente, não simplesmente a vinculação dos precedentes. Isso porque, precedentes vinculantes já existiam na França (de tradição *civil law*) e na Inglaterra, porém não de forma sistematizada. Nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud² o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais. Essa concepção, para tais autores, consiste em uma visão muito simplificada de um procedimento considerado como altamente complexo que teve aplicação por muitos anos naquelas estruturas jurídicas. Nessa toada, os autores pontuam que o *stare decisis* se difere de uma simples influência de casos julgados anteriormente (regra já existente naqueles países – França e Inglaterra – e conhecida pela alcunha *likes cases should be decided alike*).

Quando o conceito do *stare decisis* surgiu, em sua forma técnica havia a previsão de distinção entre o *holding* e o *dictum*. A observação de Streck e Abboud³ é de suma importância, pois essa diferenciação é aplicada atualmente no sistema de precedentes brasileiro. Explica-se: nas palavras dos professores, o *holding* era considerado o próprio precedente em si, ou seja, a elaboração/construção do caso que consiste no precedente, enquanto o *dictum* é o conteúdo argumentativo da decisão, utilizado pela corte de forma instrumental, não sendo, portanto, elemento indispensável à decisão e, desse modo, não apresentando caráter vinculante. Apesar de o tema ser mencionado em mais detalhes mais adiante neste trabalho, vale mencionar brevemente que o que era chamado de *holding*, no direito brasileiro atual é equivalente à *ratio decidendi*, que é o fundamento jurídico utilizado na decisão, e que é o que possui caráter

² STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

³ Ibid.

vinculante quando a observação do precedente é obrigatória. Já o *dictum* equivale atualmente ao *obiter dictum*, que, de igual maneira, ainda hoje, nos casos vinculantes, não vincula em razão de ter mero caráter argumentativo.

A *common law* foi criada com base nos costumes, e, com o avanço social, deu lugar a uma cultura de precedentes. Ocorre que, como a base desse sistema nasceu sobre esses pilares, há todo um desenvolvimento diferenciado. Nas faculdades de Direito os estudantes têm aulas sobre casos emblemáticos, paradigmas. Há uma formação de profissionais e cidadãos que nasceram nesse contexto e que aprenderam de forma originária a lidar com esse sistema.

Muito diferente se apresenta a introdução de um sistema de precedentes em um universo predominantemente legalista, sem a tradição de estudos sobre a lógica da formação de precedentes, e tampouco uma concepção social dos jurisdicionados sobre o tema.

Por essa razão é tão imperioso analisar até que ponto está indo a influência da importação do sistema de precedentes – pois ele é o pilar de uma construção lógico-jurídica. A partir do momento que tão fundamental forma de proceder é absorvida por um ordenamento jurídico, é necessário que seja averiguado o que será edificado a partir de tal sistema: se uma construção ainda com bases sólidas no direito positivado, se uma nova concepção de ordenamento que renuncia aos valores que tradicionalmente a sustentaram no passado, ou, por fim, uma terceira opção, híbrida e totalmente nova na história da evolução do Direito, que encontra equilíbrio entre as duas anteriores.

De um lado está a necessidade de uniformização das decisões proferidas, eis que o ordenamento é uno. Impende salientar que nesse ponto o sistema da *common law* sempre foi mais realista, eis que o “juiz boca da lei” sempre foi uma utopia inalcançável, considerando que a própria pretensão de codificar todas as hipóteses de situações fáticas possíveis sempre foi irreal.

Então, em certa medida, há que se reconhecer que há sempre espaço para a interpretação do julgador, dado este que é mais eficientemente controlado e padronizado quando se vincula a aplicação do direito pela interpretação já dada à determinada norma.

A vantagem, portanto, de uma forma de sistematização e padronização é contraposta pela desvantagem de como alcançar essa finalidade. Como já citado, a composição do órgão supremo do Poder Judiciário é política. E mais que isso, é uma corte que funciona concomitantemente como instância recursal e corte constitucional – o que gera, indubitavelmente, uma sobrecarga indesejada para a eficiência dos julgamentos.

Além da questão da legitimidade na formação do precedente, preocupa, ainda, a desvantagem de ter sido instituído tal sistema em um universo de operadores do Direito ensinada a manejar o sistema por eles aprendido, a saber, a forma de direito positivado, códigos e leis. Não que o direito não seja uma ciência em constante evolução. O cerne da questão é que o encargo da argumentação jurídica é arraigado no sistema da *civil law* como um ônus a ser dividido entre as diferentes partes do processo, e no sistema de precedentes ele é – parece ser totalmente transposto à parte que pretender comprovar distinção entre sua situação e algum precedente.

Tomando como exemplo o modelo americano, a título de comparação, observa-se que, para além do sistema de precedentes, são adotados outros sistemas que dão suporte a ele, de modo que com ele se coadunam e, pode-se até dizer, a ele dão meios de subsistência, como o *stare decisis*, *overruling*, *holding*, institutos que serão oportunamente explanados neste trabalho⁴.

Em relação às primeiras questões, a saber, composição política e sobrecarga do órgão julgador, no modelo americano a Suprema Corte se atém tão somente aos casos constitucionais, sendo um instrumento tão somente de controle difuso de constitucionalidade. Os critérios para que casos cheguem à Suprema Corte são mais minuciosos que o modelo brasileiro, de modo que o total de processos julgados é em número bem menos expressivo, impedindo assim a sobrecarga de processos. Quanto à crítica da composição ser política, não há contraponto no direito americano, eis que a formação da corte lá é igualmente realizada por indicação do Poder Executivo.

Já em relação à segunda questão, que é a transposição do ônus da argumentação jurídica e a intensidade da vinculação, que demanda argumentação jurídica exclusiva da parte, no direito americano há diferentes graus de vinculação, conforme cita Antônio Aurélio de Souza Viana⁵:

Ao responder às questões do projeto de pesquisa desenvolvido ao longo da década de 1990, que versou o uso de precedentes em diversos países, Summers afirma que os precedentes gerados pelos Tribunais de segunda instância e os Tribunais de Apelação são normalmente considerados formalmente obrigatórios a todos os tribunais do estado hierarquicamente inferiores mas há vários fatores que determinam os graus de força normativa, podendo-se citar, como exemplos, a hierarquia do tribunal; a quantidade de membros do tribunal que formaram a decisão – isto é, se a decisão é tomada ou não pelo plenário do respectivo tribunal – e alguns outros elementos, como o contexto político, econômico ou social, a recomendarem ou não a aplicação do precedente.

⁴ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 40.

Como se nota, desta forma, o ônus da não incidência integral de precedente existente não recai somente sobre a parte que pretende ver sua situação fática não subsumida ao julgamento pretérito: os próprios órgãos julgadores têm o dever de fazer essa análise e ponderar se o precedente tem força vinculante no caso em questão ou não.

1.2. Movimento de aproximação das doutrinas de países de tradição romana à tradição anglo-saxã, especialmente o Brasil

É importante que sejam analisados as razões e os meios pelos quais essas tradições, que por muito tempo foram estáveis e paralelas, hoje em dia tendem a uma aproximação. Vale salientar que o movimento de aproximação é recíproco, eis que, apesar de não ser o tema tratado neste trabalho, também é possível observar uma aplicação de conceitos da *civil law* nos modelos que se pautam na *common law*. Tal aproximação tem como causas razões sociais e razões jurídicas.

De um lado, há o que chamar-se-á neste estudo de razão social, tomando-se como plano de fundo desse movimento de aproximação a velocidade das transformações sociais atualmente. A era da internet e do mundo digital exige e subsidia uma vida cada vez mais rápida, com estímulos e respostas tendentes sempre ao imediato. Inevitavelmente, o mundo jurídico sofre as consequências dessa nova forma de vida, considerando que o ordenamento legal tem como objetivo atingir o melhor convívio e a paz social.

De outro modo, há também que ser considerada o que chamar-se-á de razão jurídica, que consiste na constante necessidade de implementação de melhorias jurídicas ao sistema posto. É conveniente que sistemas estejam constantemente em aperfeiçoamento, e é desejável que tais melhorias sejam perseguidas tomando como base casos bem-sucedidos. Como exemplo, cite-se que houve uma significativa mudança na rota do raciocínio jurídico no mundo pós-positivista. Pensadores do Direito no sistema da *civil law* aprenderam com a experiência vivida na Alemanha nazista, e alteraram muitas premissas do ordenamento, numa busca por aperfeiçoamento do sistema.

Com relação à razão social, infere-se que é absolutamente impossível dissociar os avanços sociais e a respectiva regulação legal da vida em sociedade. Não por outra razão, inclusive, foi considerada utópica a pretensão de Napoleão Bonaparte de codificar absolutamente todas as possibilidades fáticas de questões jurídicas. A vida é dinâmica, e atualmente tem potencializado seu dinamismo. Quanto mais engessado um sistema jurídico é,

mais tendente ao fracasso ele se apresenta. Como aprendido nas lições de introdução ao Direito, o sistema jurídico tem que ser flexível para acompanhar a evolução da sociedade. Nas palavras de Miguel Reale⁶:

Se há algo, com efeito, que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.

Nesse cenário, destaca-se, ainda, como reflexo dessa era digital, o processo de globalização, em que culturas de diferentes partes do mundo estão cada vez mais próximas, e, mais do que isso, cada vez mais em contato direto, influenciando-se mutuamente.

O processo de globalização não é recente na História, e mesmo após seu surgimento, os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law* ainda permaneceram íntegros por muitos anos. Então, não é que a globalização em si provoque a aproximação entre eles, mas, é importante frisar que em tempo algum da história da humanidade fronteiras entre culturas e países foram tão insignificantes como nos dias atuais.

Apesar de ter tido início no século XV, com as grandes navegações, a globalização somente na atualidade alcançou níveis tais em que um indivíduo em seu quarto tem contato direto, fácil e natural com diferentes povos, costumes e tradições, por meio de smartphones, por exemplo. Como dito anteriormente, é um engano e uma inocência imaginar que tal característica do mundo não impactaria os sistemas jurídicos existentes.

O Direito, no seu conceito mais amplo, é uma ciência social, intrinsecamente dependente dos indivíduos que o moldam, pois a sociedade é, ao mesmo tempo, sua criadora, aplicadora e destinatária. Isso porque, tomando como exemplo casos republicanos democráticos, quem edita as leis é o Poder Legislativo, representante (eleito) do povo, e quem as aplica é o Poder Judiciário, também na função de representante dos interesses do povo. Portanto, não há como se pensar o Direito sem pensar na sociedade humana e em seus meandros.

Com relação à razão jurídica, observa-se que muitos doutrinadores começaram a preconizar alterações sutis, porém muito relevantes, ao sistema da *civil law*. A mais importante e significativa delas foi a distinção entre princípios e regras, numa busca pelo restabelecimento de uma relação entre Direito e ética. Principalmente após a experiência nazista, no mundo da *civil law* houve uma retomada de valores éticos como supremos, o que foi traduzido pela

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 91.

valorização de princípios. Foi estudada e cristalizada uma doutrina que passou a distinguir princípios e regras, consagrando a prevalência principiológica.

Passou, portanto, a ser amplamente estimulada a inserção de valores e princípios nos diplomas legais, e a sua utilização em julgamentos, ainda que não expressamente escritos. Vale mencionar o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷ que estatui que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Observa-se que tal dispositivo normativo permite ao julgador a utilização de princípios como elementos norteadores em casos de omissão legal. Porém, no pós-positivismo o raciocínio jurídico vai além dessa forma de aplicação, e preconiza que princípios devem ser aplicados mesmo na existência de regras específicas, como um norteador para a interpretação das regras.

Não será aprofundada a teoria dos princípios pois não é o foco central do presente trabalho, porém, é imperioso destacar que, ao valorizar princípios, ao reconhecer a incidência irrefutável de princípios não escritos na Constituição da República Federativa do Brasil aos casos concretos, ao aplicar a técnica de ponderação de princípios (amplamente difundida por Robert Alexy), naturalmente houve uma tendência do sistema da *civil law* em se aproximar ao raciocínio jurídico base do sistema da *common law*, uma vez que a valorização dos princípios não escritos é um de seus pilares.

Ainda sob a ótica do que aqui denominou-se de “razão jurídica” para a aproximação das doutrinas em debate, há que se falar também sobre o protagonismo da Constituição no Brasil, denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo, marcado pela soberania da Magna Carta, e pela sua identidade não só como diploma legal de organização do Estado, mas como fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais. Na atual Constituição da República Federativa do Brasil estão insculpidos diversos princípios, atinentes aos mais variados campos do Direito, como tributário, penal, civil, entre outros.

Desta peculiar característica resulta um maior controle de constitucionalidade, em termos que quantidade de decisões, eis que, em última análise, a maioria dos litígios pode acabar envolvendo alguma eventual questão constitucional, já que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Neste diapasão, preconiza a doutrina que a vinculação dos julgados precedentes acaba sendo uma consequência lógica dessa incidência constitucional em maior proporção

⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657/ 1942*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

hodiernamente, pois mais casos tem chegado à corte constitucional. Nas palavras de Marinoni, ele afirma que “com a preponderância da constituição, as cortes supremas assumiram papel de protagonismo nos sistemas locais, e suas decisões passaram a ser vistas como referências de validade e interpretação da norma”⁸. O autor afirma, ainda, que, para além disso, a relevância da atuação inédita das cortes supremas culminou com a criação do controle concentrado de constitucionalidade, incluindo-se a previsão de efeito vinculante às decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, o que deu aos sistemas do *Civil Law* feições da outra tradição jurídica⁹.

Ou seja, ao subir um número maior de litígios à corte superior do ordenamento jurídico brasileiro, dois fenômenos ocorrem: primeiro, o órgão fica cada vez mais assoberbado (e deve ser levada em consideração as proporções continentais do Brasil, não só em território geográfico, mas também em densidade populacional), e, segundo, casos com questões semelhantes sendo julgados pelo mesmo órgão.

Vale mencionar que a necessidade de observância do precedente começa dentro do próprio órgão julgador, antes de vincular os órgãos hierarquicamente inferiores. Isso porque é fundamental que o órgão seja coerente em suas decisões, em nome dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Isto é, é imperioso que casos com situações fáticas iguais sejam julgados do mesmo modo.

Nesse contexto, foi ganhando força no sistema brasileiro a importância da observância dos casos precedentes, sobre os próprios órgãos e sobre seus tribunais e juízos vinculados, inicialmente observados como acórdãos ou decisões paradigmas.

Porém, tendo surgido como mera observância desejável, em nome da segurança jurídica, os reclames do mundo jurídico na prática foram se intensificando no sentido da necessidade de haver uma regularização e sistematização de tal prática.

Mecanismos foram criados antes mesmo da codificação da obrigatoriedade de observância dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015. Exemplo de tal estrutura pretérita é a criação de súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja observância é obrigatória. Inclusive, no próprio CPC de 1973 era positivado o efeito vinculante das súmulas do STF. Conforme artigo 557 do revogado diploma¹⁰, o relator poderia negar

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 72-85.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 5.869/1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 02 jan. 2022.

seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Considerando que na dinâmica cotidiana forense já existia a preocupação por parte de muitos julgadores em seguir a orientação dos tribunais e cortes superiores, e que até mesmo mecanismos práticos já existiam, a edição do Código Processual de 2015 tinha como um dos grandes pontos de inovação a respectiva regulação de tal sistema.

De fato, com sua edição e promulgação foram previstos expressamente diversos métodos de uniformização da jurisprudência, principalmente pautada na força vinculante dos precedentes, de modo que houve uma significativa mudança estrutural normativa no campo dos métodos de julgamento. Tal mudança toca um traço distintivo da tradição clássica da *civil law*, aproximando-a da tradição da *common law*, justamente por adotar uma prática característica deste último sistema citado.

Importante destacar que a convergência apontada neste estudo entre os referidos sistemas não deve ser confundida com hibridização¹¹. A aproximação entre *civil law* e *common law* observada atualmente é tão somente uma convergência, em que características específicas de sistemas diferentes entre si são incorporadas, a fim de melhorar o funcionamento de cada um deles.

Muito diferente, porém, é a hibridização, pois, em tal caso, há uma soma recíproca de características, resultando em um novo sistema, totalmente diferente dos anteriores, criando literalmente uma figura híbrida, sem a prevalência de características que identifiquem o sistema anteriormente existente.

É imperioso distinguir convergência e hibridização entre as duas tradições jurídicas¹². No caso da convergência, há uma incorporação de institutos de uma tradição na outra, para solucionar, de maneira mais eficaz, os problemas práticos do sistema jurídico em questão, de modo que não seja ocasionada a desnaturação da tradição originária, ou seja, garantindo-se a manutenção da essência originária. Já na hipótese de hibridização, acontece uma mistura, por opção ideológica, de elementos estruturais das duas tradições, que culmina em uma terceira figura, isto é, uma tradição mista, sem preponderância de características de uma ou de outra.

Deste modo, considerando-se que o caso brasileiro preserva suas bases fundamentais, e tão somente acrescenta métodos de melhorias extraídos do sistema da *common law*, deduz-se que não há que se falar em hibridização entre as tradições jurídicas, e sim em convergência. Até

¹¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 29.

¹² *Ibid.*

mesmo porque, observa-se que ambas preservam os seus sistemas distintos entre si, e não foi criado um terceiro sistema, dissociado dos anteriores. Frisa-se que o modelo brasileiro tem importado características do modelo norte-americano em medidas tais que não foram suficientes para ensejar uma perda da identidade do modelo nacional, até o presente momento.

Dito isso, resta claro que o movimento de aproximação das doutrinas de países de tradição romana à tradição anglo-saxã, especialmente o Brasil, tem sua maior indicação justamente pela aplicação dos precedentes, que funcionam como um pilar dessa atual busca do sistema da *civil law* por uma constante aproximação cada vez maior do Direito a valores éticos.

1.3. Instituição do regime de precedentes no CPC 2015 – fundamentos internos de legitimação e fontes de aplicação de precedente no Direito Comparado

Na esteira das considerações assentadas no subtópico anterior, a instituição de um regime de precedentes foi uma criação totalmente inovadora, que efetivamente toca em uma questão estrutural do sistema anteriormente posto, que era a clássica rigidez das codificações expressas, como traço marcante do sistema da *civil law*.

Repisa-se que não foi com a edição do Novo Código Processual Civil que surgiram as primeiras ponderações sobre a necessidade de observância de precedentes, porém foi com o novo diploma que houve a sistematização e previsão expressa de tal prática.

Para ilustrar a existência pretérita de efeitos vinculantes conferidos a determinadas decisões judiciais, expõe-se aqui trecho do glossário do STF, com definições vigentes à época do Código de Processo Civil de 1973, citada na obra do autor Hélio Ricardo Diniz Krebs:

Efeito vinculante é aquele pelo qual a decisão tomada pelo Tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. No STF, a decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou na arguição de descumprimento de preceito fundamental possuem efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As súmulas vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (...) não possuem efeito vinculante (...). Entretanto, o STF pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em súmula vinculante.¹³

Por esta razão, é necessário que se analise como se deu o nascimento da adoção da observância de precedentes no sistema brasileiro, e, acima disso, como se deu essa absorção

¹³ GLOSSÁRIO STF apud KREBS, op. cit., p. 131.

jurídica formal, por meio de diploma legal. Isto é, vale o estudo do contexto jurídico interno e externo do Brasil, para que seja compreendida a situação em que se encontrava o ordenamento jurídico quando rumou novos caminhos, se lançando em verdadeira expedição por novos mares, tal qual realizado nas Grandes Navegações, que de fato iniciaram uma nova era da humanidade, conforme já citado antes no presente trabalho.

Conforme brevemente ventilado no subtópico supra, o constitucionalismo ganhou protagonismo no cenário jurídico, e isso implica necessariamente em dizer que os direitos humanos e fundamentais também são protagonistas. Não só no Brasil, mas no mundo, tendo em vista a citada globalização, a valorização de ideais fundamentais ganhou força, defesa e normatividade. Inclusive foram criados tribunais e diplomas internacionais, estatuídos por convenções celebradas entre Estados Soberanos, justamente para garantir tais direitos, muito acima dos limites dos estados-nação.

Com isso, é possível ver uma tendência natural ao diálogo entre variados sistemas jurídicos, e, principalmente, uma preocupação em todos eles com a efetivação dos direitos humanos. Essa é uma característica unânime no mundo após a Segunda Guerra Mundial, pois foi possível observar as atrocidades que podem ser chanceladas por um Direito desconexo com valores éticos e morais.

O neoconstitucionalismo, existente hoje no Brasil prestigia valores e princípios, inculpidos ou não expressamente na Constituição vigente, e é uma expressão da preocupação que existe a nível mundial com a priorização de valores morais e éticos ao se interpretar as normas postas.

Conhecer esse contexto é importante para entender a criação do sistema de precedentes. Ou seja: um dos objetivos principais ao se perseguir a uniformização da jurisprudência e da unicidade real de julgamentos é justamente a efetivação de direitos fundamentais.

Os precedentes possuem a função primária e de suma importância para a integridade e coerência de um sistema jurídico¹⁴. Isso porque fortalece a segurança jurídica, conferindo uniformidade, estabilidade, previsibilidade e isonomia ao ordenamento. Estes atributos representam valores indissociáveis a qualquer país que se intitule como um Estado Democrático de Direito¹⁵.

¹⁴ Ibid., p. 258.

¹⁵ Ibid.

Evidente fica, portanto, a particular importância da teoria dos precedentes no que tange à harmonia do sistema jurídico, considerando o ordenamento sob o prisma de unicidade e de sistema engendrado, composto por diversos instrumentos que coexistem.

1.3.1. Cenário jurídico brasileiro

Extraí-se de tais lições, então, que um dos fundamentos de legitimação existente no mundo jurídico para que passasse a ser adotado também no ordenamento brasileiro tal sistema de precedentes era a necessidade de coerência entre os julgados proferidos pelo Poder Judiciário que, conforme a divisão dos Poderes, é um poder único, o que demanda que haja unicidade de decisões e entendimentos.

Não se pode olvidar a crise de legitimidade que tem sido vivida em todos os âmbitos de Poderes da República nos últimos tempos no país. Este estudo particulariza a análise com relação ao Poder Judiciário, para que se entenda a necessidade de criação de um sistema de atuação voltado para a atividade judicante. Considerando que o Poder Judiciário é o único que não é eleito pelo povo, ele é vítima também de um déficit de *status* de confiabilidade no seu desempenho institucional por boa parte da população brasileira (população considerada aqui como “homem médio”, tomando emprestada a expressão do Direito Civil. Deste modo, fica excluída uma pequena camada, composta em sua maioria por estudantes e estudiosos de Direito, os quais integram esse diminuto rol de pessoas que entende que apesar de não eleitos, os integrantes do Poder Judiciário são igualmente representantes do povo, afinal de contas todo poder emana dele).

Tal crise de representatividade é um fator social que também induz a população a se sentir mais segura com um sistema que vincule decisões de forma que haja uma previsão mínima de expectativa em relação a determinadas demandas, pela sua repetição de tema.

Sobre essa questão, há ainda o fator institucional de facilitar os julgamentos repetitivos, pois muitas vezes sobem aos tribunais casos muito semelhantes, e em muita quantidade. Com a sistemática de precedentes é possível, mediante a indicação de coincidência do tema, julgar de modo mais simplificado tomando por base o precedente.

Desta forma, tanto para uniformizar a jurisprudência quanto para acelerar julgamentos, é inegável que a técnica de conferir efeito vinculante aos julgamentos precedentes é um potente instrumento em favor da atividade judiciária. Nesse sentido, preconiza Krebs¹⁶:

¹⁶ Ibid., p. 149.

Contudo, foi nas últimas décadas que o legislador, paulatinamente, veio – e continua – introduzindo no ordenamento processual técnicas que ora permitem a aceleração de julgamentos, ora possibilitam a uniformização da jurisprudência. [...] É interessante notar, desde já, quanto às técnicas de uniformização da jurisprudência, que, na maioria das vezes, elas serão de uniformização em um primeiro momento, mas, após consolidarem um entendimento em determinado sentido, passam a fomentar as técnicas de aceleração de julgamento.

Como se infere da leitura citada, a prática de uniformização e de aceleração dos julgamentos são duas faces de uma mesma moeda, e há benefício duplo de sujeitos favorecidos com essa aplicação, pois, se de um lado os jurisdicionados ganham segurança jurídica para suas causas, os aplicadores do Direito e julgadores ganham simplificação nos métodos de julgamento, e mais segurança na sua forma de proceder.

É importante lembrar que a *civil law* se estatuiu como sistema em vigor nos países do oeste europeu justamente para que não fossem reféns de um absolutismo – no caso, o que se combatia à época era um absolutismo de poder concentrado na aristocracia ou no Parlamento¹⁷. Do mesmo modo, a sociedade atual demonstra uma luta contra o absolutismo de poder nas mãos do Poder Legislativo. E, como se verá, esta é uma luta não adstrita tão somente ao caso brasileiro.

Os principais fundamentos internos de legitimação dos precedentes com efeitos vinculantes são os supracitados fatores. Passa-se, portanto, à análise dos fatores externos, na visão macro de Direito Internacional, existente pelas características de globalização e internacionalização já ventiladas no presente estudo.

1.3.2. Intensidade da influência da teoria de precedentes nos países de tradição romana - uma análise da legitimação e aferição da subsistência da essência da *civil law*

Salienta-se que, na toada de todo o raciocínio exposto aqui, como não poderia ser diferente, não é só o modelo brasileiro de *civil law* que tem se aproximado em certa medida do modelo *common law*. Tome-se como exemplo os casos italiano, português e alemão. Em tais países também houve o desenvolvimento de efeitos vinculantes em certos precedentes judiciais, cada qual com suas peculiaridades de formação e aplicação.

A Itália, por exemplo, classifica como precedentes os julgados proferidos pela *Corte Suprema di Cassazione* e pela *Corte Costituzionale*. Entretanto, são precedentes de observância recomendada, como paradigmas norteadores, mas não de observância obrigatória. Apenas os

¹⁷ Ibid., p. 113.

julgados proferidos pela *Corte Costituzionale* sobre inconstitucionalidade de uma norma têm caráter vinculante¹⁸.

Os italianos adotam pequenos enunciados vinculantes, denominados *massimas*, os quais não necessariamente se limitam à *ratio decidendi*, mas podem eventualmente também abranger o *obter dictum*.

O caso português segue linha similar à doutrina italiana, e considera atualmente como vinculantes tão somente as decisões emanadas pelo Tribunal Constitucional com relação à inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, debatida em ação própria, conforme previsto no artigo 281, nº 5, da Constituição Portuguesa.

Os demais julgados proferidos por tribunais são considerados precedentes, mas, como o caso italiano, possuem força meramente persuasiva, e não vinculação obrigatória.

Por fim, vale elucidar, ainda, o caso alemão, que não dissona dos demais citados. De igual modo, na Alemanha, o único caso de precedente com observância obrigatória é decisão proferida pela Corte Constitucional, conforme § 31 da Lei do Tribunal Federal Constitucional.

Entretanto, o modelo alemão conta com uma pequena aproximação no sentido da *common law* não observada pelos modelos anteriormente comentados: em 2005 foi criado um sistema de uniformização de jurisprudência para litígios já judicializados. Se trata de um procedimento para julgamento de demandas repetitivas, por meio da técnica da causa piloto, que no caso foi criado para a matéria específica de mercado de capitais.

Nas ações sobre esse tema é possível propor uma causa-piloto que funcionará como procedimento-modelo¹⁹. A propositura deve ser feita no juízo onde corre a ação originária, e o juiz só admitirá seu prosseguimento caso verifique que há mais nove procedimentos modelo requeridos em seu juízo ou não.

Uma vez admitido o prosseguimento e a instauração do procedimento-modelo, os processos relativos à mesma causa ficam suspensos, e quando é proferida decisão, tais causas suspensas são atingidas pela coisa julgada.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro se inspirou em tal ideal para estatuir o incidente de demandas repetitivas, conforme consta explicado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Desta forma, observa-se que o direito brasileiro se inspirou nessas fontes para implementar a alteração substancial na forma de julgamento de casos semelhantes, com a

¹⁸ CRAMER, op. cit., p. 39.

¹⁹ Ibid., p. 41, 42.

sistematização da aplicação de julgados precedentes, não só seguindo o direito anglo-saxão, mas também as próprias influências de países de tradição *civil law*, que por sua vez já tinham sido influenciadas pela *common law*.

Diante dessa análise de casos, constata-se um movimento conjunto de diversos sistemas sob tradição da *civil law* de alinhamento com uma visão mais jurisprudencial do Direito. Em parte, tal tendência também tem determinado grau de facilitação pela evolução do mundo informático, que possibilita cada dia mais a veiculação rápida das decisões para todo tipo de público da sociedade – demais julgadores, acadêmicos, estudantes etc.

Nessa constatação deve ser pontuado também o avanço neoconstitucional. Conforme já exposto no item 1.2, o neconstitucionalismo é uma razão jurídica de aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law* porque vincula um maior número de litígios à análise por cortes superiores, já que, em última análise, muitos casos envolvem matéria constitucional, em decorrência do protagonismo de princípios.

Entretanto, no presente tópico também deve ser analisado o papel do neoconstitucionalismo como um dos fundamentos de legitimidade da função vinculante dos casos precedentes, que tem lugar não só no modelo brasileiro, mas de forma geral nos europeus também.

Os países europeus de tradição romana, assim como o Brasil, vivem o avanço neoconstitucional. Em seu bojo, esse movimento consagra a valorização de princípios elementares, tidos como fundamento de validade do ordenamento jurídico como um todo. Um dos princípios mais relevantes ao presente tema é a isonomia, pautada em um dos ideais que cunhava o lema da Revolução Francesa: a igualdade.

O sistema da *common law*, que baseia e vincula a decisão de um caso análogo a outro já decidido, prestigia tais princípios, já que preconiza o tratamento igual para os casos iguais. Deste modo, a aplicação de efeito vinculante a casos precedentes com mesmas características pode ser vista como corolário da aplicação prática de ideais republicanos.

Ora, numa interpretação sob a ótica de Maquiavel, se os fins justificam os meios, para definir a pertinência da teoria de precedentes ao sistema da *civil law* é mais importante que seja analisada a consequência da aplicação do efeito vinculante, do que a forma. Em que pese a importância do estudo da forma, que será inclusive abarcada em momento oportuno do presente trabalho, para que seja identificada a subsistência da tradição romana no modelo atual impende que sejam observadas as finalidades do instrumento.

Como dito anteriormente, uma das finalidades é justamente a busca por um julgamento justo, e, com o perdão da abrangência do termo, aqui toma-se como “justo” um julgamento minimamente coeso e harmônico entre os diversos órgãos julgadores que compõe um ordenamento jurídico.

Ao fim e ao cabo, nota-se que a aplicação de precedentes com efeitos vinculantes a casos semelhantes se inspirou também e principalmente em sistemas e corolários tradicionalmente pertinentes ao sistema da *civil law*, de modo que os ideais que estão sendo perseguidos mantêm o foco em influências que historicamente sempre foram referências para o modelo brasileiro.

1.3.3. Neoconstitucionalismo brasileiro e a CRFB/88

Particularizando a análise do neoconstitucionalismo na realidade brasileira, deve ser, ainda, objeto de estudo a Constituição de 1988. Indiscutivelmente um caso de sucesso, a referida Carta Magna é um documento com mais 30 anos de idade, fato louvável diante da rápida evolução da sociedade. Um dos fatores que permite a subsistência do documento é a sua flexibilidade, e dois de seus maiores meios de flexibilização são a mutação constitucional e a interpretação conforme, entre outros.

E essa fase constitucional nasceu justamente com a promulgação do texto de 1988, conforme explicado por Eduardo Cambi, “no Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu com a queda do regime ditatorial e a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988, semelhantemente como em outros países da América Latina”²⁰.

É indissociável o sucesso da atual constituição e o papel cada vez mais atuante do Poder Judiciário. À parte todas as críticas existentes ao ativismo judicial, que não serão objeto do presente estudo, não se pode negar que as interpretações flexibilizadoras de normas constitucionais pelo STF tem mantido hígido o texto constitucional. Exemplo de tal afirmação é a mutação constitucional do conceito de família.

A sociedade moderna clamava por uma interpretação que incluísse as relações homoafetivas, e foi através de decisão do STF em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 ²¹, julgada em conjunto com a Ação Declaratória de

²⁰ CAMBI apud KREBS, op. cit., p. 45.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132-RJ*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 02 jan. 2022.

Inconstitucionalidade nº 4.277²², que se cristalizou o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas com a atribuição dos mesmos direitos e garantias da união estável entre homem e mulher.

Deste modo, aplicou-se interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723²³ do Código Civil²⁴ e mutação constitucional do artigo 226 § 3º²⁵ da CRFB/88²⁶. Nesse caso fica evidente a necessidade de coesão e harmonização de julgamentos dos demais órgãos componentes do sistema jurídico, para que sigam a decisão da corte superior.

Pois, em menores escalas, a mesma necessidade de padronizar tais interpretações existe para quaisquer decisões tomadas na seara jurisdicional, afinal de contas, como já exposto neste estudo, a jurisdição é una. Consequência lógica dessa unicidade é o direito e garantia do cidadão de que seus litígios confiados ao Poder Estatal serão decididos de forma semelhantes a decisões anteriormente já proferidas.

E tomando por base o neoconstitucionalismo, seus efeitos irradiantes a todas as demais normas forçosamente obriga que as decisões baseadas em qualquer regra do ordenamento jurídico observem a pertinência, em última análise, com a própria constituição, eis que ela é o fundamento de validade jurídica de todas as regras positivadas.

Seguindo-se a lógica kelseniana, vale dizer, ainda, que acima da constituição estaria uma norma hipotética que seria o fundamento de validade último. Nas palavras do autor²⁷:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.277-DF*. Relatora: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 02 jan. 2022.

²³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 jan. 2022. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jan. 2022. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁶ Ibid.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2022.

Desta forma, com base no raciocínio de Kelsen é possível observar o papel fundamental do Poder Judiciário: a interpretação dada às normas escritas e à interconexão de regras é o que cria as normas. Com essa dedução é que a utopia de juiz inanimado mero aplicador mecânico da lei pode ser superada. E uma vez ultrapassado o entendimento de inanimada aplicação da lei escrita, se demonstra ser importantíssimo existir um padrão de interpretação, para proporcionar segurança jurídica ao sistema.

Diante do exposto, os países de tradição romana foram obrigados a traçar diretrizes de interpretações harmônicas, e a forma mais prática encontrada foi justamente pautar-se nas interpretações já realizadas, em honra ao princípio da segurança jurídica.

Os princípios, como se deduz da explanação feita, se demonstram como protagonistas no neoconstitucionalismo, e como vetores interpretativos. O princípio da segurança jurídica, que, como já exposto, é um fundamento jurídico interno para a aplicação do sistema de precedentes, deve ser encarado também como norma que norteia o uso de precedentes²⁸. Em análise do artigo 926 do CPC, pode-se extrair, ainda, que dele emergem os subprincípios de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência, que, de acordo com Didier, são deveres dos tribunais²⁹.

Em relação à estabilidade, até mesmo em sistemas mecânicos é possível observar que o bom funcionamento depende de estabilidade. Portanto, no sistema jurídico, como não poderia ser diferente, tanto melhor será a eficácia do sistema quanto mais estável for seu funcionamento.

Deste modo, é necessário que se preze pela estabilidade do sistema, e aí entende-se não só a estabilidade como o respeito dos tribunais e juízes às decisões de órgãos superiores, mas também como o respeito recíproco dentro do próprio tribunal (entre suas câmaras e órgãos fracionários) às decisões já proferidas – pode-se chamar de coesão vertical e horizontal.

A estabilidade é fundamental também para conferir credibilidade ao Poder Judiciário³⁰, e combater a crise de representatividade que se mencionou no item 1.3.1.

E, soma-se aos benefícios de um sistema estável, ainda, a presunção dos cidadãos do que esperar caso levem algum litígio à jurisdição estatal, o que diminuiria sensivelmente a quantidade de casos judicializados, já que as partes poderão presumir previamente quem terá

²⁸ CRAMER, op. cit., p. 123.

²⁹ DIDIER Jr. et. al. (coord.). *Precedentes*. “Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência”. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 384.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. “Precedentes e evolução do Direito”. São Paulo: RT, 2012, p.40.

seu pedido considerado procedente, de modo a evitar-se a sobrecarga existente hoje no Judiciário.

Quanto à integridade, Ronaldo Cramer lembra em suas lições a íntima relação que o conceito tem com os estudos de Ronald Dworkin. Nas palavras do autor³¹:

O Direito como integridade revela-se em dois princípios: o princípio da integridade na legislação e o princípio da integridade no julgamento. O primeiro exige que a criação do direito pela lei se faça coerente com os princípios jurídicos que resumem as virtudes de uma sociedade. O segundo reclama que a aplicação do direito deve se fazer de forma coerente com que se decidiu no passado.

Deste modo, pode-se ver que a definição de integridade relacionada à ideia de coerência com julgados anteriores, o que também demonstra relação com a necessária uniformidade do sistema, denotando, com isso, que os quatro subprincípios elencados são múltiplas facetas de uma mesma característica.

Ao explicar a forma de raciocínio de Dworkin, Cramer menciona que “a integridade no julgamento (...) revela-se como um romance em cadeia, em que a criação ou aplicação do precedente sobre determinada norma jurídica não constituem atos isolados”³².

A respeito da ideia de romance em cadeia, de atos não isolados, e sim, ao contrário, atos encadeados evidenciando a solidez de uma máquina harmônica, a autora Estefânia Maria de Queiroz Barboza cita, ainda que:

A proximidade da teoria do direito como integridade de Dworkin ao método da *common law* pode ser verificada quando o autor fala de um direito como integridade formado por uma comunidade de princípios, para além do texto da Constituição, quando fala dos precedentes judiciais como prática constitucional, bem como quando defende a ideia de um romance em cadeia, como se cada juiz, ao julgar, estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar.³³

Resta evidente, portanto, que, de fato, esse engendramento de ideias e máximas jurídicas que se demonstram desejáveis não é possível sem a citada comunidade de princípios idealizada por Dworkin. Deste modo, demonstra-se por si só a relevância da ascensão do neoconstitucionalismo no cenário jurídico para que a teoria dos precedentes ganhasse força na tradição brasileira.

³¹ Ibid., p. 127.

³² Ibid.

³³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica* - Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 247.

Por fim, a característica marcante e um dos fundamentos de legitimidade democrática do que pode ser considerado padrão decisório é a satisfação de dois pressupostos essenciais, que os distinguem dos demais pronunciamentos emanados pelo judiciário: o contraditório qualificado, que envolve a comparticipação ampliada, e um procedimento deliberativo distinto³⁴.

Por contraditório qualificado entende-se aquele que não se limita a uma “mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas como possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo”³⁵.

Portanto, pode ser observado que o Código de Processo Civil expressamente elencou a teoria dos precedentes em 2015, em um contexto jurídico já estruturado, que é resultado da evolução histórica de muitos conceitos, como por exemplo o do contraditório, que abriu caminho possibilitando uma existência democrática para a sistematização dos padrões decisórios.

A referida evolução passou pelo contraditório como sinônimo de garantia de ambas as partes serem ouvidas no processo, passando pela garantia da não surpresa, e chegando atualmente à garantia do poder de influência das decisões, para ambas as partes.

Essa garantia de comparticipação, isto é, de com a sua atuação a parte influenciar no conteúdo da decisão, é um dos fundamentos basilares para caracterizar e possibilitar o sistema de precedentes.

³⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1

³⁵ *Ibid.*, p. 97.

2. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIAÇÃO, GRAU DE VINCULAÇÃO E MEIOS PROCESSUAIS DE FORMAÇÃO

Ainda na análise da relevância do atual *status* dos princípios jurídicos, conforme visto no capítulo anterior, tem-se que: no item 1.2 o neoconstitucionalismo foi examinado como uma razão jurídica para a aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*, no item 1.3.2 foi estudada a sua função como um dos fundamentos de legitimidade do efeito vinculante dos casos precedentes. No presente capítulo será analisado o processo de criação da sistematização da teoria dos precedentes. A princípio, portanto, deve ser analisada a relação de causalidade do neoconstitucionalismo com o movimento de instituição de um sistema de precedentes, propriamente chamado.

Há dissenso na doutrina quanto à instituição de normas não escritas elevadas à categoria de vetores norteadores da aplicação do Direito. Esse cenário é o que a doutrina denomina a nova tendência de protagonismo dos princípios pejorativamente de pan-principiologismo³⁶.

É necessário identificar, de início, a raiz da crítica feita. Streck expõe tal crítica em diversos textos, e, por todos, cita-se³⁷:

“Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem.

Em que pese haver coerência ao fundamento de Streck, urge que se visualize a essência de sua crítica: a insegurança jurídica que a livre criação de princípios acarreta. Portanto, ao fim e ao cabo, a essência criticada por Streck e por seus simpatizantes não é a força do princípio por si só, mas sim a ausência de sistematização para sua criação e aplicação. Nas palavras do autor³⁸:

Um dos mecanismos para esse desiderato é o verbo “pamprinciologizar”. Cada um pode abrir uma fábrica de álibis e enunciados performativos, colocando a grife “princípio”. É um produto cuja venda está assegurada de antemão. No kit, o cliente recebe o manual de instruções, sendo um dos itens “a ponderação”. Na verdade, os princípios, no modo como são apresentados por parte considerável da doutrina e a totalidade da jurisprudência, não passam de *topoi*. Aliás, o grande problema do pamprinciologismo é transformar os princípios em *topoi*. Quem trabalha com a tese

³⁶ STRECK, Lênio Luiz. *O pamprinciologismo e a flambagem do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprinciologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 11 jan. 2022.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

de que princípios são valores, não faz sequer uma retórica. Faz apenas uma prototípica.

Ressalta-se a afirmação de que “cada um pode abrir uma fábrica de álibis e enunciados performativos, colocando a grife ‘princípio’”. Desta reflexão se deduz que o âmago da crítica exposta é a discricionariedade que aplicadores e manejadores do Direito detêm, de forma muitas vezes ilimitada.

Como visto no capítulo anterior, a teoria dos precedentes é derivação direta da maior importância adquirida pelos princípios, pois esse protagonismo possibilitou e legitimou a instauração de um sistema de precedentes, por suas premissas lógicas (valorização da segurança jurídica, coerência, uniformização, unicidade, entre outros). Porém nesse capítulo vai-se além.

A ascensão do protagonismo dos princípios não só possibilitou e legitimou a instauração de um sistema de precedentes: ela também gerou a necessidade de tal sistema. Explique-se: a teoria dos precedentes foi mais veementemente aceita e desejada justamente para se prestar a ser um instrumento de controle de aplicação e interpretação dos princípios (escritos e não escritos).

Inclusive, o próprio autodeclarado crítico da era dos princípios, Streck, em outra oportunidade expressamente acusa a falta de regramento da aplicação dos princípios de ser o verdadeiro perigo:

De minha parte, assumo esse ônus, insistindo em dizer, como o “Pequeno Juiz” de Leonardo Sciascia: Decisões não podem ser teleológicas. Decisões não podem ser segundo a consciência ou segundo políticas, ideologias, etc. Cada um de nós, assim como o juiz, possui subjetividades, desejos, etc. Mas a decisão deve advir de uma suspensão dos pré-juízos. Caso contrário, cada decisão será... criação de direito. Será a instituição de um grau zero de sentido, dependente do pensamento individual, subjetivista-solipsista, teleológico-consequencialista. Direito é mais do que isso. É garantia. Por isso temos princípios. Que são padrões. Que são normativos. Mesmo que atrapalhem o tráfego. Ou que descontentem a mídia ou a moralidade média (sic) da sociedade.³⁹

Então a própria razão de ser do sistema de precedentes está relacionada à maior aplicação de princípios que não possuem um regramento escrito, na maioria das vezes, e, quando possuem, tem seu sentido e alcance abertos para quaisquer interpretações.

Nesse diapasão, preconiza Estefânia Maria de Queiroz Barboza⁴⁰:

[...] apesar de se ter um Estado de Direito, ficou comprovado que este, alicerçado na supremacia do Parlamento, não foi capaz de proteger direitos humanos contra as

³⁹ Idem. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em: 11 jan.. 2022.

⁴⁰ BARBOZA, op. cit., p. 81.

barbaridades perpetradas contra a pessoa humana. Ou seja, a partir de então, o direito resgata valores éticos e morais, especialmente com foco central na proteção da dignidade da pessoa humana. Isso se dá por meio de adoção de constituições democráticas que vêm estabelecer rol de direitos fundamentais protegidos das maiorias parlamentares.

Portanto, a criação da teoria objeto do presente estudo encontra causa para sua sistematização em uma necessidade de maiores fatores norteadores aos aplicadores e manejadores do direito, e até mesmo, em última análise, no sistema de freios e contrapesos (pois o Poder Legislativo estaria limitando e impedindo a atuação discricionária do Poder Judiciário). Além deles, também a população em geral tem direito de saber previa e presumidamente o que esperar do Judiciário, caso deseje se valer dele para resolver conflitos.

2.1. Aproximação conceitual de precedente e jurisprudência

À *priori* é necessário que se esmiuça as diferentes acepções possíveis do termo precedente e se identifique qual delas é aquela levada em consideração no debate acerca do sistema criado sob tal alcunha.

Pelo sentido gramatical da palavra, precedente é tudo aquilo que precede, isto é, que vem antes. Dada a abrangência do termo, deve ser feita uma análise de cada acepção tomada no contexto jurídico.

Ademais, urge que seja analisada a forma da criação brasileira do sistema de precedentes, para que se verifique o início e o desenvolvimento de institutos atuais, bem como para que se busque aferir a medida de inovação trazida intraordenamento.

No âmbito jurídico o costume cria regras e muitas vezes até mesmo leis, em algumas tradições jurídicas (o que não é o caso do Brasil), ao que se denomina direito consuetudinário. Portanto, não se estranha que o costume crie também definições. Desta forma, quando se chama a um caso de precedente, na esfera jurídica não se quer dizer tão somente que ele veio antes.

De acordo com Fredie Didier Jr., “há dois tipos de conceitos no Direito: conceito lógico-jurídico e conceito jurídico-positivo”⁴¹. Desta forma, o conceito lógico-jurídico é aquele erigido independente do ordenamento jurídico em questão, pois independe do direito positivo, isto é, da realidade normativa. É um tipo de conceituação dissociada da realidade normatizada.

⁴¹ DIDIER JR. apud CRAMER, op. cit., p. 76.

Já o conceito jurídico-positivo é aquele tipo de conceito que é oriundo de um ordenamento jurídico, por isso fica atrelado a ele, e somente no contexto de tal ordenamento pode ser aplicado.

Cramer conclui que “precedente é um conceito lógico-jurídico, pois sua definição não depende do direito positivo. Precedente constitui um instituto fundamental do Direito Processual e se faz presente em qualquer ordenamento”⁴².

Ressalta-se, portanto, mais um ponto a ser levantado na análise da medida de intensidade da importação de um instituto típico da *common law*: tomando-se por base o fato de que o conceito de precedente independe da noção de ordenamento jurídico, justamente por sua essência ser dissociada da realidade normativa posta (por ser um conceito classificado como lógico-jurídico, segundo Didier), então a existência e valorização dos precedentes não pode ser encarada como uma premissa exclusiva da tradição de origem anglo-saxã, ainda que tenha sido aquela corrente jurídica que tenha sistematizado primeiro.

Em um segundo momento da análise do significado do termo precedente, passa-se ao sentido do termo em questão. Como visto extensamente na doutrina sobre o tema, e, por todos, cita-se Cramer, o conceito de precedente tem dois sentidos, o próprio e o impróprio⁴³.

Por precedente em sentido próprio o autor indica a própria decisão judicial, que fixa a norma jurídica que deverá ser seguida. Já por sentido impróprio, se denotaria uma norma jurídica criada pela decisão judicial, como se o próprio precedente fosse também uma fonte de Direito. Cramer afirma, ainda, que a referida norma jurídica criada seria a *ratio decidendi*, que consiste nas razões essenciais para a decisão⁴⁴.

Nessa toada, é importante, ainda, trazer à baila a diferenciação feita pela doutrina entre precedente judicial e jurisprudência. Muitas vezes informalmente os termos são até aplicados como sinônimos, mas não o são. Do mesmo modo que precedente, jurisprudência também possui acepções diferentes, que variam entre ciência do Direito, atividades dos tribunais e posição de determinado órgão julgador sobre alguma matéria específica.

O sentido de jurisprudência que por alguns é confundido com precedente é aquele que diz respeito a um entendimento pacificado sobre um tema. O equívoco na confusão reside justamente no aspecto quantitativo, eis que a jurisprudência é o coletivo de precedentes sobre a mesma questão, o que constrói a pacificidade sobre o tema.

⁴² CRAMER, op. cit., p. 77.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid., p. 78.

Corroborando esse entendimento, afirma Cramer que “Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira observam, com propriedade, que a jurisprudência constitui o precedente reiterado”⁴⁵.

Vale mencionar, ainda, que é possível distinguir diferenças quantitativas e qualitativas entre jurisprudência e precedentes. A quantitativa diz respeito ao fato de que precedente faz referência a uma só decisão, enquanto jurisprudência a um conjunto de decisões no mesmo sentido.

Já com relação à diferença qualitativa entre jurisprudência e precedente, o autor cita que jurisprudência tradicionalmente foi considerada como “fonte do Direito”, e cita que o precedente fornece uma norma universalizável por existirem elementos em comum entre os casos comparados (anterior e posterior). Já a jurisprudência não é baseada em comparação, e sim em caráter genérico do cerne da interpretação⁴⁶.

Desse modo, a jurisprudência é a possibilidade de extração, diante de diversos julgados no mesmo sentido, de uma verdadeira nova norma, genérica, que orientará futuras decisões. Por isso pode ser considerada como fonte do Direito.

Já o precedente, diante dessa interpretação, não se configuraria propriamente como nova norma, e sim como critério de decisão no advento de situações análogas, pressupondo, portanto, a imprescindível comparação entre as características dos casos envolvidos (paradigma e paragonado).

Os autores citados por Cramer, em sua obra literária, indicam importante relação entre precedente, jurisprudência e súmula, traçando uma escala gradativa de formação:

Um precedente quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas⁴⁷.

Desta forma, em que pese o Código de Processo Civil de 2015 ter trazido em seu bojo, no artigo 927, a previsão de um microsistema – ainda que não expressamente mencione o termo “precedente” muitas vezes – é possível compreender que, pelas acepções e sentidos demonstrados do vocábulo, que não se trata propriamente de uma inovação integralmente trazida pelo novo diploma.

⁴⁵ Ibid., p. 73.

⁴⁶ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 121.

⁴⁷ DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, apud CRAMER, op. cit., p. 73.

Ainda na seara de entendimento das terminologias, vale citar que o autor Alexandre Câmara traz em seus estudos o termo “padrões decisórios”, e explica que extrai a denominação da própria redação do artigo 966, § 5º, CPC 2015⁴⁸, pois nesse microsistema de padrões com eficácia vinculante, não se deve confundir precedente com enunciado de súmula, embora ambos se prestem ao mesmo fim, a saber, nortear o julgamento de casos que se subsumam aos seus moldes.

Diante de todo o exposto, resta claro que não foi mérito do Código de Processo Civil de 2015 a criação do precedente, isto é, de uma decisão com efeito vinculante. O que, entretanto, é indubitavelmente seu mérito é a criação de um microsistema organizado e sistematizado de normas e regras para a aplicação e criação de decisões com tal efeito de observação obrigatória.

2.2. Experiência brasileira

É importante destacar que antes da edição do novel diploma processualista civil já existiam previsões esparsas acerca da matéria, e sua origem remonta no direito positivado inclusive há tempo antigos, como a disposição normativa do Decreto nº 738 de 25/11/1850 que preconizou a expedição de “assentos” pelos Tribunais de Comércio, e, mais tarde, também a previsão do Decreto Legislativo nº 2.684 de 23/10/1875 para assentos editados pelo STJ em matéria criminal, civil e comercial.

Sobre a questão, em sua obra sobre o assunto, Alexandre Câmara ressalta, ainda, que “é interessante observar que, por força do disposto no artigo 1º do mesmo Decreto Legislativo [nº 2.684/1875], os assentos tinham ‘força de lei em todo o Império’, e que o § 3º do art. 2º proibía a revogação dos assentos pelo próprio Tribunal”⁴⁹.

Após esse que se configura como o predecessor das atuais súmulas vinculantes, na evolução histórica do sistema jurídico brasileiro foi criado o instituto dos prejudgados, que, de acordo com o citado autor, se equivale atualmente ao incidente de uniformização da jurisprudência.

Nas palavras do referido jurista, “este mecanismo seria, então, substituído pelo incidente de uniformização de jurisprudência, regulado pelos arts. 476 a 479 do CPC/1973”⁵⁰.

Portanto, conforme se nota, a sistematização trazida pela carta processualista de 2015 não trata de inovação no ordenamento jurídico com rompimento de tradições. Ao contrário, ela

⁴⁸ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 1.

⁴⁹ Ibid., p. 117.

⁵⁰ Ibid., p. 119.

se revela uma importante evolução da história jurídica brasileira, honrando as construções anteriores.

Há que se admitir, ainda, na seara de terminologias, a distinção do precedente persuasivo e do precedente vinculante. O termo precedente não é sinônimo de vinculação obrigatória, eis que, no caso dos persuasivos, funcionam tão somente como vetores interpretativos.

Desta forma, os precedentes persuasivos se configuram como elementos norteadores para a interpretação das normas jurídicas, sem, contudo, ter o condão de impedir a adoção de decisões em sentido divergente. Diferentemente dos precedentes vinculantes, nesse caso não há subordinação de órgãos judiciais a tais entendimentos. Nas palavras de Ronaldo Cramer⁵¹:

Persuasivo é o precedente que não vincula os demais casos, mas apenas é utilizado como reforço de argumentação seja pela parte, seja pelo magistrado, para demonstrar o acerto do discurso jurídico.

Num ordenamento jurídico sem sistema de precedentes, como era o nosso antes do novo CPC, o precedente é exclusivamente persuasivo, com exceção de alguns casos, como as decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

Ou seja, apesar de óbvio, é importante destacar que precedentes persuasivos sempre existiram no direito brasileiro. Então, para além de figuras que consistiam em ancestrais dos atuais precedentes vinculantes, a mera presença da figura de precedentes persuasivos no ordenamento já acarretaria o equívoco ao dizer que somente após 2015 o Brasil adotou a lógica de precedentes.

Por outro lado, há que se reconhecer também que na tradição brasileira, assim como em todos os países que adotam modelo baseado na *civil law*, sempre houve certa resistência por parte da doutrina em abraçar ideais que conferissem maior campo de atuação ao Judiciário.

Nessa toada, é importante lembrar que acima de toda discussão jurídica sempre há o fundo político que direciona e define os debates. Deste modo, já nos primórdios da criação de qualquer figura com efeito vinculante no cenário brasileiro, o tema era posto em xeque.

Alexandre Câmara, citando a opinião do jurista José Antônio Pimenta Bueno, evidencia que nos primórdios da criação de vetores norteadores jurisprudenciais no Brasil, a maior preocupação em permitir um sistema com decisões dotadas de efeitos vinculantes seria, em última análise, política. Dessa forma, cita a obra do jurista em seus Comentários à Constituição do Império, datada de 1857⁵²:

⁵¹ CRAMER, op. cit., p. 116

⁵² BUENO apud CÂMARA, op. cit., 2018, p. 115.

[...] Seria confiar-lhe uma delegação legislativa e ilimitada, pois que nem ao menos seria possível prever quais os assuntos sobre que a exercia, nem o modo por que os regularia.

Finalmente teríamos dois legisladores, e o Supremo Tribunal reunindo a essa autoridade a que tem por sua instituição de cassar as sentenças, valeria um poder temível capaz de pôr-se em luta com os outros poderes, suas decisões seriam leis que abateriam todas as barreiras.

E, indo além do cenário brasileiro, é possível observar também tal tipo de crítica na doutrina de outros países, citando-se, por todos, a opinião de Piero Calamandrei, *in verbis*⁵³:

Não me parece que seja reconhecido ao juiz um verdadeiro e próprio poder de querer, de forma geral e abstrata, que se possa qualificar de legislativo. O juiz é sempre chamado a decidir uma relação singular controvertida, uma controvérsia concreta: mas não é chamado a decidir se a sua sentença deve ou não deve constituir para o futuro normas obrigatórias para os pertencentes à categoria.

Frente a esse posicionamento típico da *civil law*, no cenário jurídico brasileiro as ponderações sobre o tema começaram a ser alteradas no pós segunda guerra mundial, conforme exposto no item 1.3.3 do presente trabalho, ao se cotejar o papel influenciador do neoconstitucionalismo para a criação do ambiente ideal para nascimento de um sistema de precedentes.

No cenário mundial, portanto, um dos marcos históricos da ascensão das decisões judiciais a um patamar superior à mera atividade mecânica de “boca da lei” foi o controle concentrado de constitucionalidade, que no Brasil era e ainda é feito por órgãos do Poder Judiciário, mas em outros países, como a França, é feito por uma Corte criada especificamente para essa finalidade.

No caso francês, por exemplo, o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade é uma Corte Especial, distinta dos três Poderes clássicos (Judiciário, Executivo e Legislativo), para análise constitucional. Nesse modelo francês, a Corte não se manifesta sobre questão de fato, mas sua atuação limita-se à matéria de direito⁵⁴.

Já no cenário brasileiro a Corte Constitucional é judicial, e compõe o Poder Judiciário. Em vista da concepção do neoconstitucionalismo estudada no tópico 1.3.3, houve uma ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário. Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz:

O Judiciário assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução dos Direitos Humanos.

Paralelamente a esse movimento, ou como decorrência dele, aparece outro, característico dos países com democracias consolidadas, nos quais há transferência de parte do poder político do Parlamento para os Tribunais.

⁵³ CALAMANDREI apud *ibid*.

⁵⁴ CARDOSO, Antonio Pessoa. *O Conselho Constitucional Francês*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21710/o-conselho-constitucional-frances>. Acesso em: 19 fev. 2022.

Esse fenômeno, conhecido como judicialização da política, transfere aos tribunais questões morais e políticas cujo consenso não foi possível na esfera parlamentar, ampliando ainda mais a extensão do *judicial review*.

A relevância dessa estrutura para o sistema de precedentes é justamente decorrente da capacidade de vinculação das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário hierarquicamente subordinados ao Tribunal.

A criação brasileira foi além, e instituiu também o controle constitucional difuso, com competência de varas quaisquer para analisar a validade das normas constitucionais em análise no caso concreto. O efeito da decisão em controle difuso é meramente interpartes, não sendo apto a ensejar precedentes vinculantes, mas com potencial para constituir jurisprudência.

É importante salientar que esse movimento de maior poder conferido ao Judiciário não foi exclusividade brasileira, e que os países de *civil law* acompanharam essa tendência mundial, em resposta aos tenebrosos efeitos da tirania vivida pela Europa na ditadura nazista.

Em relação ao fundo político do debate do tema, e mais especificamente em relação à política atual, resta claro que o maior empoderamento do Poder Judiciário somente foi possível pois há interesse político nesse aumento de poder.

Explica-se: conforme se concluiu supra, o debate entre ser permitido ou não o efeito vinculante à decisão judicial sempre girou em torno, ao fim e ao cabo, sobre a medida de poder que se conferiria aos órgãos criadores.

Atualmente é sintomático que o Poder Judiciário atua como complemento do Poder Legislativo no Brasil, agindo de forma a decidir questões muito determinantes para o Estado Brasileiro. Permitir que essas decisões não possuíssem efeitos vinculantes seria dar lugar a uma insegurança jurídica institucionalizada.

Sobre a tendência cada vez maior de temas políticos submetidos ao Poder Judiciário, Werneck Vianna elencou que⁵⁵:

[...] além das ADIs funcionarem como instrumento de defesa das minorias, também funcionam como um recurso institucional estratégico de governo. Das ADIs propostas no período de 1998 a 2005, 60% trataram do tema Administração Pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil.

Deste modo, fica patente a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) como o que Estefânia Maria denomina de “Conselho de Estado”⁵⁶. Essa tendência não se restringe só a esse tipo de ação, e a autora cita, ainda, o fato curioso de os próprios partidos políticos terem

⁵⁵ VIANNA apud BARBOZA, op. cit., p. 104.

⁵⁶ BARBOZA, op. cit., p. 104.

submetido a questão integralmente política sobre fidelização partidária para que o STF decidisse, o que, nas palavras da autora, “demonstra, mais uma vez, que a judicialização da política com a consequente manifestação do STF sobre questões políticas se faz por vontade dos próprios partidos políticos e, portanto, como um fenômeno político”⁵⁷.

A soma de todas essas evoluções resultou na previsão normativa do diploma processualista civil a fim de organizar o microsistema de precedentes, estatuindo sua importância e suas bases para formação e aplicação. O fato de o Poder Legislativo ter elaborado documento sobre o tema evidencia que é um movimento político de valorização ao sistema de freios e contrapesos, e que as críticas feitas tendo por base o medo de atitude judicial que ultrapassasse a mera aplicação mecânica da lei foram combatidas.

2.3. Da criação de precedentes

Da norma insculpida no artigo 927 do Código de Processo Civil se depreende que o legislador brasileiro conferiu assento normativo a determinados precedentes, quais sejam, na literalidade do diploma legal⁵⁸:

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.

É imperioso analisar esta norma em interpretação teleológica consonante à integralidade do ordenamento jurídico brasileiro. Ao determinar que as decisões listadas deverão ser observadas por todos os juízes e tribunais, o código deixou a cargo do intérprete o alcance da expressão “observarão”.

Deste modo, em que pese divergência na doutrina, resta sedimentada como a melhor interpretação aquela que entende que o citado artigo não se presta a determinar o que tem eficácia vinculante e o que não tem.

⁵⁷ Ibid., p. 105.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 jan. 2022.

Portanto, é possível que haja um precedente formado por decisões de tipos não comportados nesta lista, bem como que haja decisões elencadas que não funcionem com eficácia vinculante, e sim tão somente persuasiva.

Neste sentido, sustenta Alexandre Câmara⁵⁹ que a eficácia vinculante não resulta do disposto no artigo 927, CPC. Conforme preconiza em suas lições, a exigência contida no *caput* do artigo 927 constrói para os órgãos julgadores o dever jurídico de levar em consideração os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927.

Sustenta o autor que essa previsão não confere imediatamente uma eficácia vinculante. A necessidade de o julgador levar em consideração a existência de decisões pretéritas é diferente de ser obrigado a seguir fielmente os entendimentos firmados preteritamente. A obrigatoriedade de observação, quando existente, deve necessariamente ser determinada por outro dispositivo normativo, que confira de forma expressa o efeito vinculante.

No caso de não existir norma específica prevendo vinculação, a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, o que acarreta para os julgadores que são obrigados a observá-los em suas decisões um ônus argumentativo, isto é: caso entendam de forma diferente do precedente, têm o dever de apresentar uma fundamentação “específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse”⁶⁰.

No mesmo dispositivo normativo, em seu parágrafo primeiro⁶¹, há a indicação do dever de ser fiel aos princípios insculpidos no artigo 489 parágrafo primeiro do mesmo diploma. Tal determinação é consequência da necessidade de legitimidade conferida à decisão, de modo que, nas palavras de Oscar Valente Cardoso⁶², “[...] o procedimento de criação de precedente possui três características principais: a publicidade ampla, o contraditório forte e a fundamentação exauriente (ou melhor, uma fundamentação qualificada pelo contraditório e publicidade ampliados)”.

Como se pode deduzir, a necessidade de ser pública, coerente com argumentos apresentados em contraditório, e expostos de forma clara na fundamentação exauriente corrobora o caráter de norteador da criação do precedente.

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 440.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 58.

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

⁶² CARDOSO, Oscar Valente. A relevância dos precedentes para a eficiência da Justiça no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 92-97, jul./dez. 2019. Versão PDF, p 94.

Isto é, até mesmo considerando o ônus argumentativo supracitado, se depreende a importância de uma criação peculiar, com a satisfação de maiores requisitos, para que seja possível a análise minuciosa, posteriormente, dos meandros que formaram a convicção do caso paradigma, a fim de que seja analisada a identidade ou não entre os casos em cotejo.

Tanto deve essa ser considerada a melhor interpretação que o próprio parágrafo traz a possibilidade de alteração da tese jurídica anteriormente adotada em súmula não vinculante e em julgamentos de casos repetitivos. Ou seja, desde que observados os requisitos que a norma impõe, é possível a superação do posicionamento anterior – uma evidência incontestável de que o artigo não trata exclusivamente de precedentes obrigatórios e vinculantes.

A forma de julgar baseada na comparação, e a necessidade de se reconhecer a distinção dos casos para deixar de aplicar o precedente é de suma importância para o respeito ao Estado de Direito Brasileiro, de modo que homenageia o princípio da igualdade.

Nesse diapasão, a respeito da inclusão dos parágrafos 16 e 17 no artigo 896-C na CLT⁶³ pela Lei nº 13.015/2015⁶⁴, que trazem a possibilidade de distinção, o professor pontua que é um dispositivo que carrega consigo forte conteúdo simbólico e pedagógico, e que é um marco na evolução do regramento legal em tema de precedente, e, ainda, em relação à previsão do *overruling* (tema que será tratado em minúcia adiante), salienta que é uma garantia à segurança jurídica⁶⁵.

A necessidade de a decisão apresentar os atributos preconizados no art. 489 § 1º, CPC, envolve diretamente essa capacidade de comparação e até mesmo de análise de eventual distinção, se for o caso. Em coesão com o exposto, Tamires Rocha Melo Vieira afirma⁶⁶:

No entanto, a utilização do precedente como forma de justificação do provimento jurisdicional não pode ser feita de forma automática, mas, sim, depois de apurada a identidade (ou razoável similaridade) entre o caso proposto e a jurisprudência a ser aplicado, o que somente ocorrerá com o estudo apurado do contexto fático que proporcionou determinado entendimento, bem como a linha de raciocínio tomada pelo julgador.

⁶³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452/1943*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

⁶⁴ BRASIL, op. cit. nota 58.

⁶⁵ DIDIER, Fredie. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado* – julho-dezembro 2015. Revista dos Tribunais. p 19.

⁶⁶ VIEIRA, Tamires Rocha Melo. *Técnicas de padronização de julgamento e as formas de superá-las e confrontá-las*. Monografia apresentada em ao Colegiado de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como um dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Mestra Marina França Santos. Disponível em: https://www.academia.edu/35479186/T%C3%89CNICAS_DE_PADRONIZA%C3%87%C3%83O_DE_JULGAMENTO_E_AS_FORMAS_DE_SUPER%C3%81_LAS_E_CONFRONT%C3%81_LAS. Acesso em: 07 jun. 2022.

Fica clara a manutenção do escopo positivista do sistema *civil law*, eis que, mais uma vez, como já anteriormente observado, a finalidade de manutenção da segurança jurídica e de pilares estruturados no ordenamento é a pedra de torque que dá causa à recém sistematizada teoria de precedentes.

Ainda em análise do artigo 927, CPC⁶⁷, os tipos de decisão ali listados que são indubitavelmente vinculantes obrigatórios são as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

É possível de chegar a essa conclusão em interpretação teleológica do Código de Processo Civil e da Constituição da República, de modo que, na esteira do que ensina Alexandre Câmara, as 3 classes possuem dispositivos normativos autônomos conferindo a elas a aplicação obrigatória. Nas palavras do autor, *ipsis litteris*⁶⁸:

Vê-se, pois, claramente, que para as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e para os enunciados de súmula vinculante (que, perdoe-se a insistência, não são precedentes, mas extratos de jurisprudência), há norma constitucional a estabelecer a eficácia vinculante. Para as decisões proferidas no julgamento do incidente de assunção de competência e no julgamento de casos repetitivos (gênero que, nos termos do art. 928, engloba o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos), há norma infraconstitucional atributiva de eficácia vinculante. Tais pronunciamentos e enunciados de súmula, portanto, vinculam formalmente.

Diante disso, a contrário senso, as demais decisões citadas pelo artigo 927 possuem caráter persuasivo, ou argumentativo. Isto significa que o ordenamento jurídico pátrio, nas citadas palavras de Didier⁶⁹, vive mais uma página de evolução da ciência do Direito, em busca do primado na prestação da tutela jurisdicional.

Como uma breve observação, não pode deixar de ser mencionada neste ponto a evolução também do conceito de justiça, em relação à vedação de acesso. Hodiernamente se incluem os tribunais de arbitragem e os métodos consensuais de conflito na ideia de justiça. E, ainda que não expressamente previsto, se demonstra conveniente a existência de assentamentos de julgados pretéritos servindo como norteadores, pois até mesmo esses institutos que vivem sua juventude no ordenamento podem se beneficiar de tais pré-conceitos para pautarem julgamentos de casos similares.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 58.

⁶⁸ CÂMARA, op. cit., p. 443.

⁶⁹ DIDIER, op. cit., nota 65.

2.4. Meios processuais de formação de precedentes vinculantes

Na esteira do estudo do microsistema de precedentes, é imperioso que seja analisada a metodologia adotada para a formação de precedentes. Como visto, o novel diploma processualista busca a valorização não só de precedentes vinculantes, mas também persuasivos.

Entretanto, neste tópico se analisará a formação de precedentes exclusivamente vinculantes, eis que os precedentes persuasivos não detêm rol taxativo, e sequer forma pré-definida, já que sua observância não é obrigatória.

Já os vinculantes, além de estarem expressos em dispositivos normativos que assim o definem, também são dotados da característica de vinculação, como denota-se do próprio nome, eis que vincula os órgãos jurisdicionais, razão pela qual o estudo dos meios pelos quais se instrumentaliza é de fundamental relevância.

Disposto no artigo 927, CPC, o rol positivado de precedentes constitui o grande ineditismo do Código de 2015, eis que na legislação pretérita não havia a normatização expressa de sistematização de precedentes, inobstante de, como visto, haver instrumentos esparsos no ordenamento jurídico.

Deste modo, observa-se que, considerando que as decisões tomadas em sede dos instrumentos elencados no referido diploma têm importância para além do processo em que se formam, é necessário que sejam observadas suas peculiaridades no momento da construção do convencimento do julgador.

Até porque o julgador atuará de maneira peculiar, já que estabelecerá um padrão decisório e hermenêutico ao proferir a sua interpretação sobre os fatos e direitos discutidos na lide exposta.

Conforme preconiza Alexandre Câmara⁷⁰, o citado dispositivo traz a previsão tanto de instrumentos persuasivos quanto vinculantes⁷¹.

Há divergência na doutrina a respeito da constitucionalidade do artigo supracitado. Parcela da doutrina sustenta a sua inconstitucionalidade, pelos fatos e fundamentos que serão expostos mais adiante neste capítulo.

Como representante da corrente que critica a disposição do legislador de 2015, cita-se, por todos, o autor Nelson Nery Junior, que se posiciona no sentido de que o julgador não pode

⁷⁰ CÂMARA, op. cit. p. 181.

⁷¹ Pois nem tudo o que consta dessa numeração legal pode ser tratado como dotado de eficácia vinculante. Há aí o que tenha eficácia meramente persuasiva (ou argumentativa) [...]. Ibid.

fazer substituir o legislador na sua função típica de legislar. Sustenta, ainda, que, ao determinar um grau de vinculação conferido às decisões elencadas no artigo 927, CPC, o referido dispositivo violaria flagrantemente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷² por ferir o princípio fundamental da separação de poderes, insculpido no artigo 2º da Magna Carta⁷³.

Em obra doutrinária de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, é apontado que⁷⁴, “[...] O Poder Judiciário não está autorizado a ‘legislar’ – salvo quando permitido pela Constituição Federal, como no caso das súmulas vinculantes. O rol do art. 927 do CPC/2015, então, seria manifestamente inconstitucional.”

Entretanto, doutrina e jurisprudência dominante hoje tem considerado o artigo 927, CPC, como constitucional, eis que a vinculação não é sinônimo de tornar o padrão decisório como uma norma positivada.

Inclusive, um dos fundamentos da constitucionalidade do citado artigo é o contraditório diferenciado que constitui requisito obrigatório para a formação dos precedentes. Deste modo, não é apenas o Poder Judiciário isoladamente que constrói a interpretação tida como vetor norteador das futuras interpretações sobre o tema, e sim diversos atores que participam do processo, podendo até mesmo ter a participação da sociedade, como se verá mais adiante neste estudo.

2.4.1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

A forma instrumentalizada pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) está prevista no artigo 976 da carta processualista civil⁷⁵, e prevê a necessidade de requisitos cumulativos para a sua configuração, a saber, a existência de uma quantidade considerável de processos repetidos que versem sobre a mesma matéria de direito, e que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁷⁶.

⁷² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2022.

⁷³ Ibid. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 54.

⁷⁶ Ibid. Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Esse instrumento processual tem como causa de existência e como finalidade principal a possibilidade de criação de decisão única sobre uma determinada controvérsia de direito que se repita em numerosos processos. Diante de tal criação, prevê a fixação de uma tese jurídica, para simplificação dos demais julgamentos posteriores a respeito do mesmo tema.

O fundamento jurídico para o incidente tem respaldo constitucional, já que é a consecução prática de direitos fundamentais, tais quais: a isonomia, a segurança jurídica, e a duração razoável.

Nesse sentido, Sofia Temer⁷⁷ traz, em sua obra sobre o instituto do IRDR, a ideia de que os direitos fundamentais listados acima têm uma correlação direta entre si, de modo que a aplicação de instrumento que prestigie a isonomia necessariamente importará na concretização da estabilidade da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, da segurança jurídica⁷⁸.

Deste modo, a prestação do serviço do Poder Judiciário iria além de simplesmente julgar os casos que se apresentam à análise submetida ao poder decisório do Estado, mas seria também relevante para outro aspecto da sociedade: aquele que não faz parte dos litígios judicializados, mas que depreendem das decisões do Poder Judiciário um padrão de conduta.

Ou seja, o estabelecimento de padrões decisórios orienta a população quanto a futuros casos também, se prestando a ser duplamente um instrumento que esvazia o Judiciário: primeiro, da forma mais óbvia, pondo fim aos casos semelhantes já em curso; e, segundo, sendo um elemento informativo aos possíveis futuros litigantes, desestimulando a persecução judicial de pretensões que já se revelem incabíveis.

Portanto, a efetivação dos direitos fundamentais pela aplicação da teoria dos precedentes favorece a eficiência do sistema jurídico, que se retroalimenta da sua própria eficácia, ao se solidificar como sistema uno, seguro e eficiente, sem sobrecarga desnecessária de análises exaurientes e extensas de processos idênticos.

Em que pese a existência de correntes doutrinárias, como o supracitado posicionamento de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, pelas quais se sustenta a inconstitucionalidade do artigo 927, CPC, o IRDR se presta a exigir diversos fatores para ensejar a formação de uma tese. Trata-se de um instrumento que possui a natureza jurídica de incidente processual.

⁷⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Juspodium, 2018, p. 40.

⁷⁸ A isonomia, por sua vez, está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica⁴⁰. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados. TEMER, op. cit. p. 40

Ao ser instaurado o IRDR, a competência para julgar o caso concreto passa a ser de titularidade do Tribunal, a quem também compete o ônus de fixar o entendimento frente a uma questão jurídica que se revela comum em diversos processos, formando, com isso, a *ratio decidendi*, que orientará o julgamento das demandas já propostas e as futuras que enfrente a questão de direito já decidida em IRDR.

Vale salientar aqui a natureza vinculante deste tipo de precedente. Conforme previsão do artigo 985, CPC, a tese jurídica resultante do julgamento será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre questão idêntica de direito, com o limite territorial da área de atuação do tribunal que julgara a questão. Ademais, o próprio dispositivo normativo ressalta ainda que se aplicará a todos os casos futuros naquela área subordinada à jurisdição do Tribunal⁷⁹.

A importância da decisão do julgamento do IRDR é tal que, uma vez instaurado o incidente, o texto legal prevê a realização de audiências públicas. Alexandre Câmara⁸⁰ pondera que no artigo 983, §1º, CPC, o legislador disse menos do que queria dizer, pois a expressão “poderá [designar audiência pública]” não é compatível com a demanda do caso concreto.

Isso porque, pelo papel que o incidente desempenha no ordenamento, é necessário que ele observe as técnicas de processo “comparticipativo”, com um contraditório substancial e efetivo⁸¹, a fim de legitimar a sua existência enquanto padrão decisório com efeito vinculante.

Há que se reconhecer, ainda, o duplo benefício presente na realização de audiências públicas: além da ampliação do contraditório, há também a probabilidade maior de decisões qualitativamente melhores, eis que maior seria o número de argumentos analisados. Tal forma procedimental será analisada em minúcia mais a frente neste estudo, em tópico próprio.

Vale dizer que como outro meio de efetivação da ampliação subjetiva do contraditório também é cabível em sede de IRDR a intervenção no julgamento do acórdão paradigma de todos aqueles que compõe as lides suspensas por tratarem do mesmo tema. A ser visto em tópico próprio, que analisará as formas de garantia da formação de precedentes, tal meio de participação encontra respaldo legal no artigo 983, *caput*.

⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 54. 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.

⁸⁰ CÂMARA, op. cit., (2) 2018, p. 247.

⁸¹ Ibid., p. 242.

É muito importante, ainda, ressaltar que o sistema brasileiro valorizou suas bases de *civil law* ao vincular estritamente a possibilidade de julgamento de temas repetidos a algum processo em curso. Explica-se: não é admissível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas fora do âmbito de algum processo em curso no tribunal. Com isso, afasta-se a possibilidade de julgar direito em tese. No sistema brasileiro o que se julga em sede de formação de precedentes é o direito concreto.

A título de exemplo, vale citar que o STJ já se posicionou nesse sentido⁸²:

O cabimento do IRDR se condiciona à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada, sendo inviável a utilização do incidente como sucedâneo recursal (STJ, AgREsp n.º 1.470.017/SP).

Deste modo, é possível concluir que este é mais um indício da manutenção das bases de tradição romana no ordenamento jurídico atual. O Poder Judiciário brasileiro não adotou o traço característico de julgamentos típicos da influência anglo-saxã, onde é possível ser julgado o direito em tese.

Por fim, considerando a extrema importância da decisão prolatada em sede de IRDR, o legislador insculpiu no artigo 986, CPC⁸³, a possibilidade de revisão da tese jurídica, seja de ofício ou por requerimento. A competência para tal revisão, em ambos os casos, é do próprio tribunal que proferiu a última decisão de mérito⁸⁴.

Em detida análise do dispositivo normativo 986, CPC, Cassio Scarpinella Bueno⁸⁵ lembra da necessidade imperiosa da previsão de tal possibilidade de revisão, eis que, nas palavras do autor, “é fundamental que as questões jurídicas, ainda que fixadas para aplicação presente e futura (art. 985, I e II), possam ser revistas consoante se alterem as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas subjacentes à decisão proferida”.

E, se de um lado um dos requisitos é haver processo em curso (para não ser discutido direito em tese), conforme supracitado, por outro lado, não há possibilidade de dois processos

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgREsp n.º 1.470.017/SP*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859672450/agravo-em-recurso-especial-aresp-1470017-sp-2019-0076015-6/inteiro-teor-859672460>. Acesso em: 08 jun. 2022.

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 58. Art. 986 - A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

⁸⁴ KREBS, op. cit., p. 178. Embora o citado dispositivo enuncie que a revisão “far-se-á pelo mesmo tribunal”, podendo dar ensejo à ideia de que o tribunal competente para tanto seria o tribunal que instaurou o incidente, a correta interpretação do dispositivo aponta no sentido de que a revisão deve ser feita pelo tribunal que proferir a última decisão de mérito no incidente.

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 630.

discutirem o mesmo assunto que seja objeto do IRDR. Uma vez instaurado o incidente, os processos conexos são suspensos.

Desta forma, caso seja instaurado um IRDR a nível estadual, os processos daquele tribunal são suspensos. Porém, se sobre a mesma matéria, posteriormente (no curso do IRDR estadual) algum tribunal de superposição instaurar IRDR sobre a mesma matéria, aquele caso paradigma estadual se desafeta como paradigma, e continua suspenso agora em razão do novo incidente instaurado em sede de tribunal de superposição.

Um exemplo dessa situação ocorreu em sede de IRDR 0045842-03.2020.8.19.0000⁸⁶, instaurado no E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sobre definição da forma de cálculo da tarifa progressiva dos serviços de fornecimento de água e de esgoto sanitário em unidades compostas por várias economias e hidrômetro único, após a aferição do consumo.

Vale salientar que a nível estadual, segundo tabela extraída do site do Tribunal⁸⁷, foram sobrestados 123 feitos em 2ª instância, pela matéria afeta ao IRDR estadual.

Entretanto, considerando a afetação do tema sob enfoque do STJ, foi proferida a seguinte decisão, cuja ementa ora se colaciona⁸⁸:

IRDR. PROGRESSIVIDADE. AFETAÇÃO DA MATÉRIA PELO STJ. MATÉRIA QUE DEVE SER DESAFETADA NESTA CORTE. Admitido o presente IRDR, a matéria foi afetada pelo STJ, no julgamento da controvérsia 304. Havendo afetação pelo Tribunal Superior, a admissão desse incidente deve ser revista. Art. 976, § 4º do CPC. Incidente inadmitido.

Diante da afetação pelo STJ, o incidente no tribunal estadual foi extinto, sem resolução de mérito, tendo em vista que, pelo princípio da unicidade e da segurança jurídica, não seria razoável admitir duas criações de precedentes vinculantes concomitantes.

2.4.2. Incidente de Assunção de Competência

Com previsão normativa no artigo 947, CPC, o procedimento não é propriamente uma novidade da legislação de 2015, mas como a maioria dos demais instrumentos processuais, tão somente sua sistematização foi novidade. Dessa forma, o artigo do Código de 2015 encontra seu

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial 0045842-03.2020.8.19.0000*. Relatoria Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves De Oliveira. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.291.00034&USER=>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR*. Tabela de consulta aos IRDRs instaurados no TJRJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/precedentes/ConsultarPrecedentes.aspx>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

ancestral no código processual anterior, mas foi suprimida a cisão de julgamento em dois órgãos diferentes.

O revogado incidente se encontrava previsto no artigo 555 do Código Processual de 1973⁸⁹, e o seu § 1º foi o dispositivo não reproduzido na legislação atual, que preconizava o julgamento da tese pelo órgão pleno, e de todas as outras questões pelo órgão fracionário.

Tais evidências cumprem o papel de mais uma vez apontar a pré-existência de uma formação de precedentes institucionalmente, porém sem regulação legislativa sistemática. Ou seja: é mais uma evidência de que os institutos em si não são, na essência, novidade do código atual, mas sim a sistematização deles.

Por se tratar ainda dos primeiros passos de uma sistematização positivada, fica a cargo da doutrina muita interpretação de detalhes importantes para a execução de tais métodos de julgamento. Não por outro motivo, quanto aos requisitos necessários para a configuração do incidente de assunção de competência, há inclusive o debate em sede do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O artigo 947 prevê expressamente em seu *caput* que a questão de direito envolvida na lide deve ser relevante, com grande repercussão social, e o tema deve ser sem repetição em múltiplos processos.

Em análise mais aprofundada, foi consignado o entendimento através do Enunciado nº 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁹⁰ (FPPC) a ideia de que, considerando a previsão normativa de necessidade de ausência de múltiplos processos sobre o tema, não é cabível o IAC quando couber o julgamento de casos repetitivos.

Entretanto, a maioria da doutrina entende pela diferenciação da expressão “sem repetição em múltiplos processos” de questões repetitivas. Nesse sentido, é possível existirem questões repetidas em processos não idênticos. Deste modo, as causas de pedir podem ser as mais variadas possíveis, mas podem ter questões subsidiárias sendo analisadas que se repetem⁹¹.

No mesmo sentido, a exigência de inexistência de múltiplos processos não significa dizer que o tema jurídico em debate seja exclusivo do processo que se analisa, pois, nesse caso,

⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 08.

⁹⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 334*. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2022.

⁹¹ É o que a doutrina denomina de demandas heteromórficas. Nesse sentido: CÂMARA, op. cit., 2018, p. 252.

difícilmente haveria a repercussão social que a lei exige para a admissão do incidente de assunção de competência⁹².

Há, ainda, a hipótese de, mesmo em havendo pluralidade de casos, o IAC ser cabível, que é o caso do artigo 947 § 4º, CPC, isto é, é a possibilidade de existir uma relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Esse caso será uma hipótese de possibilidade de sobreposição de atuação dos incidentes de assunção de competência e de julgamento de demandas repetitivas⁹³.

O que não se pode deixar de observar é que, seja por IAC, seja por IRDR, o objetivo é a uniformização dos meios de julgamento, com vistas a buscar uma justiça com menos decisões divergentes entre si.

Nesse aspecto, importante analisar uma diferença significativa entre ambos os institutos. Enquanto no incidente de resolução de demandas repetitivas há, como dito no tópico supra, a convocação de audiência popular, no IAC tal medida não se faz presente.

Porém, não há que se falar, neste tipo de formação de precedente, sobre ausência de contraditório ampliado. Por mais que não haja consulta pública, há outras formas de se ampliar o debate, como por exemplo, a presença da intervenção de *amicus curiae*.

Em que pese tal figura não estar presente expressamente na previsão normativa relativa especificamente ao incidente de assunção de competência, Alexandre Câmara⁹⁴, Leonardo Carneiro e Fredie Didier Júnior⁹⁵ sustentam que as regras de formação de precedentes devem ser aplicadas como microsistema, e, por consequência, devem ser aplicadas, por extensão, a outros institutos ainda que não expressos.

Isso é, argumentam que devem ser aplicadas as previsões normativas dos artigos 983 e 984, CPC, ou seja, cabimento de *amicus curiae* em sede de IAC, justamente em nome do princípio da coerência, para que haja um método “comp participativo”, com a criação legítima de precedentes com efeitos vinculantes. Essa forma de legitimação será analisada mais detidamente a seguir.

2.4.3. Recurso Especial e Recurso Extraordinário Repetitivos (julgamento por amostragem)

⁹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1430.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 582.

⁹⁴ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 447.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Assunção de Competência de na Reclamação: interpretando um silêncio e um exagero verborrágico do novo CPC. E-Paraná Judiciário. *Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça do Paraná*. V. 4, n. 9, p. 32-33.

Assim como no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, o legislador também estabeleceu a possibilidade dos recursos excepcionais formarem um padrão decisório a ser observado pelos julgadores e tribunais, na hipótese de se tratar de casos que são repetidamente apresentados ao Poder Judiciário em sede de tais instrumentos recursais.

Com previsão legal nos artigos 1036 ao 1041 do diploma processual civil⁹⁶, os recursos excepcionais repetitivos têm assento quando houver multiplicidade de temas idênticos sendo debatidos nos pleitos recursais com fundamento em idêntica questão de direito.

A carta processualista estabelece que sempre que houver tal pluralidade, a técnica de julgamento por amostragem deve ser observada. Daí extrai-se que a adoção deste procedimento é cogente⁹⁷, de modo que não há espaço de discricionariedade para, em havendo multiplicidade de recursos excepcionais com as mesmas questões de direito, o presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou tribunal regional federal escolher não aplicar tal método⁹⁸. Há discricionariedade, entretanto, para definir o que significa “multiplicidade”, considerando que o dispositivo normativo se vale de um termo com interpretação aberta.

A referida técnica de julgamento por amostragem consiste em, como o nome denota, havendo uma grande quantidade de pleitos recursais sobre a mesma matéria, o presidente ou vice-presidente dos tribunais intermediários escolher dois ou mais, que sejam representativos da controvérsia, para que sejam encaminhados aos respectivos tribunais superiores, e sejam julgados a título de padrão decisório a ser replicado nos demais casos.

Importante salientar que quando é percebida a afetação de um tema como objeto de recursos excepcionais repetitivos, todos os casos afetos são suspensos em nível nacional. Uma vez prolatado o julgamento no bojo dos recursos excepcionais, há a definição de uma tese vinculante para todos os casos que foram suspensos e para os posteriores que versem sobre o mesmo tema. Resta estabelecida, portanto, a incidência excepcional de eficácia *ultra partes* das decisões de mérito mesmo em casos de ação individual, quando proferidas no julgamento dos recursos paradigmas⁹⁹.

Desta forma, o artigo 928, II, CPC, prevê expressamente que constitui julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial ou extraordinário repetitivos. Ou seja,

⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 57

⁹⁷ NEVES, op. cit., p. 1.758.

⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 57. 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.

⁹⁹ NEVES, op. cit., p. 1.758.

do julgamento desse recurso será elaborado um acórdão paradigma que constituirá um padrão decisório vinculante, o que faz com que o julgador necessite analisar todos os requisitos especiais de formação da decisão em sede de microsistema de precedentes, como o contraditório ampliado e o método participativo.

Da mesma forma, conforme estabelece o artigo 927, § 4º, CPC, assim como nos demais casos do microsistema de precedentes, se uma decisão posterior for adotada em sentido contrário a posicionamento tomado em sede de recurso excepcional repetitivo, o julgador deve fundamentar adequada e especificamente a distinção ou a superação do caso analisado e do paradigma – métodos internalizados de outros ordenamentos, conforme será abordado adiante neste estudo, as hipóteses de *distinguish* e *overruling*.

Ademais, existe ainda a possibilidade de interposição de recurso excepcional em face de decisão tomada em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. Apesar do texto do artigo 1.030, CPC, não mencionar expressamente, sustenta-se que o referido dispositivo normativo deve ser interpretado no sentido de incluir como uma das hipóteses para seu cabimento também a irresignação relativa à decisão do citado incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁰⁰, justamente pela citação expressa a eles no rol que elenca os integrantes do regime de causas repetitivas do artigo 928, CPC.

Importante salientar que, diante da pluralidade de casos semelhantes, quando é percebida a afetação de um tema como objeto de recursos excepcionais repetitivos, todos os casos afetos são suspensos em nível nacional. Uma vez prolatado o julgamento no bojo dos recursos excepcionais, há a definição de uma tese vinculante para todos os casos que foram suspensos e para os posteriores que versem sobre o mesmo tema.

Com relação aos processos suspensos, o relator poderá solicitar ou admitir a manifestação de pessoas que tenham interesse na controvérsia, mas é fundamental salientar que o terceiro que é parte em recurso sobrestado por tratar de tema afeto ao analisado em sede de recurso excepcional repetitivo não deve ser admitido como interveniente (nem sequer na modalidade de assistência simples) nos recursos escolhidos como paradigmas¹⁰¹.

Sobre tal impossibilidade o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado antes mesmo da promulgação do atual código. Mesmo antes da sistematização trazida pelo diploma

¹⁰⁰ MACEDO, Lucas Buriel. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais intermediários. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coords). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 337.

¹⁰¹ NEVES, op. cit., p. 1765.

de 2015, já havia a previsão de recursos excepcionais repetitivos na legislação anterior. Em 2014 o Ministro Luis Felipe Salomão estatuiu, em julgado de sua relatoria, que aceitar tal intervenção acarretaria a inviabilização prática do julgamento dos recursos repetitivos¹⁰².

Deste modo, havendo irresignação quanto ao decidido em sede de recurso paradigma, a parte interessada deve esperar seu processo individual retomar o curso, e, somente após o fim do sobrestamento, terá o direito de peticionamento nos autos da lide que compõe para demonstrar as suas razões.

2.5. Hipóteses de não aplicação de precedentes vinculantes – distinção e superação

As hipóteses de não aplicação do precedente significam limites para a força obrigatória dos precedentes, porém tais limites se referem especificamente à eficácia vinculante, e não tem relação com a autoridade da decisão em si¹⁰³. Ou seja, a autoridade da decisão paradigma se mantém válida, de modo que ainda que o julgador deixe de aplicá-la, terá que, em homenagem ao princípio da motivação das decisões, consignar as razões para agir dessa forma.

Tais hipóteses merecem um estudo detalhado, pois o tema se encontra no âmago do sistema de precedentes. Isto é, definir os casos em que um precedente não será aplicado constitui o alicerce de todo o sistema ora estudado, pois exige a incidência de segurança jurídica, para que não haja livre discricionariedade arbitrária dos intérpretes.

Basicamente, há dois casos em que o julgador não deve aplicar o precedente ao caso em análise: a primeira não trata propriamente de superação, eis que é justamente a prova de distinção entre o caso concreto e o precedente supostamente aplicável – prática comumente chamada de *distinguish*, e a segunda hipótese a superação em si, também chamada de *overruling*.

Com relação ao primeiro caso, é imperioso destacar que não se trata de mecanismo de invalidação do precedente. Muito pelo contrário, a distinção é um instrumento que preserva e

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1418593 / MS*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35326779&num_registro=201303810364&data=20140527&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2022. “O fato de ser parte em feito em que se discute tese que será firmada no presente recurso, evidentemente, não implica reconhecimento de seu interesse jurídico no deslinde da presente demanda. Ademais, admissão dessa tese abriria a possibilidade de manifestação de todos aqueles que figuram em feitos que tiveram a tramitação suspensa em vista da presente afetação - o que, evidentemente, inviabilizaria o julgamento de recursos repetitivos. Outrossim, é bem de ver que o requerente não se enquadra dentre o rol indicado no artigo 543, § 4º, do CPC, sendo certo que nem os elencados no referido dispositivo podem ser admitidos como assistentes no procedimento de recursos representativos da controvérsia, não lhes sendo possível nem mesmo a interposição de recurso impugnando a decisão que vier a ser prolatada. O interesse do petionário, que se pode vislumbrar no julgamento do presente recurso, é meramente subjetivo, quando muito reflexo, de cunho meramente econômico - o que não justifica sua admissão como assistente simples”.

¹⁰³ BARBOZA, op. cit., p. 227.

respeita o padrão decisório anteriormente imposto. Dessa forma, mantêm-se hígidos e válidos os seus fundamentos, porém se reconhecem diferenças estruturais entre o precedente e o caso em análise. Tais diferenças podem ser entre as circunstâncias fáticas que levaram à formação daquele entendimento pretérito e aquelas postas no caso posteriormente analisado, ou o fato de as consequências do padrão decisório estarem fora da esfera de incidência do caso julgado anteriormente¹⁰⁴.

A doutrina aponta que a realização da técnica de distinção é intrinsecamente ligada à concepção participativa do processo, já citada neste estudo, com a ampliação do debate processual. Deste modo, fala-se da necessidade de um diálogo hermenêutico na etapa pós interpretativa¹⁰⁵, justamente para que seja realizada uma ponderação por parte dos julgadores tendo em vista as circunstâncias específicas do novo caso¹⁰⁶.

Apesar de haver normas positivadas sobre o tema, não há uma codificação genérica a respeito da distinção. A título de exemplo, cita-se o artigo 1.037, § 9º, CPC, que estipula a distinção nos casos de recursos excepcionais, determinando que, uma vez demonstrada a 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 processo¹⁰⁷.

Conforme o parágrafo 13º do mesmo dispositivo normativo, da decisão que resolve sobre a distinção cabe recurso de agravo interno ou de agravo de instrumento, a depender se foi prolatada por relator ou se o processo estiver em primeiro grau, respectivamente.

Vale observar que não há uma normatização sobre os casos de distinção em relação aos demais meios processuais que não sejam recursos excepcionais. Nessa seara, tal regramento se aplica também aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, para os casos dos processos individuais suspensos em primeira instância por afetação.

A possibilidade de aplicação analógica em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas do requerimento de distinção, bem como dos respectivos instrumentos recursais, previstos de forma expressa apenas para os recursos excepcionais repetitivos é entendimento consolidado pelo E. STJ, conforme julgado que abaixo se colaciona¹⁰⁸:

A decisão que suspende o processo em 1º grau em virtude da instauração de IRDR no Tribunal não é imediatamente recorrível por agravo de instrumento ao fundamento de

¹⁰⁴ CÂMARA, op. cit., 2018a, p. 290.

¹⁰⁵ Ibid., p. 288. A etapa pós interpretativa, nas palavras do autor, é aquele em que “busca-se ajustar a ideia daquilo que a prática realmente exige para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa”.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 58.

¹⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.846.109-SP*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/02/o-procedimento-de-distincao.html>. Acesso em: 28 nov. 2022.

distinção. É necessário que, antes disso, seja instaurado o procedimento de distinção (distinguishing) tratado no art. 1.037, §§9º a 13 do CPC/2015, procedimento esse que foi previsto para os recursos especial e extraordinário repetitivos, mas que também se aplica para o IRDR. Assim, o procedimento de alegação de distinção (distinguishing) entre a questão debatida no processo e a questão submetida ao julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 1.037, §§9º a 13, do CPC, aplica-se também ao IRDR. Tanto os recursos especiais e extraordinários repetitivos como o IRDR compõem, na forma do art. 928, I e II, do CPC, um microsistema de julgamento de questões repetitivas, devendo o intérprete promover, sempre que possível, a integração entre os dois mecanismos que pertencem ao mesmo sistema de formação de precedentes vinculantes. Não há diferença ontológica nem tampouco justificativa teórica para um tratamento assimétrico (diferente) entre a alegação de distinção formulada em virtude de afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos e em razão de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois ambos os requerimentos são formulados após a ordem de suspensão emanada pelo Tribunal, tem por finalidade a retirada da ordem de suspensão de processo que verse sobre questão distinta daquela submetida ao julgamento padronizado e pretendem equalizar a tensão entre os princípios da isonomia e da segurança jurídica, de um lado, e dos princípios da celeridade, economia processual e razoável duração do processo, de outro lado. STJ. 3ª Turma. REsp 1.846.109-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/12/2019 (Info 662).

Deste modo, fica evidente que o microsistema de precedentes ainda carece de maior regulamentação no que tange aos trâmites do procedimento da distinção, não só para que seu cabimento seja estipulado e os instrumentos processuais sejam assentados, mas também para que sejam estabelecidos padrões mínimos para uso coerente da técnica, a fim de evitar decisões que promovam a distinção por meio de interpretações subjetivas dos contextos fáticos, desprezando a coerência e a integridade do sistema¹⁰⁹.

De outro turno, há ainda a necessidade de deixar de aplicar o precedente, mesmo que as condições fáticas do julgado anterior e o caso em análise sejam iguais: isso se justifica pela necessidade de adaptação do Direito às novas realidades¹¹⁰. Isto é, o precedente pode ser considerado ultrapassado ou equivocado à luz da nova análise que se faz. Trata-se do instituto denominado na tradição anglo-saxã de *overruling*, que consiste na superação do julgado anterior.

A superação é a revogação do precedente por outro precedente proferido pelo mesmo órgão julgador que estabeleceu o entendimento anterior, ou por órgão jurisdicional hierarquicamente superior¹¹¹.

A crítica que se faz ao microsistema posto é a ausência de uma sistematização normatizada acerca deste instituto, pois permitir que a corte reveja suas decisões de forma ilimitada importa em minar a força vinculante dos seus julgados, apesar da previsão genérica no

¹⁰⁹ KREBS, op. cit., p. 217. Nesse sentido, o autor cita que “no Brasil a prática do *distinguish* é algo corriqueiro nos tribunais, mas o que preocupa é a forma como tal técnica é utilizada, justamente em desacordo com as premissas que vem sendo expostas até aqui”.

¹¹⁰ BARBOZA, op. cit., p. 228.

¹¹¹ CRAMER, op. cit., p. 145.

art. 927 §§ 2º a 4º, CPC. E, para além desse risco, pode se falar em perigo não só à segurança jurídica, mas também à unidade e integridade da ordem jurídica, considerando que este poderia ser um instrumento para modular as hipóteses em que incidiria ou não a norma consignada através de precedentes vinculantes.

A doutrina aponta uma ausência de parâmetros para a aplicação da técnica da superação¹¹², e a prática jurídica, com a observação de notícias divulgadas inclusive pela mídia, corrobora a constatação de que os tribunais e cortes do país alteram o seu próprio entendimento em um curto lapso temporal. De um lado é forçoso se reconhecer que a sociedade está se alterando de forma cada vez mais dinâmica com a velocidade de troca de informações na era digital. De outro lado, ainda que seja possível observar todas essas evoluções sociais que indiscutivelmente repercutem no meio jurídico, é necessário que se preserve a segurança jurídica e a estabilidade da ordem jurídica.

Apenas a título de exemplo, cita-se que no ordenamento jurídico inglês somente a Suprema Corte pode decidir no sentido de não aplicar precedente existente¹¹³. Porém o questionamento que se faz é, caso esse padrão fosse adotado no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, com a sua composição formada por indicação política, poderia concentrar exclusivamente em seu poder a capacidade de revogar um precedente? Não parece razoável retirar tal capacidade dos tribunais estaduais e regionais federais. Com a composição cultural plural do Brasil, e suas dimensões continentais, parece acertado conferir aos tribunais de segunda instância a competência para analisar a aplicabilidade da superação no caso concreto, desde que respeitando a autoridade do precedente existente.

Respeitar a autoridade do precedente existente, na técnica da superação assim como na técnica da distinção, importa em explanar os fatos e fundamentos que levaram à construção do entendimento precedente, e minuciar os motivos que justificam a superação no caso em análise. Tal regra é inclusive positivada no artigo 927, § 4º, CPC¹¹⁴, e tem assento constitucional no princípio da motivação das decisões judiciais, conforme artigo 93, IX, CRFB.

¹¹² KREBS, op. cit., p. 221.

¹¹³ Ibid., p. 224. “O Brasil definitivamente ainda não está pronto para que se adote um sistema tão rígido quanto o da Inglaterra, no que diz respeito à cultura de somente a Suprema Corte poder afastar seus precedentes. Por aqui os tribunais estaduais e regionais federais ainda servem de remédio contra decisões equivocadas e incoerentes, [como a que se viu acima]”.

¹¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 58. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 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.

Como se vê, portanto, essa é uma área em que os julgadores precisam se nortear com base nos princípios constitucionais de julgamento, e priorizar a coerência e coesão do ordenamento, a fim de que nas hipóteses de não incidência haja a limitação do razoável, já que não há limitação legal.

A crítica que fica patente, entretanto, é que não há limitação para o manejo das técnicas de distinção e superação, até o presente momento, no novel sistema de precedentes.

É importante salientar que nas hipóteses de não aplicação de precedentes existentes não se incluem os acordos processuais como causa de não incidência. Isto é, os negócios processuais, previstos normativamente de forma genérica no artigo 190, CPC, apesar de, em regra, determinarem a possibilidade de as partes transigirem sobre quaisquer aspectos processuais, não possuem aplicabilidade na matéria precedentes.

Não obstante o sistema de precedentes ser matéria processual, e os negócios processuais se aplicarem, em tese, justamente a este tipo de norma jurídica, a doutrina¹¹⁵ preconiza a tese, à qual este trabalho se filia, de que a ordem jurídica se conforma por princípios constitucionais e por precedentes vinculantes, e deve ser una. Deste modo, admitir que por negócio processual se escolha sobre a incidência ou não de precedentes vinculantes seria admitir a escolha da ordem jurídica aplicável ao caso concreto. Portanto, em última análise, permitir negociação processual sobre o tema seria uma violação à integridade da ordem jurídica posta.

Vale mencionar, por fim, que a justificativa supracitada se aplica também para ser defendido o entendimento de que tribunais arbitrais também devem aplicar precedente existente, diante da unicidade e integridade do ordenamento jurídico. Até porque, caso fosse permitido a excepcionalidade da vinculação obrigatória, em determinados assuntos haveria a escolha proposital de tribunais arbitrais intencionalmente para fugir de entendimento eventualmente já consolidado por órgão jurisdicional¹¹⁶.

¹¹⁵ CRAMER, op. cit., p. 123.

¹¹⁶ Ibid., p. 119.

3. PRINCIPAIS MECANISMOS DE GARANTIA E CONTROLE DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

O contexto já exposto previamente no presente trabalho aponta para uma necessidade de organização da forma de aplicação de precedentes vinculantes, pois, como visto, eles já eram aplicados esparsamente na realidade brasileira mesmo antes do CPC de 2015, porém, não de forma sistêmica.

E tratar de forma orgânica e sistêmica envolve também, e principalmente, a previsão de meios para que seja assegurada a eficácia e a eficiência do próprio sistema.

Nesse cenário, é importante que sejam pensados os atuais instrumentos de que dispõe o ordenamento jurídico vigente, para que seja aferido se ele é, de um lado, necessário, e, de outro, suficiente.

Isso porque não é desejável que haja normas que engessem um ordenamento, por isso devem ser aceitas tão somente aquelas necessárias para alcançar o objetivo a que se propõe. Nesse aspecto, pode-se até mesmo traçar uma analogia com o pressuposto da ação judicial consistente no binômio necessidade-adequação.

É que pensando reflexivamente o sistema, cada um de seus meios de limitação devem obrigatoriamente ser necessários e adequados. Portanto, é esse o escopo da análise neste capítulo: analisar e verificar a relevância e necessidade, tanto dos requisitos e meios pelos quais se instrumentaliza a formação dos precedentes paradigmas, bem como dos limites nos quais se pautam a sua aplicação, incluindo-se aí os meios para implementação de sua observância.

Atualmente o sistema de pesos e contrapesos e a função contramajoritária do Poder Judiciário impõe um aspecto político ao desempenho da função judiciária. Não por outra razão, inclusive, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que o STF desempenha o papel de um Conselho de Estado¹¹⁷, conforme já citado no presente trabalho (a saber, no tópico 2.2).

Analisando os demais órgãos julgadores, e, principalmente, os órgãos capazes de formar precedentes vinculantes, resta evidente a verticalização da lógica judiciária. No intuito de uniformizar a jurisprudência, o microsistema posto pelo atual código processualista civil traz características hierarquizadas de formas procedimentais.

Para legitimar a autoridade hierárquica, é necessário que sua atuação seja pautada em diretrizes sólidas, e essa é uma das inovações do atual código. Não só centralizou regras que estavam ou bem em legislações esparsas ou bem em sede de fontes secundárias do direito (como

¹¹⁷ BARBOZA, op. cit., p. 104.

orientações de fóruns e doutrina), mas também registrou outras normas inéditas. Dentre elas, positivou os métodos de ampliação do contraditório, como se verá a seguir.

3.1. Instrumentos processuais de garantia na formação de precedentes vinculantes

Na esteira do que foi brevemente exposto nos tópicos antecedentes do presente estudo, a atual configuração verticalizada de vinculação da técnica jurídica à observação de precedentes impõe a necessidade de preservação do próprio microsistema.

Para além da importante função legitimadora, o contraditório ampliado é também uma garantia para manutenção do próprio sistema de precedentes. Desta forma, quanto mais debates e ponderações em sede do processo em que se firmará a decisão paradigma, mais oportunidades de construção de uma decisão fundamentada e firme existirão.

Nesse sentido, a lei prevê mecanismos para a formação dos precedentes que elevam o padrão de formação. Por isso, prevê participação de *amicus curiae*, do Ministério Público em atuação consultiva, e até mesmo de audiências públicas. Cada método de formação de precedente tem suas particularidades, e nem todos incluem tais participações.

3.1.1. Participação de *amicus curiae*

Como visto no tópico sobre o incidente de assunção de competência, nem sempre a intervenção do *amicus curiae* está expressamente prevista na legislação positivada. Entretanto, não há vedação expressa a essa participação. E como citado no tópico 2.3.2, Alexandre Câmara¹¹⁸, Daniel Amorim¹¹⁹, entre outros, defendem a intervenção do *amicus curiae* em sede de incidente de assunção de competência, com a aplicação geral dos artigos 983 e 984, CPC.

A jurisprudência acompanha tal entendimento, como se pode observar na admissão da Associação dos Magistrados Brasileiros como *amicus curiae* no IAC 6, que decorreu da decisão proferida no Conflito de Competência (CC) 170.051¹²⁰.

Em trecho da decisão que admite a intervenção da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil e a Associação Brasileira dos Advogados Previdenciários como *amicus curiae* do incidente citado, o Relator Ministro Mauro Campbell Marques salienta que acima de

¹¹⁸ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 252.

¹¹⁹ NEVES, op. cit., 2019, p. 1430.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. IAC 6. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1310593212/incidente-de-assuncao-de-competencia-no-conflito-de-competencia-iac-no-cc-170051-rs-2019-0376717-3/inteiro-teor-1310593360>. Acesso em: 08 jun. 2022.

tudo, o motivo determinante que levou à referida admissão é justamente a existência de condições de ambas as entidades para contribuírem com um “debate elevado de modo a possibilitar um adequado julgamento, o qual influirá certamente nas atividades judiciárias da Justiça Federal”¹²¹.

É importante diferenciar a participação na figura do *amicus curiae* da participação de pessoa mencionada no artigo 1.038, I, CPC. A previsão normativa disposta no artigo 1.038, I, CPC é concernente àquelas pessoas que têm interesse diretamente afetado pelo tema em questão no julgamento do acórdão paradigma, como por exemplo aquelas pessoas que são partes em processos suspensos, que aguardam a elaboração do padrão decisório.

Já a intervenção do *amicus curiae* tem previsão normativa autônoma, não restrita apenas ao microsistema de precedentes. O artigo 138, CPC, prevê a participação desta figura processual à discricionariedade do juiz, sempre que assim o demandar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia¹²². Essa figura pode ser instrumentalizada tanto por pessoa física ou jurídica.

Na esteira do método participativo, já exposto no presente trabalho, é imperioso destacar que a intervenção do *amicus curiae* é um potente canal de concretude e implementação desta característica processual. Uma das evidências de que a presença de tal intervenção potencializa o contraditório nas demandas paradigmas é a previsão de possibilidade do interveniente poder recorrer das decisões proferidas em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹²³.

Essa participação no processo é uma das formas pelas quais se busca a efetivação da democracia no processo judicial, e especialmente no microsistema de precedentes. Entretanto, diferentemente das pessoas supracitadas, que têm essa prerrogativa insculpida no artigo 1.038, I, CPC, com relação ao *amicus curiae* não se pode afirmar categoricamente que é sujeito imparcial.

¹²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *QO no CC 170.051 – RS*. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1385477516/conflito-de-competencia-cc-170051-rs-2019-0376717-3>. Acesso em: 02 ago. 2022.

¹²² BRASIL, op. cit., nota 57. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

¹²³ Ibid. Art. 138. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Essa tese é defendida por Alexandre Câmara ao sustentar que, apesar de não ser parte na relação jurídica original, o *amicus curiae* intervém em defesa de um interesse institucional¹²⁴. O fundamento desse entendimento advém da própria previsão legal, que expressamente exige que o interveniente *amicus curiae* seja dotado de representatividade adequada (artigo 138, *caput*, CPC).

Há uma análise fundamental que se impõe ser feita: quando a pessoa (física ou jurídica) solicita a sua participação como *amicus curiae* em determinado processo, ela manifesta tal vontade pois necessariamente já sabe de antemão qual interesse vai defender. Então não há como se falar em imparcialidade neste aspecto.

Alexandre Câmara traz o debate sobre essa questão e vai além: ressalta o perigo existente na chamada “litigantes habituais”¹²⁵, que se fazem presentes quando há a diversas demandas com questões repetidas e mesmos agentes em um dos polos da relação processual (*repeat players*), que geralmente são pessoas jurídicas economicamente poderosas.

A fim de evitar a dominação do sistema judiciário de intervenções repetidas e que desequilibram a balança de igualdade entre as partes, a doutrina vem se posicionando no sentido de indicar a necessidade de harmonização da balança de forma intencional pelos julgadores.

Desta forma, observa-se que é necessária uma aplicação crítica de tais institutos, buscando a representatividade adequada na relação processual posta, combatendo eventuais participações em juízo que fujam dos ideais de isonomia e igualdade entre as partes.

3.1.2. Participação do Ministério Público

Com relação à participação do Ministério Público, o legislador expressamente previu sua atuação em duas possibilidades. Dependendo do instrumento judicial que se propõe a formar o paradigma, o Ministério Público pode até ser autor da ação, conforme dispõe o artigo 977, III, CPC, que prevê a possibilidade de propositura nos casos de IRDR. Entretanto, mesmo nos casos em que não figura como autor, o *Parquet* deverá intervir como fiscal da ordem jurídica, conforme artigo 976, § 2º, CPC¹²⁶.

Sua atuação como autor em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas pode ocorrer mesmo nos casos em que esteja defendendo interesses individuais homogêneos¹²⁷.

¹²⁴ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 187.

¹²⁵ Ibid., p. 188

¹²⁶ BRASIL, op. cit., nota 58.

¹²⁷ BRAGA, Suelim Iasmine dos Santos. *A intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Disponível em: https://issuu.com/esmpgo/docs/12-artigo4ok_layout_1. Acesso em: 02 ago. 2022.

Apesar de o Ministério Público ser constitucionalmente comissionado à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, hodiernamente admite-se também a hipótese de atuação ministerial em sede de defesa de interesses individuais homogêneos.

A jurisprudência tem seguido esse entendimento, e, por todos, cita-se o posicionamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial nº 1.209.633¹²⁸:

4. Mesmo que se considere que na situação em concreto não há direitos difusos, é de notar que, no tocante ao interesse individual homogêneo, o Ministério Público também preencheu o critério para a sua atuação na defesa desse interesse transindividual, qual seja: o interesse social relevante.

5. O STF e o STJ reconhecem que o evidente relevo social da situação em concreto atrai a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, em razão de sua vocação constitucional para defesa dos direitos fundamentais ou dos objetivos fundamentais da República, tais como: a dignidade da pessoa humana, meio ambiente, saúde, educação, consumidor, previdência, criança e adolescente, idoso, moradia, salário mínimo, serviço público, dentre outros. No caso, verifica-se que há interesse social relevante do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, notadamente por tratar de relação de consumo em que atingido um número indeterminado de pessoas e, ainda, pela massificação do conflito em si considerado, estando em conformidade com os ditames dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei n. 7.347/1985.

Deste modo, revela-se suficiente a presença de interesse social relevante para que o Ministério Público tenha a legitimidade para tutelar ativamente em sede judicial os interesses individuais homogêneos.

E, para além do polo ativo, nos casos de IRDR em que não seja autor, deve participar ativamente como fiscal da ordem jurídica nos casos de elaboração de acórdãos com força vinculante, tendo inclusive legitimidade para prosseguir e substituir o polo ativo naqueles casos em que o autor desista. Tal regra é expressamente prevista no artigo 976, § 2º, CPC¹²⁹.

Também sua participação em sede de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos é obrigatória e tem previsão legal, de modo que sua intimação para manifestação em 15 (quinze) dias é a última providência a ser adotada pelo relator antes do julgamento. Salienta-se que o que se faz obrigatório é a intimação do Ministério Público, e não necessariamente sua efetiva manifestação¹³⁰.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.209.633*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47104017&num_registro=201001463090&data=20150504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 02 ago. 2022.

¹²⁹ BRASIL, op. cit. nota 57. Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

¹³⁰ NEVES, op. cit., 2019, p. 1.765.

3.1.3. Possibilidade de participação da sociedade – análise da previsão normativa de audiência pública do artigo 927 §2º, CPC

Com relação à audiência pública, como já dito no presente estudo, esta se mostra uma importante ferramenta na ampliação subjetiva do contraditório, aumentando os argumentos a serem ouvidos pelos julgadores.

Inclusive, tais argumentos precisam necessariamente ainda não terem sido apresentados no bojo dos autos, ou seja, nas palavras de Alexandre Câmara¹³¹, “só haverá razão para sua participação se elas foram capazes de trazer para o processo algum elemento que dele não conste ou para promover a defesa de interesses ainda não representados no processo”.

A relevância da audiência pública é elucidada pelo Ministro Luiz Fux¹³² no instrumento convocatório para as audiências públicas designadas no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, sobre o tema “juiz das garantias”:

Pretende-se alcançar, assim, uma perspectiva global, multifacetada e contextual dos pontos em discussão, o que permitirá ao Supremo Tribunal Federal oportunamente se debruçar sobre o longo espectro de argumentos morais e empíricos que sublinham as questões constitucionais em debate. Deveras, a jurisdição constitucional melhor se legitima quando empiricamente informada, isto é, quando as normas constitucionais são também interpretadas sob o imperativo da realidade e sob o conhecimento transdisciplinar ofertado pelas ciências sociais e naturais. Nesse mister, as audiências públicas prestam-se a dois propósitos: primeiro, subsidiar a Corte com informações técnico-científicas sobre as questões em análise; segundo, propiciar que essas informações sejam exaustivamente debatidas, testadas e questionadas pelos atores participantes das audiências.

Do trecho citado ressalta-se o reconhecimento do próprio Poder Judiciário da importância em sintonizar as decisões tomadas em sede de julgamento com a realidade social empírica. Vale dizer que nem sempre a sociedade está preparada para todo tipo de decisão a ser tomada com base em critérios objetivos extraídos friamente do ordenamento jurídico brasileiro. Basta pensar se a sociedade brasileira da década de 1980 ou 1990 estaria pronta para as decisões tomadas acerca das questões de gênero atualmente.

Ainda sobre a relevância do debate social com outros agentes alheios ao Poder Judiciário, vale apontar que essa prática abre espaço, também, para o *overruling*, uma vez que

¹³¹ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 237

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI6298, ADI6299, ADI6300, ADI6305*, Despacho 13102021. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI__6298_ADI6299_ADI6300_ADI6305_Despacho_13102021.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.

para a superação do posicionamento é necessário um contraditório que realize uma ponderação de diferentes pontos de vista.

Desta forma, até mesmo para legitimar uma mudança de perspectiva do Judiciário que acompanhe a mudança da própria sociedade, é importante existir esse canal de manifestação popular. Inclusive, exemplo dessa superação atualmente é a questão do aborto nos Estados Unidos, eis que a Suprema Corte Americana superou o entendimento firmado por ela mesma na decisão do caso *Roe v. Wade*¹³³, de 1973, que impedia que os estados norte-americanos restringissem o aborto.

À parte toda análise política da questão, se faz necessário pontuar que é importante para o ordenamento jurídico possuir um Poder Judiciário forte o suficiente para exercer seu papel contramajoritário, bem como seu papel de agente público que realiza a modernização da interpretação das normas jurídicas.

Por exemplo, no Brasil há o instituto da mutação constitucional, que é o fenômeno pelo qual o Supremo Tribunal Federal mantém a Magna Carta compatível com a realidade. Nas palavras do Ministro Barroso¹³⁴, “a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser”.

No mesmo texto o professor esclarece, ainda, que “o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide”¹³⁵. Ou seja, se nota que há uma relação de reciprocidade entre a influência da realidade no Direito e deste sobre aquela. Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico pretende conformar a vida prática aos seus mandamentos, também suporta as consequências de resistências que venham a surgir na sociedade, bem como dos fatores reais do poder.

Portanto, resta claro que nenhum corpo normativo complexo ou simples pode se manter de forma que engesse sua evolução, ou sua atualização. Deste modo, a fim de ter ciência da perspectiva da sociedade é que se faz mister a consulta pública.

Salienta-se, entretanto, que as audiências públicas consistem na convocação de experts nos assuntos, e não da sociedade civil em geral. Há requisitos para tais convites judiciais, elencados no artigo 1.038, II, CPC, a saber: ser pessoa natural, não ser dotada de

¹³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Americana. *Jane ROE, et al. Appellants, v. Henry WADE*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>. Acesso em: 02 ago. 2022.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Mutação Constitucional*. Disponível em: <https://inverbis.com.br/wp-content/uploads/2020/08/12-MUTA%C3%87%C3%83O-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 149.

representatividade adequada (do contrário a figura de intervenção seria de *amicus curiae*), e ter experiência e conhecimento na matéria.

Seguindo este caminho é possível a construção da perspectiva global, multifacetada e contextual supracitada dos pontos em discussão na lide. Pela sua fundamental relevância, é importante salientar que parte da doutrina, como por exemplo Câmara, entende que o ato de agendar audiência pública não é discricionário.

Ou seja, em que pese o texto legal fale em “poderá”¹³⁶, não se trata de uma faculdade. Já foi brevemente exposto neste trabalho, no subitem 2.3.1 que neste ponto o legislador disse menos do que deveria dizer. Isso porque não se deve deixar a cargo da discricionariedade tão importante mecanismo de legitimação da formação de decisões que se traduzirão em padrões decisórios posteriormente.

A audiência pública é cabível no incidente de resolução de demandas repetitivas e nas decisões de recursos excepcionais repetitivos. Considerando que permite um debate social com diferentes atores da sociedade, ela é chamada de ferramenta para a democratização do resultado do processo¹³⁷. Por essa razão, não deve estar sob o campo de escolha livre e ilimitada do relator se será designada ou não.

Caso a designação da audiência estivesse nessa área de livre discricionariedade pelo relator, haveria um quadro incompatível com o Estado Democrático de Direito, eis que não estaria sendo respeitada uma das formas de garantia da legitimação democrática do julgamento.

3.2. Meios de controle da observância dos precedentes vinculantes

Como todo sistema, é necessário que, para que a totalidade subsista, apesar dos percalços que eventualmente aparecerão pelo caminho, haja uma previsão de autoproteção do seu funcionamento.

Deste modo, o legislador previu três gêneros de formas de manutenção e proteção das decisões exaradas com pretensão de exercerem efeitos vinculantes: pelo sistema recursal, pela reclamação e pela ação rescisória.

Abaixo serão analisadas as características, os prós e contras de cada gênero, bem como suas espécies, quando houver.

¹³⁶ BRASIL, op. cit., nota 57. Art. 1.038. O relator poderá:

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.

¹³⁷ CÂMARA, op. cit., 2018, p. 237

3.2.1. Sistema recursal

A legislação franqueia inúmeros meios de impugnação de decisões através de instrumentos recursais, com aptidão para questionar situações de inobservância de precedentes.

O conjunto dos principais instrumentos recursais que lastreia a garantia de observância dos precedentes obrigatórios engloba embargos de declaração, apelação, embargos de divergência, além, é claro, dos recursos excepcionais, sendo tais recursos pinçados para exame em específico neste tópico, conforme suas particularidades.

Cumprе lembrar, *a priori*, ainda que não seja o tema específico do presente tópico, que qualquer que seja o tipo de recurso apresentado, quando o órgão *ad quem* for colegiado e o instrumento recursal violar precedente vinculante, o recurso terá seu provimento negado por decisão monocrática do relator, nos termos do artigo 932, IV, CPC¹³⁸.

De início, conforme previsão do artigo 994, IV, CPC, há o recurso dos embargos de declaração para impugnar decisões que, nos termos do artigo 1.022 do mesmo diploma, padeçam de vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material. Neste tópico não será abordado o debate de parcela da doutrina a respeito da sua natureza jurídica, limitando-se a registrar a filiação deste trabalho ao entendimento defendido, dentre outros, por Daniel Morim Assunção Neves¹³⁹, que se fundamenta na opção legislativa em elencar os referidos embargos no rol dos instrumentos recursais listados no artigo 994, CPC.

Quanto a essa forma recursal, o legislador inclusive regulamentou em seu parágrafo único, de forma expressa que, caso deixe de se manifestar sobre precedente vinculante firmado em sede de IRDR ou IAC, será considerada omissa a decisão. Ademais, em consonância com o artigo 489, incisos V e VI, CPC, será omissa, ainda, a sentença cujos termos se limitem a invocar precedente ou enunciado de súmula sem pormenorizar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar a adequação dos casos paradigma e paragonado, bem como deixem de aplicar precedente vinculante sem pontuar as razões de eventual distinção ou superação – hipóteses de inaplicabilidade de precedentes expostas no tópico 2.5 deste estudo.

¹³⁸ BRASIL, op. cit., nota 57. Art. 932: Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

¹³⁹ NEVES, op. cit., 2019, p. 1.700.

Quando o que violar o precedente for decisão consubstanciada em sentença, caberá também apelação. Da inteligência do artigo 1.011, CPC, combinado com o 932, inciso V do mesmo diploma processual¹⁴⁰, observa-se que, no mesmo sentido no parágrafo antecedente, quando a decisão recorrida por meio da apelação violar precedente vinculante, o relator decidirá monocraticamente pelo provimento do recurso.

Além da apelação, como já exposto no presente estudo, os recursos excepcionais se prestam a questionar incompatibilidades com acórdãos precedentes vinculantes, e possuem assento legal no diploma processualista civil, a partir do artigo 1.036. É importante salientar que há uma dupla acepção de seu manejo: tanto para formar um padrão decisório, em cúmulo com outros recursos excepcionais de igual matéria, conforme já exposto no segundo capítulo deste estudo, quanto para garantir a aplicação de um padrão decisório vinculante já formado – seja este último construído por decisão em outros recursos excepcionais, seja por outro meio de formação já elucidado.

A acepção que ora se propõe a analisar é aquela relativa à situação em que já há um padrão decisório formado, e houve inobservância de suas razões determinantes. Tal qual o procedimento de qualquer recurso excepcional, a análise de admissibilidade é feita pelo tribunal *a quo*, a saber, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, conforme previsão expressa do artigo 1.030, V, CPC.

Porém, nesse ponto reside uma crítica a ser feita ao atual sistema positivado, pois se observa uma limitação aos mecanismos de superação e de distinção de precedentes mediante recursos excepcionais. Isso porque o referido dispositivo normativo, ao estabelecer o juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, transfere para esse órgão a análise de existência de padrão decisório afeto ao tema¹⁴¹.

Ou seja, forçoso é reconhecer que qualquer recurso excepcional que trate de matéria já fixada como padrão decisório vinculante (por julgamento de recursos excepcionais repetitivos) terá seu seguimento negado, nos termos do artigo 1.030, I, b, CPC¹⁴².

¹⁴⁰ Ibid. Art. 932, V - V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

¹⁴¹ MACEDO, op. cit., p. 339.

¹⁴² BRASIL, op. cit., nota 57. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

Contra a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem que nega seguimento ao recurso excepcional em regra cabe agravo (previsto no artigo 1.042, CPC). Entretanto, o mesmo dispositivo normativo que prevê o instrumento recursal faz a ressalva de que é incabível em casos de ter sido a decisão proferida com base em entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos.

Na hipótese de irresignação relativa à decisão que nega seguimento ao recurso excepcional baseado em inobservância de precedente vinculante cabe apenas agravo interno, cujo órgão *ad quem* será o pleno ou o órgão especial do tribunal recorrido.

Diante disso conclui-se que o sistema recursal atualmente encontra uma fragilidade em sua execução. Claro que, diante desse cenário, o jurisdicionado poderá se valer do instituto da reclamação, à frente analisado. Entretanto, se impõe a ele o ônus de um novo pleito inicial, que é alheio ao processo anteriormente já provocado.

A segunda crítica que se faz, ainda tendo em vista o juízo de admissibilidade exercido pela instância de origem em relação ao recurso excepcional interposto sob alegação de inobservância de precedente vinculante, é a confusão entre análise de mérito recursal e de admissibilidade. Isso porque, uma vez admitido o prosseguimento do recurso em sede de juízo de admissibilidade, será definido pelo presidente ou vice-presidente dos tribunais intermediários que de fato houve padrão decisório com efeito vinculante não observado, o que é justamente o mérito do pleito recursal em si.

A distinção entre o paradigma e a decisão recorrida é o cerne da questão recursal, na hipótese em análise de aplicação de precedentes, pois é a partir desse juízo distintivo que se define se há relevância jurídica em eventuais diferenças fáticas, e esse juízo foi imputado aos tribunais intermediários, nas pessoas do presidente ou vice-presidente¹⁴³.

É imperioso ressaltar que, diante desse cenário, os tribunais superiores, emissores das decisões paradigma, portanto, só poderão realizar eventualmente o instituto de *distinguish* se da mesma forma os tribunais intermediários tiverem entendido antes, isto é, caso tenham entendido que não havia rigorosamente coincidência de matérias. E mais, nesse contexto fica difícil enxergar a possibilidade de *overruling*, uma vez que o recurso relativo à matéria do mesmo tema terá seu seguimento negado em sede de juízo de admissibilidade.

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

¹⁴³ MACEDO, op. cit., p. 344.

Considerando tais críticas, a doutrina sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.030¹⁴⁴, CPC, pois estaria sendo usurpada a competência constitucional das cortes superiores acerca de matérias constitucionais e federais, além da violação ao devido processo legal, também garantido pela Constituição¹⁴⁵.

O que se propõe, portanto, é uma interpretação conforme a Constituição da República, a ser aplicada no artigo 1.030, CPC. Deste modo, o juízo de distinção (ou juízo de identidade entre as causas) deve ser feito tão somente de modo assertivo, isto é, tão somente um juízo a fim de avaliar se os argumentos trazidos no pleito recursal já foram especificamente examinados em algum julgamento anterior da Corte Superior¹⁴⁶.

Poderia se construir um raciocínio aqui de aplicação analógica da Teoria da Asserção, que é aquela que preconiza a análise das condições da ação (legitimidade e interesse processual, elencadas no art. 17, CPC) conforme apresentado pelas partes, sem adentrar no mérito em um primeiro momento.

Asserção significa afirmação, e, conforme explica a doutrina, apesar de receber esse nome, não é exatamente uma Teoria, e sim uma técnica de análise. Deste modo, as condições da ação são examinadas com base nas afirmações sustentadas pelas partes, com um juízo hipotético de veracidade¹⁴⁷.

Caso ao receber a peça recursal, o órgão *a quo* realize um juízo de admissibilidade tão somente limitado a analisar à luz da asserção, não se incorreriam nos prejuízos evidenciados pelas críticas expostas, eis que os malefícios seriam afastados pela análise do mérito da identidade entre as causas restar preservado para avaliação pelo órgão *ad quem*.

Feitas tais críticas, após a decisão em sede de juízo de admissibilidade, os passos posteriores seguem as mesmas regras do julgamento dos recursos excepcionais.

Os embargos de divergência, por seu turno, de igual maneira não representam ineditismo do Código Processual Civil de 2015, e são cabíveis quando em sede de recursos excepcionais houver sido proferida decisão por órgão fracionário em confronto com acórdão paradigma do mesmo tribunal, conforme artigo 1.043, CPC.

A importância deste instrumento processual é por consistir em meio de preservar a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência do STJ e do STF, justamente pela efetividade na observação dos precedentes. Sua propositura é aceita quando se tratar de decisão

¹⁴⁴ Ibid., p. 356.

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 25. Art. 5º, LIV - LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁴⁶ MACEDO, op. cit., p. 360.

¹⁴⁷ CÂMARA, op. cit., 2018 a, p. 40.

exarada por órgão fracionário, e não é cabível contra decisão proferida por órgão que não seja fracionário, como a Corte Especial do STJ e o Plenário do STF. Isso porque, considerando a composição ser integral, as decisões por esses órgãos proferidas já traduzem o entendimento prevalecente, não havendo que se falar em divergência¹⁴⁸.

Em que pese o texto legal positivado no artigo 1.043, CPC se referir expressamente apenas aos recursos excepcionais (extraordinário e especial) para indicar o cabimento dos embargos em questão¹⁴⁹, vale salientar que há enunciado do Fórum Permanente de Processo Civil indicando também que, por interpretação sistemática, é forçoso reconhecer o cabimento em sede de agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário¹⁵⁰.

A novidade do atual diploma quanto ao recurso reside tão somente na especificação dos tipos de acórdãos comparados. Isto é, a novel carta processualista detalha que não caberão embargos de divergência quando se tratar de insurgência contra acórdão proferido por órgão fracionário apenas quanto à forma, ou seja, sem tratar do mérito, em que o paradigma também seja quanto a juízo de admissibilidade.

Desta maneira, a legislação em vigor especifica que caberão embargos de divergência quando ambos os acórdãos (embargado e paradigma) forem de mérito, bem como quando um for de mérito e o outro decidir pelo não conhecimento do recurso, desde que nessa decisão seja apreciada a controvérsia existente.

Ressalta-se que não serão cabíveis tais embargos com fundamento em pretensão paradigma que seja decisão monocrática. Isso porque uma decisão que não seja colegiada não tem o condão de representar dissídio jurisprudencial, um dos requisitos para o cabimento do recurso. Nesse sentido, já se manifestou o C. STJ, nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 154.021 – SP¹⁵¹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, estatuinto que:

¹⁴⁸ Ibid., p. 567.

¹⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 57. Art. 1.043. Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:
I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;
III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

¹⁵⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 230*. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial Nº 154.021 – SP*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1217053&num_registro=201202352179&data=20130319&formato=P DF. Acesso em: 03 nov. 2022.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA TRAZIDA COMO PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO, EM MATÉRIA PENAL, CONTRA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. ART. 28 DA LEI N. 8.038/90. CINCO DIAS. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO (QO NO ARESP 24.409/SP). DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não é possível a utilização de decisão monocrática como paradigma em embargos de divergência, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, ainda que se tenha analisado o mérito da questão controvertida. 2. A Terceira Seção desta Corte decidiu, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no Agravo em Recurso Especial nº 24.409/SP, que o prazo para a interposição de agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial, em matéria penal, é de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 28 da Lei n. 8.038/90, não havendo, portanto, qualquer divergência a ser sanada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Deste modo, resta evidente que o precedente persuasivo que consista em decisão monocrática possui diminuta força de persuasão, em comparação a decisões colegiadas que não sejam vinculantes. Mesmo as decisões não vinculantes possuem força persuasiva maior que uma manifestação monocrática, e isso resta evidenciado pela possibilidade de atuar como paradigma nos embargos de divergência, por exemplo.

3.2.2. Reclamação

De outro turno, a título de preservar a higidez das decisões dos tribunais, o ordenamento jurídico prevê o instituto da reclamação, que é uma ação de natureza autônoma, e possui assento constitucional. A sua importância para ser prevista na Carta da República advém justamente do fato de que, em última análise, representa um verdadeiro instrumento para a consecução dos fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, a garantia do acesso à Justiça, na sua concepção mais abstrata, a saber, à ordem jurídica justa, de maneira que a segurança jurídica impere.

Conforme dispõe os artigos 102, I, *l* e 105, I, *f*, ambos da CRFB¹⁵², a reclamação se presta para preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF e do STJ, respectivamente. No presente estudo será particularizado tão somente a segunda hipótese, isto é, aquela que se presta a garantir a autoridade das decisões.

Há previsão do artigo 103-A § 3º sobre o cabimento de reclamação para anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrarie súmula aplicável ou que indevidamente a aplique. Entretanto no presente estudo não será avaliada tais hipóteses de cabimento, eis que não são afetas ao tema ora estudado, a saber, precedentes judiciais.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 25.

Em novidade legislativa, o Código Processual em vigor incluiu a previsão de cabimento da reclamação também para os casos em que a decisão for proferida por tribunal de segunda instância (indo além da antiga previsão que se restringia tão somente àquelas proferidas em âmbito do STF ou STJ).

Deste modo, prevê o artigo 988, CPC¹⁵³, em seu segundo inciso, o cabimento da reclamação para a preservação de precedentes do tribunal (deixando a norma aberta para englobar todos os tribunais), e, em seu inciso IV, o cabimento da ação para a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, isto é, para garantia da aplicação de precedentes vinculantes.

Ou seja, a novidade reside, portanto, na possibilidade de reclamação de competência dos tribunais estaduais. Nesse ponto há que ser admitido que o diploma processual atendeu a uma necessidade imperiosa da sociedade jurídica, eis que, se é dada a competência aos tribunais estaduais para elaborar precedentes vinculantes como IRDR e IAC, é necessário que se municie também de instrumentos para aplicabilidade e controle.

Vale salientar que a reclamação não consiste em instrumento recursal, pois é uma demanda materializada em autos diferentes e independentes daqueles em que foi proferida a decisão reclamada. Não se presta a ser incidente processual, eis que é totalmente autônoma, não dependendo da existência de processo em curso para ser instaurada. Deste modo, a doutrina majoritária a conceitua como uma ação autônoma de conhecimento, de competência originária de tribunal¹⁵⁴.

A existência da reclamação é peça fundamental no sistema de precedentes atual, que ora vem tomando forma. Não que o instituto seja novo, pois como supracitado, já tinha lugar no ordenamento antes de 2015, mesmo que com pequenas diferenças.

Entretanto, é imperioso que se reconheça a vantagem desta forma de petição, que, ao contrário dos instrumentos recursais supracitados, não depende de juízo de admissibilidade do tribunal *a quo*. Como consequência, as preocupações sobre o juízo de identidade entre o caso que se refuta e o acórdão paradigma não existe aqui, já que a reclamação é apresentada diretamente no órgão de destino.

¹⁵³ BRASIL, op. cit., nota 58.

¹⁵⁴ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Reclamação no Âmbito do Cpc/2015 e sua Faceta de Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes. Reclamação no âmbito do CPC/2015 e sua faceta de controle da observância de precedentes judiciais vinculantes. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 21, n. 1, p. 155-176, jan./abr. 2019. p. 158.

Ademais, como pontua Guilherme Hartmann¹⁵⁵ em seu estudo sobre o tema, a reclamação funciona como uma dupla garantia, já que funciona como uma hipótese a mais, cabível inclusive concomitantemente com a interposição de recurso relativo à decisão que se questiona. Apesar de não haver previsão expressa sobre o assunto, em uma interpretação teleológica e sistemática se deduz que, em sendo o recurso provido, o pedido reclamacional perderia o objeto, deixando de ser analisado. O mesmo não ocorreria caso o recurso fosse indeferido, pois se manteria hígida a decisão outrora recorrida, objeto da reclamação.

Caso o prazo recursal decorra, transita em julgado a decisão, de modo que não há que se falar em cabimento da ação de reclamação, por mais que seja autônoma. É importante frisar que essa impossibilidade decorre de previsão legal específica (art. 988, § 5º, I, CPC), e não deve ser sucedâneo para dúvidas quanto à sua autonomia.

A razão de ser dessa regra decorre da soberania da coisa julgada, que é constitucionalmente protegida, expressamente elencada no artigo 5º, XXXVI, CRFB¹⁵⁶. Inclusive, a necessidade de segurança no sistema jurídico demandou essa proteção antes mesmo da atualização do código processualista de 2015. O E. STF já havia editado o verbete sumular (não vinculante) nº 734¹⁵⁷, que afirma, *in verbis*, não caber reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega que tenha desrespeitado decisão do STF.

O supracitado artigo 988, § 5º, CPC elenca em seu segundo inciso que, de igual modo, não cabe reclamação quando as instâncias ordinárias não houverem sido esgotadas em caso de violação de acórdão paradigma proferido em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

Salienta-se que não há recurso extraordinário que não possua repercussão geral, eis que esse é um dos requisitos de admissibilidade do recurso, tendo o legislador dito mais do que precisava. Em resumo, não cabe reclamação na pendência de vias ordinárias para impugnar decisões em sede de qualquer recurso extraordinário¹⁵⁸.

Nos casos de não cabimento de recurso nem tampouco de reclamação, é possível ser cabível uma terceira opção, a saber, a ação rescisória, a depender de presença ou não de circunstâncias específicas, que serão analisadas no próximo tópico.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 25.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas nº 734*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁵⁸ CÂMARA, op. cit., 2018 a, p. 494.

3.2.3. Ação rescisória

No esteio da linha aqui desenvolvida, a ação rescisória pode figurar como terceiro método de garantia da observância de precedente, podendo ser possível sua propositura em hipóteses em que não caibam mais meios recursais ou reclamação.

Caso a parte que questiona a decisão transitada em julgado tenha um direito fundamentado em decisões anteriores, consistentes em precedentes (vinculantes ou não), pode se valer da ação rescisória para desconstituir coisa julgada flagrantemente indevida. A ação rescisória será cabível tanto para fazer valer decisão precedente vinculante aplicável ao caso, quanto para fazer com que seja revista a aplicação de precedente não aplicável por haver hipóteses de distinção entre as situações analisadas (ou seja, haver razões para se realizar o *distinguish* entre a questão paradigma e a questão objeto do processo em curso). Essa segunda hipótese é prevista no artigo 966, §5º, CPC¹⁵⁹.

A doutrina se baseia nessa característica para dizer que a ação rescisória pode figurar como um triplo controle do sistema de precedentes. Nesse espeque, caso em determinado quadro fático coubesse reclamação, por vício na decisão, mas por infortúnio a decisão transite em julgado, não será mais possível a propositura do instrumento reclamacional, porém será possível a ação rescisória¹⁶⁰.

Vale salientar que esse não é o único caso de cabimento da ação rescisória. Esse instrumento pode ser usado a favor do sistema de precedentes, mas sua existência não se limita a tais casos. Por óbvio, este estudo particularizará a análise nessas hipóteses, porém é importante saber que apesar de servir ao sistema de precedentes, a ação rescisória não existe apenas nele.

Com previsão legal no artigo 966, CPC, a ação rescisória se presta a desconstituir decisão coberta pela coisa julgada (formal ou material), com eventual rejuízo da causa original. As hipóteses de incidência estão listadas no rol taxativo do artigo 966, CPC¹⁶¹, dentre as quais particularizar-se-á o estudo dos precedentes, elencado no inciso V do citado dispositivo.

¹⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 58. Art. 966 § 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.

¹⁶⁰ HARTMANN, op. cit., p. 158. Após o trânsito em julgado, estará erguida a possibilidade de impugnação mediante ação rescisória, possivelmente quanto ao mesmo vício que poderia ter sido tratado antes em sede reclamacional desde que configurado um dos fundamentos de rescindibilidade compatíveis à hipótese (v.g. art. 966, II; e V, § 5º, CPC), o que compõe, pode-se dizer então, uma tripla via de controle ofertada ao interessado.

¹⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 58. Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

Em relação à sua previsão normativa, há que se reconhecer que o precedente vinculante e a súmula vinculante (esta última que se menciona apenas para elucidação, apesar de não ser o tema específico deste trabalho) constituem verdadeiras normas jurídicas. Desta forma, a ação rescisória fundamentada em violação à precedente vinculante (ou à súmula vinculante) tem respaldo legal no citado inciso.

Teses firmadas em precedentes são fruto de interpretação jurídica atribuída a textos normativos, e constituem vetores interpretativos a nortear as próximas interpretações, razão pela qual não se pode deixar de atribuir o status de norma jurídica.

Ademais, conforme ensina a doutrina, ainda que não fossem consideradas as teses judiciais em si como normas jurídicas, mesmo assim uma violação a elas se subsumiria à condição de violação à norma jurídica, eis que poderia ser indicada, em última análise, a violação à norma positivada que determina a observação dos precedentes vinculantes¹⁶².

Por fim, ainda sobre a adequação do inciso V do artigo 966, CPC, em derradeiro argumento, infere-se também que o próprio parágrafo quinto do dispositivo interpreta o inciso V englobando acórdãos vinculantes e súmulas ao determinar expressamente o cabimento de rescisória para o padrão decisório mal aplicado. Ora, se demonstraria irrazoável o fundamento ser o inciso V para o padrão decisório mal aplicado, e não o ser para o padrão decisório aplicável não aplicado.

Acrescenta-se, ainda, o argumento de que o próprio legislador inseriu propositalmente o termo “norma jurídica”, em lugar do dispositivo anterior que se referia à “lei”¹⁶³. Nota-se que

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

¹⁶² CÂMARA, op. cit., 2018 a, p. 473. Nesse sentido, o autor cita: “É que essas teses firmadas são resultado de interpretações atribuídas a textos normativos e, portanto, são normas jurídicas. Ainda que assim não se considere, porém, e se afirme (equivocadamente, mas se enfrenta o ponto aqui apenas para argumentar) que a afronta ao precedente vinculante (ou ao enunciado de súmula vinculante) não é violação à norma, ainda assim será preciso considerar rescindível a decisão judicial, pois terá sido violada a própria norma atributiva da eficácia vinculante a tais precedentes e enunciados de súmula. É que, como já se viu, no sistema jurídico brasileiro (diferentemente do que se tem nos ordenamentos ligados à tradição do *common law*), a eficácia vinculante de enunciados de súmula vinculante e de alguns precedentes judiciais resulta diretamente de previsão normativa (constitucional ou legal) e, por conta disso, o desrespeito a tal eficácia vinculante implica violação de norma jurídica.

¹⁶³ NEVES, op. cit., p. 1.467.

o Código de Processo Civil anterior, a saber, o de 1973, trazia a possibilidade de ação rescisória em casos de violação à lei, conforme art. 485, V, CPC de 1973¹⁶⁴.

Deste modo, é perceptível que o ordenamento se preocupou em garantir a aplicação dos precedentes vinculantes nos casos em que são cabíveis, bem como a não aplicação em casos que sejam indevidos. Para tanto, garantiu meios instrumentais eficazes e práticos, com a positivação dos precedentes vinculantes inclusive como causa motivadora para desconstituição da coisa soberanamente julgada.

Isso é significativo para um sistema de tradição de *civil law*, pois demonstra a ponderação entre a segurança jurídica protegida pelo instituto da coisa julgada, uma das máximas do direito moderno, e a obrigatoriedade da boa aplicação dos precedentes, como uma nova forma.

Por fim, pontua-se pequena crítica que se faz à previsão normativa de ação rescisória no tocante ao sistema de precedentes, em relação à obrigação imposta pelo artigo 966, § 6º, CPC. A previsão de ônus específico do autor da ação para provar a diferenciação entre o caso paradigma e o caso julgado, ou a existência de questão jurídica não analisada quando do julgamento que se propõe rescindir nem precisaria ser positivada como causa ensejadora de inépcia da inicial, eis que esses dois fundamentos são justamente as possíveis causas de pedir da ação rescisória.

Desta maneira, o legislador disse mais do que era necessário, considerando que a simples previsão do art. 330, § 1º, I, CPC já elenca as possibilidades de inépcia da inicial, englobando as hipóteses de ausência de causa de pedir.

¹⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

CONCLUSÃO

Diante do estudo desenvolvido neste trabalho, se observa que, apesar de muitas críticas possíveis de se fazer ao microsistema de precedentes, há muitas vantagens na sua organização sistematizada.

Com base no cotejo do atual modelo com o antigo, é possível aferir que não há que se falar em transformação do sistema de *civil law* para o sistema de *common law*. Pelo contrário, com as diversas abordagens dos institutos e dos seus meios de proteção e efetivação, o que resta notório é o compromisso com os ideais balizadores da tradição civilista desde os seus primórdios, como maior exemplo a segurança jurídica.

Como visto, desde o Código Napoleônico, que se prestava a normatizar todas as possibilidades concretas do mundo fático, a maior preocupação era a segurança jurídica. Considerando que na Revolução Francesa uma das metas de combate era o poder da aristocracia nas atividades jurisdicionais, de modo que uma das metas da *civil law* era enfraquecer o poder discricionário do juiz, trazendo a ideia de “juiz mera boca da lei”, conclui-se que a positivação do sistema de precedentes busca uma forma de controle dessa aplicação jurisprudencial.

Em uma comparação ainda que breve com outros sistemas, a desvantagem da composição da corte do Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro ter base política não é um impedimento para um sistema exitoso, eis que foi feito o cotejo com o modelo norteamericano e a composição da Corte Suprema americana também é política, não ocasionando prejuízo significativo apurado neste estudo.

Ademais, ainda nessa dicotomia entre as tradições clássicas, outra crítica debatida foi a transposição do encargo da argumentação jurídica, que no sistema da *civil law* sempre foi um ônus a ser dividido entre as partes do processo. A preocupação seria que, com a positivação do microsistema de precedentes ele fosse totalmente transposto à parte que pretender comprovar distinção entre sua situação e algum precedente. Entretanto, o que se observa nas regras positivadas no atual Código Processual Civil é a divisão desse ônus com os próprios órgãos julgadores, pois cabe ao juízo sustentar a pertinência do caso paradigma (ou a sua superação, ou a distinção dos casos).

Em comparação com países de tradição romana, se observa que a aplicação de precedentes com efeitos vinculantes a casos semelhantes se inspirou também e principalmente em sistemas e corolários tradicionalmente pertinentes ao sistema da *civil law*, de modo que os ideais que estão sendo perseguidos mantêm o foco em influências que historicamente sempre

foram referências para o modelo brasileiro, como a escola Alemã e a Italiana, que, como visto, têm seus sistemas de aplicação de precedentes.

Com a positivação e sistematização de precedentes se torna clara a limitação de discricionariedade dos julgadores ao evocarem precedentes. A uma porque o rol de precedentes vinculantes é taxativo – para a corrente majoritária na doutrina, a qual este trabalho se filia, de modo que tudo o que não for expressamente previsto como vinculante poderá ser, no máximo, persuasivo – sem obrigatoriedade de vinculação. A duas porque a forma de aplicação fica restrita àquela prevista – com as limitações de *distinguish*, *overruling*, sendo previstos mecanismos de controle da observância dos precedentes, com base no tripé de sistema recursal, reclamação e ação rescisória.

Então, o que se conclui é a coerência do sistema da *civil law*, que se mantém hígido na preocupação em traçar diretrizes positivadas e bem definidas para a interpretação das normas jurídicas de forma equânime e isonômica, prestigiando assim a igualdade, que é um dos ideais da Revolução Francesa, grande pilar dos modelos jurídicos de tradição romana.

Inclusive, podem ser observados os mesmos preceitos norteadores da referida revolução na atual normatização do microssistema de precedentes, pois como foi debatido, um dos objetivos é justamente combater o poder discricionário dos julgadores e manejadores do Direito na era do neoconstitucionalismo, com a vigência de princípios não necessariamente escritos. O que impera no contexto pós-positivista, pós 2ª Guerra Mundial, é a priorização de valores morais e éticos ao se interpretar as normas postas.

O que se observa é que, ao contrário do que se pode pensar em uma primeira ótica, a normatização do sistema de precedentes preserva ainda mais as bases codificantes clássicas dessa tradição, para limitar essa interpretação judicante.

Ademais, acerca da crítica quanto à formação dos precedentes, há que ser reconhecido que, de fato, há países com tradição civilista com um sistema de precedentes de forma totalmente distinta do caso brasileiro. Isso porque a jurisdição no Brasil é una e centralizada, enquanto em países como a França há tribunal que apenas julga direito em tese, e não o direito do caso concreto.

Essa distinção faz com que no caso brasileiro haja menos homogeneidade na produção jurídica e observância dos casos análogos. Uma dificuldade territorial, é, ainda, a dimensão continental do país, ensejando que, a título operacional, a jurisdição seja dividida em muitos tribunais apartados. Dentro de um mesmo país há diversas tradições culturais coexistindo, de

modo que os diferentes tribunais acabam tendo peculiaridades típicas de cada região, muitas vezes expressando tais diferenças por meio dos posicionamentos jurisdicionais.

Daí resultam entendimentos diferentes entre os tribunais estaduais, e a necessidade de atuação do tribunal de superposição, que define questões divergentes, fixando como paradigma uma determinada interpretação, a qual passará a vincular todos eles.

Desta forma, pondera-se que, longe de ser uma aproximação com a tradição anglo-saxã, a valorização e criação normativa do sistema de precedentes é meramente a evolução da *civil law*, baseada nas experiências boas e ruins que a matéria já vinha experimentando, antes mesmo de ser normatizada enquanto microssistema. Fatores específicos levaram a essa evolução, desde a globalização, grandes navegações até a explosão atual de tecnologia.

Portanto, pode ser afirmada que a medida de intensidade da importação da técnica de vinculação dos efeitos de decisões precedentes é média. Não há que se falar em importação máxima, pois a forma de aplicação nos países de tradição anglo-saxã é orgânica, considerando que a base daquele sistema é consuetudinária, de forma radicalmente diferente do Brasil. De igual modo, não há que se falar, por seu turno, em grau mínimo, tendo em vista que, de fato, a prática de conferir poder norteador à decisão judicial pretérita não existia em grau algum nos primórdios do sistema de *civil law*, e foi desenvolvida por influência da prática sedimentada por séculos nos países de *common law*.

Mediante uma observação do alcance e extensão do referido modo de julgar na técnica ora vigente no sistema brasileiro, pode ser constatado que a preocupação é com a uniformização, de modo que o alcance é relativo a todos os órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior àquele que proferiu a decisão paradigma, e a extensão se restringe aos motivos determinantes, o que traz coesão ao microssistema.

Quanto ao cotejo de vantagens e desvantagens da aplicação de precedentes, resta certo que, apesar de melhorias que podem ser feitas, as vantagens preponderam. Apesar de a atual codificação processualista civil já contar com uma média de cinco anos de vigência, a aplicação de precedentes é um instituto que ainda pode ser chamado de novo, pelo seu caráter inovador enquanto universo sistematizado. Desse modo, é uma seara com espaço para implementação de melhorias.

É importante salientar que uma das constatações às quais este trabalho chegou é exatamente a de que já existia a aplicação de precedentes com determinado grau de vinculação, como, por exemplo, os assentos dos Tribunais de Comércio, e a decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, dentre outros. Entretanto, o ineditismo se encontra na sistematização.

E a positivação e regramento dessas formas de aplicação dos precedentes foi uma resposta do Poder Legislativo frente à evolução da sociedade.

Em contraponto, é possível ser observada a preocupação do ordenamento jurídico em não inovar quanto às bases do sistema clássico, tomando-se como exemplo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da vedação ao julgamento de direito em tese, considerando o não cabimento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas fora do âmbito de algum processo em curso no tribunal, conforme exposto no tópico 2.4.1 deste trabalho.

Quanto ao método de criação, observa-se que, como nos demais casos, as decisões judiciais encontram legitimidade na fundamentação do julgamento, que é inclusive mais minucioso na hipótese de formação de precedente vinculante. Desta forma, não há que se falar em ilegitimidade do Poder Judiciário para traçar diretrizes às quais ele mesmo poderá ser obrigado a seguir, até que dela se discorde fundamentadamente realizando-se a superação – total ou parcial, ou que se demonstre a divergência entre acórdão paradigma e o caso em questão. Nesse aspecto, o legislador se preocupou inclusive em acrescentar a possibilidade de uma ampliação do contraditório e da ampla defesa, existindo, assim, a possibilidade de diversas participações relevantes como a do *amicus curiae*, do Ministério Público, e até mesmo a da sociedade, através das audiências públicas.

Resta patente, ainda, que, diante dos mecanismos concretos para garantia de sua criação e controle de sua aplicação, o microssistema tem muitos pontos passíveis de implementação de melhorias.

A exposição da técnica de identificação de casos em que não deve haver a incidência de aplicação de precedentes no julgamento evidenciou a necessidade do debate entre a linha tênue de necessidade de uniformizar o ordenamento, sem, contudo, desconsiderar a necessidade de não o engessar. Tome-se como exemplo a hipótese de distinção entre os casos paradigma e paragonado. Essa é uma perfeita demonstração de como no direito brasileiro os precedentes têm preenchido lacunas normativas: é decisão do Superior Tribunal de Justiça que cristalizou na prática forense o cabimento de regra positivada de distinção expressamente para casos de recursos excepcionais, a fim de que incidam também nos casos de ações suspensas por serem afetas a IRDR em curso, conforme debatido no item 2.5 do presente estudo.

Outro indício de necessidade de maior regulamentação pode ser observado também na hipótese da superação dos entendimentos, eis que sua previsão é genérica no atual código, não havendo limites para a revisão das decisões pela própria corte. O perigo é que tribunais e cortes do país alterem o seu próprio entendimento em um curto lapso temporal, ou, pior, se valham

dessa possibilidade como um instrumento para modular as hipóteses em que incidiria ou não a norma consignada através de precedentes vinculantes.

Deste modo, pontua-se que é necessária a preocupação com um regramento para que sejam estabelecidos padrões mínimos para uso coerente da técnica, a fim de evitar decisões que promovam a distinção por meio de interpretações subjetivas dos contextos fáticos, desprezando a coerência e a integridade do sistema.

Com relação aos instrumentos processuais garantir a aplicação de um padrão decisório vinculante já formado, o juízo de admissibilidade dos recursos no microsistema deve ser repensado, principalmente no caso dos recursos excepcionais, para que o mérito da coincidência entre os pedidos principal e paradigma seja analisado tão somente pelo órgão *ad quem*. Isto é, urge que não se adiante o mérito para o referido momento do juízo de admissibilidade, como extensamente debatido neste trabalho.

Um mundo conectado virtualmente, com influências digitais cada vez mais expressivas, torna maior a facilidade de troca de dados e informações entre os órgãos jurisdicionais, de modo que a maior influência recíproca era inevitável, e é importante não deixar a ponderação desses critérios de aplicação à discricionariedade de cada tribunal ou juízo. Então, ao contrário de se afastar de suas raízes, o sistema civilista honrou a tradição positivista e criou um microsistema com garantias de criação, controle de aplicação, e previsão expressa de cabimento. Como se denota dos exemplos citados, há ainda espaço para maiores criações normativas positivadas, o que indica que de fato o legislador se preocupou em não engessar o ordenamento, e buscar esse equilíbrio é a pedra de torque de um sistema exitoso.

Conclui-se, portanto, pela compatibilização do microsistema com a atual ordem jurídica brasileira, e sustenta-se que ainda é plenamente possível caracterizar o sistema jurídico brasileiro na tradição da *civil law*, eis que não houve desvirtuamento do modelo em vigor.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica - Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Mutação Constitucional*. Versão Online. Disponível em: <https://inverbis.com.br/wp-content/uploads/2020/08/12-MUTA%C3%87%C3%83O-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRAGA, Suelim Iasmine dos Santos. *A intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Disponível em: https://issuu.com/esmpgo/docs/12-artigo4ok_layout_1. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2022.
- _____. *Lei n° 5.869/1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em 02 jan. 2022.
- _____. *Decreto-Lei n° 5.452/1943*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07 jun. 2022.
- _____. *Lei n° 10.406/2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 02 jan. 2022.
- _____. *Lei n° 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 02 jan. 2022.
- _____., Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132-RJ*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 02 jan. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.277-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 02 jan. 2022.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed ver atual. São Paulo: Atlas. 2018.
- _____. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas. 2018.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *O Conselho Constitucional Francês*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21710/o-conselho-constitucional-frances>. Acesso em 19 fev 2022.

CARDOSO, Oscar Valente. A relevância dos precedentes para a eficiência da Justiça no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 92-97, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/233/1/A%20relev%C3%A2ncia%20dos%20precedentes%20para%20a%20efici%C3%A2ncia%20da%20Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, et al. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. et al. (coord.). *Precedentes*. “Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência”. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Americana. *Jane ROE, et al., Appellants, v. Henry WADE*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>. Acesso em: 02 ago 2022.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2022. [versão PDF].

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Reclamação no âmbito do CPC/2015 e sua faceta de controle da observância de precedentes judiciais vinculantes. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 21, n. 1, p. 155-176, jan./abr. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão online. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2022.

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

MACEDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. CUNHA, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Coord.) Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpcao. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Roberto. *Da súmula à súmula vinculante*. RT 879/1-2. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista32e33/revista32e33%20%20ROBERTO%20ROSAS%20-%20Da%20S%C3%BAmula%20Vinculante.pdf>. Acesso em 02/01/2022. Acesso em: 02 jan. 2022.

SANTOS, Claudio Moreira dos. *A aplicação do sistema de precedentes judiciais segundo o Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2017.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Revista e atualizada de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em: 11 jan. 2022.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed Rev, atual. e ampliada. São Paulo: Juspodium, 2018.

VIEIRA, Tamires Rocha Melo. *Técnicas de padronização de julgamento e as formas de superá-las e confrontá-las*. Monografia apresentada em ao Colegiado de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como um dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Mestra Marina França Santos. Disponível em: https://www.academia.edu/35479186/T%C3%89CNICAS_DE_PADRONIZA%C3%87%C3%83O_DE_JULGAMENTO_E_AS_FORMAS_DE_SUPER%C3%81_LAS_E_CONFRONT%C3%81_LAS. Acesso em: 07 jun. 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. “Precedentes e evolução do Direito”. São Paulo: RT, 2012.