



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ANSELMO MOREIRA GONZALEZ

**REPETITIVOS OU “INEDITIVOS”?
ESTUDO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEDENTE
VINCULANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE
RECURSOS ESPECIAIS**

Brasília-DF 2019

ANSELMO MOREIRA GONZALEZ

REPETITIVOS OU “INEDITIVOS”?
ESTUDO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEDENTE
VINCULANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE
RECURSOS ESPECIAIS

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP), como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre
em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Brasília-DF, 2019

ANSELMO MOREIRA GONZALEZ

REPETITIVOS OU “INEDITIVOS”?

**ESTUDO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEDENTE
VINCULANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE
RECURSOS ESPECIAIS**

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP), como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito Constitucional

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
Orientador

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Examinador interno

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Examinador externo

A meu pai, Antônio, meu passado,
à minha esposa, Giselle, meu presente,
e a meus filhos, Murilo e Marina, meu futuro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, acima de tudo e todos.

Aos meus pais, Antônio Gonzalez Lima, em memória, e Maria Moreira Gonzalez, pois a criação que me deram amoldou meu caráter e me concedeu a determinação e a perseverança para superar os obstáculos e desafios da vida. Não há um dia sequer em minha vida que não penso em vocês.

Aos meus irmãos, Vagner Moreira Gonzalez, Isabel Moreira Gonzalez, e a meu tio, Arnaldo Fernandes de Souza, por sempre acreditarem, incentivarem e torcerem pelo meu sucesso nos estudos e na vida.

À minha amada avó, Maria Fernandes de Souza Gonzalez, em memória, por todo o amor e carinho que compartilhamos mutuamente. Minha segunda mãe. Seguramente, uma das mulheres que mais me amou no mundo e que eu mais amei em retorno.

Ao meu orientador, professor, doutor, Luiz Rodrigues Wambier, pela orientação nessa dissertação e por todos os ensinamentos que me transmitiu tanto em sala de aula, como fora dela. Um ser humano fantástico, humilde, generoso e sábio. Detentor de um conhecimento jurídico sem igual. Uma pessoa a quem nutro uma especial e profunda admiração e a quem hoje muito me sinto lisonjeado por poder chamar de amigo.

Aos meus gestores, Andressa Santoro Angelo, Daniel Sposito Pastore, Luis Vicente De Chiara, Jose Virgílio Vita Neto e Leila Cristiane Barboza Braga de Melo, pela confiança a mim depositada, por todo o apoio e incentivo em meu crescimento acadêmico, por todas as oportunidades profissionais que me foram oferecidas, pelos desafios jurídicos que superamos juntos, pelos ensinamentos e por todas as experiências profissionais que compartilhamos.

Agradeço ainda aos meus muitos amigos que na caminhada da vida tanto contribuíram com a minha formação e, por todos, agradecerei em especial a dois.

Fernando Torreão de Carvalho, sem dúvida, um dos grandes incentivadores do meu mestrado, amigo para toda hora e para a vida toda. Profissional competente,

coração de ouro. Sua generosidade e companheirismo contribuíram muito para que eu me sentisse bem, mesmo tão longe de casa, durante as aulas do mestrado em Brasília.

Konstantinos Jean Andreopoulos, que além de muito admirar pelo seu caráter, foi o responsável por me convidar, há 10 anos, para com ele fundar uma gerência jurídica voltada à atuação perante os Tribunais Superiores. Aceitar seu convite foi a escolha que mudou significativamente, e positivamente, o rumo da minha carreira e, sem dúvida alguma, sem ele, e os trabalhos que fizemos juntos, não teria me tornado o profissional que sou hoje.

Finalmente, agradecimentos mais do que especiais aos meus sogros, José Luiz Moda e Aparecida Donizetti dos Santos Moda, por todas as vezes que nos apuros e apertos estenderam a mão a minha esposa e a mim, sem nunca pestanejarem. Sem a ajuda preciosa deles dois, figuras carinhosas, que zelam pelo bem-estar da minha família o tempo todo, eu jamais teria conseguido me dedicar ao mestrado. Meu mais sincero agradecimento, do fundo do coração, por tudo.

Ao amor da minha vida, minha esposa, amada companheira, Giselle dos Santos Moda Gonzalez, a quem dedico integralmente esse trabalho. Não há palavras suficientes para conseguir expressar tamanha gratidão que tenho por ela, em razão de tudo o que já passamos e construímos juntos. Meu porto seguro, meu refúgio, meu ponto de equilíbrio. A maior incentivadora do meu crescimento pessoal e profissional, protagonista da minha história e responsável pelos melhores momentos da minha vida, dentre eles, a dádiva da paternidade dos meus lindos filhos, Murilo e Marina, fontes do meu maior orgulho e razões da minha existência.

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas.

Ronald Dworkin

RESUMO

A mais recente medida do legislador brasileiro para conferir maior eficiência, celeridade e previsibilidade aos pronunciamentos jurisdicionais prestados pelo Poder Judiciário veio com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que, valendo-se de inspirações do *stare decisis* do *common law* inglês e resgatando das raízes históricas os ideais outrora perseguidos pelos assentos em Portugal, instituiu no ordenamento jurídico processual um sistema de precedentes, por meio do qual os motivos determinantes dos acórdãos proferidos em incidentes uniformizadores de jurisprudência passaram a ter de ser observados obrigatoriamente pelos magistrados quando forem decidir casos futuros. Os precedentes vinculantes encontram respaldo constitucional nos princípios da igualdade, da legalidade, da celeridade e do acesso à justiça, fomentam o desenvolvimento nacional e não atentam contra a independência funcional do magistrado, nem contra o princípio da legalidade e da divisão dos poderes. A tese firmada em recurso especial repetitivo, especificamente, representaria ainda uma ferramenta hábil a permitir que o Superior Tribunal de Justiça exerça com eficiência a sua função constitucional de uniformizar a jurisprudência no país. Porém, para atingir tal desiderato, é de fundamental importância que os julgamentos dos recursos especiais repetitivos guardem relação com os argumentos jurídicos carreados aos autos do recurso selecionado, bem como estejam em sintonia com o romance em cadeia estabelecido pelos julgados antecedentes, sobretudo do próprio Superior Tribunal de Justiça, sob pena de inviabilizar o controle democrático sobre os motivos determinantes que conduzem à formação do precedente e atentar contra a integridade do direito e o ideal de uniformização de jurisprudência, que deveria pautar a conduta constitucional da Corte Superior.

Palavras-chave: Precedente. Recurso especial repetitivo. Superior Tribunal de Justiça. Integridade. Segurança jurídica. Motivos determinantes. Uniformização da jurisprudência.

ABSTRACT

The most recent measure of the Brazilian legislator to give greater efficiency, celerity and predictability to the jurisdictional pronouncements rendered by the Judiciary was the promulgation of the Civil Procedure Code on 2015, which included in the legal system a precedent system, inspired on the stare decisis of the English common law and on the purposes formerly pursued by assentos in Portugal, which states that the main reasons taken into consideration in a judgment which has the power to standardize jurisprudence must be observed in future cases by judges. Binding precedents, which are generally based on the constitutional principles of equality, legality, celerity and access to justice, promote national development and do not undermine the functional independence of the magistrate, nor against the principle of legality and division of powers. The judgment of special repetitive appeal, specifically, represents a useful tool to enable the Superior Court of Justice (STJ) to efficiently exercise its constitutional function to standardize the jurisprudence in Brazil. However, in order to achieve such goal, it is extremely important that the judgment of repetitive special appeals takes into consideration the legal arguments brought to the selected special appeal, as well as is aligned the with main reasons that gave rise to a decision in the prior judgment (Dworkin's theory of chain novel), and the Superior Court of Justice itself should take such aspects into consideration, otherwise the democratic control over determining motives may not be viable which may undermine the integrity of law and the ideal of uniformity of jurisprudence that should guide the constitutional conduct of the Superior Court of Justice.

Keywords: Precedent. Repetitive special appel. Superior Justice Tribunal. Integrity. Legal certainty. Determining motives. Uniformity of jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS QUE INFLUENCIARAM A ADOÇÃO DE JULGAMENTOS VINCULANTES NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO PÓS-CONSTITUINTE DE 1988.....	14
1.1. O <i>common law</i> inglês e o <i>stare decisis</i>	15
1.1.1. O precedente como ilustração (<i>case law</i>)	15
1.1.2 O precedente como persuasão (<i>declaratory theory of law</i>).....	17
1.1.3 O precedente como vinculação (<i>binding precedents</i>)	19
1.2. O instituto dos assentos no Direito português	24
1.3. Evolução do processo civil no Brasil pós-Constituinte de 1988.....	32
1.3.1. Da promulgação da CF/88 até a edição da Emenda Constitucional 45/2005.....	32
1.3.2. Da Emenda Constitucional 45/2005 até o Código de Processo Civil de 2015.....	34
1.3.2.1. Sistemática dos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C/CPC/73	35
1.3.2.2. Problemas observados na dinâmica dos recursos repetitivos pela sistemática do art. 543-C/CPC/73	37
1.3.2.2.1. A afetação monocrática pelo ministro do STJ	37
1.3.2.2.2. O sucedâneo recursal para demonstração do <i>distinguishing</i> em face da decisão que inadmite o recurso especial.....	39
1.3.2.2.3. A não suspensão dos recursos especiais autuados perante o STJ	40
1.3.2.2.4. O efeito persuasivo do repetitivo.....	43
1.3.3. Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.256/16)	45
1.3.3.1. Precedentes ou Pronunciamentos vinculantes?	48
1.3.3.2. Sistemática dos recursos especiais repetitivos pelo art. 1036 a 1041, do CPC/15.....	51
1.3.3.3. Peculiaridades da dinâmica dos recursos repetitivos, pela sistemática do art. 1036, CPC/15	53
1.3.3.3.1. A afetação colegiada do STJ	53
1.3.3.3.2. O sucedâneo recursal para demonstração do <i>distinguishing</i> em face da decisão que inadmite o recurso especial.....	55
1.3.3.3.3. O efeito vinculante do repetitivo.....	58
1.3.3.3.4. Preservação do direito à distinção e à superação do precedente vinculante	59
2. A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	61
2.1. Respeito ao princípio da igualdade.....	61
2.2. Acesso à justiça como garantia de íntegra e célere prestação jurisdicional	64
2.3. Desenvolvimento nacional	68
2.4. A independência funcional do magistrado	69
2.4.1. A integridade do Direito para Ronald Dworkin.....	72
2.4.2. Confusão entre independência funcional do magistrado e discricionariedade judicial	76

2.4.3. A teoria estruturante de Friedrich Müller	79
2.4.4. O importante papel do magistrado em um sistema jurídico de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores	82
2.5. Respeito ao princípio da legalidade	86
2.6. Princípio da separação dos poderes do Estado Democrático de Direito	89
3. A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO STJ E O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	95
3.1. A função constitucional do STJ	95
3.2. Repetitivos ou 'Ineditivos'?	101
3.2.1. O problema do ineditismo quanto às pretensões e argumentos jurídicos expostos no recurso especial afetado	102
3.2.1.1. Confronto com a regra constitucional do prequestionamento	102
3.2.1.2. Violação da regra legal de seleção de casos a serem submetidos a julgamento repetitivo	104
3.2.1.3. Desconsideração da importância do papel do <i>amicus curiae</i> e do Ministério Público no julgamento repetitivo	108
3.2.1.4. Confronto com o princípio do contraditório e do devido processo legal	108
3.2.1.5. Óbice à transparência da formação dos motivos determinantes do julgamento repetitivo	109
3.2.1.5.1. Transcendência dos motivos determinantes	110
3.2.1.5.2. O princípio da fundamentação como mecanismo institucional para assegurar a transparência dos motivos determinantes	112
3.2.2. O problema do ineditismo quanto à jurisprudência até então estabelecida pelo STJ	115
3.2.2.1. Incompatibilidade com o papel reservado ao STJ pela Constituição Federal, e com as regras dispostas no CPC/15	116
3.2.2.2. Desconformidade com o caráter dialético e democrático da construção do Direito ...	118
3.2.2.3. Violação ao princípio da celeridade processual	120
3.2.2.4. Violação ao princípio da separação dos Poderes	123
3.2.2.5. Desrespeito ao princípio de integridade do direito	125
3.3 Estudo de caso	127
3.3.1. RESP repetitivo n. 1.243.887/PR – Abrangência da Ação Civil Pública	127
3.3.1.1. O caso concreto	127
3.3.1.2. Julgamento de mérito sobre a tese afetada	129
3.3.1.3. Julgamento sobre a tese NÃO afetada	132
3.3.1.4. Conclusão do estudo do REsp repetitivo nº. 1.243.887/PR	136
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Com a intenção de aumentar a eficiência e a celeridade do Poder Judiciário e a previsibilidade e uniformização da jurisprudência, o processo civil brasileiro vem sofrendo sucessivas reformas nas últimas décadas.

Dentre as mudanças mais sensíveis, houve a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, e das consequentes Leis 11.418/06 e 11.672/08, que implementaram, no ordenamento processual civil, a sistemática de julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, perante o Supremo Tribunal Federal, e dos recursos especiais repetitivos, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em comum, ambos os sistemas representavam métodos de julgamento por meio dos quais os Tribunais Superiores passaram a ser autorizados a selecionar um recurso sobre determinada questão controvertida, observada em múltiplos casos, e a proferir um julgamento objetivo, firmando uma tese jurídica que, doravante, representaria a posição da Corte sobre aquela determinada questão de direito.

Recentemente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.256/16), foi conferida eficácia vinculante aos pronunciamentos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos recursos especiais repetitivos e dos recursos extraordinários com repercussão geral, respectivamente, além de terem sido criados novos incidentes de uniformização de jurisprudência, com igual efeito vinculante em seus julgamentos, tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência.

Como reflexo do efeito vinculante atribuído a tais pronunciamentos judiciais, os magistrados passaram a ser obrigados a decidir os casos que lhe fossem submetidos em sintonia com o quanto estabelecido em precedente vinculante, sempre que identificassem semelhanças entre os argumentos fáticos e jurídicos dos casos concretos com o precedente paradigma.

Dado esse maior empoderamento dos precedentes, e todos os seus consequentes reflexos no ordenamento jurídico processual, não tardou surgirem, entre os operadores do direito, dúvidas a respeito do uso dos precedentes

vinculantes na prática forense, ilações a respeito de uma pretensa aproximação do sistema brasileiro ao sistema do *common law*, que notoriamente é afeto ao uso de precedentes na aplicação do direito – a despeito de o Brasil ser um país tradicionalmente de sistema de *civil law* – e, sobretudo, questionamentos de ordem constitucional, levantando dúvidas a respeito da compatibilidade entre esse sistema de pronunciamentos vinculantes com os dispositivos e princípios dispostos na Constituição Federal.

Com enfoque nos recursos especiais repetitivos, o objetivo desta dissertação será o de investigar se haveria, ou não, respaldo constitucional para o Superior Tribunal de Justiça poder proferir precedentes vinculantes, por meio do julgamento de recursos especiais, e, em que medida, esse respaldo permitiria o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um recurso repetitivo, estabelecer um precedente vinculante versando sobre tese jurídica inédita – o ineditismo aqui considerado tanto com relação aos argumentos jurídicos e pretensões formuladas nos autos do recurso especial selecionado, quanto com relação à jurisprudência até então estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para atingir esse objetivo, inicialmente iremos investigar a evolução histórica de dois modelos jurídicos estrangeiros de precedentes vinculantes que muito influenciaram o atual sistema brasileiro: o *stare decisis*, do *common law* inglês, e o assento, do Direito Português. Embora ambos os sistemas sejam bastante diferentes entre si, estudar suas particularidades e, sobretudo, suas evoluções históricas em muito contribuirá para a compreensão das particularidades do sistema brasileiro.

Na sequência, traçaremos a linha evolutiva recente que o processo civil brasileiro trilhou nos últimos trinta anos em busca de maior efetividade da prestação jurisdicional e da uniformização da jurisprudência, desde a Assembleia Constituinte de 1988 até os dias atuais, passando pela importante reforma processual civil de 2015 e estabelecendo, oportunamente, as particularidades que o sistema de julgamentos dos recursos especiais repetitivos detinha sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e as marcantes características que passou a ter com a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Avançando para as investigações constitucionais, primeiro, dedicaremos um capítulo a abordar os principais dispositivos e princípios constitucionais que fundamentariam, ou obstaríam, o pronunciamento de precedentes vinculantes por parte do Poder Judiciário, passando por pontos bastante sensíveis, tais como uma proposta de releitura atualizada sobre o conceito de “acesso à justiça” e uma abordagem pós-positivista sobre a atividade jurisdicional desempenhada pelo magistrado, em maior sintonia com as teorias jurídicas de interpretação do direito dos jusfilósofos, Ronald Dworkin e Friederich Muller.

Superadas as investigações constitucionais mais abrangentes a respeito dos precedentes vinculantes emanados pelo Poder Judiciário, passaremos, na sequência, a abordar a constitucionalidade do pronunciamento de teses vinculantes, especificamente, por parte do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de recursos especiais repetitivos, o que passará por uma investigação a respeito da função que a Constituição Federal reserva a essa Corte Superior.

Assentadas as premissas constitucionais sobre os julgamentos dos recursos especiais repetitivos, será possível aprofundar o estudo com vistas à investigação derradeira, identificando, assim, em que medida toda a construção constitucional, infraconstitucional e doutrinária estudada dá respaldo ao Superior Tribunal de Justiça para poder proferir um precedente vinculante, por meio do julgamento de recurso especial repetitivo, que viesse a estabelecer tese jurídica que não dialogasse com os argumentos jurídicos expostos no caso concreto selecionado, ou representasse uma ruptura, ou mesmo inovação, em face de sua própria jurisprudência.

1. SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS QUE INFLUENCIARAM A ADOÇÃO DE JULGAMENTOS VINCULANTES NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO PÓS-CONSTITUINTE DE 1988

Na medida em que as reformas processuais foram se estabelecendo e o cenário de empoderamento das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores foi ganhando os primeiros contornos na cultura jurídica nacional, não tardaram a surgir as primeiras ilações doutrinárias de que estaria o Brasil, um país de tradição jurídica *civil law*, aproximando-se do *common law*¹.

Para saber se essa observação é mesmo verdadeira e conseguir compreender a real influência do modelo jurídico inglês sobre o direito processual civil brasileiro, fundamental a preliminar investigação sobre a origem da *common law* na Inglaterra – sua evolução histórica e cultural ao longo dos séculos – bem como da doutrina dos precedentes, até o mais recente estabelecimento da decisão vinculante conhecida por *stare decisis*.

Será de fundamental importância também compreendermos a evolução do instituto dos assentos, tradicional instrumento de uniformização jurisprudencial de Portugal, cujas origens históricas remontam ao período da monarquia absolutista, no final do século XVI, que veio sofrendo profundas alterações em sua estrutura jurídica ao longo dos séculos, até vir a ser declarado inconstitucional, em 1993, pelo Tribunal Constitucional Português.

O estudo da evolução desse instituto será de grande valia, não apenas pelas evidentes raízes históricas que unem Portugal ao Brasil, como também para que seja possível compreender as razões que levaram à derrocada dos assentos em solo português e dessa experiência poder extrair lições que possam ser úteis para a compreensão e a melhor utilização do sistema precedentes vinculantes do Brasil.

¹ Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, 2010; e MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009, DTR\2011\1532.

1.1. O *common law* inglês e o *stare decisis*

A doutrina dos precedentes ingleses, bem como o *common law*, mudou muito desde suas origens na Inglaterra medieval. Mas convém, desde logo, registrar que o *common law* não se confunde com o *stare decisis*, a despeito da inegável contribuição que este último tem dado recentemente ao direito inglês.

Daniel Mitidiero ensina que os precedentes judiciais no *common law* evoluíram ao longo dos séculos, perpassando por três fases distintas e bem características entre si².

Na primeira delas, os precedentes emanados pelo Poder Judiciário detinham caráter eminentemente ilustrativo, servindo apenas de exemplo para os demais julgamentos futuros. Na segunda fase, os precedentes tinham a função de informar, servindo de critério para o julgamento dos demais casos. Por fim, a terceira fase, que se confunde com o período atual, é aquela na qual os precedentes judiciais assumem feição vinculante, consubstanciando-se como fonte primária do direito inglês³.

Adotando essa trilha evolutiva traçada por Mitidiero, exploraremos, a seguir, cada uma dessas etapas.

1.1.1. O precedente como ilustração (*case law*)

Na Inglaterra medieval, muito diferente do quanto observado na França no período da revolução francesa, o juiz estava ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupado com a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos ingleses.

² MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

³ MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

Referido panorama histórico já estabelece uma clara distinção entre as realidades que vieram a influenciar os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*.

Desde as origens, no Direito inglês não havia a necessidade de se estabelecer regras restritas e princípios de interpretação do direito nos exatos termos da lei, como mecanismo de limitação e controle do poder do magistrado.

Como bem registra Luiz Guilherme Marinoni, “o *common law* não necessitou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma destas regras que advêm das utopias de uma revolução”⁴.

O juiz medieval inglês era livre para decidir o caso concreto, por meio de métodos intuitivos de julgamento, com observância dos usos e costumes da época (*customary laws, as being made before Time of Memory*)⁵, construindo, desse modo, o direito aplicável ao caso.

As razões de decidir de cada caso julgado geravam efeitos apenas e tão somente para aquele caso concreto decidido (*case law*). No entanto, um juiz que viesse a julgar um caso futuro poderia muito bem se valer do julgado precedente e citá-lo em sua decisão a título de exemplo. Um recurso ilustrativo do direito aplicável a espécie, portanto.

Nesse passo da história, toda e qualquer decisão judicial proferida era considerada como precedente e, para facilitar as futuras identificações, elas passaram a ser catalogadas, surgindo dessa prática os chamados *Years Books*, coletâneas de discussões forenses e decisões judiciais⁶.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009, DTR\2011\1532.

⁵ HALE, Matthew. 1609-1676. In: GRAY, Charles (ed). *The history of the common law of England: 1713*. Chicago: The University of Chicago Press, 1971. p. 4, apud MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

⁶ Refere Dawson que a primeira versão impressa do Year Book apareceu no século XV (1495), sendo a sua autoria atribuída a Staham DAWSON, John. **Oracles of the law** (1968). New York: William Hein, 1986. p. 64-65 apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

Sobre essa fase do *common law*, destacam Lênio Streck e Georges Abboud:

“Pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares. [...] várias obras já reuniam diversas decisões judiciais sem que estivesse colocada a doutrina dos precedentes. [...] Nessas obras, as decisões judiciais poderiam ser usadas para ilustrar os princípios legais, mas não o foram, elas próprias, uma fonte autorizada de lei”⁷

A tradição dos juízes ingleses de invocar precedentes em suas decisões, portanto, vem desde cedo, como forma de explicar o Direito nas decisões judiciais, e assumindo o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico⁸.

1.1.2 O precedente como persuasão (*declaratory theory of law*)

Somente nos idos dos séculos XVI e XVII, é que a doutrina inglesa começa a tomar consciência de que os precedentes podem servir não apenas como exemplo, ou recurso ilustrativo, mas também como verdadeiro critério para a decisão do caso concreto⁹.

Foi apenas nessa época, aliás, que o termo “precedente” foi utilizado pela primeira vez, mais precisamente em 1557, conforme destacam Lênio Streck e Georges Abboud:

“O termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento de casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada,

⁷ STRECK, Lênio; 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.

⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

⁹ POSTEMA, Gerald. Classical common law jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Review**, n. 3, 2003. p. 12-13. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores”¹⁰.

Os precedentes passam, então, a adotar uma função persuasiva, tendo em William Blackstone seu expoente doutrinário de maior relevo.

Segundo a doutrina Blackstone, existiria a *lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statute law*. O *common law* propriamente dito espelharia os costumes gerais do povo inglês, ao passo que a *lex non scripta* englobaria os costumes observados apenas em algumas regiões do reino e jurisdições¹¹.

Como passo consequente de sua doutrina, Blackstone afirmava que o juiz deveria seguir os precedentes já estabelecidos, ao formular sua decisão a um caso presente, pois, como o *common law* estaria nos costumes gerais observados entre os cidadãos ingleses, não seria correto afirmar que o juiz cria o direito. O juiz, na verdade, declara o *common law*. Dizia Blackstone que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é¹².

Sendo o precedente, portanto, uma declaração concreta do *common law*, outro traço característico da doutrina de Blackstone era o de que os juízes deveriam respeitar os precedentes estabelecidos quando do julgamento de um caso presente. Afinal, “se os precedentes se destinam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre um ponto de direito também significariam *common law*”¹³.

No entanto, esse respeito ao precedente estabelecido não era de imposição cogente e obrigatória a todos os casos. Neste aspecto aliás, surge o traço mais marcante da doutrina Blackstone: a máxima de que “precedents and rules must be

¹⁰ STRECK, Lênio; 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. 44.

¹¹ apud MARINONI, Cf. CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 168.

¹² BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**: 1765-1769. v. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. 86.

¹³ MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

followed, unless flatly absurd or unjust”¹⁴. Tradução livre: precedentes devem ser seguidos, ao menos que evidentemente absurdos ou injustos.

Desse modo, o juiz, antes de aplicar o precedente ao caso concreto, deveria se convencer de que ele não era absurdo ou injusto. Caso chegasse a uma conclusão desabonadora, estaria autorizado a desconsiderar o precedente para solução do caso concreto e não mais precisaria segui-lo.

Nesta hipótese, a decisão anterior não poderia ser mais considerada como fruto do Direito, com o que a doutrina Blackstone a encarava como uma simples solução equivocada (*mistake the law*), devendo a nova decisão, sim, ser tratada, doravante, como a melhor manifestação do *common law*, para efeitos de precedente.

Daniel Mitidiero ressalta que o caráter meramente persuasivo do precedente inglês nesta época fica bastante evidenciado na medida em que o juiz poderia negar a aplicação do precedente para solucionar um caso concreto, bastando valorar quanto a sua justiça e correição, o que levava, conseqüentemente, à abertura de amplo juízo de conveniência e discricionariedade do magistrado¹⁵.

1.1.3 O precedente como vinculação (*binding precedents*)

Ao longo do século XIX, a visão dos precedentes meramente persuasivos começa a perder espaço, muito em razão da doutrina de dois ferrenhos críticos à doutrina Blackstone: Jeremy Bentham e John Austin.

Bentham estabeleceu um claro contraponto à doutrina Blackstone, ao defender que o *common law* não se constituiria de um direito pré-existente às decisões judiciais, formado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês¹⁶. Na

¹⁴ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**: 1765-1769. v. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. 70.

¹⁵ MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

¹⁶ BENTHAM, Jeremy (1748-1832) BENTHAM, Jeremy. In: BRUNS, J. H.; HART, H. (Coord.); ROSEN, F. (Intr.). **An introduction to the principles of morals and legislation** (1789). Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 293, apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

verdade, o *common law* deveria ser compreendido por atos judiciais autocráticos, que as pessoas em geral estariam dispostas a atribuir algo semelhante ao efeito legal¹⁷.

Nesse sentido, o direito inglês seria um direito judiciário (*judiciary law*), integralmente criado pelos juízes (*judge-made law* – na sua clássica expressão), sendo, por essa razão, um direito, na sua essência, irremediavelmente retroativo.¹⁸

Seguindo os passos de Bentham, Austin achava que a ideia de os juízes apenas declararem um *common law* pré-existente não passava de uma ficção infantil (*childish fiction*), pois apenas uma criança poderia conceber que o *common law* seria algo existente desde tempos imemoriáveis, transcendente, quase miraculoso, ao invés de um direito construído pelo próprio juiz, no ato de decidir¹⁹.

Por essa razão, Bentham e Austin inauguraram uma verdadeira campanha pela necessidade de adoção de precedentes vinculantes no sistema judiciário inglês²⁰. Suas principais preocupações estavam voltadas à dificuldade de o *common law* prover efetiva segurança jurídica²¹.

Neil Duxbury ponderava que “aceitar que os precedentes são dotados de autoridade importa em facilitar a consistência e a justiça no processo decisório: quando as autoridades decisórias tratam os precedentes como limites, elas aumentam as chances dos casos iguais serem tratados igualmente”²².

¹⁷ BENTHAM, Jeremy. In: HART, H. (Coord.). **Of laws in general** (1782). London: The Athlone Press University of London, 1970. p. 152. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. In: BRUNS, J. H.; HART, H. (Coord.); ROSEN, F. (Intr.). **An introduction to the principles of morals and legislation** (1789). Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 8.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Judicial Review**, 1966, p. 204. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

²⁰ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 66. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

²¹ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 66. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

²² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 24-25. No original: “accept precedents as authoritative is to facilitate consistency and fairness

Ao mesmo tempo em que a doutrina inglesa da época denunciava a ausência de efetiva segurança jurídica por força da inexistência de normas jurídicas previamente cognoscíveis e efetivas, sentia-se igualmente a necessidade de os repositórios jurídicos (*law reports*) tornarem-se fontes de consulta mais “precisas”, “científicas” e confiáveis.

Como bem registra Daniel Mitidiero,

“a história dos repositórios de casos judiciais transpassa todo o desenvolvimento da teoria dos precedentes. Desde os primeiros Year Books, passando pelo período dos repositórios pessoais (named reports – Edmund Plowden, Edward Coke e outros), dos repositórios autorizados (authorized reports – John Burrow e outros) até o dos repositórios atuais (law reports), a sua evolução acompanhou a própria transformação da teoria dos precedentes judiciais, sendo possível perceber nas suas páginas as marchas e contramarchas que marcaram o passo das diferentes funções historicamente desempenhadas pelos precedentes judiciais ingleses”²³.

Os repositórios ingleses, usados até hoje, são editados pelo *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, criado em 1865, com a finalidade específica de “imprimir maior certeza e genuinidade aos precedentes judiciais”.²⁴

A partir desse ponto da história, mesmo com a organização e a catalogação dos precedentes em *law reports*, surge um novo problema: saber quais seriam os precedentes que gozariam de autoridade e que, portanto, deveriam ser reportados. Afinal, sem uma clara compreensão acerca da competência de cada uma das cortes e de sua respectiva posição na administração da justiça, não seria possível organizar adequadamente a autoridade dos precedentes²⁵.

in decision-making: when decision-makers treat precedents as constraints they increase the likelihood that like cases will be treated alike”.

²³ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 66. apud MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

²⁴ Com a sua constituição, o direito inglês procurou resolver os problemas de acessibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade dos precedentes, na medida em que não é possível exigir fidelidade ao precedente “without a reliable and accurate system of law reporting”. Tradução livre: não é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito não é cognoscível e confiável.

²⁵ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 64.

A fim de resolver esse problema e conferir racionalidade à organização judiciária inglesa, os *Judicature Acts de 1873– 1875* estruturaram as cortes inglesas em um sistema hierárquico-piramidal (*High Court of Justice e Court of Appeal*) e, um ano mais tarde, a jurisdição da *House of Lords* foi introduzida no ápice da organização judiciária inglesa.²⁶

A partir dessas reestruturações do sistema judiciário inglês, e após bastante difusão das ideias de Austin e Bentham, a *House of Lords* passou a decidir acerca da vinculação aos precedentes, de modo que, em 1898, a Corte, no célebre julgamento do caso *London Tramways Co vs. London County Council*, manifestou-se expressamente no sentido que estaria vinculada aos seus próprios precedentes, os quais passaram a possuir, desde então (1898), eficácia vinculante²⁷.

Eis o voto do *Chancellor Lord* no julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council*:

“Of course, I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice, as compared with the inconvenience – the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth there is no final court of appeal. My Lords, ‘interest rei publicae’ is that there should be ‘finis litium’ sometime and there can be no finis litium if it were possible to suggest in each case that it might be reargued because it is ‘not an ordinary case’ whatever that may meant. Under these circumstances I am of the that ought not to allow this question to be re-argued.”²⁸

²⁶ posição esta que ocupou até 2005, quando então foi criada a Supreme Court of the United Kingdom, estabelecida por força do Constitutional Reform Act de 2005.⁵⁷

²⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 42; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law* (1961). 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 25; EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 58.

²⁸ “É claro que eu não nego que casos especificamente difíceis possam surgir, e que possa haver uma corrente de opinião declarando que determinado julgamento foi errado. Mas o que é esta interferência ocasional, talvez uma justiça abstrata, se comparada com a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de submeter-se cada questão à nova discussão, e os negócios das pessoas tornados incertos por motivo de decisões diferentes, de forma que, na verdade e de fato, não haveria uma verdadeira corte final de apelação? Meus Lordes, interest rei publicae (i.e. é de interesse público) que deva haver finis litium (i.e. um fim para o litígio em algum momento, e poderia não haver finis litium se fosse possível sugerir, em cada caso, que ele poderia ser novamente discutido porque não é ‘um caso ordinário’, seja lá o que isso possa significar. Nestas circunstâncias, eu estou entre aqueles que não devem permitir que esta questão seja rediscutida”. Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62-63.

Se, por um lado, o caráter vinculante do precedente estava resolvido, não tardou para a comunidade jurídica inglesa perceber que uma absoluta vinculação da *House of Lords* aos seus próprios precedentes poderia levar a um verdadeiro engessamento do *common law*, inviabilizando o desenvolvimento do direito inglês.²⁹

Por essa razão, a *House of Lords* entendeu, mediante um *Practice Statement* em 1966, que poderia superar os seus precedentes em determinadas situações, a fim de não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura que o direito deve proporcionar para acolher a evolução social³⁰.

Eis a manifestação do *Chancellor Lord*, na ocasião:

“Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating formal decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears to be right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”³¹

²⁹ Daí a célebre acusação da doutrina: como formulada, a teoria do precedente absolutamente vinculante acabaria tornando o juiz um “escravo do passado” e um “déspota para o futuro”, impedindo a evolução do próprio direito. GOODHART, Arthur. Precedent in English and continental law. **Law Quarterly Review**, n. 50, 1934, p. 61.

³⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 126-127

³¹ “Suas Excelências consideram o uso dos precedentes como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é o Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporciona pelo menos algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais. Suas Excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõem, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastarem-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a se fazer. Nesse sentido, eles levaram em conta o perigo de se perturbar retrospectivamente a base em que contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscais foram entabulados, e, também, a necessidade especial de certeza em relação ao Direito Criminal. Este anúncio não deverá afetar o uso do precedente em qualquer outro lugar que não esta corte.”

Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63-64.

Nesse sentido, em que pese a teoria do *stare decisis* tornar obrigatória a aplicação do precedente para o caso futuro, após o *Practice Statement* de 1966, e até os dias atuais, o *common law* passou a admitir que, em determinadas situações, o precedente não precisa ser seguido. Seja porque o caso presente não guarda identidade com o precedente, oportunidade em que se evidencia o instituto do *distinguishing*³², seja pelo fato de que o precedente paradigma já se encontra superado pela evolução social e jurídica, não atendendo mais aos ideais de justiça da época em que foi firmado, oportunidade em que assume posição de destaque o fenômeno identificado como *overruling*.³³

Conclui-se, pois, que a teoria do *stare decisis* foi o meio encontrado pela doutrina inglesa de justificar e ratificar a eficácia vinculante no sistema do *common law* em busca da preservação da segurança jurídica e da maior previsibilidade na aplicação do direito.

Porém, convém destacar que essa teoria somente foi consolidada na Inglaterra ao apagar das luzes do século XIX, a despeito de o *common law* deitar raízes na Idade Média.

1.2. O instituto dos assentos no Direito português

O assento é um tradicional instrumento de uniformização de jurisprudência que vigorou no ordenamento jurídico português até 1993. Suas origens históricas remontam aos idos da monarquia absolutista portuguesa, no início do século XVI.

Naquela época, o rei acumulava tanto o poder de editar leis quanto o de julgar os casos que lhe fossem submetidos, cabendo-lhe, assim, proferir a “interpretação autêntica da lei”.

³² O *distinguishing* terá lugar quando, ao comparar-se o caso que está sendo julgado naquele momento e o precedente paradigma anterior, constata-se que há distinção entre as referências fáticas essenciais entre os casos ou há a demonstração de que a *ratio decidendi*³² do caso anterior não se amolda ao caso em julgamento.

³³ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

Com o passar dos anos, múltiplas atribuições administrativas passaram a ocupar o monarca, de modo que o poder de exercer a interpretação autêntica da lei acabou sendo delegada pelo rei para a Casa da Suplicação³⁴.

Conforme estabelecido nas Ordenações Manuelinas de 1521, em caso de dúvida objetiva quanto à aplicação de determinada lei, a questão deveria ser levada ao regedor da Corte, que, por sua vez, deveria submetê-la a alguns desembargadores perante a “mesa grande”³⁵. Caso a dúvida ainda subsistisse diante daquele órgão, o regedor deveria submeter o problema à resolução do rei. As interpretações assim fixadas, para facilitar consultas futuras, eram registradas no “livrinho”, que anos mais tarde passou a ser chamado de “livro dos assentos”.³⁶

Marques de Pombal, ministro do rei D. Jose I, foi o responsável por introduzir reformas na legislação portuguesa tendentes a abrir o país às novas correntes filosóficas iluministas e, ao mesmo tempo, a resguardar os núcleos centrais da cultura tradicional lusitana³⁷.

Dentre as reformas, foi editada, em 18 de agosto de 1769, a chamada Lei da Boa Razão, que atribuiu aos assentos força de lei, ao dispor que as questões deveriam ser julgadas segundo as leis pátrias ou, na sua falta, segundo os assentos da Casa da Suplicação e os costumes do Reino (considerado aquele não contrário à lei escrita, com mais de cem anos de existência e conforme a boa razão).³⁸

³⁴ Essa delegação de poderes do Rei para a Casa da Suplicação, voltada a resolver a questão da interpretação da lei com eficácia vinculante, tem origem no Alvará de 10 de dezembro de 1518, tendo sido, posteriormente, ampliada e transcrita nas Ordenações Manuelinas (1521), em seu Livro V, Título 58, 135 (CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**: estudos de história do Direito. v. II. Direito moderno: 2ª Parte. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1981, p. 391.)

³⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**: estudos de história do Direito. v. II. Direito moderno: 2ª Parte. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1981, p. 392. CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166

³⁶ CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**: estudos de história do Direito. v. II. Direito moderno: 2ª Parte. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1981, p. 392. CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166.

³⁷ STRECK, Lênio, SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, ISSN 1981-3694 (DOI): 10.5902/1981369437204.

³⁸ Com esta lei, determina-se que só os Assentos da Casa da Suplicação terão autoridade; havia, no entanto, a possibilidade de os Assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela Casa da Suplicação. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 365.

Rui Manuel de Figueiredo Marcos leciona que os assentos dessa época não poderiam ser compreendidos como verdadeiras ferramentas para uniformização da jurisprudência, pois, a despeito de a Casa de Suplicação ser composta por magistrados de elevada formação jusfilosófica e técnico-jurídica, o monarca continuava exercendo uma notável proximidade institucional. Logo, os assentos, até aquele momento da história, continuavam a funcionar como uma forma de o rei exercer influência e controle sobre o poder interpretativo das leis. Ou, em suas palavras “bania-se, a golpes de assentos, a possibilidade evolutiva de a jurisprudência não se tornar afeta às novas ideais jurídicas que se pretendiam impor”³⁹.

Não é de se estranhar que os assentos foram expurgados da estrutura judiciária portuguesa, quando da ruptura com o regime absolutista na revolução liberal ocorrida no ano de 1820, em Portugal.

A Constituição de 1822 foi promulgada sobre a bandeira da preservação dos direitos individuais e da divisão dos poderes do Estado entre Executivo, Legislativo e Judicial⁴⁰. Segundo Ernesto Fernandes e Anibal Rego, a soberania da nação passou a ser exercida por “órgãos de igual autoridade, independentes e harmônicos entre si e que reciprocamente se limitavam e fiscalizavam”⁴¹.

Não havia mais espaço, portanto, para ingerências do Poder Executivo sobre o sistema judicial, tampouco para regular a edição de leis.

Como medida consequente, a Casa de Suplicação foi extinta e deu lugar à criação do Supremo Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judicial que passaria a ficar incumbido de estabelecer a uniformidade na interpretação da lei e da jurisprudência.

³⁹ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação pombalina**: alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 278-279.

⁴⁰ Art. 30 da Constituição portuguesa de 1822: “Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112.) O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”.

⁴¹ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Anibal. **História do direito português**: súmulas das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 305.

No entanto, como bem leciona Antonio Manuel Hespanha, a exemplo do ocorrido na França, Portugal também vivenciou uma época de manifesta resistência dos juízes, que não aceitaram com tranquilidade a supremacia dos políticos sobre os juristas⁴² e, como consequência, não aceitavam a aplicação das leis editadas pelo Poder Legislativo. Situação essa que perdurou por aproximadamente um século, levando Portugal a um quadro de insegurança jurídica e dispersão jurisprudencial sem precedentes.

Diante desse cenário, quando a Ditadura Militar tomou o poder em Portugal em 1926, os militares confiaram a José Alberto dos Reis – processualista que influenciou diretamente o Código de Processo Civil de 1939 – a tarefa de reformar o direito processual civil, com vistas a reestabelecer a segurança jurídica no país. O assento foi o instituto escolhido para cumprir tal desiderato, ressurgindo, assim, no ordenamento jurídico lusitano.

Segundo a doutrina de José Alberto dos Reis, o assento era estabelecido por meio da decisão proferida pelo órgão pleno do Supremo Tribunal de Justiça, fruto de julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, provocado por um dos litigantes do caso concreto, cujos efeitos vinculariam não apenas as partes, como também outros tribunais e o próprio Supremo no exame futuro de casos semelhantes.

Em suas próprias palavras:

“perante um conflito de jurisprudência, criado por soluções opostas da mesma questão de direito por parte do Supremo, o litigante vencido no acórdão ainda não transitado em julgado tem o direito de interpor recurso, fundado na oposição de acórdãos. Este recurso há de ser julgado em Tribunal Pleno; e a jurisprudência que em tal julgamento for estabelecida fica revestida, para o futuro, de força obrigatória tanto para os tribunais inferiores, como para o próprio Supremo, enquanto não for modificado por outra, igualmente emitida em Tribunal Pleno”⁴³

Segundo, ainda, José Alberto dos Reis:

⁴² HESPANHA, António Manuel. Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História constitucional**, n. 12, 2011. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁴³ REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 687.

"partia-se do pressuposto de que, colocando no ponto mais alto da hierarquia judicial um órgão destinado a conhecer somente de questões de direito, dada a supremacia e autoridade desse órgão se chegaria, pouco a pouco, à uniformização da jurisprudência. O Supremo diria, a propósito de cada caso particular, em que sentido devia a lei ser interpretada e aplicada; os tribunais inferiores teriam de acatar as determinações do Supremo em relação ao caso em litígio; e era natural e presumível que também as seguissem em casos semelhantes que de futuro se apresentassem. Obter-se-ia, assim, pela acção espontânea do mecanismo judiciário, a desejada uniformidade de jurisprudência" ⁴⁴

Duas características dos assentos chamavam a atenção nessa toada da história: o efeito vinculante que operava para os tribunais inferiores e para o próprio Supremo (ou seja, restrito a órgãos do Poder Judiciário); e a possibilidade de superação futura do entendimento fixado no assento, por meio de outro julgamento do órgão pleno, e conseqüente fixação de novo assento no lugar do superado.

O procedimento de superação de entendimento do assento, mantido no Código de Processo Civil de 1939, era bastante enfatizado por José Alberto dos Reis como elemento fundamental ao instituto, pois, defendia que "jurisprudência uniforme não quer dizer jurisprudência imutável", já que "com a formulação de assentos investidos de força obrigatória a jurisprudência não se asfixia nem se imobiliza (...) porque os assentos podem ser revistos e alterados, quando se reconheça que deixaram de corresponder às necessidades e interesses da ordem jurídica"⁴⁵.

Anos mais tarde, porém, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1961 – que vigora até hoje em Portugal – e, com ele, as regras relativas à uniformização de jurisprudência, por parte do pleno do Supremo Tribunal de Justiça, sofreram uma sensível alteração: a eliminação da possibilidade de o Supremo conseguir alterar a doutrina fixada em um assento.

O doutrinador português, Jorge Miranda, afirmava que, com essa mudança,

“deixou de se atender por meio jurisprudencial à actualização da ordem jurídica reflectida na lei, o que temos por muito de deplorar; e uma lei, uma vez declarada constitucional ou inconstitucional, não poderá ser objecto de diferente juízo de validade. Lavrar um assento

⁴⁴ REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. VI. Coimbra:Coimbra, 1981, p. 2350.

⁴⁵ A função do Supremo Tribunal de Justiça, Studi in onore de Redenti, vol. 1º, pp. 401 e 402 e Anotado, cit., p. 240.

será para o Supremo tecer uma malha, donde não poderá mais tarde sair".⁴⁶

Os assentos ganharam contornos ainda mais polêmicos em 1967, pois o Decreto-Lei n.º 47690, editado naquele ano, revogou a parte do art. 769, n. 2, do Código de Processo Civil, que dispunha sobre a restrição do efeito vinculante dos assentos apenas a outros tribunais integrantes do Poder Judiciário, para, na sequência, entrar em vigor o Código Civil português, estabelecendo, logo em seu art. 2º, que a doutrina dos assentos passaria a ter força obrigatória geral⁴⁷.

Portanto, a partir da vigência do Código Civil de 1967, os assentos portugueses, além de irrevogáveis pelo Supremo Tribunal de Justiça, passaram a gozar de efeitos equiparáveis aos da lei, ou seja, impondo respeito cogente não apenas a outros tribunais judiciais, ou ao Supremo, mas agora também a tribunais administrativos, autoridades e a todos os cidadãos.

Castanheira Neves, doutrinador português bastante crítico do instituto dos assentos, assentava que a originalidade do instituto residia no fato de que um órgão do Poder Judiciário detinha competência para prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de normas gerais abstratas que, como tais, abstraíam e se destacavam dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de impor uma ordem de aplicação futura⁴⁸.

O instituto dos assentos perdurou em Portugal até 1993, data na qual, em sede de controle concreto de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional português, por meio do Acórdão n. 810/93 (Proc. n. 474/88, 1ª Secção - Rel. Cons. Monteiro Diniz), veio a declarar a inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil português, por entendê-lo incompatível com o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 115, n.º 5.º, da Constituição Federal portuguesa.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa, 1968, p. 200.

⁴⁷ "Art. 2º nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral".

⁴⁸ NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 2-4.

Segundo o conselheiro relator, Antero Alves Monteiro Dinis, amparado pela doutrina de Castanheira Neves, suas razões de decidir estavam fundadas no fato de o art. 2º do Código Civil ter estabelecido a um órgão do Poder Judiciário, a competência para criação de normas gerais e abstratas de imposição cogente a órgãos e membros além da esfera do Poder Judiciário, ou seja, atingindo tribunais administrativos, autoridades e cidadãos portugueses, operando, desta forma, como verdadeiro órgão legislativo.

Destacam-se, nesse sentido, os seguintes trechos do voto condutor do acórdão:

“existindo uma hierarquia de tribunais, admite-se que a decisão do superior possa ser tornada obrigatória para os que dele dependem, exactamente como as instruções na hierarquia administrativa. Mas para atribuir força obrigatória a essa decisão de maneira a vincular todos os tribunais, sejam ou não da ordem judicial, todas as autoridades e todos os cidadãos do País, é preciso considerar o Supremo Tribunal que a profere como órgão legislativo”⁴⁹ (grifou-se).

Prossegue, mais adiante, o eminente relator:

“ora, dispondo a Constituição que os tribunais estão limitados à função judicial, isto é, à actividade de julgamento de casos concretos segundo as formas processuais tendentes à aplicação do direito constituído (art. 116º), e que a função de fazer leis e interpretá-las pertence à Assembleia Nacional (art. 91º, n. 2) e ao Governo (art. 109º, n. 2), a atribuição cometida por lei ordinária a um tribunal de função legislativa é inconstitucional”⁵⁰(...) (grifou-se)

Afora o assento vincular entidades e pessoas que não estavam contidas na esfera do Poder Judicial, outro foi o indício detectado pelo Conselheiro Relator, em suas razões decisórias, que o levava a concluir que o assento não mais representava uma ferramenta jurisprudencial, mas sim uma típica norma legal, de competência criativa do Poder Legislativo, portanto: o fato de o assento editado não poder ser revogado pelo Supremo.

Nesse sentido:

⁴⁹ Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019.

⁵⁰ Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019.

“A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial.

Ora, **tanto a eficácia jurídica universal atribuída à doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anómalos relativamente à forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada** de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica⁵¹. (grifou-se)

O Tribunal Constitucional português encerra seu acórdão declarando inconstitucional o art. 2º do Código Civil e, por consequência, pondo fim aos assentos no sistema judicial português, mas não sem antes deixar uma ‘sugestão’ ao Poder Legislativo sobre como deveria ser uma futura redação do art. 2º, compatível com a ordem constitucional:

“a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples ‘jurisprudência qualificada’.

E assim sendo, a norma do art. 2º do Código Civil, entendida como significando que os tribunais podem fixar, por meio de assentos **“doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de por este vir a ser alterada”**, deixará de conflitar com a norma do art. 115º, n. 5 da Constituição.

É que, com tal sentido, o assento não representa já um acto normativo não legislativo capaz de, com eficácia externa, fazer interpretação ou integração autêntica das leis⁵² (grifou-se).

Verifica-se, pois, que o tradicional instituto do assento português esteve presente no direito lusitano por muitos séculos, vindo a sofrer inúmeras alterações estruturais, desde sua origem, nos idos da monarquia absolutista, até vir a ser declarado inconstitucional em 1993.

⁵¹ Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019

⁵² Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019

Declaração essa, aliás, que, como se depreende da *ratio decidendi*⁵³ do acórdão do Tribunal Constitucional, se deu em função das últimas alterações implementadas na estrutura do assento, que desnaturaram seu caráter jurídico de ferramenta uniformizadora da jurisprudência, cuja competência criativa seria mesmo afeta ao Poder Judicial, aproximando-o da natureza jurídica de norma geral e abstrata, assemelhada à lei, portanto, cuja competência constitucional para editá-la somente estaria reservada ao Poder Legislativo.

1.3. Evolução do processo civil no Brasil pós-Constituinte de 1988

Não é de hoje que se tem notícia de que o Judiciário brasileiro passa por uma crise em razão do alto número de processos distribuídos e do consequente represamento de recursos pendentes de julgamento nos tribunais, inclusive superiores.

Inúmeras foram as ações, tanto no plano legislativo quanto no administrativo, que objetivaram conferir maior eficiência e celeridade aos julgamentos e segurança jurídica aos jurisdicionados.

O objetivo do presente tópico será rememorar as etapas históricas mais recentes que importaram em reformas ao processo civil brasileiro, explorando as particularidades de cada fase, cujos aprendizados e evoluções foram importantes para a construção do modelo jurídico processual atual.

1.3.1. Da promulgação da CF/88 até a edição da Emenda Constitucional 45/2005

Nos idos de 1988, o Judiciário já experimentava uma crise em decorrência do volume avassalador de recursos que ascendiam para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Era a chamada “crise do recurso extraordinário”.

Um dos fatores desencadeadores da referida crise era o fato de que, desde a reforma constitucional de 1926, o recurso extraordinário concentrava não apenas

⁵³ “A *ratio decidendi* é expressão latina que aponta a razão para decidir, ou seja, a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa”. ROSITO, F. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.106.

as pretensões voltadas contra violações ao texto Constitucional, como também as resolvidas em face da interpretação da legislação federal.

José Afonso da Silva sustentava que a chave para a crise do recurso extraordinário passava "por uma reforma constitucional, no capítulo do Poder Judiciário Federal, com o fim de redistribuir competências e atribuições dos órgãos judiciários da União"⁵⁴.

Como medida para estancar a crise, a Constituição de 1988, adotando a solução proposta pelo eminente doutrinador, estabeleceu a criação do Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário que, dentre outras competências, passaria a processar e julgar o recurso especial, sucedâneo recursal recém criado, que passaria a ser cabível em face do acórdão do Tribunal de segunda instância que pretensamente tivesse sido proferido em violação à lei federal ou em confronto jurisprudencial com outro Tribunal, ou com o próprio STJ. Desse modo, restou preservado ao Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento de recursos extraordinários, o conhecimento das pretensões recursais fundadas em alegada violação ao texto da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não estava imune a novos congestionamentos processuais, fato que veio a se comprovar à medida que os anos se passaram, por inúmeros fatores, dentre eles, pode-se citar a título de exemplo: a liberdade decisória do magistrado, pautada em seu livre convencimento, que, por sua vez, fomentava a dispersão jurisprudencial e incentivava a propositura de novas demandas; o sucesso avassalador de medidas de acesso à justiça, tais como a concessão de justiça gratuita, que, embora seja mesmo fundamental à concessão de acesso ao Poder Judiciário a pessoas menos favorecidas financeiramente, também deu lugar a abusos e práticas judiciais descompromissadas, desprovidas de fundamento; o fortalecimento das relações de consumo e consequente conscientização jurídica dos consumidores, que passaram a buscar a satisfação de seus direitos com maior regularidade frente ao Poder Judiciário; o fato de as ações civis públicas, sobretudo as voltadas à satisfação de direitos individuais homogêneos, não terem se revelado suficiente instrumento para resolução dos

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 454.

denominados “conflitos de massa”.

Além disso, como bem observa Barbosa Moreira, a bipartição do antigo recurso extraordinário causou problemas de ordem prática, uma vez que se passou a ter "dois recursos em vez de um só, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões". Com base nisso, conclui o ilustre processualista, "o sistema teria de ficar, como na verdade ficou, bastante complicado em mais de um ponto", acarretando "aumento considerável na duração do processo".⁵⁵

Vale registrar que o Código de Processo Civil de 1973 pouco contribuía para a solução do problema do volume de recursos, sobretudo com enfoque em solucionar a dispersão jurisprudencial, haja vista que os arts. 476 a 479, os poucos dedicados à uniformização de jurisprudência existentes, eram exclusivamente voltados a incidente uniformizador *interna corporis* dos tribunais locais e acabaram se revelando de pouca efetividade prática.

Oportuno, ainda, citar a Lei 9.758/98, que objetivou acelerar o pronunciamento judicial dos Tribunais, ao estabelecer, por meio de nova redação ao art. 557, §1º-A, do CPC/73, que o relator passaria a poder julgar monocraticamente a apelação ou o agravo, sempre que sua decisão viesse a ser lançada em sintonia com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

No entanto, o conceito vago e impreciso de “jurisprudência dominante” e o fato de a decisão do relator sempre comportar a interposição de agravo regimental (§1º do art. 557 do CPC/73) tornaram a inovação pouco produtora, tanto para conferir celeridade à prestação jurisdicional quanto para conferir uniformidade às decisões judiciais.

1.3.2. Da Emenda Constitucional 45/2005 até o Código de Processo Civil de 2015

A reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, trouxe importantes inovações no âmbito do sistema jurídico

⁵⁵ MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 583.

brasileiro, objetivando o aumento de sua transparência, eficiência e o fomento à realização do princípio da segurança jurídica em um maior grau.

Destacam-se, entre as inovações trazidas pela emenda constitucional: (i) o Conselho Nacional de Justiça; (ii) a súmula vinculante; (iii) o efeito vinculante ao julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, por parte do STF; (iv) o requisito da repercussão geral dos recursos extraordinários; (v) a celeridade processual, estabelecida como princípio fundamental (art. 5º LXVIII); e (vi) o princípio da fundamentação, impondo, no art. 93, IX, da CF, que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Como consequência direta da reforma do Judiciário, foi publicada a Lei 11.418/06, que, regulamenta o art. 102, §3º, da CF, incluiu os dispositivos 543-A e 543-B ao CPC, assentando as novas regras para processamento dos recursos extraordinários, que passaram a ter de demonstrar, preliminarmente, a repercussão geral da matéria nele versada.

Dois anos mais tarde, foi editada a Lei 11.672/08, que introduziu o art. 543-C ao CPC/73 e, com ele, a sistemática do julgamento dos recursos especiais repetitivos.

1.3.2.1. Sistemática dos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C/CPC/73

Pela sistemática do art. 543-C do CPC/73, o presidente de Tribunal de segunda instância, sempre que identificasse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, estaria autorizado a selecionar um ou mais recursos especiais, em juízo de admissibilidade, e remetê-los como representativos da controvérsia ao STJ (art. 543-C, §1º, do CPC/73).

Ato contínuo, o presidente também poderia determinar a suspensão de trâmite dos demais recursos especiais, antes do juízo de admissibilidade, que viessem a ser interpostos no futuro e que versassem sobre a mesma questão de direito. Suspensão esta que deveria permanecer até que o representativo da controvérsia fosse julgado pelo STJ. (art. 543-C, §1º, do CPC/73).

Independentemente da iniciativa do presidente do Tribunal de origem, os Ministros do STJ, por iniciativa própria, também estavam autorizados a proferir despacho de suspensão de futuros recursos especiais, perante os tribunais de segunda instância, nos recursos especiais em que figurassem como relator e cuja controvérsia já estivesse pacificada pela jurisprudência dominante da Corte. (art. 543-C, §2º, do CPC/73).

O Ministro relator do caso representativo da controvérsia poderia, ainda, solicitar informações aos tribunais federais ou estaduais, (art. 543-C, §3º, do CPC/73), admitir a intervenção de *amicus curiae* (art. 543-C, § 4º, do CPC/73), colher manifestação do Ministério Público (art. 543-C, § 5º, do CPC/73) e, após confeccionar seu voto, submetê-lo a julgamento colegiado na pauta de julgamento da Seção ou Corte Especial, a depender da competência regimental do órgão julgador em face da matéria afetada.

Uma vez definido o julgamento de mérito da tese repetitiva pelo STJ, caberia aos tribunais de origem negar seguimento aos recursos especiais sobrestados, caso o acórdão que havia sido proferido coincidissem com a tese estabelecida, ou proferir novo julgamento ao feito, caso o acórdão recorrido divergisse da orientação firmada pelo STJ. (art. 543-C, § 7º, I e II, do CPC/73).

Após esse novo julgamento, caso o Tribunal não se retratasse, deveria, então, ocorrer o exame de admissibilidade do recurso especial – que havia ficado sobrestado – e, sendo admitido, o feito deveria ser remetido ao STJ (art. 543-C, §8º, do CPC/73)

O STJ, com embasamento no § 9 do art. 543-C do CPC, dispôs regras complementares ao processamento dos recursos especiais repetitivos, ao editar a Resolução Regimental n. 8/08, do STJ.

Dentre essas regras, estabeleceu a possibilidade de escolha de os *leading cases* repetitivos serem eleitos por meio da seleção prévia de recursos especiais já distribuídos, dentre diversas relatorias, valendo como critério distintivo os que tivessem maior diversidade de fundamentos, tanto no acórdão quanto nos argumentos do recurso especial. (art. 1º, §1º, da Resolução Regimental n. 8/08, do STJ).

Foi estabelecida também a possibilidade de os ministros do STJ, a seu próprio critério, selecionarem recurso especial de sua relatoria que se enquadrasse nos critérios estabelecidos pela lei e submetê-los à sistemática dos recursos repetitivos (art. 2, §1º, Resolução Regimental n. 8/08, do STJ).

Por fim, outra regra complementar foi a de que a decisão do ministro relator, comunicando a afetação do tema ao rito dos julgamentos repetitivos e a suspensão dos demais recursos semelhantes, deveria ser enviada também aos demais ministros do STJ, e não apenas aos tribunais de segunda instância (art. 2, §2º, Resolução Regimental n. 8/08, do STJ).

Entre 2008 e 2016, ano em que entrou em vigência o CPC/15, muitas questões de ordem procedimentais, e mesmo processuais, foram surgindo com a experiência prática dos recursos repetitivos.

1.3.2.2. Problemas observados na dinâmica dos recursos repetitivos pela sistemática do art. 543-C/CPC/73

1.3.2.2.1. A afetação monocrática pelo ministro do STJ

O primeiro aspecto problemático observado com a dinâmica dos julgamentos repetitivos, regidos pelo Código Processual revogado, diz respeito à competência para afetar um recurso especial.

Muito embora o § 1º, do art. 543-C, do CPC/73, estabelecesse a competência do presidente do Tribunal de origem para selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e, conseqüentemente, determinar a imediata suspensão de processos semelhantes, somente quando o Ministro do STJ proferia o despacho monocrático de afetação que o recurso especial, efetivamente, era designado para o rito dos recursos repetitivos.

O principal problema surgiu quando, por questões de organização interna, o STJ não observava que o recurso especial era um 'representativo da controvérsia' previamente identificado pelo Tribunal *a quo* e o sucedâneo acabava sendo processado e julgado como um recurso especial comum, ou seja, sem que os

ministros julgadores se atentassem à preliminar distintiva posta no juízo de admissibilidade.

Nesse sentido, muito embora, pela redação da lei, as afetações devessem vir sugeridas pelo Tribunal *a quo*, na prática, se concretizavam por meio de despachos monocráticos dos Ministros do STJ, que, por iniciativa própria, escolhiam um caso de seu próprio acervo, não necessariamente um recurso previamente sinalizado.

Outro problema decorrente de organização interna acontecia quando, não raras vezes, eram vistas situações em que o ministro relator entendia por bem submeter um recurso especial ao rito dos recursos repetitivos em razão do tema nele versado; comandava a suspensão nacional da tramitação de novos recursos especiais sobre o tema; recebia manifestações das partes, do Ministério Público e de *amicus curiae*; preparava voto sobre o mérito da tese jurídica a ser fixada; incluía o recurso para julgamento na pauta da Seção, ou Corte Especial, a depender da previsão regimental da matéria; e quando o julgamento para definição da tese vinculante estava prestes a começar, Ministros que, somente naquela ocasião da sessão presencial, estavam tendo contato pela primeira vez com a notícia da afetação do caso, levantavam questão de ordem, propondo a desafetação do recurso, por entenderem que não era oportuno o julgamento do tema pelo rito dos recursos repetitivos e, ao cabo do julgamento da questão de ordem levantada, restava o recurso desafetado pelo órgão julgador⁵⁶, frustrando a expectativa dos jurisdicionados e de todos aqueles que se manifestaram no processo repetitivo até aquele momento.

Tal situação representava uma perda de tempo a todos os envolvidos do *leading case*, em completo contrassenso com o princípio da celeridade processual, sobretudo para as partes que tiveram seus recursos especiais sobrestados desnecessariamente.

⁵⁶ Exemplos concretos onde tal cenário ocorreu: repetitivo de capitalização de juros na Tabela Price, REsp 951894/DF, Rel. Maria Isabel Gallotti, desafetado em 08/02/2019; repetitivo de critério de fixação do dano moral, REsp 1.446,213/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, desafetado em 10/05/2017; repetitivo de nulidade de cláusula contratual de ofício, a luz do CPC/15, REsp 1465832/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, desafetado em 22/03/2017; repetitivo de limitação dos efeitos da ação civil pública aos associados, REsp 1438263/SP, Rel. Min. Raul Araújo, desafetado em 27/09/2017.

1.3.2.2.2. O sucedâneo recursal para demonstração do distinguishing em face da decisão que inadmite o recurso especial

O outro aspecto controvertido diz respeito à figura do remédio recursal posto à disposição da parte que intentasse demonstrar que o seu recurso especial, sobrestado pelo Tribunal de origem, com fulcro no art. 543, § 7º, I, do CPC/73, versava sobre tese diferente da afetada pelo STJ para julgamento repetitivo.

O caminho mais tradicional, por se tratar de uma decisão de inadmissão do recurso especial, era a interposição de agravo nos próprios autos, com fulcro no art. 544 do CPC/73.

No entanto, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, no Ag 1.154.599/SP, a Corte Especial do STJ acabou firmando orientação do sentido de não ser cabível o agravo do art. 544, do CPC/73, mas sim o agravo regimental, perante o próprio Tribunal de origem. Eis a ementa do acórdão:

“QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO - Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC. Agravo não conhecido”⁵⁷

Naquela ocasião também a Corte Especial entendeu que a interposição do agravo do art. 544, do CPC/73, deveria ser considerada como “erro grosseiro” da parte. Por conseguinte, uma vez observada essa hipótese, o Ministro relator não poderia admitir o processamento do recurso, nem mesmo sob a incidência do princípio da fungibilidade, sendo de rigor a prolação de decisão pelo não conhecimento do sucedâneo recursal.

Em 2015, porém, a Corte Especial do STJ, julgando o AgRg no AREsp 260.033/PR, reviu seu posicionamento, afastando a pecha de ‘erro grosseiro’ do agravo, com fulcro no art. 544, do CPC/73:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO, NO TRIBUNAL A QUO, QUE NEGA SEGUIMENTO AO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DO ART. 544 DO CPC.

⁵⁷ QO no Ag 1.154.599/SP, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/2/2011, DJe 12/5/2011.

DESCABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REMESSA DO RECURSO PELO STJ À CORTE DE ORIGEM PARA APRECIÇÃO COMO AGRAVO INTERNO. AGRAVO PROVIDO. 1. No julgamento da Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, a Corte Especial assentou o entendimento de que não cabe agravo (CPC, art. 544) contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, podendo a parte interessada manejar agravo interno ou regimental na origem, demonstrando a especificidade do caso concreto. 2. Entretanto, o art. 544 do CPC prevê o cabimento do agravo contra a decisão que não admite o recurso especial, sem fazer distinção acerca do fundamento utilizado para a negativa de seguimento do apelo extraordinário. O não cabimento do agravo em recurso especial, naquela hipótese, deriva de interpretação adotada por esta Corte Superior, a fim de obter a máxima efetividade da sistemática dos recursos representativos da controvérsia, implementada pela Lei 11.672/2008. 3. Então, se equivocadamente a parte interpuser o agravo do art. 544 do CPC contra a referida decisão, por não configurar erro grosseiro, cabe ao Superior Tribunal de Justiça remeter o recurso à Corte de origem para sua apreciação como agravo interno. 4. Agravo interno provido”⁵⁸.

Com isso, o STJ manteve seu entendimento no sentido de que o recurso cabível deveria ser o agravo regimental, perante o Tribunal de origem, porém, por deixar de considerar como ‘erro grosseiro’ a interposição do agravo, com fulcro no art. 544, do CPC/73, passou a admitir a possibilidade do Ministro relator, ao observar essa hipótese, ao invés de simplesmente não conhecer do recurso, poder remetê-lo de volta ao Tribunal de origem para que, pelo princípio da fungibilidade, pudesse ser processado e julgado como agravo regimental.

1.3.2.2.3. A não suspensão dos recursos especiais autuados perante o STJ

Outra questão processual que demandou muitas dúvidas nessa época se deu em torno dos efeitos horizontais da decisão de afetação do recurso repetitivo.

Afinal, tinham por prática os Ministros, ao decidirem pela afetação de um determinado recurso ao rito dos recursos repetitivos, com fulcro no art. 543-C, §2º, do CPC/73, estabelecer a suspensão de tramitação de todos os recursos especiais que estivessem na iminência de serem admitidos e encaminhados ao STJ, direcionando, assim, a comunicação aos “tribunais de segunda instância”,

⁵⁸ AgRg no AREsp n. 260.033/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, julgado em 5/8/2015, DJe de 24/9/2015.

expressão, inclusive, disposta no referido dispositivo da lei processual civil.

Porém, o art. 2, §2º, da Resolução Regimental n. 8/08, do STJ, estabelecia que a decisão de afetação também deveria ser direcionada aos demais Ministros, os quais, por sua vez, cientes, deveriam determinar a devolução dos recursos que estivessem em seu gabinete ao Tribunal de origem, para que lá aguardassem julgamento do mérito do repetitivo.

A questão a respeito dos efeitos horizontais da decisão de afetação do recurso especial foi muito debatida na Corte, chegando a entendimentos, proferidos inclusive pela Corte Especial, de que não deveria o efeito suspensivo ser considerado aos recursos especiais que já estivessem distribuídos no STJ.

Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - SOBRESTAMENTO DO FEITO - PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMBARGOS REJEITADOS. (...)

2.- A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ.

3.- Quanto ao prequestionamento dos artigos da Constituição Federal para fins de interposição de recurso extraordinário, tem-se que a matéria vai além da previsão legal de Embargos de Declaração (CPC, art. 535, I e II), sendo remansoso o entendimento neste Sodalício no sentido da impropriedade de tal pretensão em sede de Recurso especial.

4.- Embargos de Declaração rejeitados”(grifou-se).⁵⁹

Tal conclusão levava a situações de insegurança jurídica, como, por exemplo, a que fora observada no episódio do julgamento do tema “capitalização mensal de juros nos contratos bancários”.

No dia 14 de junho de 2012, portais jurídicos noticiaram que o STJ havia definido que a mera indicação, no contrato de mútuo bancário, do valor nominal da taxa de juros mensal, da taxa de juros anual, e a percepção aritmética de que a taxa

⁵⁹ EDcl no AgRg nos EREsp 1174957/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013, DJe 26/11/2013.

anual seria superior ao valor encontrado pela multiplicação da taxa mensal por doze, não deveria legitimar a prática da capitalização de juros em periodicidade mensal, devendo, pois, haver ainda no contrato uma cláusula específica estabelecendo esta incidência, textualmente, em respeito ao princípio da transparência com o consumidor⁶⁰.

No entanto, passados menos de dois meses, precisamente em 08 de agosto de 2012, foi julgado recurso especial repetitivo⁶¹, que também contou com ampla divulgação pelos portais de notícias jurídicas⁶², e que assentou tese em sentido diametralmente oposto ao que fora noticiado em junho, qual seja, a previsão no contrato acerca da taxa de juros anual, superior ao duodécuplo da taxa mensal, já seria suficiente para permitir a cobrança da taxa contratada.

Nesse sentido:

*“É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.” - **“A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.***

Situações como essa deixavam os jurisdicionados confusos quanto ao entendimento da Corte sobre o tema, sobretudo em função do curto espaço de tempo que decorreria entre as duas decisões proferidas, criando um clima de insegurança jurídica nada salutar para o ideal de estabilização da jurisprudência que o STJ intentava alcançar.

⁶⁰ Cobrança de juros, contrato deve deixar clara a existência de capitalização. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-14/contrato-deixar-clara-existencia-capitalizacao-decide-stj>>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶¹ REsp 973.827/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012.

⁶² **MIGALHAS**, 4 de julho de 2012. Taxa de juros explicitada em contrato permite cobrança efetiva. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158925,21048-Taxa+de+juros+explicitada+em+contrato+permite+cobranca+efetiva>>. Acesso em: 16 maio 2019.

1.3.2.2.4. O efeito persuasivo do repetitivo

Outra particularidade processual, também observada nessa época, dizia respeito aos efeitos do julgamento de mérito dos recursos repetitivos.

Não havia consenso na doutrina se o julgamento de mérito do recurso repetitivo teria efeito vinculante⁶³ ou meramente persuasivo⁶⁴.

Considerando a leitura do art. 543-C, § 8º, do CPC/73, que estabelecia a faculdade ao Tribunal de não reconsiderar sua decisão, mesmo após o STJ ter definido a tese repetitiva, e o fato de não haver outro dispositivo processual que indicasse um dever de observância cogente, por parte dos magistrados, ao resultado de um julgamento repetitivo, quando dos julgamentos de casos concretos futuros, a inclinação da doutrina majoritária era no sentido de que o repetitivo era meramente persuasivo.

O tema ganhou contornos interessantes quando, por conta do julgamento do Recurso Extraordinário n. 571.572⁶⁵, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, em 2009, decidiu que seria da competência do STJ processar e julgar o sucedâneo da reclamação, sempre que proposta em face de acórdão de turmas recursais dos juizados especiais cíveis estaduais, que contrariassem o entendimento jurisprudencial do STJ.

Ao final daquele ano, o STJ editou a Resolução n. 12/09, que estabeleceu

⁶³ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 343-384, ago. 2012, DTR\2012\450350.

⁶⁴ Clélio De Oliveira Corrêa Lima Neto, ao interpretar o art. 543-C, assentava que “a partir de uma interpretação literal da norma, resta clara a eficácia tão somente persuasiva dos julgados proferidos em sede de recurso repetitivo pelo STJ”. LIMA NETO, Clélio de Oliveira Corrêa. **Recurso especial repetitivo**: força persuasiva ou efeito vinculante? Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,recurso-especial-repetitivo-forca-persuasiva-ou-efeito-vinculante,51470.html>> Acesso em: 14 maio 2019.

⁶⁵ “Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução do impasse (...) Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com a sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos juizados especiais estaduais” Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no RE 571.572. Relator(a): min. Ellen Gracie. Publicado no DJ Nr. 223 do dia 27/11/2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE571572EG.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2019.

rito procedimental interno para passar a recepcionar e julgar as reclamações constitucionais, estabelecendo, *a priori*, hipótese de cabimento em face de acórdãos de turmas recursais que violassem jurisprudência consolidada da Corte, súmulas ou orientações decorrentes de julgamentos repetitivos⁶⁶.

Em 2012, porém, após o grande volume de reclamações que ascenderam ao STJ, no julgamento questões de ordem suscitadas na Rcl 6721-MT e na Rcl 3812-RS, o STJ decidiu restringir as hipóteses de cabimento, estabelecendo que, doravante, só seriam admissíveis reclamações em face de decisões de turma recursal que fossem teratológicas, violassem súmula do STJ ou orientação firmada em julgamento repetitivo⁶⁷.

Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes, sobre o sucedâneo da Reclamação, lecionam: “esse novo instituto tem o potencial de mudar a feição do STJ e a compreensão que o STJ tenha de sua missão institucional, voltada a garantir a correta aplicação da legislação federal e a uniformizar a sua interpretação”⁶⁸.

Prosseguem os doutrinadores: “de um lado, os recursos repetitivos, que se destinam a fortalecer a função do STJ perante a Justiça Comum e a Justiça Federal. De outro lado, essa nova modalidade de reclamação, que objetiva fortalecer a função

⁶⁶ Art. 1º. As reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo.

⁶⁷ Reclamação. Resolução/STJ Nº 12/2009. Juizados Especiais. Requisitos. Jurisprudência Consolidada. Definição. 1. Para que seja admissível o manejo da Reclamação disciplinada pela Res/STJ n. 12/2009 é necessário que se demonstre a contrariedade a jurisprudência consolidada desta Corte quanto a matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada: (i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte. 2. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais. 3. Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de direito material, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95. 4. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta. 5. Reclamação não conhecida”. (Reclamação 6721 - MT. Relator(a): min. Massami Uyeda. DJe em 09/11/2012. e Reclamação 3182 - ES. Relator(a): min. Sidnei Beneti. DJe 12/12/2012)

⁶⁸ QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os juizados especiais cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. **Revista de Processo**, v. 196, p. 433-459, jun. 2011.

do STJ perante o microssistema dos Juizados Especiais⁶⁹.

Nesse sentido, embora a doutrina majoritária se inclinasse pela teoria da persuasão dos julgamentos repetitivos, sem dúvida alguma a viabilidade do manejo da reclamação figurou como importante divisor de águas, pois conferiu maior empoderamento, de ordem prática, aos repetitivos, ao menos perante as questões judiciais resolvidas nos juizados especiais cíveis, e deixou marcas que, como se verá na sequência, influenciaram as regras processuais de vinculação dos precedentes no novo Código Processual que estava por vir.

1.3.3. Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.256/16)

Em 2016, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.256/16, estabelecendo um novo Código de Processo Civil, que teve como objetivo: "1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado"; e, como última diretriz, que se pode chamar de diretriz-síntese das anteriores, "imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão"⁷⁰.

Como bem ensina Luiz Rodrigues Wambier, o CPC/2015 foi o primeiro Código de Processo Civil federal da história do Brasil elaborado e promulgado em regime democrático, dado que os dois conhecidos Códigos anteriores que regulamentaram o sistema processual brasileiro foram editados em períodos de regime militar, 1939 e 1973, respectivamente⁷¹.

⁶⁹ QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os juizados especiais cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. **Revista de Processo**, v. 196, p. 433-459, jun. 2011.

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

⁷¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Palestra ministrada para a Instituição Toledo de Ensino sobre o Modelo Constitucional do Processo Civil. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1rITtB4DhKk>>. Acesso em: 10 maio 2019.

Wambier ainda destaca que esse distinto traço democrático da nova lei processual já era evidente desde primeiras discussões do projeto legislativo:

“Sob a forma de Projeto, o texto foi discutido pelos Senadores, com auxílio de outra Comissão de Juristas. Aprovado no Senado, o Projeto foi para a Câmara. Lá houve longa e democrática discussão, tanto entre deputados quanto entre professores, juízes, advogados, promotores, defensores e procuradores, que foram ouvidos pela Comissão para tanto criada. Depois de sua aprovação na casa revisora, voltou o Projeto ao Senado, para análise das alterações feitas pela Câmara. Mais uma vez, a comunidade acadêmica e os operadores das profissões jurídicas foram chamados”⁷².

Inúmeras foram as mudanças implementadas no sistema processual brasileiro, sendo oportuno destacar, dentre elas: i) a obrigatoriedade de prévia audiência de conciliação, em todas as ações que tratem sobre direitos disponíveis (art. 335, I, CPC/15), ii) a instituição dos chamados honorários sucumbenciais em cascata, ou seja, majorados a cada recurso interposto no processo (art. 85, §11º, do CPC/15); iii) a regulação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do CPC/15); iv) o fim da decisão surpresa (art. 10, do CPC/15), que expande o contraditório ao vedar ao juiz decidir sem ouvir a parte contrária; v) dispositivos dedicados a regulamentação da atuação dos *amicus curiae* (art. 138, do CPC/15); vi) a previsão expressa acerca da possibilidade do julgamento parcial de mérito (arts. 356 e 354, Parágrafo único, do CPC/15); vii) o empoderamento do princípio constitucional da fundamentação (art. 93, IX, da CF), com contornos muito bem delimitados a respeito do que não vem a ser uma decisão fundamentada (art. 498, §1º, do CPC/15); viii) a implementação de regras para disciplinar o negócio jurídico processual (art. 190 do CPC/15), medidas que autorizam as partes, nos limites da autonomia da vontade, antes, ou durante o curso do processo, convencionarem procedimentos sobre distribuição do ônus da prova, entre outros deveres ou faculdades processuais.

Não bastasse, o CPC/15 acrescentou ao rol de institutos capazes de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade as decisões judiciais o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas⁷³ (arts. 976 a 987 do CPC/15), e o

⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Apresentação da 16ª edição.

⁷³ “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é instituto totalmente novo no processo civil brasileiro, representando um dos maiores avanços do NCPC em prol da uniformidade das decisões judiciais. Em síntese, o incidente tem por função dar ensejo a uma única decisão de Tribunal que resolva uma mesma questão de direito objeto de julgamento em múltiplas ações. É uma

incidente de assunção de competência⁷⁴ (art. 947 do CPC/15), ao lado das já tradicionais figuras do recurso especial repetitivo e do recurso extraordinário com repercussão geral.

Como forma de estabelecer um maior empoderamento a esses institutos, inclusive concedendo força vinculante ao seus acórdãos, o CPC/15 ainda implementou uma série de regras, dentre as quais⁷⁵, vale destacar o art. 927, III, do CPC/15, que estabeleceu a obrigatoriedade de os magistrados observarem o quanto decidido em acórdãos de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo.

das técnicas de julgamento de casos repetitivos previstas pelo NCPC, ao lado do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 928, I e II), sendo eficaz instrumento de consagração dos princípios da isonomia e segurança jurídica. Seu acórdão possui caráter vinculante para todos os órgãos do judiciário atrelados ao Tribunal que houver julgado o incidente, sendo de aplicação obrigatória para todas as ações em curso, como também para ações que vierem a ser eventualmente propostas após seu julgamento". (SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 497.)

⁷⁴ "O NCPC procurou aprimorar a regra de assunção de competência existente no art. 555, § 1.º do CPC/1973, que permitia fosse o recurso julgado por órgão colegiado mais amplo, quando houvesse relevante questão de direito e conveniência de prevenir-se ou compor-se divergência existente entre câmaras ou turmas do respectivo Tribunal. De igual modo, com a extinção da "uniformização de jurisprudência" prevista nos arts. 476 a 479 do CPC/1973, o incidente de assunção de competência também passa a assumir a função daquele procedimento. Assim, no NCPC, o "incidente de assunção de competência" pode ser utilizado para duas finalidades diversas: 2 Permitir que relevante questão de direito, com grande repercussão social, seja julgada por órgão colegiado mais amplo que o inicialmente competente para julgamento do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária (art. 947, caput), fixando-se o entendimento do Tribunal através de um órgão julgador de maior representatividade; ou Prevenir ou dirimir divergências entre turmas ou câmaras do Tribunal, sobre relevante questão de direito (art. 947, § 4.º). De qualquer modo, esse "novo" expediente processual traz força vinculante ao julgamento nele realizado, cujo atendimento é obrigatório por todos os juízes e órgãos do Tribunal que proferiu a decisão (art. 947, § 3.º), de modo que a supressão de eventuais divergências entre juízes e órgãos do Tribunal será sempre um dos seus efeitos. (SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 491.)

⁷⁵ Outras mudanças processuais dignas de apontamento: o art. 311, II, do CPC/15, que dispensa a demonstração do *periculum in mora* para concessão antecipada da tutela (tutela de evidência), quando a pretensão da parte estiver em sintonia com tese firmada em julgamento repetitivo; o art. 332, II, do CPC/15, que estabelece que, nas causas que dispensam instrução probatória, o magistrado deve julgar liminarmente improcedentes as pretensões que contrariarem precedente repetitivo, de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência; o art. 496, § 3º, II, do CPC/15, que dispensa a remessa necessária, quando a sentença que condenar os membros da administração pública direta e indireta estiver em sintonia com precedentes repetitivos.

1.3.3.1. Precedentes ou Pronunciamentos vinculantes?

O Código de Processo Civil de 2015 utiliza o termo “precedente” em três oportunidades⁷⁶, para se referir aos pronunciamentos vinculantes estabelecidos em seu art. 927, III.

Porém, segundo Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, a designação precedente aos pronunciamentos vinculantes brasileiros estaria equivocada, na medida em que “o precedente judicial nos países de tradição *anglo-saxônica* funciona como *ponto de partida* para a discussão e resolução da lide, função que, nos países do *civil law*, é desempenhada pela própria legislação”⁷⁷.

Na visão de Abboud e Cavalcanti, no sistema do CPC/2015, os precedentes brasileiros estariam mais próximos das súmulas vinculantes do que do *stare decisis* do *common law*, (precedentes propriamente ditos, segundo lecionam) já que teriam sido criados com a finalidade principal de resolver casos futuros por efeito cascata⁷⁸.

A despeito das considerações dos doutrinadores, afiliamo-nos à corrente doutrinária que emprega a nomenclatura ‘precedente’ aos pronunciamentos judiciais referidos no art. 927, III, do CPC/15.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier:

“recentemente, por uma figura de linguagem, passou-se a usar o termo “precedente” para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que, já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais (ou mesmo atos administrativos e

⁷⁶ “Art. 489, §1º, V, “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”;

“Art. 489, §1º, VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”;

“Art. 927, § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

⁷⁷ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 351-377, jul. 2015, DTR\2015\11015.

⁷⁸ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 351-377, jul. 2015, DTR\2015\11015.

até condutas privadas) subsequentes, que versem sobre casos em que se ponha a mesma questão jurídica”⁷⁹.

O que não significa a defesa aqui da ideia de que os precedentes brasileiros são rigorosamente idênticos ao *stare decisis* inglês.

Compreende-se, na verdade, as claras diferenças entre os dois modelos, afinal, a título de exemplo, um carrega uma historicidade cultural secular do povo inglês⁸⁰, e outro, inegavelmente, foi imposto por lei de modo cogente⁸¹.

Porém, buscamos prestigiar as semelhanças entre os dois institutos. Afinal, ambos se prestam a conferir maior segurança jurídica, respeito à isonomia e previsibilidade às decisões judiciais.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim assenta que “a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais⁸².

Prossegue a doutrinadora:

“A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma”.⁸³

Abboud e Cavalcante, por exemplo, registram que, enquanto os precedentes ingleses não nascem precedentes, pois eles só ganham esta condição na medida em que sua argumentação for utilizada ao longo do tempo, os pronunciamentos

⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 695.

⁸⁰ “O papel que os precedentes (no sentido próprio, tradicional) têm na *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles - de resto inexistente. Antes, é fruto de seculares tradições. O direito inglês consolidou-se dessa forma: com um conjunto de costumes, decisões judiciais e mesmo, na origem, manifestações doutrinárias de tratadistas formando um arcabouço jurídico que veio a constituir a “lei da terra” ou “lei comum”. A ideia de que o direito é aquilo que os tribunais decidiam no passado, que os antepassados tinham por correto, está arraigada nessa tradição jurídica”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 695.)

⁸¹ Para mais detalhes, ver: item 2.1. Respeito ao princípio da legalidade.

⁸² ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

⁸³ ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

vinculantes brasileiros já nasceriam precedentes apenas por terem sido proferidos pelos Tribunais Superiores⁸⁴.

Porém, ainda assim, conseguimos enxergar uma certa semelhança entre as duas modalidades de precedentes, na medida em que, como será melhor explorado adiante, a condição de historicidade também seria um requisito essencial para a constituição do precedente brasileiro, sobretudo na hipótese do recurso especial repetitivo, objeto desta pesquisa⁸⁵.

Vale registrar, a propósito, que, embora nos afiliemos à linha doutrinária que se refere aos pronunciamentos vinculantes brasileiros como ‘precedentes’, não deixamos de compartilhar das mesmas preocupações reveladas por Georges Abboud, especialmente quando o professor alerta que “premissas equivocadas, influenciadas pelo positivismo normativo, podem levar a entendimentos no sentido de que a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais do CPC/2015 não serve de ponto de partida, mas de *linha de chegada* para resolução dos casos repetitivos”⁸⁶.

De fato, tal como Abboud leciona, e melhor exploraremos no trabalho mais adiante⁸⁷, a *ratio decidendi* do pronunciamento vinculante não deve ser encarada como uma regra decisória que dispense o magistrado de interpretar as alegações das partes, a fundamentação e a problematização do caso concreto.

Compartilhamos tanto desse ponto de vista, aliás, que é justamente por esse motivo, que resolvemos adotar a nomenclatura ‘precedente’ ao nos referirmos ao pronunciamento vinculante brasileiro.

Afinal, se o desejo é de que os precedentes brasileiros possuam aplicação assemelhada às dos precedentes ingleses, no tocante a interpretação da *ratio decidendi* do paradigma, conjugação com elementos fáticos e jurídicos do caso

⁸⁴ ABOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 514.

⁸⁵ Nesse sentido, ler item “3.2 - Repetitivos ou ‘Ineditivos’?”

⁸⁶ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 351-377, jul. 2015, DTR\2015\11015.

⁸⁷ Nesse sentido, ver: item 2.4.4 - O importante papel do magistrado em um sistema jurídico de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

concreto, possibilitando empregos de técnicas de *overruling* e *distinguishing*⁸⁸, quando for o caso, a adoção de um nome diferente ao sistema adotado no Brasil só reforçaria a ideia contrária, no sentido de que o precedente inglês realmente possui um modelo interpretativo completamente distinto do empregado pelo sistema brasileiro, ou de como deveria ser aplicado.

Nesse sentido, a adoção da nomenclatura “precedente” para referir-se a julgamentos vinculantes estabelecidos no art. 927, III, do CPC/15, mais do que uma questão metodológica ou mera figura de linguagem, se presta, acima de tudo, ao exercício de coerência, na medida em que buscamos explorar as semelhanças do precedente brasileiro com o precedente inglês, sobretudo quanto à importância da historicidade da aplicação da tese em sua formação e quanto à correta forma de se aplicar e de se interpretar o precedente para os casos futuros.

1.3.3.2. Sistemática dos recursos especiais repetitivos pelo art. 1036 a 1041, do CPC/15

O julgamento dos recursos especiais repetitivos está disciplinado nos arts. 1.036 ao 1.041 do CPC/15. Em linhas gerais, a sistemática existente no art. 543-C do CPC/73 foi mantida, mas com algumas implementações e melhorias.

Permanece válida a regra de que o presidente ou vice-presidente de Tribunal de segunda instância, sempre que identificar multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, estará autorizado a selecionar um ou mais recursos especiais, em juízo de admissibilidade, e remetê-los como representativos da controvérsia ao STJ (art. 1.036 do CPC/15).

A novidade fica por conta da decisão de suspensão. Uma vez selecionados os recursos representativos da controvérsia, o presidente ou vice-presidente do Tribunal regional, determinará o sobrestamento, não mais dos recursos especiais, mas sim de todos os processos individuais ou coletivos sobre a mesma questão de direito que tramitarem no Estado ou na região, conforme o caso (art. 1.036, §1º, do

⁸⁸ Nesse sentido, ver: item 2.4.4. - O importante papel do magistrado em um sistema jurídico de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

CPC/15).

A indicação feita pelo Tribunal local não vincula o Ministro do STJ, que poderá escolher outros recursos como representativos da controvérsia independentemente da iniciativa do Tribunal (art. 1.036, §4º e §5º, do CPC/15). Inclusive, caso o STJ não decida afetar um recurso representativo da controvérsia indicado pelo Tribunal, deverá comunicar o presidente ou vice-presidente do Tribunal local, para que seja possível revogar a ordem de suspensão que por ventura tenha sido dada (art. 1037, §1º, do CPC/15).

A lei processual estabelece agora um cuidado maior com os casos a serem selecionados, ao assentar que somente podem ser afetados recursos admissíveis, ou seja, que tenham superado requisitos de admissibilidade, e que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º, do CPC/15).

No STJ, o Ministro relator, ao proferir despacho de afetação, tem o dever de identificar, com precisão, a questão a ser julgada e, caso julgue conveniente, determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versarem sobre a questão e tramitem em território nacional (art. 1037 do CPC/15).

Nota-se, pois, que, assim como a decisão de suspensão comandada pelo Tribunal local, a proferida pelo Ministro do STJ também pela nova sistemática não se limita mais a suspender a tramitação de recursos especiais, mas sim de processos, sejam eles individuais ou coletivos. A questão que merece atenção também é que enquanto a suspensão comandada pelo Tribunal possui abrangência regionalizada, ou seja, limitada ao estado ou à região, conforme o caso, a suspensão comandada pelo ministro do STJ tem abrangência nacional.

O art. 1.037, § 4º, do CPC/15 estabelece prazo máximo de um ano para o julgamento do recurso repetitivo, embora, vale registrar, o § 5º, que estabelecia como consequência do escoamento do prazo a perda de eficácia da decisão de suspensão, tenha sido revogado pela Lei 13.256/16.

Em prestígio da transparência e do princípio da não surpresa (art. 10,

CPC/15), o art. 1.037, § 8º, do CPC/15 assenta que as partes deverão ser intimadas sobre a decisão de suspensão de seus casos concretos, por conta da afetação da questão nele versada pelo STJ, oportunizando-se, assim, a chance de se manifestarem alegando a distinção entre seu caso com o paradigma (art. 1.037, § 9, do CPC/15).

A exemplo da regra do Código revogado, o Ministro relator do caso representativo da controvérsia poderia solicitar informações aos tribunais federais ou estaduais, solicitar manifestação do Ministério Público e oportunizar a manifestação de *amicus curiae*, seja por meio de manifestação formal nos autos, ou em audiência pública previamente organizada pelo STJ (art. 1.038, I, II e III, do CPC/15).

Uma vez definido o julgamento de mérito da tese repetitiva pelo STJ, será lavrado acórdão, que deverá abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida (art. 1.038, § 3º, do CPC/15), vindo o precedente a ser aplicado aos casos sobrestados e aos futuros que vierem a ser interpostos (arts. 1039 e 1040 do CPC/15).

1.3.3.3. Peculiaridades da dinâmica dos recursos repetitivos, pela sistemática do art. 1036, CPC/15

1.3.3.3.1. A afetação colegiada do STJ

Como forma de solucionar o impasse existente à época do Código Processual revogado, acerca da falta de controle sobre os representativos de controvérsia indicados pelo Tribunal *a quo*, e a respeito das afetações monocráticas que tinham pouca divulgação interna na Corte, o que levava à situação de embaraço e constrangimento jurídico da desafetação tardia do recurso, o STJ editou a Emenda Regimental 26/16, por meio da qual foram estabelecidos dispositivos acerca dos novos procedimentos da Corte para proceder à afetação e ao processamento dos recursos especiais repetitivos.

A primeira medida digna de nota foi a instauração da Comissão Gestora de Precedentes, órgão que passou a ficar responsável pelo controle dos processos sobrestados, dos recursos representativos de controvérsia encaminhados pelos

Tribunais Locais, além de desenvolver trabalho de inteligência e comunicação em conjunto com CNJ, TJs e TRFs para identificação de matérias repetitivas.

Pelo rito regimental, agora, uma vez identificada, pelo STJ, a existência de um recurso aparentemente apto a ser afetado ao rito do recurso repetitivo, será aberta vista ao Ministério Público Federal para que se manifeste, exclusivamente, a respeito dos pressupostos de admissibilidade do recurso como representativo da controvérsia (art. 256-B, II, do RISTJ).

Depois, o recurso é distribuído a um Ministro relator, que terá prazo máximo de sessenta dias úteis para examinar a admissibilidade do recurso como representativo da controvérsia (art. 256-E do RISTJ).

Até o fim do prazo, o relator poderá: i) rejeitar a indicação do recurso, seja porque o tema não merece ser submetido ao rito dos repetitivos (art. 256-F, § 4º, do RISTJ), seja porque o caso escolhido não preenche requisitos de admissibilidade (art. 256-E, I, do RISTJ). Nesta última hipótese, poderá solicitar o envio de novo caso que debata sobre a mesma matéria (art. 256-F do RISTJ); ou ii) propor à Corte Especial, ou à Seção, por meio eletrônico, a afetação do recurso como representativo da controvérsia para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos (art. 257 do RJSTJ).

Caso, no prazo de sessenta dias estabelecidos no *caput* do art. 256-E do RJSTJ, o relator não tenha se manifestado, ou as providências para troca do *leading case* não tenham sido tomadas, será presumida a rejeição do recurso como representativo da controvérsia.

Na hipótese, entretanto, de o relator ter se manifestado pela afetação do recurso e incluído no plenário virtual sua proposta, os demais Ministros do órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar (art. 257-A do RJSTJ), sob pena de o silêncio ser presumido voto favorável à afetação do recurso (art. 257-B, do RISTJ).

Caso a maioria simples dos Ministros, na sessão eletrônica, vote pela não afetação do recurso, seja pela ausência de requisitos processuais, seja por não entenderem que o tema não é observado em múltiplos processos, o caso não será

considerado como representativo da controvérsia, e o recurso especial será processado e julgado pelo relator como um recurso normal (art. 257-A, §2º, do RISTJ).

Por outro lado, caso a maioria simples vote pela afetação, o recurso será oficialmente admitido ao rito dos recursos repetitivos, registrado nos sistemas internos do STJ e retornará ao relator, ocasião em que, oportunamente, será concedida vista ao MP e *amicus curiae* (art. 257-C, *caput* e Parágrafo único; art. 256-I; art. 256-J; art. 256-K do RISTJ).

Após liberação do relator, que não deve exceder o período de um ano, contado da data da afetação do caso (art. 256-N, § 2º, do RISTJ), o recurso afetado será submetido a julgamento presencial perante a Corte Especial, ou Seção, para que seja, finalmente, julgado e decidido seu mérito, com fixação da tese (art. 256-Q do RISTJ).

1.3.3.3.2. O sucedâneo recursal para demonstração do *distinguishing* em face da decisão que inadmite o recurso especial

A lei processual civil incorporou a prática jurisprudencial do Código revogado, estabelecendo que, em face da decisão do Tribunal *a quo*, que nega admissibilidade a recurso especial, por pretensamente versar sobre tese afetada, ou já julgada, pelo rito dos repetitivos, caberá agravo interno, perante o próprio Tribunal local, para a parte poder demonstrar a distinção do seu caso⁸⁹.

O STJ se posicionou depois, estabelecendo que configura erro grosseiro, não passível mais de fungibilidade, a interposição do ARESP, com fulcro no art. 1042, ao invés do agravo interno⁹⁰.

⁸⁹ “Art. 1.030 (...) § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021”.

⁹⁰ “Após a entrada em vigor do CPC/2015, não é mais devida a remessa pelo STJ, ao Tribunal de origem, do agravo interposto contra decisão que inadmite recurso especial com base na aplicação de entendimento firmado em recursos repetitivos, para que seja conhecido como agravo interno. Com o advento do CPC/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016 (Enunciado Administrativo n. 1 do Plenário do STJ), passou a existir expressa previsão legal no sentido do não cabimento de agravo contra decisão que inadmite recurso especial quando a matéria nele veiculada já houver sido decidida pela Corte de origem em conformidade com recurso repetitivo (art. 1.042, *caput*). Tal disposição legal aplica-se aos agravos apresentados contra decisão publicada após a entrada em vigor do Novo CPC,

Muito embora o CPC/15 tenha resolvido uma das clássicas lacunas do rito dos repetitivos do Código anterior, outra ainda restava sem uma clara solução legal: o recurso cabível, caso o agravo interno seja improvido pelo Tribunal *a quo*.

Provavelmente, o silêncio legislativo, mesmo após a experiência de tantos anos de recursos repetitivos no ordenamento jurídico, signifique que a decisão não comporta recurso algum.

Entretanto, acreditamos que a alternativa processual para este impasse esteja no próprio Código, ainda que não tão evidente.

Trata-se do sucedâneo da reclamação, que, pela redação dada pelo art. 988, § 5º, II, do CPC/15, com a reforma feita pela Lei 13.256/16, estabeleceu que é cabível reclamação para garantir a observância de precedente repetitivo, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Considerando que não há na lei previsão expressa sobre qual recurso seria cabível em face do acórdão proferido pelo Tribunal no julgamento do agravo interno, é possível concluir que nesta hipótese encontra-se esgotada a instância ordinária. Sendo assim, a reclamação revela-se o sucedâneo adequado a levar ao conhecimento do STJ a pretensão de reforma do acórdão do agravo interno por não ter observado adequadamente o precedente repetitivo, na medida em que o aplicou indevidamente em caso que comportava juízo de distinção.

Semelhante raciocínio, inclusive, já foi pronunciado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

em conformidade com o princípio *tempus regit actum*. Nesse contexto, entende-se, diante da nova ordem processual vigente, não ser mais caso de aplicar o entendimento firmado pela Corte Especial no AgRg no AREsp 260.033-PR (DJe 25/9/2015), porquanto não há mais como afastar a pecha de erro grosseiro ao agravo interposto já na vigência do CPC/2015 contra inadmissão de especial que contrarie entendimento firmado em recurso especial repetitivo e, assim, determinar o retorno do feito ao Tribunal de origem para que o aprecie como agravo interno. Ressalte-se, por oportuno, que ficam ressalvadas as hipóteses de aplicação do aludido precedente aos casos em que o agravo estiver sido interposto ainda contra decisão publicada na vigência do CPC/1973". AREsp 959.991-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016.

“AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. DESRESPEITO A PRECEDENTE DO STF PLASMADO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. Rompendo tradicional entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o Código de Processo Civil de 2015 prevê hipótese de reclamação por ofensa a entendimento de mérito desta Corte formado em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

2. Essa previsão, todavia, não deve representar a banalização do instituto, de modo a trazer para esta Corte toda e qualquer inconformidade com as

decisões das instâncias de origem.

3. O próprio Código fornece balizas seguras para a adequada compreensão do instituto.

4. A parte final do inc. II do § 5º do art. 988 do CPC impõe o esgotamento das instâncias ordinárias.

5. Portanto, NÃO caberá reclamação por inobservância a precedente com repercussão geral reconhecida (a) enquanto couberem recursos na instância de origem, não se considerando entre esses os chamados “recursos facultativos” (embargos de declaração; embargos de divergência; embargos do art. 894, II, da Consolidação das Leis do Trabalho; entre outros) e (b) quando a decisão comportar recurso para o SUPREMO.

6. Em relação ao que se colocou na letra b supra, NÃO caberá a reclamação ora em exame contra decisão da origem que inadmita recurso extraordinário sem fazer menção a precedente formado sob a sistemática da repercussão geral. Para trazer ao SUPREMO a discussão sobre todos outros tipos de óbices, a parte dispõe do agravo do art. 1.042 do CPC, no qual, além de proceder à indispensável impugnação específica, pode postular a aplicação de precedente de repercussão geral. A reclamação, nessa hipótese, mostra-se desnecessária, pois a parte tem acesso ao SUPREMO, inclusive com possibilidade de tutela de urgência (art. 1.029, § 5º).

7. Por decorrência lógica, a reclamação em tela somente caberá do julgamento do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC, devendo ser proposta antes da formação da coisa julgada (CPC, art. 988, § 5º, I).

8. De outro lado, o Código deixa muito claro que o reclamante pode usar como fundamento somente “acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral RECONHECIDA” ou “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário REPETITIVO”.

9. Dentro desses exíguos limites, não cabe alegar nesta reclamação (a) desrespeito a acórdão que afirmou INEXISTENTE a repercussão geral de certa matéria e (b) a aplicação de óbices processuais ou de outros precedentes, destituídos da força da repercussão geral ou do caráter repetitivo definido nos arts. 1.036 a 1.041.

10. Em síntese: a reclamação prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC (a) cabe tão-somente do julgado que resultar da apreciação do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC e (b) pode apontar como fundamento exclusivamente acórdão de recurso

extraordinário REPETITIVO ou com repercussão geral RECONHECIDA.

11. Embora a presente reclamação ajuste-se a esses parâmetros, no mérito, não traz argumentos que evidenciem a inobservância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

12. Agravo interno a que se nega provimento⁹¹ (grifou-se)

1.3.3.3.3. O efeito vinculante do repetitivo

Se, sob a égide do Código Processual revogado, havia dissenso na doutrina, sendo as conclusões majoritárias inclinadas pela linha de que os repetitivos eram meramente persuasivos⁹², tal realidade mudou⁹³ com a vigência do CPC/15.

O art. 927, III, do CPC/15 dispõe expressamente que os recursos repetitivos gozam de efeitos vinculantes, na medida em que a lei não estabelece que o juiz poderá observar – ela prevê que os juízes ‘observarão’, valendo-se, pois, de verbo conjugado no imperativo, transmitindo a ideia de adesão de forma cogente e impositiva.

Nesse sentido, leciona Luiz Rodrigues Wambier que o CPC/15 “amplia as hipóteses de força vinculante em sentido estrito. Tal eficácia é também atribuída às decisões proferidas nos procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência”⁹⁴

Não bastasse, o CPC/15 ainda carreou uma série de regras processuais

⁹¹ Rcl 27798 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-14-11-2017.

⁹² Ver: item 1.3.2.2.4 - O efeito persuasivo do repetitivo.

⁹³ Embora defendemos que tal realidade mudou, não ignoramos que ainda existe doutrina que defenda que os precedentes exarados pelo Poder Judiciário, mesmo os previstos no art. 927, III, do CPC/15, continuam gozando de efeito persuasivo e não vinculante. Nesse sentido: “Nem se diga que o fato de o art. 927 do CPC de 2015 determinar que os juízes e tribunais observem esses padrões decisórios seria suficiente para que eles fossem considerados vinculantes. O que se deve entender desse dispositivo é que ele impõe a todos os órgãos jurisdicionais que, em suas decisões, levem em consideração (como principia argumentativos) os padrões decisórios ali referidos. Este é, na verdade, o ponto comum a todos os padrões decisórios enumerados no art. 927, e não uma pretensa eficácia vinculante, que nem todos eles têm”. (Alexandre Freitas Câmara, Súmula Da Jurisprudência Dominante, Superação E Modulação De Efeitos No Novo Código De Processo Civil, Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 281 - 320 | Fev / 2017 | DTR\2016\25035)

⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 699.

distintivas para quando houver um precedente repetitivo já estabelecido, dentre as quais, vale destacar: i) o art. 311, II, do CPC/15, que dispensa a demonstração do *periculum in mora* para concessão antecipada da tutela (tutela de evidência) quando a pretensão da parte estiver em sintonia com tese firmada em julgamento repetitivo; ii) o art. 332, II, do CPC/15, que estabelece ao magistrado, nas causas que dispensam instrução probatória, o dever de julgar liminarmente improcedentes as pretensões que contrariarem precedente repetitivo, de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência; iii) o art. 496, § 3º, II, do CPC/15, que dispensa a remessa necessária quando a sentença que condenar os membros da administração pública direta e indireta estiver em sintonia com precedentes repetitivos; iv) o art. 521, IV, do CPC/15, que dispensa a caução nas execuções provisórias; v) o art. 966, §§ 5º e 6º, do CPC/15, que resguarda o direito da parte de poder propor ação rescisória na hipótese de a decisão a ser rescindida tiver sido proferida com base em precedente repetitivo sem considerar a existência de particularidades das questões fáticas e jurídicas versadas no caso concreto que o distinguem do paradigma vinculante; vi) o art. 988, § 5º, II, do CPC/15, que estabelece a possibilidade de propositura de reclamação em face da decisão que deixar de aplicar precedente repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias; vii) art. 1030, I, do CPC/15, que impõe ao presidente, ou vice-presidente do Tribunal de segunda instância o dever de negar seguimento a recurso especial que contrariar tese já assentada em julgamento repetitivo; viii) art. 1030, II, do CPC/15, que impõe também o dever ao presidente, ou vice-presidente do Tribunal de segunda instância a encaminhar o processo ao órgão julgador novamente para que seja proferido juízo de retratação, caso o acórdão antes fixado não esteja em sintonia com o quanto estabelecido em precedente repetitivo.

1.3.3.3.4. Preservação do direito à distinção e à superação do precedente vinculante

O CPC/15 ainda incorporou do sistema do *common law* as figuras do *distinguishing* e do *overruling*, mecanismos de aplicação e interpretação do direito importantíssimos em um sistema de precedentes.

Sem prejuízo do discurso lógico da presente dissertação, vale desde já adiantar que o *distinguishing*, afora a hipótese já vista de inadmissão do recurso

especial, está previsto nos arts. 489, VI, e 1.037, § 9, do CPC/15, e terá lugar quando o julgador deixar de aplicar o precedente por observar que o caso concreto, que estiver sendo posto a julgamento, possui argumentos fáticos e jurídicos distintos dos explorados pelo pronunciamento vinculante.⁹⁵

Já o *overruling* está previsto no art. 927, §§§ 2º, 3º e 4º, do CPC/15, e ocorrerá quando um precedente for substituído pela Corte incumbida da sua formação, por ele ser considerado ultrapassado ou equivocado, em função de alteração das condições sociais, econômicas, políticas ou jurídicas da sociedade⁹⁶.

Segundo a própria dicção legal do § 3º do art. 927 do CPC/15, convém ainda ressaltar a possibilidade de o órgão julgador, ao proceder o juízo de superação de um precedente, modular os efeitos da decisão em atenção ao interesse social e à segurança jurídica.

⁹⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

⁹⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Qualquer reflexão a respeito do efeito vinculante do precedente dado pelos Tribunais Superiores, com vistas a analisar a viabilidade desta prática em nosso sistema jurídico processual, implica, necessariamente, uma prévia observação cuidadosa do texto constitucional.

Afinal, se os princípios insculpidos nos dispositivos da Constituição Federal não admitissem um julgamento vinculante por parte do Poder Judiciário, fadada estaria a análise desta modalidade decisória à conclusão de que seria uma prática completamente inconstitucional, restando prejudicados, por consequência, quaisquer outros juízos de legalidade, conveniência ou oportunidade que, por ventura, se intentasse fazer.

O presente capítulo objetivará, justamente, esta investigação constitucional.

2.1. Respeito ao princípio da igualdade

Um dos princípios indissociáveis do Estado Democrático de Direito é justamente o princípio da igualdade. Não por acaso, referido direito constitucional toma assento logo no *caput* do art. 5º da Carta Magna: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Nelson Nery Júnior, bem interpretando o texto constitucional, conceitua: “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”⁹⁷.

Com efeito, o princípio da igualdade se propõe a equiparar os indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, em face de uma norma posta, bem como vincula o legislador quando da produção da norma jurídica. Isto é, é norma principiológica que

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

se volta ao legislador, mas também ao seu aplicador, seja ele particular ou Estado, incluindo-se aí o Estado-administração e o Estado-juiz⁹⁸.

Não é apenas no art. 5º, *caput*, aliás, que a proteção à isonomia encontra respaldo constitucional. O princípio da igualdade também está previsto no art. 4º, VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; no art. 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; no art. 5º, VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; no art. 5º, XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do art. 7º, XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; no art. 14, que dispõe sobre a igualdade política e, ainda, no art. 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

No âmbito processual, geralmente o princípio da igualdade é relacionado a aspectos do processo que envolvem a participação das partes, tais como o exercício do contraditório e a concessão de justiça gratuita para aqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, tais aspectos estariam relacionados ao que sua doutrina denomina de “igualdade de acesso à jurisdição” ou de “técnicas processuais”⁹⁹.

No entanto, o aspecto do princípio da igualdade que importa mais especificamente para o escopo deste trabalho diz respeito à garantia de igualdade relacionada ao resultado do processo, ou seja, o direito à percepção de um tratamento isonômico por parte do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes bem estabelece a flagrante violação ao princípio da isonomia, observada nos dias atuais, pela forma completamente dispersa, em termos jurisprudenciais, com que tem sido entregue a prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário:

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

“Não se precisa ser um estudioso do processo para se perceber que a falta de unidade na interpretação das normas pelos órgãos judiciais faz crescer não apenas o número de recursos, mas também o número de demandas ajuizadas (...)

Se há sempre uma possibilidade de se obter uma solução favorável no judiciário, porque as pessoas naturais ou jurídicas, iriam ajustar o seu comportamento ao da jurisprudência? Por que não demandar ou resistir à pretensão, ainda quando o tribunais superiores ou a jurisprudência do tribunal local esteja em sentido oposto, se há, também, juízes e tribunais desafiando o entendimento majoritário. Não por outra razão, já se falou de “loteria judiciária”, o que expressa, naturalmente, sentido altamente depreciativo. Os órgãos judiciais servem para propiciar a solução dos conflitos e não para fomentá-los. Por isso, a preocupação com a isonomia e com a segurança jurídica. Dessa forma, os órgãos vinculados ao respectivo tribunal devem seguir o entendimento fixado” (p. 127)

Nesse mesmo sentido, destaca Marinoni:

“a advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mais bastar, constitui piada de mal gosto àqueles que, perante uma das turmas do Tribunal e sob a inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo corredor de prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei”¹⁰⁰

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, “se a Constituição assegura que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5.º, *caput*, da CF/1988 (LGL\1988\3)), entendida a lei no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da norma legislada (= produto final da atividade parlamentar), como perante a norma julgada, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos, no bojo de uma ação judicial”¹⁰¹.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedencialista para o Brasil. **Cadernos Jurídicos OAB**, jun. 2009, n. 3.

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-23.

Por todos, Luiz Rodrigues Wambier arremata:

“o legislador inseriu no Código institutos capazes de dar a necessária concretude às regras constitucionais. Veja-se, por exemplo, a regra que exige tratamento isonômico, decorrente do princípio da igualdade. A dispersão de soluções judiciais para casos idênticos é exemplo acabado do desrespeito a essa norma. João e José, operários aposentados que trabalharam na mesma indústria, com a mesma função e durante o mesmo número de anos, vão a juízo reclamar determinado percentual que seria devido pela Previdência Social, no cálculo de seus respectivos benefícios. Um ganha e o outro perde, porque suas ações foram distribuídas para varas distintas. Não há como legitimar socialmente essa falta de uniformidade para casos rigorosamente iguais”¹⁰².

Nesses termos, a Constituição Federal assegura que perante o judiciário todos são formalmente iguais, porquanto não há distinção de acesso.

Contudo, quando diante de uma mesma questão jurídica e com fatos idênticos e o estado, por meio do juiz, prolata decisão diametralmente oposta viola o aspecto material da igualdade e, portanto, a decisão não está em conformidade com a Constituição Federal.

Portanto, a observância dos juízes aos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores é um meio de efetivação do princípio constitucional da igualdade, na medida em que visa garantir comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais diante da aplicação das normas jurídicas .

2.2. Acesso à justiça como garantia de íntegra e célere prestação jurisdicional

Um dos principais aspectos constitucionais associados ao tema dos precedentes vinculantes no Brasil, sobretudo quando se critica o art. 927 e incisos, combinado com o art. 332, II, ambos do CPC/15, é o de que estas regras processuais, que impõem aos juízes e tribunais o dever de observância aos precedentes de Tribunais Superiores e, mais ainda, de julgar liminarmente improcedente, ainda que de ofício, uma ação proposta de modo contrário a um

¹⁰² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

precedente vinculante, seria uma forma de restringir o acesso à justiça, direito constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXV, da CF.

Para que seja possível contrapor a essa crítica, fundamental entender o contexto histórico em que foi editado o art. 5º, XXXV, da CF. Afinal, nunca se deve desconsiderar as profundas marcas que um regime ditatorial deixa em um país.

A Constituição de 1988 foi editada em um momento extremamente conturbado politicamente, após um longo período de regime militar, extremamente ditatorial, no qual direitos fundamentais eram desconsiderados pela simples edição de um ato institucional do Poder Executivo.

Se direitos fundamentais eram relativizados nesse período, o que se dirá, então, do direito das pessoas de exercerem suas pretensões em juízo. O país vivia sobre forte censura, momento em que nem mesmo o direito de expressão era garantido materialmente.

Ao término do regime militar, o constituinte de 1988 teve, em suas mãos, o dever de instituir as normas fundamentais do novo Estado de Direito. Nesse contexto, absolutamente natural esperar que muitos dos artigos da Constituição tenham sido erigidos à luz de espíritos libertários, democráticos, rompedores dos paradigmas opressores do antigo regime estabelecido.

O art. 5º, XXV, da CF, que assegura a inafastabilidade da jurisdição, ou livre acesso à justiça, como uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, é nítido reflexo desse contexto social. O dispositivo assegura, contra todas as formas de censura antes existentes, o acesso ao Poder Judiciário, para que as pessoas consigam reclamar ao Estado a satisfação de um direito material, protegido por lei¹⁰³.

Porém, passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal, o país vive uma realidade completamente diferente. O acesso à justiça só não é maior do

¹⁰³ “O objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.” BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

que o acesso aos meios de comunicação, por conta do tremendo avanço da internet, sobretudo após a década de 1990.

Matéria divulgada em 2015, no *site* do Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁴, dava conta de que, nos últimos cinco anos, o número de processos vinha aumentando na faixa de 15% ano contra ano e que, nesse ritmo, até 2020, poderia o número de processos pendentes de julgamento atingir a casa dos 114 milhões de processos. Pouco mais do que um processo a cada dois habitantes no país.

Mecanismos de facilitação, como o benefício da justiça gratuita, a inversão do ônus probatório e o estabelecimento dos Juizados Especiais Cíveis, foram ferramentas fundamentais para esse crescimento do acesso à justiça no Brasil.

Aliás, é seguro afirmar que há tanto acesso à justiça no Brasil atualmente, que as grandes preocupações que rondam o Judiciário nos últimos anos têm sido, justamente, no sentido de controlar o volume cada vez mais crescente de entrada de novos processos e recursos distribuídos aos Tribunais.

Logo, é nesse contexto de assoberbamento da máquina judiciária que cabe uma releitura, atualizada, do que vem a ser, exatamente, acesso à justiça nos dias atuais.

Como já ficou claro nas linhas anteriores, acesso à justiça, no contexto da promulgação da Constituição Federal, seria a possibilidade de uma pessoa poder se socorrer do Poder Judiciário para reclamar uma pretensão de direito material contra outra pessoa, ou mesmo contra o Estado, livre de retaliações à margem do sistema legal.

Mas, hoje em dia, acesso à justiça seria mesmo sinônimo de poder distribuir uma ação no fórum sem sofrer represarias?

Um processo no Brasil demora décadas para ser julgado, correndo sérios riscos de, ao final de toda a esteira processual, o feito acabar sem uma efetiva

¹⁰⁴ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **"Cultura da litigiosidade" pode sobrecarregar Justiça com 114 milhões de processos em 2020**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-qcultura-da-litigiosidadeq-podesobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

prestação jurisdicional, por conta de tantas armadilhas processuais, que podem conduzir o feito à extinção, sem julgamento do mérito, fruto da jurisprudência defensiva armada pelos Tribunais ao longo dos anos.

Diante desse contexto, é possível defender que o acesso à justiça, hoje em dia, estaria muito mais inclinado a ser a garantia de entrega de uma prestação jurisdicional “íntegra” e “célere”, do que, propriamente, a assegurar a simples possibilidade de se distribuir uma ação no fórum.

Nesse sentido, é a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier:

“À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

(...) Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão¹⁰⁵.

A interpretação concretista¹⁰⁶ do art. 5º, XXXV, da CF, dada por Wambier, tanto faz sentido atualmente, que encontra perfeita sintonia com outro dispositivo constitucional, incluído na Constituição por força da Emenda 45/2005. Trata-se do inciso LXXVIII do mesmo art. 5º, que erigiu a “duração razoável do processo” ao *status* de garantia constitucional.

Ensina Wambier que “o inc. LXXVIII do art. 5.º da CF (acrescido pela EC 45/2004) assegura a todos, tanto no âmbito do processo judicial quanto do processo

105 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 321.

106 “A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 515.

administrativo, o direito à razoável duração do processo, bem como a meios que garantam que sua tramitação se dará de modo célere”.¹⁰⁷

A interpretação conjugada dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF também pode ser vista nas considerações iniciais da Resolução n. 125, de 20/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça, quando estabelece que garantir acesso à justiça necessariamente deve implicar acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas ¹⁰⁸.

Nessa ordem de ideias, é possível defender que os precedentes vinculantes estão em sintonia com os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF, pois visam estabelecer acesso à justiça, dentro de uma concepção de prestação jurisdicional célere e uniforme.

2.3. Desenvolvimento nacional

A preservação de um pronunciamento judicial célere e coerente, como o objetivado pelos precedentes vinculantes, também estaria em sintonia com um dos objetivos fundamentais da República: o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF).

Boaventura de Souza Santos, nesse sentido, é muito claro ao estabelecer que “o campo dos negócios, dos interesses econômicos, reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permeia, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. É nesse campo que se concentra a grande parte das reformas dos sistemas judiciário por todo o mundo¹⁰⁹.”

¹⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 79.

¹⁰⁸ Resolução 125/10 “(...) CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas:”.

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para **uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 23-24.

A necessária segurança jurídica almejada pelo uso da sistemática dos precedentes reflete diretamente na relação particular-Estado, bem como na economia, conforme destaca Marinoni:

“Para que os homens – especialmente os que investem trabalho e dinheiro em atividades regulamentadas pelo Estado – possam se desenvolver, é preciso que eles possam depositar confiança nos atos estatais – administrativos, legislativos e judiciais. [...] A multiplicidade de entendimentos judiciais a respeito de uma questão de direito minimiza a segurança que deve presidir as relações entre o particular e o Estado, dificultando contratos e investimentos. [...] Isto quer dizer que a limitação do poder estatal pelas leis, imprescindível à liberdade democrática e à estabilidade econômica, em verdade depende de um sistema de precedentes obrigatórios, ou seja, de um sistema judicial em que as Cortes Supremas exerçam as suas funções de definir o sentido e a validade das leis”¹¹⁰

Gilmar Ferreira Mendes comunga da mesma opinião, ao lecionar que “a concretização de um Judiciário célere e eficiente é não apenas um imperativo reclamado pelo preceito constitucional de efetividade da justiça, mas também um pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil. A segurança da resolução célere de conflitos é requisito necessário para o processo de desenvolvimento e estímulo inegável para investimentos externos”.¹¹¹

Vê-se, portanto, que os precedentes vinculantes, na medida em que asseguram uma prestação jurisdicional mais célere, previsível e uniforme, acabam viabilizando um cenário de segurança jurídica hábil a fomentar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF).

2.4. A independência funcional do magistrado

Um aspecto constitucional, muito atrelado ao debate sobre o sistema de precedentes adotado no Brasil, é o da independência funcional dos Juízes, no sentido de poderem proferir decisões, sem interferências externas (art. 8º, I, da CF).

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108-109.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 43, p. 9-16, jan.-mar. 2009.

Nelson Nery Junior ensina que a independência do magistrado é corolário do princípio do juiz natural e tem dupla função: manter o juiz: a) livre de interferências institucionais dos poderes Executivo e Legislativo; e b) submetido exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores¹¹².

Segundo parte da doutrina, a imposição de padrões decisórios, por parte dos Tribunais Superiores, aos juízes e Tribunais Regionais, engessaria o poder jurisdicional de forma contrária aos ideais democráticos de nossa Constituição.

Ovídio Baptista, por exemplo, ao analisar o poder de observância obrigatória imposto pelas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, alegava que elas eram fruto de uma ideologia centralizadora e autoritária e que seu emprego ao longo do tempo acabaria por excluir a legitimidade dos magistrados de primeiro grau, retirando-lhes a própria ilusão de dispor de algum poder decisório¹¹³.

As linhas argumentativas reticentes possuem como ponto comum a premissa de que a observância das teses dos tribunais é tida como medida antidemocrática, pois transformaria o juiz em um servidor impotente e autômato, que se limitaria a repetir teses engendradas pelos Tribunais Superiores.

Porém, pode-se entender também que muito dessa linha de pensamento, a exemplo do conceito de “acesso à justiça”, já explorado pelo trabalho, também parece sofrer de forte influência do contexto histórico em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada.

Se as pessoas, de um modo geral, sofriam com as amarras e restrições impostas pelo regime militar no país, com a magistratura não era diferente.

Para não cairmos em uma grande digressão histórica, escapando por demais do escopo da presente dissertação, bastam as menções ao reprovável art. 177 da Constituição da República de 1937¹¹⁴, que preceituava que o juiz poderia ser

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.149.

¹¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 240.

¹¹⁴ Art. 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo

removido do cargo em razão do “interesse público” ou por “conveniência do regime”, e aos atos institucionais, no golpe seguinte (de 1964), n. 1¹¹⁵, n. 2¹¹⁶ e n. 5¹¹⁷, de semelhante teor, para revelar o caráter precário da independência de que poderiam gozar os magistrados de então.

Diante desse cenário, a Constituição de 1988 tratou de prever dispositivos que assegurassem a imparcialidade e a independência dos juízes, dentre eles, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, dispostos no art. 95 da CF, estabelecendo um cenário de segurança para que os magistrados pudessem desenvolver suas atividades jurisdicionais.

Passados trinta anos da redemocratização do país, o Poder Judiciário continua independente, o que sem dúvida é salutar para o Estado Democrático de Direito, mas o que vemos muitas vezes é que boa parte da doutrina e da própria magistratura passou a distorcer o conceito de liberdade decisória, externando-o para

afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

¹¹⁵ Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. § 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

¹¹⁶ Art. 14 - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo. Parágrafo único - Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

¹¹⁷ Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. (...)

Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

um extremo tão grande que em alguns momentos se aproxima do conceito da arbitrariedade sem limites.

Fundamental, portanto, o redimensionamento do conceito de “liberdade decisória” do juiz para os dias atuais. Exercício semelhante ao que foi feito, em tópico oportuno, sobre o conceito de “acesso à justiça”.

Evidentemente, não se está aqui pregando a volta das restrições ao magistrado observadas no regime militar. O que se proporá, na verdade, é um equilíbrio. E para estabelecê-lo, vale registrar ensinamentos de Ronald Dworkin.

2.4.1. A integridade do Direito para Ronald Dworkin

Ronald Dworkin foi um jusfilósofo americano, considerado por muitos como o pai do pós-positivismo,¹¹⁸ e um dos célebres nomes do pensamento jurídico moderno.

Uma das principais preocupações de Dworkin era a de combater a ideia de que o “poder institucional” estaria autorizado a agir com discricionariedade. Para tanto, desenvolveu sua teoria com vistas a nortear as práticas jurídico-políticas da sociedade à luz de um compromisso de lhes conferir a melhor orientação e leitura possível¹¹⁹.

¹¹⁸ Em 1967, o norte-americano Dworkin foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É o próprio autor que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista, ao afirmar “quero lançar um ataque geral contra o positivismo”. O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi “The model of rules”, publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto “Talking rights seriously, de 1977”. (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, ja n.mar.2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/%20000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 maio 2019.)

¹¹⁹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 311.

Deriva dessa percepção que Dworkin crava uma das máximas de seu pensamento, o direito como integridade:

“A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e qualidade na correta proporção”¹²⁰.

Na filosofia dworkiniana, a teoria da integridade está umbilicalmente ligada à ideia de que legisladores e magistrados devem tornar as leis, as decisões, e outros atos jurídicos um conjunto moralmente coerente, protegido contra a parcialidade, as fraudes e o favoritismo¹²¹.

No âmbito processual, em sua obra “Levando os direitos a sério”, Dworkin estabelece que os juízes não são exatamente livres e independentes para decidir. Todo caso deve ser decidido à luz das regras estabelecidas – enunciado normativo – e à luz de princípios morais e éticos estabelecidos pela sociedade¹²².

Denotam-se, dessa assertiva, dois pontos de destaque do pensamento de Dworkin, que o separam da doutrina positivista: 1) os princípios e as regras possuem o mesmo grau de importância;¹²³ e 2) o princípio a ser aplicado em um caso concreto deve derivar de um consenso geral da sociedade e não de valores morais subjetivos do próprio magistrado.¹²⁴

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 264-265.

¹²¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 323.

¹²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 60.

¹²³ “Em Dworkin, percebe-se que os princípios também são aplicados no código do Direito, visto que possuem caráter deontológico. Este caráter deontológico dos princípios é crucial para diferencial sua teoria de outras que, embora entendam o Direito como um sistema aberto de princípios e regras, acabam por compreender normas como valores, como por exemplo, entende Robert Alexy”. (ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 250).

¹²⁴ O critério para a função e a aplicação de um princípio “não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um par de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.60.

A doutrina positivista admitia que o magistrado se valesse de juízos morais próprios para “preencher as lacunas da lei”¹²⁵, porque entendia o princípio como ferramenta para extração do real sentido da norma (juiz enquanto intérprete da lei).

Nesse sentido, Herbert Hart defendia que o juiz deve sempre “fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível acerca de quaisquer problemas morais sobre os quais precise decidir. Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está criando o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou, se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, já existente, é revelada por um critério moral do direito”¹²⁶.

Semelhante sentido é estabelecido por Dierle Nunes, quando afirma que “um positivista hartiano, por exemplo, argumentaria que os princípios não podem ter força jurídica, uma vez que sua autoridade e seu peso são intrinsecamente controversos, de maneira que não podem prescrever qualquer resultado com particular e, em razão disso, a pessoa incumbida de decidir determinada controvérsia não está limitada por quaisquer padrões, permitindo-se escolhas em face da indeterminação do sistema jurídico”¹²⁷.

Dworkin, de modo diverso da doutrina positivista, estabelece que permitir que o juiz que se valha de valores e visões próprias para decidir poderá conduzir a uma decisão enviesada, arbitrária, discricionária, distante da realidade da sociedade em que ele está inserido:

“quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui um poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são criados pelos juízes não impõem obrigações a estes”¹²⁸

Desse modo, a fim de que possa exarar a adequada prestação jurisdicional, o juiz deve se aproximar da visão principiológica mais adrede à sociedade em que

¹²⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325.

¹²⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325.

¹²⁷ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, pg. 319

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

está inserido¹²⁹, distanciando-se, por conseguinte, de suas próprias convicções pessoais. Para tanto, deve, antes de decidir, observar o caso concreto com respeito aos precedentes exarados pelo Judiciário em casos semelhantes.¹³⁰

Para exemplificar seu raciocínio, Dworkin lança mão de uma comparação entre o direito e a literatura, estabelecendo a célebre metáfora do “romance em cadeia”:

“Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”¹³¹.

O respeito à integridade exige, portanto, que os juízes construam seus argumentos jurídicos de forma integrada ao conjunto do Direito da sociedade em que está inserido, se prestando, assim, como uma espécie de garantia do jurisdicionado contra arbitrariedades interpretativas e atitudes solipsistas-voluntaristas¹³².

Nesse contexto, a visão de Dworkin exprime bem a importância da integridade do direito como forma de garantir coerência, eficácia e segurança jurídica aos pronunciamentos judiciais, limitando o poder decisório do magistrado para evitar julgamentos solipsistas e discricionários.

¹²⁹ “A teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na interpretação moral das práticas sociais existentes” (GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 07)

¹³⁰ Karl Larenz, ao tecer considerações sobre a jurisprudência dos tribunais, também a entendia como uma expressão da moral dominante na sociedade e dos valores fundamentais do ordenamento jurídico: “a jurisprudência dos tribunais, por seu lado, não só passou há muito a medir a moral social dominante segundo as pautas de valor fundamentais do ordenamento jurídico, em especial da Constituição, como concretiza, conseqüentemente, a pauta, atendendo a pautas de valoração específica mente jurídicas, que ela própria estabelece em decisões que servem de exemplo”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 407.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 238.

¹³² STRECK, Lênio. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – parte II. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 30 maio 2018.

2.4.2. Confusão entre independência funcional do magistrado e discricionariedade judicial

Compreendendo, de modo bastante preciso, o cenário jurídico processual do Brasil atual – com as reformas processuais dispostas pelo Código de Processo Civil de 2015 – e a doutrina de Ronald Dworkin, Dierle Nunes ensina:

“Sempre se estranhou no Brasil o hábito recorrente de juízes e advogados em desprezar decisões dos Tribunais (especialmente superiores), como se elas não existissem quando não corroboram uma linha de defesa ou decisória que não lhes seja interessante. Seria como se o direito pudesse ser interpretado em conformidade com um viés de confirmação (*confirmation bias*) do aplicador. Por isso vem em boa hora disposições do CPC que impõem a juízes e advogados o dever de levarem a sério o “material” existente, a exemplo, de um lado, o disposto no art. 1.022, parágrafo único, I, o qual presume omisso o pronunciamento que despreza precedentes, além do disposto no art. 489, §1º, IV, V e VI e de outro, o estabelecido nos arts. 332, 489, 932, IV e V, que impõem às partes pesados ônus argumentativos de dialogar com os precedentes, sob pena de julgamentos contrários, tudo para que a integridade dworkiniana (art. 926) seja normativamente levada a sério)”¹³³

Semelhante lição é destacada por Lênio Streck, ao observar que a preservação da independência funcional dos magistrados tanto não pode mais ser confundida com a liberdade de proferir decisões completamente discricionárias, pautadas em juízos pessoais particularizados do julgador, que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu nova redação aos arts. 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (os diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir) e ao art. 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente).¹³⁴

Georges Abboud, na mesma linha, dispõe que “o senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão e, principalmente, não lhe possibilita passar por cima do texto legal, muito menos, do

¹³³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p 305-361, p. 330.

¹³⁴ STRECK, Lênio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 23 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

texto constitucional, mormente para fazer prevalecer sua noção particular de justiça. Entre a justiça do julgador (com suas próprias regras do jogo) e o jogo limpo constitucional, a democracia somente admite a segunda opção”¹³⁵.

Não se pode desconsiderar a importância ou a necessidade da independência funcional da magistratura para o Estado Democrático de Direito. Porém, essa independência não representa um fim em si mesmo. Trata-se de um valor instrumental para preservar outro, qual seja, a imparcialidade do julgador, tida por Mauro Cappelletti como valor final da função judiciária.¹³⁶

A Constituição Federal protege a independência decisória do juiz, mas não o direito do julgador de decidir de acordo com suas convicções pessoais. Isso seria contraditório com princípios basilares, como segurança jurídica, celeridade e isonomia, que há pouco já foram explorados.

Compartilhando dessa mesma linha de raciocínio, Maria Isabel Galloti e Bruno Dantas afirmam:

“Superada a fase em que o juiz desempenhava mero papel de *la bouche de la loi*, para assumir sua função moderna em que participa ativamente na realização da ordem jurídica, hoje repleta de princípios, conceitos jurídicos abstratos, cláusulas gerais etc., é natural que, na investigação da solução mais adequada para cada caso, surjam interpretações conflitantes. Não é natural, todavia, que essa dissonância se perpetue, gerando, cada vez mais, um cenário caótico de insegurança jurídica em que se encontra tudo, menos igualdade perante a lei. Justamente para gerar segurança jurídica, estabilidade e, acima de tudo, previsibilidade decisória, é que se presta a função uniformizadora dos tribunais de cúpula”¹³⁷.

¹³⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 556.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 32.

¹³⁷ DANTAS, Bruno; GALLOTTI, Maria Isabel. Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ: uma proposta de reforma. **Revista dos Tribunais**, v. 998, p. 129-158, dez. 2018, DTR\2018\22510.

Sobre o ponto, fundamental destacar que as garantias constitucionais não pertencem à pessoa do juiz, pertencem ao povo, à sociedade, ao jurisdicionado, como bem ensina Luiz Henrique Volpe Camargo:

“o respeito aos precedentes não fere a autonomia funcional do juiz. A garantia da independência funcional do juiz existe para assegurar a liberdade de julgar, livre de pressões políticas e do medo de represálias (...). Existe para que o juiz possa decidir a favor de quem realmente tem direito, é uma garantia do juiz em benefício do jurisdicionado e não do próprio magistrado em si”¹³⁸

Na mesma linha, defende Luiz Guilherme Marinoni:

“Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo. Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade”¹³⁹.

Portanto, é equivocado confundir “independência funcional do magistrado” com liberdade para o magistrado poder decidir de modo discricionário, solipista e de acordo com suas próprias convicções.

Porém, como se verá a seguir, será igualmente equivocada a conclusão que enxergar nos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores a contemplação máxima e inquestionável do direito, aplicável aos futuros casos concretos de forma cogente, exigindo do juiz o mero exercício silogístico de conjugação do fato ao enunciado repetitivo, tal qual o positivista exegeta do século XVI fazia, mas se valendo do texto da lei.

¹³⁸ VOPLI, Luiz Henrique Camargo. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p 553-674.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009, DTR\2011\1532.

2.4.3. A teoria estruturante de Friedrich Müller

Para melhor contextualizar o papel do magistrado atualmente, sobretudo quando inserido em um sistema jurídico que compartilha de precedentes judiciais vinculantes proferidos por Tribunais Superiores, oportuno fazer o registro de uma pequena, mas importantíssima digressão histórica, a respeito da evolução dos métodos interpretativos da lei e da aplicação do Direito.

Cesare Beccaria afirmava que o juiz do século XVIII, ao proferir uma decisão, devia fazer um silogismo perfeito. Valendo-se da lei geral, como premissa maior e da ação conforme, ou não, à lei, como premissa menor, sendo que a conclusão deveria ser a liberdade ou a pena. "Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro"¹⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, Voltaire dizia que "o juiz deveria ser o primeiro escravo da lei"¹⁴¹ e, Montesquieu, em frase não menos célebre, assentara que "o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei"¹⁴².

Referidas citações guardam relação com a doutrina do Positivismo, que Hans Kelsen denominava de "teoria tradicional da interpretação do Direito", na qual a função jurisdicional possuía caráter meramente declaratório e visava combater o absolutismo, apresentando-se como "reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata pela nobreza do antigo regime"¹⁴³

Nos idos da Revolução Francesa, portanto, o legislador criava a norma, e o juiz apenas a aplicava ao caso concreto, numa perfeita subsunção do fato à norma.

No entanto, se é seguro afirmar que a interpretação do direito se dava dessa forma em razão do momento histórico experimentado pela sociedade no século XVIII, também é seguro lembrar que o Direito é fruto de uma construção cultural, que

¹⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, p. 22

¹⁴¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 9.22.

¹⁴² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, p. 22.

¹⁴³ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo n. 66, p. 37-88, jan.-mar. 2009, p. 43.

paulatinamente se modifica ao longo dos anos, para conseguir acompanhar as mudanças da sociedade por ele regulada¹⁴⁴

Com o passar dos anos, sobretudo após o movimento filosófico denominado giro linguístico, ¹⁴⁵ as teorias convencionais do direito (de Kelsen a Hart) foram se tornando ultrapassadas, pois, com o novo paradigma filosófico, era necessário superar o velho esquema interpretativo baseado numa relação relativista de sujeito-objeto¹⁴⁶.

Nesse contexto, Friedrich Müller foi um dos pioneiros na teorização do pós-positivismo, termo que o próprio autor cunhou já na primeira edição de seu *Juristische Methodik*, em 1971.¹⁴⁷

A formulação do paradigma pós-positivista na acepção da metódica estruturante de Muller teve por objetivo a construção de um modelo de interpretação do direito que superasse as deficiências do positivismo, adequando-o aos avanços da filosofia da linguagem e da própria hermenêutica de um modo geral.¹⁴⁸

Nesse novo modelo interpretativo, a norma deixa de ser um ente abstrato, ou seja, deixa de existir *ante casum*, uma vez que não se equipara mais ao texto legal. O conceito de norma passa agora a depender da formulação do caso concreto para poder existir.

¹⁴⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Um novo Código de Processo Civil. **Paraná on-line**, Curitiba, 07 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-ejustica/news/426398/?noticia=UM+NOVO+CODIGO+DE+PROCESSO+CIVIL>>. acesso em 06.04.19. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁴⁵ Movimento filosófico, operado por Martin Heidegger, no século XX, que estabeleceu a linguagem não mais como mero instrumento secundário do conhecimento humano, mas sim como condição de possibilidade, sem a qual a própria existência do homem não se faz possível (ABBOUD, Georges; TESCARI, Renato Mantoanelli. O lugar da linguagem no direito: prolegômenos sobre a filosofia da linguagem e sua aplicação no direito contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 998/2018, p. 561-582, dez./2018, DTR\2018\22558.)

¹⁴⁶ ABBOUD, Georges; TESCARI, Renato Mantoanelli. O lugar da linguagem no direito: prolegômenos sobre a filosofia da linguagem e sua aplicação no direito contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 998/2018, p. 561-582, dez./2018, DTR\2018\22558.

¹⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. Atualmente sobre a metodologia pós-positivista (*nachtpositivistische Methodologie*): MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik, Band II...* cit., p. 208, n. 271.

¹⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 10-11, n. 1.

Essa nova concepção de norma jurídica demanda uma visão do direito que abandona os dualismos irrealistas, tais como norma/caso e direito/ realidade, bem como o silogismo como mecanismo de aplicação do direito¹⁴⁹.

Para Müller, passaria a existir o programa normativo – que consistiria nos elementos linguísticos do processo concretizador (teor literal) – e o âmbito normativo – que se caracterizaria pelos elementos não linguísticos, ou seja, a realidade social a ser regulamentada pelo programa normativo.

Considerando o perfil democrático acolhido pela Constituição brasileira de 1988, tem-se que a ideologia dinâmica da interpretação do Direito mostra-se mais consentânea com a conjuntura constitucional e mais aderente à visão de dialeticidade do Direito, uma vez que, para a composição da norma de decisão, o julgador agrega ao conteúdo literal do enunciado normativo elementos hermenêuticos exteriores, materializados nos autos pelas partes, que não foram levados em conta no momento de elaboração do texto legal.

A norma de decisão¹⁵⁰, portanto, surge por meio de uma interpretação contextualizada espacial e temporalmente, tomando por base a análise da situação concreta, as necessidades das partes e as aspirações sociais que fundamentam a existência do Estado Constitucional de Direito.

Eros Grau ensina que a teoria da interpretação jurídica voltada apenas à vontade do legislador não passava de uma “ideologia estática”, que em nada se coaduna com a máxima de que o direito é dinâmico e se adapta às transformações sociais, em um contínuo processo de adequação de seus textos normativos¹⁵¹.

¹⁴⁹ ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53/2013, p. 11-20, jan.-mar. 2013.

¹⁵⁰ Com efeito, Eros Grau assenta existir norma jurídica e norma de decisão. A primeira decorreria da interpretação do texto normativo por um operador do Direito, seja ela em um ambiente acadêmico, com a proposição em sala de aula de exemplos hipotéticos de julgamento, sejam as partes, nos autos, conferindo suas interpretações ao caso concreto, enquanto a norma de decisão seria aquela que decorre da formulação de uma decisão judicial, materializando, pois, a prestação jurisdicional do Estado ao caso concreto. (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.)

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129.

Em outros termos, a compreensão adequada da teoria estruturante de Friedrich Müller permite romper com o pressuposto apriorístico de que uma norma jurídica previamente dada como pronta possa ser aplicada para resolver rigorosamente todos os casos futuros.¹⁵²

A norma, portanto, nunca surge antes da problematização do caso concreto. Consequentemente, não se pode conceber sua aplicação e a resolução de diversos casos mediante a mera subsunção a partir de uma lei, súmula ou mesmo repetitivo vinculante, sem considerar que o juiz, para produzir a norma de decisão, ainda precisará interpretar tais enunciados normativos à luz do contexto fático material do caso levado a julgamento.

2.4.4. O importante papel do magistrado em um sistema jurídico de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores

Considerando o paradigma pós-positivista de Friedrich Müller, o magistrado não deve se limitar a proferir pronunciamentos mecânicos, subsumindo silogisticamente os fatos do caso concreto ao texto da lei, tampouco ao enunciado vinculante fixado pelo Tribunal Superior.

Como bem registram Francisco Motta e Ramiro Ramires, “para começar, o respeito à integridade do Direito impede o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação, baseando-se unicamente neles, para a resolução do caso. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao Juiz um quadro de totalidade. O intérprete não pode contentar-se com o que os julgadores pretéritos disseram (porque o que eles disseram, em si, não é lei nem mesmo diante da nova disciplina processual vinculante), mas sim com o que eles fizeram coletivamente”¹⁵³.

¹⁵² CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: _____. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 211-212.

¹⁵³ MOTTA, Fernando José Borges; RAMIRES, Maurício. Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da *substantive due process of law doctrine*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 431.

Retomando a ideia de “romance em cadeia”, tem-se que a compilação dos precedentes judiciais pelo juiz obrigado a decidir uma causa poderá informar-lhe o propósito e o tema da prática jurídica – como um todo – estabelecida até então.

Assim, quando se diz que o juiz tem a obrigação de respeitar a integridade e a coerência do Direito, não significa que ele deve ser a “boca da jurisprudência”. Menos ainda quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. Em suma, a integridade não traz semelhantes facilidades, antes, traduz-se em uma carga adicional.¹⁵⁴

O juiz ‘deve sempre interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção’¹⁵⁵

Na leitura que Ramires faz de Dworkin, há certas condições constituintes desse ônus para que a integridade e a comunidade sejam preservadas: a pesquisa por precedentes não deve estar viciada; ela tem de levar em consideração o todo; é preciso questionar as especificidades do caso presente e do que deu origem ao precedente em análise; e a utilização de precedentes não deve substituir um estudo sincero e aprofundado da doutrina e da evolução das práticas jurídicas”.¹⁵⁶

Nesse sentido, aliás, está estabelecido o CPC/15, quando diz, em seu art. 927, §1º, V, que não se considera fundamentada a decisão que invoca um precedente repetitivo sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

¹⁵⁴ MOTTA, Fernando José Borges; RAMIRES, Maurício. Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da *substantive due process of law doctrine*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 431.

¹⁵⁵ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 336.

¹⁵⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104, p. 355.

Igual sentido está estabelecido no inciso VI do mesmo art. 927, §1º, do CPC/15, que, por sua vez, estabelece que não se considerará fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente repetitivo arguido pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento paradigma.

Como se vê, o juiz não perde a liberdade de julgar por estar submetido ao que já decidiu ou às decisões dos Tribunais Superiores. Ele pode, com a devida justificativa, demonstrando a diversidade do caso que lhe foi submetido, não aplicar a decisão do Tribunal Superior.

Cabe-lhe, nessa situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguishing*, isto é, a diferenciação do caso que está em julgamento.

O *distinguishing* terá lugar quando, ao comparar-se o caso que está sendo julgado naquele momento e o precedente paradigma anterior, constata-se que há distinção entre as referências fáticas essenciais entre os casos ou há a demonstração de que a *ratio decidendi*¹⁵⁷ do caso anterior não se amolda ao caso em julgamento.¹⁵⁸

A utilização da técnica do *distinguishing*, entretanto, exige prudência e critérios, visto que não pode significar válvula de escape para que os juízes deixem de seguir o precedente obrigatório. Como bem ensina Lenio Streck, o julgador não pode tirar da manga um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, quebrando a cadeia discursiva jurisprudencial, apenas 'porque quer'.¹⁵⁹

Como bem destacam Fernando Motta e Maurício Ramires, considerando que “o precedente é necessariamente contextualizado e datado, é eventualmente possível ao julgador negar a sua aplicação, caso entenda que o caso presente não se identifica suficientemente com o precedente, ou quando o contexto jurídico que

¹⁵⁷ “A *ratio decidendi* é expressão latina que aponta a razão para decidir, ou seja, a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa”. ROSITO, F. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.106.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

¹⁵⁹ STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 18 maio 2019.

autorizou a sua produção encontra-se alterado. Tudo isso, é claro, pressupõe um esforço de fundamentação que vai muito além da mera citação do texto do julgado ou de sua ementa”.¹⁶⁰.

É preciso perceber que o dever da fundamentação das decisões cumpre, ao mesmo tempo, um papel psicológico, pois possibilita que a parte sucumbente conheça as razões pelas quais não obteve sucesso, e normativo, visto que é indispensável à claridade do Direito e a seu progresso.¹⁶¹

Neil Duxbury ressaltava que os advogados e os juízes têm controle sobre eventual utilização indevida e reiterada da técnica de distinção dos precedentes, ao fundamento de que “o juiz que tenta ‘distinguir’ casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juízes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atividade como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e sua decisão questionada. O fato de os juízes terem o poder de ‘distinguir’ não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente”.¹⁶²

Portanto, o sistema de precedentes vinculantes não retira do julgador sua independência funcional, tampouco o reduz à figura de um autômato. Ao contrário, ao magistrado permanece assegurado o importante papel de identificar o ponto controvertido do litígio, reconhecer e enfrentar os argumentos jurídicos relevantes

¹⁶⁰ MOTTA, Fernando José Borges; RAMIRES, Maurício. Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da *substantive due process of law doctrine*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 433.

¹⁶¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 357.

¹⁶² Tradução: Luiz Guilherme Marinoni. No original: “The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 114. apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328).

deduzidos pelas partes e interpretar a lei conforme o caso, fundamentando sua escolha interpretativa.

O ponto de novidade que o sistema de precedentes traz é o dever do juiz de também guardar respeito aos pronunciamentos vinculantes previamente proferidos e aplicá-los ao caso concreto sempre que identificar paridade dos argumentos jurídicos e fáticos entre os motivos determinantes do julgado paradigma e do caso concreto.

Porém, o sistema processual continua franqueando a possibilidade de o magistrado deixar de aplicar um precedente sempre que entender, de modo fundamentado, que não se aplica ao processo sob julgamento, seja em virtude de peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, seja em função de alguma mudança no plano legislativo, ou principiológico, que tenha tornado aquele paradigma vinculante obsoleto e injusto para a realidade atual.

Nessa hipótese, a distinção não só é possível de ser feita, como é um dever do magistrado fazê-la. Pois, somente se todos os magistrados operarem em sintonia com o juízo de distinção fundamentado, estarão contribuindo para a futura construção de um juízo de superação do paradigma vinculante obsoleto, por parte do Tribunal Superior, que poderá, no lugar do paradigma superado, estabelecer um novo mais adrede à jurisprudência e com melhor fundamentação.

2.5. Respeito ao princípio da legalidade

Alguns doutrinadores costumam abordar também um aspecto curioso, ainda de índole constitucional, no sistema de julgamentos vinculantes adotado pelo Brasil: o fato de ter sido inspirado em sistema de países de *common law*, mas ter sido implementado no Brasil por meio de lei ordinária (Lei n. 13.256/16 - CPC/15).

Georges Abboud e Nelson Nery, por exemplo, defendem que o verdadeiro precedente, aquele observado em países de *common law*, é fruto de construção cultural que foi se estabelecendo com o passar dos anos na sociedade, ao passo

que o efeito vinculante dos recursos especiais repetitivos¹⁶³ já incute em sua criação um vício constitucional, por ter sido criado por imposição legal e não estabelecido pela própria Constituição¹⁶⁴.

Nesse aspecto, referidos doutrinadores discutem muito a constitucionalidade do efeito vinculante conferido aos recursos especiais, mas tendem a admitir o efeito vinculante fruto de súmulas vinculantes ou de julgamentos proferidos pelo STF no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, já que previstos pela própria Constituição¹⁶⁵.

No entanto, acreditamos que o fato de o efeito vinculante dos precedentes do STJ, no julgamento de Recursos Especiais Repetitivos, ter sido estabelecido por meio de lei ordinária (no caso o CPC/15) não representa nenhum impedimento de ordem constitucional para sua eficácia e validade.

Tal conclusão decorre da análise da referida lei ordinária tanto em seu aspecto material quanto formal¹⁶⁶.

Materialmente, guardando coerência com todo o já exposto pelo trabalho, é possível afirmar que a lei é compatível com a Constituição na medida em que, ao estabelecer efeito vinculante aos precedentes judiciais, integralizou no meio jurídico,

¹⁶³ GROSSI, Julio Cesar. Precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 208, p. 203-240, jun. 2012, DTR\2012\44713.

¹⁶⁴ “Não que o Brasil não possa criar seu próprio sistema de decisões de tribunais superiores, mas sempre com observância do *due process of law*, que, no caso, é a prévia e expressa previsão constitucional atribuindo essa tarefa (fixação de teses) aos tribunais superiores” ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**, v. 257, p. 217-235, jul./2016, DTR\2016\21706.

¹⁶⁵ “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. (...) “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

¹⁶⁶ De acordo com as lições de Elival da Silva Ramos, pode-se definir uma lei como inconstitucional quando entre ela e a Constituição verificar-se uma situação de incompatibilidade formal (concernente ao seu processo de formação), ou material (relativa ao seu conteúdo). Quando tais incompatibilidades são observadas, devem ser solucionadas sempre em favor da norma superior, partindo-se do pressuposto de que esta constitui o fundamento de validade da norma inferior. (RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 243)

princípios e proteções constitucionalmente previstos, tais como igualdade, celeridade processual, acesso à justiça e desenvolvimento nacional.

Pelo aspecto formal, igualmente é possível concluir que a lei é compatível com a Constituição, na medida em que editada pelo Poder Legislativo federal, em estrito cumprimento ao quanto imposto pelo art. 22 da CF¹⁶⁷, o qual, por sua vez, reserva à competência da União a edição de leis que estabeleçam regras no âmbito do Processo Civil.

Nesse sentido, pela observância do princípio da legalidade, Aluísio Gonçalves de Castro Mentis leciona:

“A Constituição fixa tão somente o primado da lei como fonte formal do direito brasileiro. Mas ao fazê-lo, o realiza com limitações que não se aplicam ao tema das fontes formais para a decisão do juiz em geral. Por isso, a complementação realizada na denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei 12376/10, não padece de qualquer vício de constitucionalidade ao prever que os juízes deverão decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. E, como decorrência, não se torna aceitável a alegação de que apenas a Constituição que poderia fixar normas de caráter vinculativo para os órgãos judiciais”.¹⁶⁸

Vale lembrar que, a despeito de os recursos repetitivos terem inspiração em institutos do *common law*, o Brasil continua sendo um país de tradição *civil law* e, como tal, prestigia o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da CF, que estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, o dever imposto aos magistrados de observarem os precedentes vinculantes do Poder Judiciário não se reveste de inconstitucionalidade pelo fato de ter sido estabelecido por meio de lei, na medida em que a legislação, além de ter sido promulgada por órgão legislativo competente, veio integralizar ao meio jurídico e social princípios e proteções encartadas no próprio texto constitucional.

¹⁶⁷ Art. 22, da CF – “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”;

¹⁶⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no art. 927 do Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

2.6. Princípio da separação dos poderes do Estado Democrático de Direito

Por fim, vale ainda destacar outra alegação que paira sobre os precedentes vinculantes, desta vez com viés de estabelecer uma pretensa violação de sua prática ao princípio constitucional da divisão dos poderes do Estado Democrático de Direito.

Segundo essa corrente doutrinária, o Poder Judiciário, quando edita um precedente vinculante, estaria, por via transversa, legislando, o que lhe seria vedado por força do art. 2º da CF, na medida em que seria do escopo do Poder Legislativo, e não do Poder Judiciário, a competência para editar normas gerais e abstratas de cunho vinculante.

Nesse sentido, Lênio Streck disciplina que “corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo”¹⁶⁹.

No entanto, adotamos a linha argumentativa que defende que, quando o Poder Judiciário profere um precedente vinculante, não está escapando de sua competência constitucional. Muito ao contrário, está respeitando sua esfera de atuação, em sintonia com todo o arcabouço principiológico e protetivo de direitos constitucionais já assentados nos subitens anteriores do presente capítulo.

Os argumentos para se chegar a essa afirmação estão em sintonia com fundamentos bem apresentados pelo Tribunal Constitucional português, quando declarou inconstitucional o instituto dos assentos, por meio do julgamento do Acórdão n. 810/93 (Proc. n. 474/88, 1ª Secção - Rel. Cons. Antero Alves Monteiro Diniz).

Na ocasião, rememorando o quanto já explicado anteriormente¹⁷⁰, a Corte Constitucional portuguesa entendeu que os assentos seriam figuras assemelhadas

¹⁶⁹ STRECK, Lênio. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁷⁰ Para mais detalhes a respeito do instituto dos assentos, ver: item 1.2 – O instituto dos assentos, no Direito Português;

à lei e, por conseguinte, incompatíveis com o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 115, n. 5, da CF portuguesa, na medida em que eram estabelecidos por órgão do Poder Judiciário (Supremo Tribunal de Justiça) e não pelo Poder Legislativo (Assembleia Nacional).

Nesse sentido, vale citar novamente os precisos trechos do voto condutor do Conselheiro Antero Alves Monteiro Diniz:

“existindo uma hierarquia de tribunais, admite-se que a decisão do superior possa ser tornada obrigatória para os que dele dependem, exactamente como as instruções na hierarquia administrativa. Mas para atribuir força obrigatória a essa decisão de maneira a vincular todos os tribunais, sejam ou não da ordem judicial, todas as autoridades e todos os cidadãos do País, é preciso considerar o Supremo Tribunal que a profere como órgão legislativo”¹⁷¹ (grifou-se).

Prossegue, mais adiante, o eminente relator:

“ora, dispondo a Constituição que os tribunais estão limitados à função judicial, isto é, à actividade de julgamento de casos concretos segundo as formas processuais tendentes à aplicação do direito constituído (art. 116º), e que a função de fazer leis e interpretá-las pertence à Assembleia Nacional (art. 91º, n. 2) e ao Governo (art. 109º, n. 2), a atribuição cometida por lei ordinária a um tribunal de função legislativa é inconstitucional”¹⁷²(...) (grifou-se)

Revela-se, pois, que um dos argumentos para o Tribunal Constitucional português ter alcançado a conclusão de que os assentos, previstos no art. 2º do Código Civil, assemelhavam-se à lei, era o fato de que os assentos gozavam de *status* de regra geral e abstrata, com imposição cogente a órgãos e membros além da esfera do Poder Judiciário, ou seja, atingindo tribunais administrativos, autoridades e cidadãos portugueses.

Outro fator determinante que conduziu o Tribunal Constitucional a estabelecer um paralelo entre os assentos e a lei foi o fato de que, pelo sistema português, os assentos não poderiam ser revogados pelo órgão judicial que os emanou:

¹⁷¹ Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019.

¹⁷² Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019.

“A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial. Ora, tanto a eficácia jurídica universal atribuída à doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anómalos relativamente à forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica”¹⁷³.(grifou-se)

Nesse sentido, parafraseando o conselheiro relator, identificou-se que os assentos, ao adotarem características de imutabilidade, distanciaram-se completamente de qualquer possibilidade de serem definidos como incidentes de uniformização de jurisprudência, visto que seria típica da jurisprudência a noção de evolução histórico-cultural, o que perpassa a ideia de admitir mudanças paulatinas a depender da evolução da sociedade em que está inserida. O que não significa, a toda evidência, admitir a dispersão generalizada das decisões para qualquer sentido interpretativo do direito, mas, tampouco, deveria significar o engessamento e a rigidez eterna da posição do Tribunal.

Dados os argumentos empregados pelo Tribunal Constitucional português, é possível estabelecer um paralelo com o sistema de precedentes vinculantes adotado no Brasil para defender sua constitucionalidade, à luz do art. 2º da CF/88, conjugado com as regras e os princípios dispostos no sistema processual brasileiro.

A despeito das evidentes particularidades que o texto constitucional brasileiro possui em relação ao português, é inegável que o princípio da separação dos poderes, (art. 2º da CF brasileira e art. 115, n. 5, da CF portuguesa) encontra ponto de sintonia que permite o comparativo aqui proposto.

Veja-se, primeiramente, a questão da abrangência dos efeitos vinculantes, considerados pelo Tribunal português. Os precedentes judiciais brasileiros, como oportunamente já foi demonstrado no presente trabalho¹⁷⁴, geram efeitos vinculantes apenas a órgãos do Poder Judiciário, atendendo, portanto, ao requisito típico dos

¹⁷³ Acórdão n. 810/93, órgão pleno, do Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>, acesso em 10/05/2019.

¹⁷⁴ Nesse sentido, vê:r item 1.3.3.3.3 - O efeito vinculante do repetitivo.

incidentes uniformizadores de jurisprudência, como bem delineado pelo Conselheiro Antero Alves Monteiro Dinis.

Vale, por oportuno, registrar que tanto as súmulas vinculantes quanto as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade transbordam seus efeitos para órgãos além do Poder Judiciário, porém, justamente por conferirem uma exceção à regra da divisão constitucional dos poderes do estado democrático de direito, sua previsibilidade emana também do texto constitucional¹⁷⁵.

Nesse sentido, assenta Ronaldo Cramer: “a previsão constitucional da força vinculante da decisão de controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante deu-se pelo fato de que esses precedentes não vinculam apenas o Poder Judiciário, mas também a Administração Pública direta e indireta, o que inclui o Poder Executivo”¹⁷⁶.

Mais adiante, prossegue o doutrinador: “nada impede que texto de lei ordinária federal atribua eficácia vinculante a esses pronunciamentos e a outros, desde que a vinculação se cinja aos estreitos limites do Poder Judiciário”¹⁷⁷

Portanto, como os precedentes vinculantes, estabelecidos no art. 927, III, do CPC/15, restringem seus efeitos a órgãos do Poder Judiciário, não poderiam ser equiparados a lei federal,¹⁷⁸ segundo a premissa estabelecida no julgado português.

¹⁷⁵ art. 102, §2º, e art. 103, ambos da CF

¹⁷⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 189.

¹⁷⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 190.

¹⁷⁸ Vale aqui o oportuno registro a respeito do art. 1040, IV, do CPC/15, que estabelece que, quando o recurso repetitivo versar sobre a prestação de serviço público concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ente ou agência reguladora competente, para que a aplicação da tese pelos entes sujeitos à regulação seja fiscalizada e também para que se tomem providências destinadas a inibir a inobservância da orientação do Tribunal. Referido dispositivo, nos termos que defendemos, parece se revestir de inconstitucionalidade na medida em que expande os efeitos do resultado do precedente a órgãos externos a esfera de competência do Poder Judiciário.

Porém, oportuno, deixar consignado as equilibradas ponderações de Luiz Rodrigues Wambier a respeito do referido artigo: “Em uma primeira leitura, poder-se-ia supor que, com essa regra, a eficácia da decisão-quadro vai além dos processos em curso, atingindo inclusive casos que não foram judicializados. Todos os entes sujeitos à atividade regulada teriam de passar a cumprir a orientação contida na decisão-quadro. Ainda que não houvesse uma vinculação direta desses entes à decisão-quadro, ela se poria de modo indireto, na medida em que se determinasse ao órgão regulador que os fizesse passar a adotar aquela orientação. Mas, se essa interpretação for a que vier a prevalecer, será preciso reconhecer a esses entes, que não são sequer parte em processos judiciais em que se

Outra premissa proposta pelo acórdão do Tribunal Constitucional português, que o trabalho entende por superada pelo precedente brasileiro, diz respeito a sua natureza de incidente uniformizador de jurisprudência e à possibilidade de adaptação futura para acompanhar a conseqüente mudança da sociedade.

Em momento oportuno, os contornos da afirmação a seguir serão aprofundados¹⁷⁹, mas sem prejuízo da continuidade lógica do trabalho, é possível, desde logo adiantar que defendemos a ideia de que, para que seja possível o pronunciamento de um precedente vinculante, diferentemente do que se observa para a edição de uma lei, o órgão prolator precisa, necessariamente, observar a historicidade dos argumentos jurídicos explorados em casos concretos anteriores, em respeito ao princípio da integridade¹⁸⁰ e à visão de dialeticidade, inerente à ideia de construção do Direito¹⁸¹.

Justamente por esse motivo, aliás, também defendemos que, quando o precedente estabelecido não refletir mais a dinâmica do Direito posto na sociedade em que ele está inserido, o próprio órgão judicial que o prolatou conseguirá, pelos meios processuais previstos no CPC/15, proceder à superação do precedente e estabelecer um outro em seu lugar¹⁸².

discute a questão, o direito de também intervir no julgamento de recursos repetitivos. Mas é também possível conferir ao dispositivo um alcance mais restrito: a fiscalização determinada pela norma diria respeito apenas aos entes que eram partes em processos judiciais e, como tais, ficaram vinculados à decisão-quadro". (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 646-647).

¹⁷⁹ Nesse sentido, conferir item 3.2.2.4. do trabalho

¹⁸⁰ A partir de Dworkin, é seguro afirmar que uma decisão judicial, sobretudo a que estabelece a tese repetitiva no STJ, estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. Ou seja, a ideia de princípio em Dworkin não é materializável *a priori* em um texto ou enunciado emanado em um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 555.)

¹⁸¹ "O direito está presente no cotidiano das pessoas, que constroem os seus planos de vida e se relacionam com o próximo sob múltiplos aspectos, conferindo, elas próprias, sentido às Leis e à Constituição – noção de comunidade política". NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 353.

¹⁸² Vide art. 927, § 2º, do CPC/15 e art. 256, § 1º, do RISTJ.

Como bem registra Dierle Nunes, a busca pela uniformização da interpretação da lei federal não deve conduzir à confusão de se tratar “estabilidade jurídica como sinônimo de petrificação de entendimentos”. Nesse sentido, disciplina:

“A estabilidade não representa a última palavra acerca da interpretação, como se algum tribunal pudesse fechar a interpretação do direito em uma decisão, mas sim a persecução da necessária estabilidade enquanto não se apresentarem novos fundamentos hábeis a mudança decisória. Precisamos perceber que há de respeitar os entendimentos estabilizados e que os acórdãos devem possuir uma linearidade argumentativa para que realmente possam ser percebidos como verdadeiros precedentes capazes de gerar este dever cooperativo normativo”¹⁸³.

Nesse sentido, conclui-se que os precedentes brasileiros, diferentemente dos assentos portugueses, pela visão defendida pelo trabalho e pelas premissas assentadas pelo Tribunal Constitucional lusitano, podem ser conceituados como incidentes uniformizadores de jurisprudência, e não como enunciados legislativos, visto que podem ser reformados pelo próprio órgão judicial que o prolatou, a fim de refletir melhor os princípios e regras que regem a sociedade à medida que essas também evoluem.

Por tais razões, o estabelecimento de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico processual não confronta o princípio constitucional da divisão e independência dos poderes do Estado Democrático de Direito.

¹⁸³NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 351.

3. A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO STJ E O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A análise do tópico anterior se prestou a demonstrar que o presente trabalho ancora suas convicções em uma interpretação do texto constitucional consentânea com a prática dos julgamentos com eficácia vinculante, na medida em que referidos precedentes objetivam assegurar princípios e garantias constitucionais – tais como efetividade dos precedentes judiciais, celeridade nos julgamentos, tratamento isonômico às partes, preservação da segurança jurídica, acesso à justiça, pavimentação de um cenário propício ao desenvolvimento nacional – e não violam o princípio da legalidade, tampouco o da divisão dos poderes do Estado Democrático de Direito.

A eficácia vinculante dos precedentes judiciais emanados pelos Tribunais Superiores, com o objetivo de conferir maior uniformidade à jurisprudência, também parece se coadunar com o ideal de integridade do Direito preconizado por Ronald Dworkin, como já visto, na medida em que exige dos magistrados, ao decidirem um caso concreto, a observância dos precedentes exarados em casos semelhantes, sem, contudo, ignorar a importância do magistrado enquanto intérprete do Direito e construtor da norma de decisão, pela metódica estruturante de Friedrich Müller.

No entanto, considerando que este trabalho se debruça sobre aqueles precedentes frutos de julgamentos de recursos especiais, resta ainda saber se o Superior Tribunal de Justiça teria, ou não, competência constitucional para proferir precedentes vinculantes e em que medida esse respaldo da Carta Magna permitiria ao STJ, ao julgar um recurso repetitivo, estabelecer um precedente vinculante sobre tese jurídica inédita.

3.1. A função constitucional do STJ

Depreende-se da leitura do art. 105, III, alíneas 'a', 'b' e 'c', da CF que, dentre as funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça, está a de julgar, em grau de recurso especial, as causas decididas em única ou última instância quando os

Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados e do Distrito Federal proferirem acórdão que contrarie, ou negue vigência, a tratado e lei federal; quando julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, e quando der a lei federal interpretação divergente da que lhe tenha atribuído outro Tribunal¹⁸⁴.

O primeiro aspecto que deve ser ressaltado da leitura do texto constitucional acima referido é o de que o legislador constituinte brasileiro claramente conferiu ao STJ a concepção de ser uma corte de revisão e não uma corte de cassação.

Georges Abboud ensina sobre esses dois modelos. As cortes de cassação, adotadas pelos sistemas jurídicos de alguns países como Itália e França, são aquelas que se revestem da incumbência de “anular as decisões dos órgãos inferiores que forem contrárias à norma, procedendo, desta forma, a um verdadeiro reenvio dos processos nos quais as decisões foram invalidadas para a prolação de novas no juízo de origem¹⁸⁵”

Ao passo que as cortes de revisão seriam aquelas “cuja finalidade não se cinge a apenas extirpar os pronunciamentos contrários (cassação, anulação ou invalidação), mas vão além e impõem ao órgão o rejuízo completo da causa, substituindo a decisão anterior, supostamente cunhada ao arripio do direito¹⁸⁶”

O segundo aspecto que a leitura do texto constitucional revela é que, a despeito de o STJ atuar como corte de revisão, o recurso especial não se presta apenas a provocar da corte a prestação jurisdicional voltada à satisfação do direito subjetivo das partes, tal como ocorre no manejo dos recursos ordinários¹⁸⁷.

¹⁸⁴ “art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

¹⁸⁵ ABBOUD, Georges. Controle de Constitucionalidade pelo STJ: uma medida *contra legem*? **Revista de Processo**, v. 253, p. 15-30, mar./2016, DTR\2016\4309.

¹⁸⁶ ABBOUD, Georges. Controle de Constitucionalidade pelo STJ: uma medida *contra legem*? **Revista de Processo**, v. 253, p. 15-30, mar./2016, DTR\2016\4309.

¹⁸⁷ “Os recursos comuns (ordinários) respondem imediatamente ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu, visando, pois, a tutela de direito subjetivos próprios do recorrente, não obtidos com a decisão recorrida”. FREITAS, Roberto da Silva. Recursos ordinários e extraordinários: diferenças. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8003>>. Acesso em: 9 maio 2019.

Ao contrário, depreende-se da Constituição Federal que o pronunciamento jurisdicional que se espera do STJ, no julgamento do recurso especial, também possui natureza objetiva, na medida em que voltado também à preservação do direito no âmbito infraconstitucional, com a uniformização da jurisprudência¹⁸⁸.

Maria Isabel Gallotti e Bruno Dantas¹⁸⁹, valendo-se das lições de Calamandrei, definem essa função uniformizadora do STJ como uma “conformação de unidade jurídica com vistas a garantir o respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade”.

Segundo preceitua Otavio Luiz Rodrigues Junior, o Superior Tribunal de Justiça “detém a competência genérica de interpretar e uniformizar o direito federal, assegurando-lhe integridade e inteireza”.¹⁹⁰

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal, interpretada por parte da doutrina, reserva ao Superior Tribunal de Justiça o papel de zelar pela preservação da legislação infraconstitucional, garantindo a uniformização na aplicação da jurisprudência do país, com vistas à preservação da segurança jurídica, da estabilidade e da isonomia na prestação jurisdicional.

Considerando tão importante desígnio, é possível, pois, sustentar como constitucional a competência do STJ para proferir acórdãos com efeito vinculante no julgamento de recursos especiais repetitivos.

Afinal, dado que a Constituição Federal confere ao STJ a missão de uniformizar a jurisprudência, nada mais coerente do que esperar que suas decisões sejam efetivamente observadas pelos tribunais e juízes, influenciando na conduta decisória dos magistrados quando da apreciação e julgamento de casos semelhantes, sob pena de a uniformização, constitucionalmente pretendida, jamais ser vista na prática.

¹⁸⁸ ABOUD, Georges. Controle de Constitucionalidade pelo STJ: uma medida *contra legem*? **Revista de Processo**, v. 253, p. 15-30, mar./2016, DTR\2016\4309.

¹⁸⁹ DANTAS, Bruno; GALLOTTI, Maria Isabel. Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ: uma proposta de reforma. **Revista dos Tribunais**, v. 998, p. 129-158, dez. 2018, DTR\2018\22510.

¹⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Comentários aos artigos 104 e 105, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; MOURA AGRA, Walber de. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p 1399.

Vale o oportuno registro de que a cultura que infelizmente se estabeleceu ao longo dos anos no meio jurídico brasileiro é a de que os precedentes emanados pelos Tribunais Superiores detinham força persuasiva fraca, uma vez que sempre fora franqueado a juízes e Tribunais o direito de continuarem proferindo decisões discricionariamente de modo contrário ao quanto estabelecido pela jurisprudência dominante do STJ, ainda que estabelecida em Súmula, em descabida priorização do livre convencimento motivado do juiz e em detrimento da estabilidade jurisprudencial e da segurança jurídica.

Teresa Arruda Alvim, sobre este tema, ensina que

“aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto. Temos convicção de que o sistemático desrespeito precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias "leis" regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade”¹⁹¹.

Neil MacCormick ressalta que “It would be bizarre if a judge whose opinion had been rejected by a larger or higher tribunal could nevertheless continue to hold to it in his judgements thereafter. Moreover, the availability of an appeal would make this exercise of individuality pointless and merely expensive for litigants”¹⁹².

Sobre esse fenômeno da dispersão jurisprudencial, fundada na discricionariedade judicial e no livre convencimento motivado do juiz, Dierle Nunes afirma que a aplicação do direito no Brasil muito mais se aproxima da esquizofrenia das novelas globais do que a um sistema íntegro estável e coerente, típico do ideal de romance em cadeia Dworkiano¹⁹³.

¹⁹¹ ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

¹⁹² Tradução Livre: “seria bizarro se um juiz cuja opinião foi rejeitada por um Tribunal maior ou superior pudesse, no entanto, mantê-la em seus julgamentos posteriores. Além disso, a possibilidade de apelação faria esse exercício de individualidade inútil e meramente dispendiosa para os litigantes” MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Judicial Review**, 1966, p. 199.

¹⁹³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 326.

Bem verdade que os próprios Ministros do STJ, não raras vezes, ignoraram sua própria jurisprudência, o que acaba por incentivar tal prática aos demais Tribunais. Sobre tal ponto, bem registra Teresa Arruda Alvim:

“Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal (LGL\1988\3), daquela decisão se extraia verdadeiro modelo de atuação, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva, aquela decisão judicial, como parâmetro para os julgamentos futuros. A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial interna corporis provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal¹⁹⁴”.

O descrédito do Judiciário sem dúvida encontra como um dos alicerces o fato de não haver previsibilidade em suas decisões. Em uma justiça onde se permite ao juiz singular decidir de forma contrária ao que decidira o Superior Tribunal de Justiça, sem exigir que o julgador ao menos apresente um único fundamento novo, que não tenha sido apreciado pelo julgado paradigma, gera um incentivo à propositura de novas ações judiciais e a perpetuação das ações na trilha processual, uma vez que as partes, seja autor, seja réu, continuarão podendo esperar receber uma decisão que lhes favoreça.

Nesse sentido, é a doutrina de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

“Não se precisa ser um estudioso do processo para se perceber que a falta de unidade na interpretação das normas pelos órgãos judiciais faz crescer não apenas o número de recursos, mas também o número de demandas ajuizadas (...) Se há sempre uma possibilidade de se obter uma solução favorável no judiciário, porque as pessoas naturais ou jurídicas, iriam ajustar o seu comportamento ao da jurisprudência? Por que não demandar ou resistir à pretensão, ainda quando os tribunais superiores ou a jurisprudência do tribunal local esteja em sentido oposto, se há, também, juízes e tribunais desafiando o entendimento majoritário. Não por outra razão, já se

¹⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

falou de “loteria judiciária”, o que expressa, naturalmente, sentido altamente depreciativo”¹⁹⁵

Em semelhante sentido, Luiz Guilherme Marinoni registra que “um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que, racional e isonomicamente, distribui justiça, tem-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam”.¹⁹⁶

Observa-se, pois, que, seja por incentivo indireto da própria corte superior, seja por insurgência discricionária dos tribunais e juízes, fato é que, ao longo dos anos, o STJ vem falhando em sua missão constitucional de assegurar a uniformidade na aplicação do direito nacional.

Nesse sentido, bem destaca Augusto Jorge Cury que

“sendo o Superior Tribunal de Justiça o órgão que ostenta a aptidão constitucional para determinar o conteúdo, o sentido e a abrangência das normas infraconstitucionais federais, conferindo a última palavra acerca de sua interpretação, é mister que seus entendimentos, sobre referida matéria, revistam-se de respeitabilidade perante os demais órgãos do Judiciário brasileiro. Fórmula diversa, reiterar-se, tornaria ineficientes as essenciais funções que lhe são conferidas pela própria Constituição Federal”.¹⁹⁷

Desse contexto, verifica-se que a concessão de efeito vinculante aos acórdãos de julgamentos de recursos especiais repetitivos se presta a funcionar como ferramenta hábil a permitir que o STJ possa finalmente cumprir seu papel, reservado pela Constituição Federal, de uniformizar a jurisprudência do país e, conseqüentemente, conferir previsibilidade decisória, segurança jurídica e preservação do princípio da isonomia.

¹⁹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no art. 927 do Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205.

¹⁹⁷ CURY, Augusto Jorge. Limites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao juízo de revisão dos recursos extraordinários *lato sensu*: breve análise. **Revista de Processo**, v. 266, p. 291-317, abr. 2017, DTR\2017\608.

3.2. Repetitivos ou 'Ineditivos'?

Abordamos até o momento os princípios constitucionais que lastreiam a figura dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e concluimos que a concessão de efeito vinculante ao acórdão fruto do julgamento do recurso especial repetitivo seria uma ferramenta hábil a permitir que o STJ possa exercer de forma eficaz o papel que lhe foi reservado pela Constituição Federal, de uniformizar a jurisprudência do país.

Assentadas tais premissas, é possível agora aprofundarmos o estudo sobre os recursos especiais repetitivos, com vistas à investigação derradeira, que encaminhará o trabalho à sua conclusão.

Partindo da provocação semântica, emanada pelo próprio nome do instituto, (recurso repetitivo) propõe-se a seguinte reflexão: poderia o STJ proferir um julgamento de recurso especial repetitivo sobre tema inédito? Ou, ao assim fazê-lo, estaria a Corte se afastando de seu papel constitucional ou mesmo violando princípios estabelecidos na Carta Magna?

Para melhor compreensão do problema ora proposto, impõe-se, preliminarmente, a exata definição do que denominamos como 'tema inédito'.

Tema inédito, por definição adotada para fins melhor exploração dos argumentos do presente trabalho, doravante, pode ser compreendido sob duas acepções distintas.

A primeira diz respeito ao ineditismo da tese jurídica firmada com caráter vinculante, quando comparada à pretensão recursal e aos argumentos jurídicos expostos pelas partes e por *amicus curiae* nos autos do recurso especial afetado pelo STJ.

A segunda diz respeito ao ineditismo da tese jurídica firmada no julgamento do recurso especial repetitivo, com relação à jurisprudência até então estabelecida pelo próprio STJ.

Faremos, a seguir, o estudo sobre cada uma dessas duas acepções de ineditismo, em face dos questionamentos colocados.

3.2.1. O problema do ineditismo quanto às pretensões e argumentos jurídicos expostos no recurso especial afetado

O primeiro aspecto do que convencionamos denominar “tese inédita” diz respeito ao ineditismo da tese jurídica firmada, ou que por ventura se intenta firmar, com relação às pretensões e argumentos jurídicos explorados no recurso especial afetado, seja pelas partes litigantes, seja por meio de contribuições dos *amicus curiae* ou do Ministério Público.

Defendemos o posicionamento de que, quando o STJ profere um julgamento repetitivo de tese inédita, com relação aos argumentos jurídicos que lhe foram submetidos à apreciação com o recurso afetado, estaria se afastando de seu papel constitucional e violando regras e princípios expressamente dispostos na Constituição Federal.

Mas, a fim de alcançarmos a exata compreensão dessa assertiva, importante que a resposta seja analisada por partes.

3.2.1.1. Confronto com a regra constitucional do prequestionamento

Como já se afirmou, a Constituição Federal confere competência ao STJ para atuar como corte de revisão ao proferir julgamentos de recursos especiais¹⁹⁸.

Nesse sentido, o art. 105, III, “a” e “c”, da CF estabelece que competirá ao STJ processar e julgar, em grau de recurso especial, as causas que tiverem sido decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Locais, e cuja decisão esteja em dissonância com a lei federal ou jurisprudência.

Revelam-se da previsão constitucional dois elementos distintivos e indissociáveis para legitimar o pronunciamento jurisdicional do STJ.

¹⁹⁸ Nesse sentido, conferir item 3.1 deste trabalho.

O primeiro deles é a necessária existência de um caso concreto para o STJ poder se pronunciar. O que significa dizer que seria vedado qualquer pronunciamento vinculante repetitivo sem que subsistisse por trás a figura de um recurso especial concreto submetido à apreciação do STJ ¹⁹⁹.

O segundo decorre da constatação do requisito do prequestionamento, claramente evidenciado quando o texto constitucional se refere a “causas decididas”. Sendo o prequestionamento um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso especial, revela-se, a toda evidência, que o julgamento objetivo a ser proferido no STJ não pode prescindir do debate jurídico posto no caso concreto selecionado.

Referido ponto não é pacífico na doutrina. Daniel Mitidiero, por exemplo, leciona que as Cortes Superiores não deveriam estar preocupadas com os argumentos postos no caso concreto, quando estão voltadas à formação de teses jurídicas vinculantes. Valendo-se da expressão do próprio autor, o caso concreto, selecionado pelo STJ para prolação do julgamento repetitivo, se prestaria apenas como “um pretexto” para poder viabilizar o precedente vinculante²⁰⁰.

No entanto, como bem assenta Georges Abboud, não se pode simplesmente afirmar que a natureza do processo desenvolvido no STJ seja exclusivamente objetiva, divorciada dos elementos fáticos e jurídicos trazidos a julgamento por um caso concreto, ignorando a regra expressa do art. 105, III, CF²⁰¹.

Logo, mesmo ao proceder ao chamado julgamento objetivo, com vistas a estabelecer um pronunciamento jurisdicional vinculante, o STJ, necessariamente, precisa se ater aos elementos argumentativos carreados em um caso concreto, pois tal exigência emana da própria Constituição Federal²⁰².

¹⁹⁹ “É no mínimo inconstitucional a percepção de que os tribunais superiores (STF e STJ) exerceriam atividade meramente objetiva, porquanto fica esquecida a dimensão democrática e ínsita a esses tribunais” (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 550.)

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, g. 76.

²⁰¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 549.

²⁰² Cerca-se de inconstitucionalidade, por conseguinte, o art. 256, §1º, do RISTJ, que estabelece, dentre as formas possíveis de superação do precedente, a deliberação de ofício por parte dos Ministros independentemente de caso concreto. Afinal, se a própria Constituição Federal estabelece o ofício do STJ de julgar, em sede de recurso especial, causas concretas já decididas por Tribunais *a quo*, não pode o Regimento Interno, ou qualquer outra norma infraconstitucional, estabelecer regra em sentido contrário.

3.2.1.2. Violação da regra legal de seleção de casos a serem submetidos a julgamento repetitivo

O Código de Processo Civil por vezes reforça a necessidade de a tese a ser fixada no julgamento repetitivo guardar proporção com os argumentos jurídicos expostos pelas partes no recurso especial. O que, a toda evidência, contrapõe-se a qualquer intenção do STJ de proferir um precedente com argumentos “inéditos”.

O art. 1.036, § 6º, do CPC/15, por exemplo, estabelece que um dos critérios de seleção dos recursos especiais a serem afetados pelo STJ diz respeito à sua admissibilidade, ou seja, recursos aptos devem preencher adequadamente tanto requisitos intrínsecos quanto extrínsecos de admissibilidade²⁰³

Se, por hipótese, fosse possível ao STJ pronunciar tese jurídica divorciada do quanto tratado no caso concreto, teriam seguramente sido dispensadas pela legislação processual maiores atenções quanto aos requisitos de admissibilidade do *leading case*.

Ademais, o art. 1.036, § 6º, do CPC/15 também estabelece que os casos a serem selecionados devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier “os recursos selecionados deverão sempre cumprir todos os pressupostos de admissibilidade e conter abrangente argumentação e discussão acerca da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6.º, do CPC/2015). Para averiguar este último requisito, analisar-se-á, ainda que brevemente, a qualidade da petição do recurso e do contexto processual em que ele está inserido”²⁰⁴.

²⁰³ “Os requisitos de admissibilidade são classificados em intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros são: cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos são: tempestividade, regularidade formal, e preparo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2012, p. 116-119.

²⁰⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 642.

Em igual sentido, o Regimento Interno do STJ aponta, em seu art. 256, § 1º, I, que os casos a serem submetidos ao rito dos recursos repetitivos deverão ser aqueles que contiverem maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos do recurso especial.

Assenta ainda a norma regimental, em seu art. 256-F, que, caso o recurso especial selecionado não contenha suficiente fundamentação, ou seja, esteja eivado de vícios de admissibilidade, para preservar a possibilidade de a Corte poder proferir julgamento objetivo e conseguir estabelecer o precedente vinculante, poderá o relator solicitar que lhe sejam remetidos outros recursos especiais com melhores condições de admissibilidade e argumentos sobre a mesma questão de direito.

Fazendo novamente um exercício hipotético, caso fosse possível ser facultado ao STJ proferir tese vinculante desconsiderando por completo os argumentos jurídicos e fundamentos empregados pelas partes no caso afetado, seguramente o legislador processual não teria tido o cuidado de indicar, como critério distintivo, a eleição de recursos com abrangente fundamentação.

Observa-se, inclusive, muitas vezes, a salutar prática do STJ de afetar mais de um caso concreto para definir a mesma tese repetitiva. Prática esta que se presta, justamente, a carrear à apreciação dos Ministros a maior gama possível de fundamentos jurídicos para compreensão e definição da tese vinculante.

Teresa Arruda Alvim, com precisão, leciona:

“a escolha do recurso-piloto deve observar parâmetros que levem em consideração toda a quantidade e variedade de perspectivas argumentativas utilizadas nos casos individuais, de modo que a seleção recaia sobre aquele recurso que venha a reunir as melhores condições de influir efetivamente no convencimento da Corte”²⁰⁵.

²⁰⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 527

Prossegue ainda a doutrinadora,

“o Código de Processo Civil de 2015 não negligenciou essa preocupação, positivando-a no § 6.º do art. 1.036 que dispõe que ‘somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida’. Essa disposição é completada pelo inciso I do art. 1.037 que determina que o relator “identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento”. Tais regras são integradas pela norma limitadora do § 2.º do art. 1.037 que estabelece ser “vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não delimitada na decisão” que delineou previamente a questão submetida a julgamento pela técnica pluri-individual”.²⁰⁶

Vale destacar, por oportuno, a exposição feita pela Ministra do STJ, Nancy Andrighi, exatamente sobre o ponto:

*"No julgamento do REsp 1.061.530/RS, portanto, vivenciamos as primeiras dificuldades procedimentais no julgamento de um recurso que apresentava controvérsias jurídicas reiteradamente julgadas. O primeiro passo adotado, já durante a própria sessão de julgamento, foi estabelecer que cada decisão haveria de ser dividida em duas partes, a primeira voltada à solução do recurso especial interposto e a segunda destinada a orientar o julgamento dos inúmeros outros processos pendentes de julgamento em todas as unidades da federação. Tal decisão foi tomada porque, na verdade, os 'processos bancários' (como são chamadas no STJ tais ações) não veiculam uma única tese jurídica, e sim geralmente discutem uma longa série de cláusulas dos contratos. Por exemplo, é comuníssimo que, em uma mesma ação revisional, haja pedido de revisão dos juros remuneratórios, da capitalização de juros, da comissão de permanência, da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, da caracterização da mora do devedor e muitos outros temas, cada um com argumentação própria. Naquela ocasião, foi afetado para julgamento um único recurso especial que continha todas as teses e não um recurso especial para cada tese separadamente. Ocorre que a maioria dos Ministros da 2.ª Seção, ao estudarem o processo, concluíram que alguns dos temas veiculados naquele específico recurso especial não ultrapassavam o juízo de admissibilidade que é típico desse recurso, de forma que, se houvesse uma análise individual, alguns dos temas ali versados não deveriam ser conhecidos. Não estava claro, portanto, se as duas partes da decisão - quais sejam, a relativa ao julgamento individual e a relativa ao julgamento das teses - haveriam de estar, de alguma forma, interligadas ou se, após a solução da controvérsia, o STJ estaria livre para dizer o direito aplicável em tese mesmo quando, naquele tópico específico, o recurso especial escolhido para ser a base do julgamento não estivesse apto a ser conhecido. **Os julgadores da 2.ª Seção decidiram, então, que não é possível***

²⁰⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 527.

fixar a orientação prevista no § 7.º do art. 543-C, do CPC/1973 quando o recurso especial não puder ser conhecido, por mais que esteja clara a natureza repetitiva da questão. Na dicção do Min. Luis Felipe Salomão, só haverá efeitos externos do acórdão quando a controvérsia, apresentada naquele específico recurso representativo, puder ser solucionada em seu mérito. Assim, a questão idêntica que caracteriza a multiplicidade de recurso, além de ser selecionada na decisão que instaura o incidente, deve ter sido expressamente debatida no acórdão impugnado, bem como nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Só assim a referida questão poderá ser objeto de julgamento e produzir os efeitos do § 7.º do art. 543-C do CPC/1973. Na prática, após tal decisão, tornou-se praxe entre os Ministros da Casa a afetação de um único tema dentro de um recurso especial, ainda que existam outras controvérsias de massa no âmbito do mesmo recurso, após um exame bastante rígido de admissibilidade desse ponto escolhido. Trata-se de boa solução prática, pois evita que todo o mecanismo do processo repetitivo seja acionado para que, ao final, ocorra a frustração do julgamento. **Afetam-se, então, tantos recursos quantos forem necessários de acordo com o número de teses envolvidas²⁰⁷. (grifou-se)**

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier arremata:

“Evidentemente, é possível que um mesmo e único processo não reúna todas as peças mais adequadas à representação da controvérsia. Nessa hipótese, o órgão a quo deverá encaminhar ao Tribunal Superior, tantos recursos em diferentes processos quanto seja necessário (p. ex., um por ter a peça recursal mais clara e precisa, outro pela qualidade das contrarrazões, um terceiro por conter acórdão mais bem fundamentado etc.). Por isso, a lei expressamente autoriza o encaminhamento de uma pluralidade de recursos representativos da controvérsia. É até concebível que se selecionem recursos em sentidos opostos formulados em face de decisões divergentes entre si, ainda que tratando todas da mesma questão”²⁰⁸.

Logo, o pronunciamento de um precedente repetitivo que ignore os argumentos jurídicos postos nos recursos especiais previamente afetados violará tanto as regras processuais dispostas no CPC/15 quanto as do Regimento Interno do próprio STJ, que tomaram o cuidado de zelar pelo controle dos argumentos que devem ser considerados quando da formação da tese vinculante.

²⁰⁷ Palestra no Seminário "Temas polêmicos na defesa da Advocacia Pública Federal em matéria de pessoal e processual", na Escola da Advocacia-Geral da União, em Brasília, 18 de novembro de 2009.

²⁰⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 641-642.

3.2.1.3. *Desconsideração da importância do papel do amicus curiae e do Ministério Público no julgamento repetitivo*

Afora a prática de reunir mais de um recurso para carrear maiores argumentos à tese a ser definida, a lei processual ainda estabeleceu a possibilidade de os julgamentos repetitivos contarem com a participação de *amicus curiae* e do Ministério Público, que pode efetivamente se dar tanto por meio de manifestação formal, escrita, direcionada nos autos do recurso afetado (art. 1038, I e III, do CPC/15), quanto por meio de audiência pública, previamente organizada pelo STJ (art. 1038, II, do CPC/15).²⁰⁹

A intervenção de *amicus curiae* e do Ministério Público tem como objetivo o enriquecimento do debate jurídico, por meio de aporte de argumentos jurídicos e fundamentos legais, acrescendo ao julgamento a maior gama de elementos possíveis para convicção do julgador, o que fortalece o caráter democrático-social da jurisdição.²¹⁰

A abertura, pois, da participação de *amicus curiae* só reforça a ideia de que os Ministros do STJ, ao decidirem a tese vinculante, deverão se ater aos argumentos técnicos jurídicos carreados aos autos do recurso especial afetado, não podendo, por conseguinte, proferir tese jurídica vinculante contemplando fundamentação inédita.

3.2.1.4. *Confronto com o princípio do contraditório e do devido processo legal*

Segundo as lições de Dierle Nunes, “se todo poder emana do povo” (art. 1º, Parágrafo único, CF) e a decisão judicial é, indubitavelmente, uma manifestação de poder estatal, esse poder apenas se legitima à medida que as partes participam do processo, que deve se desenvolver em contraditório, entendido não apenas como

²⁰⁹ Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

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

²¹⁰ SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário. Doutrinas Essenciais*: novo processo civil, v. 2/2018, p. 797-815.

paridade de armas e bilateralidade de audiências como também garantia de influência e não surpresa. Sem o debate argumentativo entre as partes, perante seus respectivos advogados, e os magistrados, não há legitimação democrática da decisão judicial.”²¹¹.

Indubitavelmente, um julgamento repetitivo que vier a estabelecer tese jurídica completamente estranha aos argumentos carreados nos autos do recurso especial afetado representará uma grande surpresa, não apenas às partes a quem interessava o julgamento subjetivo do feito, como também a todos os jurisdicionados que doravante terão de se submeter aos efeitos daquele julgado.

Dierle Nunes, nesse sentido, também discorre sobre a escolha dos recursos a serem submetidos ao rito dos julgamentos repetitivos:

"o relator no tribunal superior poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito, independentemente da iniciativa do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem. Perceba-se, neste ponto, a clara preocupação em se melhorar a amplitude do debate para formação das decisões dos tribunais superiores, em conformidade com o princípio do contraditório como influência e não surpresa, posto como fundamento interpretativo de todo o CPC/2015 no art. 10".²¹²

Portanto, um julgamento repetitivo que se descole dos argumentos postos nos autos do recurso especial afetado também atentaria contra o princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal.

3.2.1.5. Óbice à transparência da formação dos motivos determinantes do julgamento repetitivo

²¹¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 357.

²¹² NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., TALAMINI, Fredie Eduardo DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 2323.

Outro aspecto a ser considerado para fortalecer a tese de que o julgamento repetitivo deve guardar respeito com os fundamentos apresentados pelas partes e por *amicus curiae* e Ministério Público, nos autos do Recurso Especial afetado, é que, dessa forma, será possível viabilizar um controle mais democrático sobre os motivos determinantes que conduzirão à formação da tese vinculante.

Tal constatação se dá por meio do estabelecimento prévio de duas premissas: a primeira diz respeito à transcendência dos motivos determinantes do julgamento repetitivo, e a segunda, à importância do princípio constitucional da fundamentação, sobretudo com os novos contornos dados pelo CPC/15 para a formação dos motivos determinantes do paradigma.

3.2.1.5.1. Transcendência dos motivos determinantes

Em momento oportuno, já tivemos a oportunidade de estabelecer que o magistrado em um sistema de precedentes deve ser capaz de identificar a *ratio decidendi* do julgado paradigma, ou seja, seus motivos determinantes²¹³, e interpretá-los à luz dos elementos fáticos e jurídicos postos à sua disposição no caso concreto.

O que, noutras palavras, significa dizer que não caberá ao magistrado apenas observar a parte dispositiva do acórdão repetitivo, ou a sua ementa. Os efeitos vinculantes de um julgamento repetitivo se expandem também aos argumentos expostos no acórdão que conduziram o STJ à conclusão de mérito sobre a tese firmada.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni pondera:

“o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente **está na sua fundamentação**, ou melhor, **nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo**. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está,

²¹³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta olhar somente à sua parte dispositiva”²¹⁴.

Em igual sentido, conceitua Hermes Zaneti Jr: “a *ratio decidendi* é estabelecida a partir dos **fundamentos determinantes**, compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecidos no precedente”.²¹⁵

O raciocínio que sustenta a transcendência dos motivos determinantes do acórdão não encontra respaldo apenas na doutrina, decorre também da interpretação direta dos dispositivos do CPC/15.

O art. 927, III, do CPC/15 estabelece que os juízes e tribunais observarão os acórdãos de julgamento de recursos especiais repetitivos.

Depreende-se, do referido dispositivo, não apenas a questão da força vinculante do precedente, pela conjugação do verbo “observar”²¹⁶, como ainda o importante detalhe que diz que os juízes e tribunais observarão o “acórdão” dos julgamentos repetitivos.

Observa-se, pois, que o texto legal não expressa a ordem para os magistrados observarem apenas a “parte dispositiva do acórdão”, ou ainda “a ementa do acórdão”, muito menos a “tese fixada no acórdão”, ou qualquer outra expressão delimitativa congênere. Estabelece o termo “acórdão”.

Para afastar qualquer dúvida a respeito da transcendência dos motivos determinantes dos acórdãos dos recursos repetitivos, o art. 1.038, §3º, ainda pronuncia uma elucidativa explicação, ao se referir sobre a decisão que define o julgamento repetitivo: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”.

²¹⁴ Esclareça-se, por motivos determinantes, nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, como sendo aqueles “principais fundamentos jurídicos que constituem a decisão. Na linguagem da *common law*, ela pode ser designada de *ratio decidendi* ou *holding*” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC (LGL2015\1656): a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 918, 2012, p. 355).

²¹⁵ ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, versão digital, set. 2014.

²¹⁶ Nesse sentido, vale leitura do item 1.3.3.3.3 – O efeito vinculante do repetitivo, do presente trabalho.

Não bastasse, o art. 927, §1º, V, do CPC/15 assenta que não se considerará fundamentada a decisão do magistrado que se limitar a invocar um precedente repetitivo para julgar um caso concreto, sem identificar os “fundamentos determinantes” do precedente invocado e estabelecer a identidade deles com os do caso concreto *sub judice*.

O mesmo é estabelecido, na sequência, pelo art. 927, §1º, VI, do CPC/15, que impõe ao magistrado o dever de identificar os fundamentos determinantes do precedente e os argumentos fáticos e jurídicos do caso concreto, quando for estabelecer um juízo de distinção.

As mesmas orientações, aliás, são repisadas com igual ênfase, no art. 489, II, §1º, V e VI, que tratam da fundamentação da sentença.

Nota-se, portanto, que não apenas a doutrina, mas o próprio CPC/15, por meio de diversos dispositivos, deixam claro que os efeitos vinculantes de um julgamento repetitivo se expandem também aos argumentos expostos no acórdão que conduziram o STJ à conclusão sobre a tese firmada.

3.2.1.5.2. O princípio da fundamentação como mecanismo institucional para assegurar a transparência dos motivos determinantes

Uma vez estabelecido que tão importante quanto a tese propriamente dita é a fundamentação alcançada pelo STJ para fixá-la, pois os motivos determinantes do acórdão repetitivo também vinculam, vale agora analisar a importância crucial que o respeito ao princípio constitucional da fundamentação terá para a formação do precedente.

O princípio da fundamentação está previsto no art. 93, IX, da CF, que assenta que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Referido princípio foi prestigiado no CPC/15 por meio de diversos dispositivos, dentre os quais, merecem destaques o art. 11, que reproduz a literalidade do texto constitucional, e o art. 489, §1º, que conferiu maiores contornos

sobre o que efetivamente deve ser compreendido como fundamentos de uma decisão.

As passagens sobre determinados artigos do CPC/15, desenvolvidas nas linhas anteriores, já deram o tom da importância do princípio da fundamentação para o magistrado de piso conseguir exercer o juízo de distinção, ou mesmo para aplicar o precedente repetitivo, nos casos concretos futuros.

Porém, tão importante quanto o julgador de piso decidir de modo fundamentado o caso que lhe for posto a julgamento é observar que o julgamento do próprio precedente vinculante no STJ também deve ser proferido em estrito respeito ao princípio da fundamentação.

Afinal, sendo o precedente repetitivo, indubitavelmente, fruto de uma decisão judicial, derivada de um, ou as vezes mais de um, caso concreto previamente selecionado, não há dúvidas de que as mesmas regras de fundamentação do ato decisório também se aplicam aos Ministros do STJ quando decidem um recurso especial repetitivo.

Nesse sentido, estabelecida essa ordem de importância, vale agora o destaque para o art. 489, §1º, IV, do CPC/15, que, ao consagrar o princípio constitucional da fundamentação, delineia que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

A lei processual permite concluir, portanto, que, sob pena de nulidade, o julgamento do recurso especial repetitivo terá de enfrentar, em seus motivos determinantes, todos os argumentos fáticos e jurídicos, postos nos autos pelas partes, por *amicus curiae* e pelo Ministério Público, que forem capazes de conduzir o STJ à formação da tese.

Dierle Nunes demonstra grande preocupação, do ponto de vista democrático, com as teorias jurídicas que creditam aos Tribunais Superiores o poder de decidirem teses gerais e abstratas sem nenhum tipo de controle sobre os argumentos que poderão ser explorados pela Corte.

Nesse sentido, leciona que a visão de que apenas os Tribunais Superiores deteriam o poder de construir o precedente norteador definitivo a respeito da melhor e mais justa interpretação legal, privilegiaria uma visão altamente ativista da jurisdição, para não dizer “sobrelegislativa” na medida em que situaria o Tribunal Superior não só acima dos demais juízes, como também do próprio legislador²¹⁷.

Como bem registra Luiz Rodrigues Wambier, “O Código de Processo Civil de 2015 não transformará a realidade como num passe de mágica, mas tem suficiente potencialidade para servir de método capaz de racionalizar, modernizar e, acima de tudo, democratizar em profundidade a prestação do serviço jurisdicional”.²¹⁸

Para atingir essa democratização da prestação do serviço jurisdicional, bem referida por Wambier, Dierle Nunes ressalta que os argumentos carreados aos autos do recurso especial afetado induzirão “maior amplitude de argumentos a serem levados em consideração na formação do julgado padronizador (precedente, com determinação clara das *ratione decidendi*)”²¹⁹.

Luiz Rodrigues Wambier, no mesmo sentido, estabelece esse importante paralelo entre os argumentos postos ao caso afetado e a formação dos motivos determinantes, ao lecionar que todos os subsídios jurídicos e fáticos reunidos permitirão ao STJ ter a mais precisa percepção possível, não apenas da questão jurídica repetitiva, como também do conflito em que ela está posta, estabelecendo-se, assim uma contextualização imprescindível para a configuração dos motivos determinantes que posteriormente permitirão aos magistrados aplicar o precedente aos casos concretos ou mesmo viabilizar juízos de distinção²²⁰.

217 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 338.

218 Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, apresentação da 16ª edição, vol. 1

219 NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., TALAMINI, Fredie Eduardo DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 2323.

220 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 641-642.

Geocarlos Augusto Cavalcante da Silva arremata:

“muito embora o ato de decidir uma lide, concreta ou abstrata, possa ser considerado uma técnica, ele é, antes de tudo, um exercício de poder. Logo, as pessoas investidas na função de juiz exercem poder político e, como tal, devem prestar contas ao corpo social. Essa prestação de contas ocorre por meio da fundamentação, pois por meio dela é possível verificar se a decisão judicial foi fruto da aplicação da lei ao caso concreto ou apenas um mero ato de vontade, consubstanciado na expressão ‘decido conforme a minha consciência’²²¹”.

Portanto, considerando que os motivos determinantes vinculam, tal qual a tese final do acórdão repetitivo, e que, por conta do princípio da fundamentação, sob pena de nulidade, o acórdão repetitivo terá de explorar todos os essenciais argumentos apresentados nos autos do recurso especial afetado, é de se concluir que a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, conjugada com o princípio da fundamentação, é uma forma de assegurar um controle transparente e democrático sobre a prolação do precedente vinculante.

3.2.2. O problema do ineditismo quanto à jurisprudência até então estabelecida pelo STJ

Outro aspecto que adotamos como definidor do conceito de “tese inédita” diz respeito ao ineditismo da tese fixada com relação à jurisprudência até então estabelecida pelo STJ.

Noutras palavras, poderia o STJ proferir um julgamento repetitivo estabelecendo tese que não dialogue com jurisprudência da Corte?

Entendemos que não, mas para boa compreensão da resposta, vale novamente a segregação dos motivos, tal como fizemos no tópico anterior.

²²¹ SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Fundamentação como forma democrática de controle das decisões judiciais. **Revista de Processo**, v. 276/2018, p. 21-43, fev, 2018, DTR\2018\8132.

3.2.2.1. Incompatibilidade com o papel reservado ao STJ pela Constituição Federal, e com as regras dispostas no CPC/15

Como já abordado²²², o embasamento constitucional para legitimar o STJ, enquanto órgão do Poder Judiciário, hábil a pronunciar precedentes vinculantes, por meio do julgamento de recursos especiais repetitivos, residiria no fato de a Constituição Federal lhe atribuir a função de órgão uniformizador da jurisprudência do país.

Por decorrência lógica, portanto, é possível constatar que não se faz presente a premissa legitimadora da competência do STJ para pronunciar precedentes quando não houver jurisprudência passível de ser uniformizada.

O que implica dizer que o STJ não deteria competência constitucional para estabelecer precedente vinculante sobre tese que não encontre lastro em jurisprudência anterior.

Vale registrar também que, além da interpretação do texto constitucional, o art. 1.036 do CPC/15 também estabelece que a afetação de um caso para julgamento repetitivo dependerá da prévia verificação de existência de multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito ²²³.

Nesse sentido, Dierle Nunes defende que seria essencial que o Tribunal Superior, antes de selecionar o tema a ser submetido ao rito de julgamento vinculante, se atentasse a algumas premissas, dentre elas, o “esgotamento prévio da temática” – pois dificilmente um bom e fundamentado paradigma seria estabelecido a partir de um único caso – e o respeito à história institucional de aplicação da tese pelo próprio Tribunal Superior:

“ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado (...) Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais

²²² Ver: item 3.1 – A função constitucional do STJ.

²²³ 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.

e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores)".²²⁴

"2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática"²²⁵

Quando, portanto, o STJ decide tese jurídica repetitiva sem nenhum lastro jurisprudencial anterior, estaria violando regras estabelecidas tanto pela Constituição Federal quanto pela lei processual e, dessa maneira, proferindo uma decisão que, do ponto de vista democrático, segundo palavras de Georges Abboud, seria extremamente deficitária²²⁶.

Afinal, se o STJ passar a proferir precedentes completamente descolados da jurisprudência, explorando argumentos inéditos no mundo jurídico, o que o impedirá de também passar a desconsiderar outras regras processuais, ou mesmo constitucionais, inclusive pétreas, como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou mesmo o direito adquirido, apenas com vistas a assegurar a manutenção de um particular posicionamento discricionário²²⁷.

A própria democracia é relacionada a um sistema em que as regras do jogo estão prévia e claramente delimitadas. Tanto é assim que Norberto Bobbio destaca que a democracia se apresenta como governo das leis em que as regras são previamente esclarecidas, e não como um governo dos homens cujas regras ficam à mercê daquele que detém o poder.²²⁸

Logo, a interpretação emanada tanto das regras constitucionais quanto das infraconstitucionais aponta para a conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça não poderia proferir julgamentos repetitivos assentando teses e argumentações

²²⁴ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, p. 41-83, set. 2011.

²²⁵ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, p. 41-83, set. 2011.

²²⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 553.

²²⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 553.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 185, apud ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 553,

jurídicas inéditas ou pouco exploradas em recursos especiais anteriores apreciados e julgados pela Corte.

3.2.2.2. Desconformidade com o caráter dialético e democrático da construção do Direito

O precedente fruto de julgamento repetitivo não deve representar um pronunciamento isolado e específico, com força vinculante a ele atribuída apenas e tão somente em razão do órgão judicial que o prolatou.

Como bem ressalta Lênio Streck, mais importante do que legitimar o precedente vinculante por conta da autoridade do órgão judicial prolator, deveria ser a legitimação por meio da qualidade jurídica do provimento jurisdicional²²⁹.

Para atestar essa qualidade referida por Streck, acreditamos que as regras estabelecidas na Constituição e no CPC/15, exploradas no item anterior, guardam um sentido de coerência com o caráter dialético e democrático inerente à construção do próprio Direito, ao condicionarem o julgamento repetitivo à prévia ascendência e julgamento de muitos recursos especiais ao STJ, e à necessidade de uniformização da jurisprudência por parte da Corte.

Afinal, para que um debate jurídico chegue ao STJ por meio de um recurso especial, é bastante evidente que ele trilhou toda a via processual, percebendo não só aportes argumentativos das partes, como a visão interpretativa do direito também por parte do juiz de piso e do Tribunal de segunda instância e, quando o recurso vier a ser julgado, também os aportes interpretativos dos Ministros do STJ.

Quando a regra processual se refere a múltiplos recursos especiais, significa concluir, por evidência, que múltiplas foram as provocações argumentativas exploradas nas diversas instâncias do Poder Judiciário, antes de o tema merecer um julgamento repetitivo.

²²⁹ STRECK, Lênio; 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. 42.

O precedente repetitivo visto pela perspectiva que defendemos, portanto, revela-se como a consagração de uma verdadeira construção coletiva dos diversos órgãos do Poder Judiciário.

Como bem registra Dierle Nunes,

“é preciso compreender os demais juízos como participantes ativos no desenvolvimento do Direito mediante um sistema de precedentes, sob pena de se oferecer à sociedade civil um quadro distorcido e parcial do que são os direitos e os deveres de cada um²³⁰”.

Pois é na construção dialética do direito ao longo dos anos, e contando com a participação das partes em seus respectivos casos, que os magistrados vão testando na prática e enfrentando as diversas questões jurídicas que podem estar envoltas a uma mesma pretensão.

Não há justiça na decisão de um Tribunal se não é possível justificar essa decisão perante o conjunto de decisões proferidas por esse mesmo Tribunal e o Direito no todo. Nessa totalidade, haverá que se observar não apenas a Constituição e as leis, como também as decisões que foram proferidas²³¹.

Não por outro motivo, aliás, Dierle Nunes estabelece sua crítica com a afirmação de que a defesa da soberania decisória dos Tribunais Superiores como exclusiva fonte de interpretação do Direito, relegando aos demais órgãos do Poder Judiciário, e mesmo a doutrina e os jurisdicionados, a seguirem cegamente as orientações definidas pelos julgamentos vinculantes, seria completamente avessa à realidade coparticipativa e dialógica intrínseca à construção do direito.²³²

²³⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 354.

²³¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 355.

²³² NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 353.

Prossegue ainda o doutrinador:

“Tomar apenas as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ como representativas do Direito nacional pode gerar um problema de diminuição da importância institucional dos demais Tribunais pátrios no desenvolvimento do Direito. Concomitantemente, engendrar-se-ia uma dependência sistêmica dos Tribunais de vértice, no sentido de que apenas se poderia confiar nas decisões por elas proferidas, além de limitar o Direito uniformizado ao restrito quadro de casos que seriam julgados por esses Tribunais²³³.”

3.2.2.3. *Violação ao princípio da celeridade processual*

Pode parecer contraproducente, e mesmo contraditório com o princípio da celeridade, a ideia de o STJ ter de esperar o debate ser fomentado e debatido primeiro nas instâncias ordinárias, depois chegar ao próprio STJ por meio de recursos especiais e, entre os ministros ser debatido em alguns casos concretos, para só então, em um terceiro momento da história, quando já decorrido algum tempo, e o tema ter sido bastante debatido na Corte, poder vir ser pronunciado o julgamento repetitivo.

Porém, uma afetação prematura de um determinado tema poderá levar à sua futura desafetação depois, uma vez que os próprios Ministros poderão vir a se arrepender, como muitas vezes já se observou²³⁴, levando ao sobrestamento desnecessário de casos, ao arrepio do princípio da celeridade, pelo ponto de vista dos jurisdicionados que tiveram seus casos suspensos inutilmente.

Uma afetação prematura poderá também levar ao resultado de um precedente pouco fundamentado, que não capture a essência dos melhores argumentos jurídicos que o tema deveria contemplar, o que acabará, na prática, figurando como um repetitivo inócuo, na medida em que será fácil estabelecer um juízo de distinção sobre ele.

²³³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 353.

²³⁴ Nesse sentido, ver: item 1.3.2.2.1 - A afetação monocrática pelo ministro do STJ.

De modo que, na melhor das hipóteses, o STJ acabará sendo forçado, em um momento subsequente, a ter de afetar novamente o mesmo tema, mas, desta vez, para agregar novos argumentos jurídicos que não foram contemplados da primeira oportunidade²³⁵.

Nesse caso, é preferível que o STJ espere o ‘amadurecimento’ da tese advir com o tempo, para que, quando o tema vier a ser afetado, os próprios Ministros já tenham tido previamente bastante contato e reflexão sobre os mais diversos argumentos jurídicos que cercam a pretensão.

Nesse sentido, leciona Luiz Rodrigues Wambier:

“Por exemplo, há casos em que se constata já haver grande número de processos em que se discute uma mesma questão jurídica. No entanto, se não há ainda um razoável aprofundamento da compreensão da questão, é preferível que não se instaure desde logo um procedimento de resolução de questões repetitivas”²³⁶

Vale registrar, ainda, que o próprio STJ já se pronunciou no sentido de recusar a afetação de temas ao rito dos julgamentos repetitivos, por reconhecer que não havia ainda jurisprudência da Corte formada sobre a questão:

“PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC. ART. 257 RISTJ. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL. INSCRIÇÃO A MENOS DE DOIS ANOS NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS. ART. 971 CÓDIGO CIVIL. ARTS. 48, CAPUT, E 51, V, LEI 11.101/2005.

1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação

²³⁵ Digno de registros, por exemplo, os repetitivos sobre a capitalização de juros na Tabela Price: o julgamento do RESP repetitivo 1.070.297/PR, perante a Corte Especial, Rel. Luis Felipe Salomão, em 2009, assentou tese estabelecendo que ‘não caberia ao STJ aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price nos contratos de financiamento regidos pelo sistema do SFH, por força das Súmulas 5 e 7’. Três anos depois, precisamente em setembro de 2012, veio a ser afetado um segundo recurso especial repetitivo RESP n. 1.124.552/RS/PR, Rel. Luis Felipe Salomão, que veio depois, a Corte Especial, aprofundando os argumentos, estabelecer, em 2015, a tese de que a constatação da capitalização dos juros na Tabela Price dependeria de perícia, sob pena de restar caracterizado cerceamento de defesa da parte. Não bastasse, no ano do julgamento do segundo repetitivo, 2015, um terceiro caso foi afetado ao rito dos repetitivos, REsp 951.894/DF, Rel. Min. Isabel Galloti, que intentava estabelecer uma terceira tese, explorando novos argumentos a respeito da distinção entre o conceito de capitalização de juros, do conceito de juros compostos, que haviam sido ignorados pelos dois repetitivos anteriores. Não chegou este repetitivo ao seu intento, pois foi desafetado pela Corte em 2019.

²³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 701-702.

judicial, ainda que não se tenha inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, caput, e 51, V, da Lei n. 11.101/2005).

2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque.

3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos.

4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ)²³⁷.

Digna de registro também a precisa observação de Wambier para afastar qualquer alegação de que aguardar o amadurecimento da tese possa contradizer o art. 926 do CPC/15, ou mesmo o princípio da celeridade:

“Isso, em um primeiro momento, gerará certa gama de decisões divergentes no tribunal - o que poderia implicar um descumprimento da determinação contida no art. 926. Mas isso se faria no tempo estritamente necessário para o tribunal enriquecer sua apreensão da matéria. O enfrentamento desses primeiros casos permitirá aos integrantes do tribunal aprimorar seu domínio da questão - ampliando-se as chances de que finalmente profiram, em procedimento de resolução de casos repetitivos, uma decisão que seja fruto de verdadeira reflexão, meditação sobre o tema. Uma decisão nesses termos terá muito maior propensão à estabilidade. Estará bem menos sujeita ao risco de precisar ser complementada, ressaltada, retificada ou mesmo integralmente revista”.²³⁸

Arrematando com a frase do professor, “em suma, perde-se um pouco de tempo antes, para não se perder muito mais depois, com idas e vindas desnecessárias.”²³⁹

²³⁷ ProAfR no REsp 1686022/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017. Mesmo sentido: Recurso Especial n. 1.761.278/DF, Rel Min. Marco Buzzi, DJE 07/03/2019, - decisão monocrática

²³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 701-702.

²³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 701-702.

3.2.2.4. Violação ao princípio da separação dos Poderes

Defender que o julgamento de recurso especial repetitivo poderia estar voltado a definir uma tese vinculante que destoasse total e completamente de qualquer lastro jurisprudencial até então observado na Corte, apresentando orientação jurídica totalmente inédita, ainda que pautado por uma projeção do STJ de que, se o tema não for agora definido, haverá no futuro um congestionamento das vias judiciárias, significaria defender a atuação ativista do Superior Tribunal de Justiça, com caráter eminentemente político, o que destoaria inteiramente das atribuições a ele conferidas pela Constituição Federal.

Dierle Nunes alerta que “é preciso analisar como os nossos Tribunais constroem, aplicam e interpretam adequadamente os precedentes ou se apenas são formados padrões decisórios empobrecidos para se resolver um problema numérico”²⁴⁰.

Afinal, não cabe ao Judiciário fazer projeções futuras e apenas com base nelas proferir enunciados normativos gerais regulamentadores. Essa função cumpre ao Poder Legislativo.

Desse modo, se o pronunciamento vinculante exarado pelo STJ for fruto de uma decisão solipsista, sem jurisprudência anterior, preocupada apenas em resolver um problema de gestão judiciária com o volume de processos, será facilmente definido com um ato de política, pragmático, e contrário ao ideal de integridade, que deveria, acima de tudo, constituir a finalidade máxima a ser perseguida pelo precedente do STJ.

Como bem afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, na IX Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional, em Cádiz (Espanha),²⁴¹ “o Legislativo deveria ter a função de cuidar do futuro; o Executivo, do presente; e o Judiciário, do passado”.

²⁴⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 358.

²⁴¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207790&tip=UN>> Acesso em: 09 mar. 2019.

Evidentemente que, quando se trata de um julgamento repetitivo, o STJ está preocupado em resolver, além do caso concreto, também todos os demais feitos semelhantes que irão ser julgados no futuro. Mas a construção estrutural do entendimento vinculante deve dialogar com as decisões que tenham sido proferidas no passado, e não se basear em ilações e projeções futuras, sob pena de a Corte se distanciar do seu papel Constitucional de uniformizador da jurisprudência e se aproximar da figura do legislador.

Nesse sentido, Dworkin, ao distinguir sua visão de Direito como integridade dos ideais de convencionalismo e de pragmatismo jurídico, ressalta:

“O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Tem os olhos voltados para o passado”²⁴²

“O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Tem os olhos voltados para o futuro”²⁴³

“O direito como integridade é diferente: deve partir da concepção atual, considerando o passado – como adequação linear – mas com vistas a produzir a melhor decisão no futuro. Deve imprimir um caráter de continuidade ao direito”²⁴⁴

Dworkin sempre foi um ferrenho crítico dos ideais de justiça pragmáticos, que atendessem juízos de oportunidade e conveniência da ocasião em que foram gerados. De modo que não parece mesmo se coadunar com a doutrina do mestre pós-positivista a adoção de um sistema de precedentes vinculantes que se prestasse única e exclusivamente à resolução de ideais solipsistas e discricionárias do Ministro relator, ou mesmo apenas voltado a uma política de gestão judiciária, sem lastro algum na jurisprudência anterior.

Lênio Streck bem registra:

“Dworkin já havia chamado a atenção para o que significa trocar a integridade pela suposta eficácia: é renunciar ao próprio caráter cooperativo ou ético-político da Democracia Constitucional em prol de um modelo concorrencial ou competitivo de sociedade e de mercado, em que as pessoas passam a ser tratadas ou como

²⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 272.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 272.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 273.

obstáculos ou como meros instrumentos de satisfação dos interesses, umas em relação às outras”²⁴⁵

A visão que prestigia a discricionariedade judicial, mormente no âmbito da jurisdição dos Tribunais Superiores, enquanto prolores de teses vinculantes, incorre no equívoco de conferir *status* de juiz político ao ministro do STJ, em vez de visualizá-lo como juiz vinculado ao direito.

Com propriedade, Georges Abboud estabelece:

quando “um juiz que decide sem se vincular ao direito, por entender que sua atuação também é política, em verdade, não pode exercer sua função judicante, porquanto estabelece o art. 5, II, CF o respeito ao princípio da legalidade, como elemento fundamental da legitimidade para motivar as decisões judiciais. Essa obrigatoriedade ganha enormes reforços de contorno com o art. 926, CPC/15, de modo que no Estado Democrático de Direito o Judiciário não pode decidir da forma que quiser”.²⁴⁶

Afiliamos, assim, nossa preocupação com a de Lênio Streck, que, no ponto, assenta em tom alarmante: “corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.”²⁴⁷

3.2.2.5. *Desrespeito ao princípio de integridade do direito*

Como já foi explorado anteriormente, a integridade do Direito é o objetivo perseguido pelos julgamentos repetitivos²⁴⁸. Nesse sentido, leciona Luiz Rodrigues

²⁴⁵ STRECK, Lênio. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de outubro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁴⁶ ” ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 556.

²⁴⁷ STRECK, Lênio. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁴⁸ Para mais detalhes sobre o princípio da integridade, ver: item 2.4.1 - A integridade do Direito para Ronald Dworkin.

Wambier: “O CPC explicita a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926)”.²⁴⁹

Dierle Nunes, em igual sentido, dispõe:

“Por isso vem em boa hora disposições do CPC que impõem a juízes e advogados o dever de levarem a sério o “material” existente, a exemplo, de um lado, o disposto no art. 1.022, parágrafo único, I, o qual presume omissis o pronunciamento que despreza precedentes, além do disposto no art. 489, §1º, IV, V e VI e de outro, o estabelecido nos arts. 332, 489, 932, IV e V, que impõem às partes pesados ônus argumentativos de dialogar com os precedentes, sob pena de julgamentos contrários, tudo para que a integridade dworkiniana (art. 926) seja normativamente levada a sério)”²⁵⁰

Porém, para alcançar o ideal de integridade, à luz da doutrina de Ronald Dworkin, não basta o julgamento repetitivo ser pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça, para se revestir de validade e eficácia. É fundamental também que o precedente seja pronunciado com atenção ao sistema de regras e de princípios que regem o sistema dos precedentes vinculantes no Brasil.

Vale rememorar: se Ronald Dworkin estabeleceu que o ideal de integridade é alcançado por meio do respeito ao romance em cadeia estabelecido pelos precedentes jurisprudenciais, não por meio de decisões judiciais solipsistas, discricionárias e políticas; e se a regra processual, disposta no art. 1.036 do CPC/15, estabelece que somente quando houver multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito é que deverá o tema ser submetido a julgamento repetitivo; é de se concluir que um recurso especial repetitivo, voltado a estabelecer tese inédita, que não dialogue com o passado jurisprudencial, ou que seja voltado a resolver um possível e eventual problema numérico de casos, afeto à seara da gestão política do Judiciário, não se coaduna com o princípio da integridade, com a doutrina e com as regras estabelecidas pela legislação brasileira.

²⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 699.

²⁵⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 330.

A partir de Dworkin, é seguro afirmar que um recurso repetitivo que não respeita o romance em cadeia estabelecido pela jurisprudência e inova, solipsista e discricionariamente, em um novo sentido, está longe de atender à finalidade para a qual foi instituído, que é a de assegurar a integridade do direito nacional.

3.3 Estudo de caso

Para que seja possível averiguar uma situação concreta que materializou muitos dos temas que abordamos ao longo da presente dissertação, vale o estudo sobre um pontual caso tramitado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se do julgamento de mérito do Recurso Especial repetitivo n 1.243.887/PR, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, perante a Corte Especial, julgado em 19/10/11 e publicado no Diário de Justiça em 12/12/11.

3.3.1. RESP repetitivo nº. 1.243.887/PR – Abrangência da Ação Civil Pública

O julgamento do Recurso Especial nº. 1.243.887/PR, realizado sob o rito dos recursos repetitivos, definiu orientação vinculante absolutamente relevante para o ordenamento jurídico processual brasileiro.

Por meio dele, definiram-se novos contornos à abrangência da ação civil pública, a despeito de expressa previsão da lei e da jurisprudência assente em sentido contrário à tese que veio a ser fixada.

A fim de ilustrar melhor os desvios processuais e constitucionais perpetrados pelo referido julgamento, o estudo será feito mediante a intercalação de trechos do voto condutor do acórdão repetitivo, com considerações de ordem técnica, baseados no conteúdo legal e doutrinário referenciados ao longo do trabalho.

3.3.1.1. O caso concreto

O caso remontava a uma ação de execução individual, proposta por um cliente em face do Banco BANESTADO – Banco do Estado do Paraná, reclamando

o direito que teria lhe sido assegurado na sentença coletiva, proferida nos autos da ação civil pública, proposta pela APADECO – Associação Paranaense de Defesa do Consumidor.

A sentença coletiva, transitada em julgado, havia condenado o Banco BANESTADO a pagar aos poupadores residentes no Estado do Paraná, as diferenças de rendimento sobre os saldos de suas cadernetas de poupança, à época da edição dos Planos econômicos Bresser (junho/julho de 1987) e Verão (janeiro/fevereiro de 1998), devidamente atualizados até a data do pagamento.

A despeito de a tese de mérito dos expurgos inflacionários ser deveras espinhosa, o ponto nodal do Recurso Especial era outro, completamente diferente, embora igualmente polêmico. A tese levada ao Superior Tribunal de Justiça tratava do foro competente para a propositura da execução individual do título executivo coletivo.

Isso porque o autor, incontroversamente poupador do Banco BANESTADO, e titular do direito assegurado pela sentença coletiva transitada em julgado, havia proposto sua execução individual no foro da comarca de Londrina/PR, por ser o de seu domicílio, o que foi aceito pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Mas o Banco recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, defendendo a tese de incompetência do foro da comarca de Londrina/PR para processar e julgar a execução individual.

A tese do Banco, com fulcro no art. 16 da Lei n. 7.347/85, era a de que o foro competente para processar a execução individual deveria ser o mesmo de onde havia tramitado a Ação Civil Pública, no caso, a comarca de Curitiba/PR, e não o foro de domicílio do exequente, Londrina/PR, como havia entendido o Tribunal, devendo a execução, portanto, ser extinta, sem julgamento do mérito.

O Ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, com precisão, identificou o tema em debate no momento do despacho de afetação do recurso repetitivo:

“Há nos autos debate acerca do foro competente para a liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública. O acórdão recorrido entendeu que o beneficiário da sentença coletiva poderia optar pelo foro do seu próprio domicílio para o ajuizamento da liquidação, ao passo que a instituição financeira entende ser competente apenas o foro onde foi proferida a sentença na ação civil

pública. Verifico que há multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte a versar sobre o tema. Por isso, afeto o julgamento do presente recurso especial à e. Corte Especial, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 08/2008²⁵¹.

Afetado o recurso repetitivo, houve manifestação das partes, de membro do Ministério Público Federal, de entidades de defesa do consumidor e de representantes das instituições financeiras, cada qual defendendo seu ponto de vista sobre qual seria o adequado foro competente para propositura da execução individual: se o foro do domicílio do exequente ou o do processamento da ação coletiva executada.

3.3.1.2. Julgamento de mérito sobre a tese afetada

Segundo o voto condutor do acórdão, vincular o foro da liquidação individual ao juízo na qual havia sido proferida a sentença coletiva não seria a melhor solução à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O fato ter sido vetado o Parágrafo único do art. 97 do CDC, que autorizava a propositura da execução no foro de domicílio do exequente, – um dos fundamentos trazidos aos autos pela Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), na condição de *amicus curiae*, para defender que o foro competente deveria ser o do processamento da Ação Civil Pública – não mudava o ponto de vista do relator. Segundo sua ótica, não estaria o julgador obrigado a considerar as razões de veto do legislador ao proferir a sua interpretação sobre a norma legal²⁵².

Sobre esse ponto, parece precisa a leitura do ministro relator, à luz do paradigma pós-positivista que abordamos no trabalho, afinal, como estabelece tal corrente jusfilosófica, o magistrado não deveria aplicar a lei apenas tentando

²⁵¹ Despacho de afetação – RESP n. 1.243.887 - PR (2011/0053415-5) – Min. Relator Luis Felipe Salomão – DJE 26/05/11.

²⁵² “Não me impressiona a tese de que o parágrafo único do art. 97 do CDC fora vetado e por isso não se poderia admitir que o consumidor viesse a ajuizar a demanda em seu próprio domicílio (...) o veto presidencial, mantido pelo Congresso Nacional, revela, quando muito, a vontade do legislador historicamente considerado e congelado no tempo, e a reverência exacerbada e isolada ao veto não possui a virtualidade de alcançar traços da lei de elevada importância, como sua teleologia e dinamicidade, que decorre da realidade social subjacente ao ordenamento em que se insere” (Pg. 8, do voto do Min. Relator, Luis Felipe Salomão, nos autos do RESP n. 1.243.887 - PR – DJE 12/12/11).

interpretar as intenções do legislador²⁵³. Mais do que isso, o juiz deve construir a norma de decisão, partindo da interpretação que é possível dar à norma legal à luz dos princípios que regem a sociedade, da jurisprudência e dos fatos e argumentos que lhe são apresentados pelo caso concreto.

Nesse sentido, ao invés de investigar as intenções do legislador, o Ministro optou por buscar se valer de princípios consumeristas, tais como “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”, para fundamentar sua decisão no sentido de que propositura da execução individual não poderia se dar apenas no foro de processamento da Ação Civil Pública²⁵⁴.

De certo modo, o magistrado, ao basear sua decisão valendo-se de princípios, parece se coadunar com a doutrina de Dworkin, conforme demonstramos ao longo da dissertação.

Mas, vale reconhecer que, nesse ponto, a decisão também flerta perigosamente com o ‘panprincipiologismo’, conceito crítico definido por Lênio Streck como fruto do emprego equivocado de conceitos abstratos como “Estado Democrático de Direito” ou, como no caso, “política nacional das relações de consumo”, como se fossem princípios, para legitimar a tomada de decisão pelo magistrado.²⁵⁵

Mais adiante, o relator também fundamenta sua decisão alegando que a concentração das ações de execução em um mesmo juízo inviabilizaria o trabalho

²⁵³ Dworkin denomina de “historicismo” a corrente que afirma que a Constituição e as leis ordinárias devem ser interpretadas apenas de acordo com a sua significação original. Entretanto, discorda de tal corrente: “seria tolice considerar as opiniões dos que primeiro votaram a Décima Quarta Emenda como um reflexo da moral pública dos Estados Unidos um século depois, quando a questão racial sofreu modificações em quase todos os seus aspectos. Seria também perverso; negaria à comunidade o poder de mudar seu senso público de finalidade, o que significa negar que ela possa ter quaisquer finalidades públicas”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p 437.)

²⁵⁴ “Levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida a sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual”. (f. 11 do voto do Min. Relator, Luis Felipe Salomão, nos autos do RESP n. 1.243.887 - PR – DJE 12/12/11)

²⁵⁵ STRECK, Lênio. **Verdade e consenso, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517.

da vara, por conta do acúmulo numeroso de feitos, sendo salutar, nesse sentido, legitimar a pulverização das distribuições das ações em comarcas diferentes²⁵⁶.

Nesse ponto, parece que a decisão evoca um fundamento pragmático, uma vez que não conversa com nenhum elemento probatório, objetivo, trazido aos autos, com nenhum princípio moral da sociedade, tampouco regra legal. Trata-se, na verdade, de uma opinião pessoal do julgador, sem nenhum embasamento crítico, que não deveria figurar como elemento decisório importante do magistrado para sua tomada de decisão, como já vimos oportunamente.

Outro argumento utilizado pelo voto condutor foi o de que o § 2º do art. 98 do CDC assegura que o juízo de liquidação pode ser diverso do juízo da ação condenatória e, ainda, que o art. 475-P do CPC/73 conferia a faculdade de o exequente poder optar pelo foro do juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o de seu domicílio. Logo, os referidos dispositivos legais perderiam validade caso prevalecesse a tese de se restringir a propositura da execução ao foro de processamento da ação condenatória²⁵⁷.

Aqui a linha defendida pelo Ministro parece encontrar eco em um dos pontos ressaltados pela doutrina de Ronald Dworkin, que ensina que as “regras”, diferentemente dos princípios, funcionam no sistema de tudo ou nada. Ou elas são válidas e aplicáveis, ou não são válidas. Nas palavras do mestre pós-positivista:

“regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita,

256 “caso todas as execuções individuais de ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ações essas que comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados, tivessem de ser propostas no mesmo juízo em que proferida a sentença transitada em julgado, inviabilizar-se-ia o trabalho desse foro, com manifesto prejuízo à administração da justiça.” (Pg. 12, do voto do Min. Relator, Luis Felipe Salomão, nos autos do RESP n. 1.243.887 - PR – DJE 12/12/11)

257 “De fato, muito embora tenha sido vetado o parágrafo único do art. 97, permanece hígido o art. 98 (...) o só fato de o § 2º prever que é competente para a execução o juízo ou da liquidação ou da ação condenatória revela, seguramente, que o juízo da liquidação pode ser diverso do juízo da ação condenatória. O dispositivo perderia totalmente o sentido caso a liquidação de sentença devesse ser pleiteada, necessariamente, no juízo da condenação (...). Finalmente, é importante ressaltar que a Lei n. 11.323/05, que acrescentou o art. 475-P ao CPC, no desiderato de facilitação e incremento de efetividade do processo de execução, franqueou ao vencedor optar, para o pedido de cumprimento de sentença, “pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado” (art. 475-P, parágrafo único, do CPC)” (Pg. 12 e 16 do voto do Min. Relator, Luis Felipe Salomão, nos autos do RESP n. 1.243.887 - PR – DJE 12/12/11)

ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão²⁵⁸”

Tecnicamente, o voto do Ministro relator poderia ter terminado nesse ponto da decisão, precisamente, no início do item 3.6 de sua estrutura redacional, à fl. 17 do Acórdão:

“3.6. Com efeito, como ocorreu no caso dos autos, pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio (...)”.

Se tivesse o voto condutor sido encerrado nesse trecho, ao menos a conclusão por ele alcançada guardaria proporção com o tema que havia sido afetado.

3.3.1.3. Julgamento sobre a tese NÃO afetada

No entanto, o voto condutor avança em seus argumentos, passa a descolar totalmente do caso que havia sido levado a julgamento, traçando contornos de uma tese completamente inédita, ao arripio de princípios constitucionais, regras processuais e ideais de integridade e uniformidade de jurisprudência.

O voto passa a tecer considerações críticas sobre a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85²⁵⁹, no tocante à abrangência da coisa julgada da sentença coletiva ter sido contida em lindes geográficos pelo legislador.

Segundo o relator, o art. 16 mistura o conceito de competência com o de coisa julgada, pois esta não se limitaria territorialmente nem no processo singular, tampouco haveria de ser restrita no foro coletivo. Defende, assim, ser imperiosa uma “mudança de interpretação” do art. 16, para compatibilizá-lo com um comando mais célere e uniforme da prestação jurisdicional.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.39.

²⁵⁹ “Art. 16 da Lei n. 7.347/85. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. (Redação dada pelo art. 2, da Lei n. 9.494, de 10.9.1997)

Desse modo, propôs a interpretação contrária ao literal texto normativo, no sentido de que a coisa julgada e sua extensão deveriam ser regidas pela extensão do dano e pela qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo, e não encaixotadas em lindes geográficos, como revelava o dispositivo legal.

Ao final, o relator propôs a redação da tese, para resolver o julgamento repetitivo, com a introdução dessas considerações teóricas estranhas ao objeto do recurso especial, viabilizando o texto da seguinte maneira:

“A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)”

A segunda parte do voto do relator, tal qual revelado nas considerações acima, é consideravelmente distante dos princípios e das regras que legitimam a constitucionalidade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, por uma série de aspectos.

O voto, como se observou, trouxe para o julgamento repetitivo tema e argumentos completamente divorciados do objeto do recurso especial.

As partes litigavam, apenas e tão somente, em torno de foro competente para propositura da ação de execução individual. Embora salutar e polêmico²⁶⁰, o debate acerca da abrangência da coisa julgada da sentença coletiva não estava em jogo.

²⁶⁰ Não se desconhece que boa parte da doutrina já fazia duras críticas à redação do art. 16, da Lei 7.347/85. Nelson Nery Jr, por exemplo, comparava o referido dispositivo à absurda hipótese de uma lei que viesse a estabelecer que uma pessoa divorciada em um Estado da federação devesse ser considerada casada no Estado vizinho, tamanha a confusão que o dispositivo 16 causara entre os conceitos de foro de competência, com coisa julgada. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 1347.)

Nem poderia, diga-se, pois, como já mencionado, a execução posta em juízo decorria de uma sentença coletiva já transitada em julgado e que havia delimitado expressamente sua abrangência aos poupadores do Estado do Paraná.

Curiosamente, o próprio relator reconheceu essa limitação da coisa julgada ao caso concreto²⁶¹, mas, em sua leitura, esse “detalhe” não foi suficiente para refrear sua pretensão de entregar uma prestação jurisdicional sobre tese não debatida nos autos.

Dworkin, quando critica o pragmatismo ativista, é enfático ao estabelecer o respeito do ato decisório às vicissitudes do caso concreto, às regras legais e aos princípios, sob pena de o jurista se confundir com a figura do legislador²⁶².

Preocupação que tem sido compartilhada por parte da doutrina crítica ao sistema de precedentes que o Brasil adota, pois a definição de teses desvinculadas do caso concreto abre margem à discricionariedade do julgador, a violações ao princípio do contraditório, decisões surpresa e aproximação do juiz à figura do legislador²⁶³.

O ideal de integridade, que deveria ser o almejado pelos precedentes vinculantes, não se coaduna com um julgamento repetitivo que, ao invés de consolidar a linha interpretativa do direito aplicável pelos julgados anteriores, resolve inaugurar um entendimento, divorciado do romance até então estabelecido pelos julgados antecedentes.

Basta conferir que muitos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça anteriores ao julgamento repetitivo em estudo não estavam em sintonia com o entendimento que veio a ser firmado no repetitivo. Muito ao contrário, definiam que

²⁶¹ “1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada”. (parte da Ementa do acórdão do RESP n. 1.243.887 - PR – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 12/12/11).

²⁶² vide nota do item 10.

²⁶³ “O processo de concretização da norma jurídica não pode prescindir do caso concreto. Se o Tribunal ou juiz aplicar o direito com o pensamento de que apenas está julgando teses, fatalmente, não construirá a resposta correta. Isso porque sua obtenção não pode prescindir dos elementos não linguísticos, ou seja, da facticidade”. ABBUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 756.

a abrangência da coisa julgada coletiva deveria mesmo estar restrita a lindes geográficos, tal qual previsto no art. 16 da Lei nº 7.347/85.

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LITISPENDÊNCIA - LIMITES DA COISA JULGADA. 1. A verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei 9.494/97, "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator". 2. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença” (REsp 642.462/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 18/04/2005, p. 263)

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA (...) LIMITES DA COISA JULGADA - COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) A decisão proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, no caso, no Estado do Rio de Janeiro. Recurso parcialmente provido”. (REsp 944.464/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO. EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA. (...) A orientação fixada pela jurisprudência sobranceira desta Corte é no sentido de que a decisão proferida no julgamento de Ação Civil Pública faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou. Dessa forma, se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cumpre concluir que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da federação”.

(AgRg no REsp 755.429/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 18/12/2009)

Vale também ressaltar que mesmo o Supremo Tribunal Federal, quando teve oportunidade de analisar a constitucionalidade da art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, ainda que por meio do exame de medida cautelar, nos autos da ADI n. 1.576, não decidiu suspender a eficácia da norma legal, tal como fizera o STJ no acórdão repetitivo²⁶⁴.

²⁶⁴ “SENTENÇA – EFICÁCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória n. 1570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator. (...) A alteração do artigo 16 ocorreu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei n.º 7.347, de 25 de julho de 1985, harmônico com o sistema

O próprio Ministro relator reconheceu o ineditismo do posicionamento que veio a ser adotado, mas creditou a legitimidade de sua conduta a um “clamor reclamado pela comunidade jurídica e pela sociedade”, em um rompante de “panprincipiologismo”, criticado por Lênio Streck, como comentado anteriormente²⁶⁵:

“A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide”. (Pg. 18 do voto do Min. Relator, Luis Felipe Salomão, nos autos do RESP n. 1.243.887 - PR – DJE 12/12/11)

Não bastasse, portanto, a tese contida na segunda parte do voto do ministro relator ser estranha aos autos, ela ainda inovou com relação ao que vinha sendo decidido pela Corte até então e, frise-se, justo em um julgamento repetitivo, que deveria ser o bastião da integridade da jurisprudência da Corte Superior sobre o tema, a referência a ser seguida para casos futuros.

3.3.1.4. Conclusão do estudo do REsp repetitivo nº. 1.243.887/PR

Como se pode constatar do caso em estudo, um recuso especial repetitivo que fora afetado para definir tese jurídica a respeito de foro competente para processamento e julgamento da execução individual de uma sentença coletiva, acabou se desdobrando em um precedente que também assentou tese sobre a abrangência dos efeitos da sentença de uma ação civil pública.

Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário” (ADI-MC 1.576/UF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgamento 16/04/1997, DJ 06-06-2003, p. 29)

²⁶⁵ vide nota 14.

A segunda tese, que veio a ser firmada, pegou de surpresa toda a comunidade jurídica, inclusive as partes, os *amici curiae* e o ministério público que atuaram no recurso especial afetado.

Afinal, o precedente estabeleceu tese sobre questão jurídica não debatida nos autos, levando em consideração, por conseguinte, argumentos jurídicos que não haviam sido previamente debatidos no processo e, ainda por cima, completamente divorciada da jurisprudência que o STJ havia construído até aquele momento.

Considerando o poder vinculante que o recurso especial repetitivo possui, é de fundamental importância que seu pronunciamento final respeite os argumentos jurídicos carreados aos autos do caso selecionado e também os precedentes judiciais proferidos pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, pois não se coaduna com a ideia de uniformização da jurisprudência a concretização de um pronunciamento vinculante que prescindia do caso concreto e parta de parâmetros inéditos, que não dialogam com o 'romance em cadeia' estabelecido pelo Tribunal, surpreendendo todas as partes envolvidas e a comunidade jurídica de um modo geral, que futuramente terá de se submeter aos efeitos judiciais daquele julgado paradigma.

CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi descobrir se haveria, ou não, respaldo constitucional para o Superior Tribunal de Justiça poder proferir precedentes vinculantes, por meio do julgamento de recursos especiais repetitivos e, em que medida, esse respaldo permitiria à Corte estabelecer um precedente versando sobre tese jurídica inédita – o ineditismo aqui considerado tanto em relação aos argumentos jurídicos e pretensões formuladas nos autos do recurso especial selecionado, quanto em relação à jurisprudência até então estabelecida pela própria Corte.

Para alcançarmos nosso objetivo, primeiro, estudamos as bases históricas do *stare decisis* inglês e dos assentos portugueses, que influenciaram o sistema de precedentes adotado no Brasil. Pudemos constatar a importância da historicidade na aplicação do Direito para a construção do precedente inglês e o quanto ignorar essa característica evolutiva-temporal, inerente à dialeticidade do próprio Direito, custou ao assento português sua derrocada no sistema jurídico lusitano.

Apresentamos a evolução histórica do processo civil brasileiro nos últimos trinta anos, com ênfase às reformas legislativas que buscaram conferir maior efetividade à prestação jurisdicional e uniformidade à jurisprudência e observamos as particularidades do sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos compreendidas tanto no Código de Processo Civil revogado quanto no atualmente vigente.

Uma vez estabelecido o contexto histórico e as regras do Código de Processo Civil, adentramos às nuances constitucionais que permeiam os sistemas de precedentes atualmente em vigor no Brasil.

Afinal, se chegássemos à prematura conclusão de que o pronunciamento de precedentes, por parte do Poder Judiciário, constitui uma prática inconstitucional, estaria prejudicada qualquer pretensão de avançarmos rumo ao objetivo traçado.

Pudemos constatar, entretanto, que os precedentes vinculantes proferidos pelo Poder Judiciário, do ponto de vista geral e teórico, encontram guarida na

Constituição Federal brasileira, na medida em que objetivam a concretização de diversos princípios e direitos previstos na Carta Magna.

Nesse sentido, observamos que os precedentes prestigiam o princípio da igualdade, visto que buscam conferir ao ordenamento jurídico o pronunciamento de decisões uniformes, garantindo uma interpretação isonômica das normas jurídicas.

Constatamos que os precedentes estão em sintonia com o princípio constitucional do acesso à justiça, não mais concebido como a livre possibilidade de provocação de uma prestação jurisdicional ao Estado, mas sim dentro de uma concepção mais adrede à atual realidade brasileira, no sentido de assegurar que a prestação jurisdicional provocada seja proferida de modo célere e previsível, respeitando as regras legais, os princípios e os precedentes jurisprudenciais.

Vimos ainda que um dos objetivos fundamentais da República previstos na Constituição - o desenvolvimento nacional - também é prestigiado pelos precedentes vinculantes, tendo em vista que o cenário de segurança jurídica, com aplicação das normas de forma célere, previsível e uniforme, fomenta condições eficazes para viabilização do desenvolvimento econômico do país.

Verificamos que o sistema de precedentes vinculantes não atenta contra a independência funcional do magistrado, vez que permanece preservado seu papel de intérprete do direito e construtor da norma de decisão, sendo que agora o magistrado, ao proferir julgamento, além de interpretar a lei, à luz dos fatos e fundamentos jurídicos expostos no caso concreto, deve fazer semelhante exercício em face dos motivos determinantes dos precedentes e fundamentar sua escolha interpretativa, seja pela aplicação do precedente, seja pela não aplicação, por entender que o caso comporta um juízo de distinção.

Abordamos que os precedentes vinculantes não se revestem de inconstitucionalidade pelo fato de terem sido estabelecidos por meio de lei ordinária (CPC/15), ao invés de inseridos no ordenamento jurídico por meio de ementa constitucional. Isso porque, como demonstramos, do ponto de vista material, a lei é o instrumento viável para possibilitar a integralização de princípios constitucionais e, do ponto de vista formal, a norma processual não contém nenhum vício de constitucionalidade, visto que editada pelos órgãos legislativos competentes.

Os precedentes vinculantes proferidos pelo Poder Judiciário também não confrontam o princípio da divisão e independência dos poderes do Estado Democrático de Direito, na medida em que, diferentemente do quanto observado com os assentos em Portugal - conceituados pelo Tribunal Constitucional português como normas gerais e abstratas, irretratáveis pelo órgão judicial que o prolatou, com efeitos vinculantes inclusive para órgãos e pessoas físicas e jurídicas além da esfera do Poder Judiciário - os precedentes brasileiros caracterizam-se como verdadeiros incidentes de uniformização de jurisprudência, o que é reforçado pela exigência legal da prévia multiplicidade de recursos sobre mesma questão de direito; pelo fato de poderem ser superados pelo órgão judicial que o prolatou; e por seus efeitos vinculantes estarem restritos apenas a órgãos do próprio Poder Judiciário.

Diante de tais constatações, conseguimos estabelecer as bases constitucionais dos precedentes do Poder Judiciário, o que nos permitiu prosseguir mais uma etapa rumo ao objetivo traçado.

Passamos a investigar as bases constitucionais que legitimariam o Superior Tribunal de Justiça a pronunciar precedentes vinculantes, no julgamento de recursos especiais repetitivos.

Nesse sentido, exploramos a competência atribuída pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça, para operar como órgão uniformizador da jurisprudência e concluímos que o recurso especial repetitivo é uma ferramenta hábil a permitir que o STJ possa exercer com eficiência a sua função constitucional.

Estabelecidas as conclusões de que os precedentes judiciais, de modo geral e teórico, encontram respaldo constitucional e, especificamente quanto aos recursos especiais repetitivos, que há respaldo constitucional para o Superior Tribunal de Justiça proferi-los, com vistas a assegurar a uniformidade da jurisprudência, restava a investigação derradeira: descobrir em que medida os fundamentos constitucionais estudados permitiriam ao STJ proferir um repetitivo inédito.

Os estudos revelaram, entretanto, que o julgamento de recurso especial repetitivo não pode consagrar um precedente inédito, seja pelo aspecto argumentativo, em face dos fundamentos debatidos no caso concreto, seja pelo aspecto jurisprudencial, rompendo com a jurisprudência estabelecida pela Corte.

Pelo aspecto argumentativo, concluímos que o julgamento repetitivo que consagrasse uma tese inédita atentaria contra a regra constitucional do prequestionamento, na medida em que a própria Constituição Federal exige que o STJ julgue, em grau de recurso especial, causas decididas em última, ou única instância pelos Tribunais Locais, o que significa dizer que o caso concreto não pode ser tratado como mero pretexto para o pronunciamento da tese, ao contrário, deve o precedente ser estabelecido guardando relação com o quanto debatido no caso afetado.

O repetitivo inédito pelo aspecto argumentativo também estaria em confronto com os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, já que, indubitavelmente, um julgamento repetitivo que vier a estabelecer tese jurídica completamente estranha aos argumentos carreados aos autos do recurso especial afetado representará uma grande surpresa, não apenas às partes a quem interessava o julgamento subjetivo do feito, como a todos os jurisdicionados que doravante terão de se submeter aos efeitos da tese. Sem o necessário debate argumentativo entre as partes, ministros, *amicus curiae*, Ministério Público, não há como defender a legitimação democrática do precedente, portanto.

O precedente repetitivo inédito pelo aspecto argumentativo, também atenta diretamente contra as normas processuais dispostas tanto no CPC/15, quanto no Regimento Interno do STJ, que por diversas vezes reforçam a necessidade de a tese a ser fixada no julgamento repetitivo guardar proporção com os argumentos jurídicos expostos no caso afetado, como fica claro, por exemplo, com a regra que estabelece que apenas casos com abrangente fundamentação deverão ser submetidos a julgamento repetitivo; a regra que permite a reunião de mais de um caso para serem julgados conjuntamente pelo rito dos repetitivos; ou ainda a regra que legitima a manifestação de *amicus curiae* e do Ministério Público para que possam contribuir com o debate e a consequente formação da tese.

Concluímos que o repetitivo inédito, pelo aspecto argumentativo, também representaria um grande óbice à transparência da formação dos motivos determinantes.

Afinal, como os motivos determinantes vinculam, tal qual a tese final do acórdão repetitivo e, por conta do princípio da fundamentação, sob pena de nulidade, o acórdão repetitivo terá de explorar todos os essenciais argumentos apresentados nos autos do recurso especial afetado, constatamos que a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, conjugada com o princípio da fundamentação, é uma forma de assegurar um controle transparente e democrático sobre a prolação do precedente vinculante.

Finalmente, pelo aspecto jurisprudencial, também concluímos que o julgamento repetitivo não poderia consagrar uma tese inédita, pois tal medida seria completamente incompatível com o papel reservado ao STJ pela Constituição Federal e com as regras dispostas no CPC/15.

Afinal, se o embasamento constitucional para legitimar o STJ, a pronunciar precedentes residira em seu papel de órgão uniformizador da jurisprudência do país, lícito concluir que o Tribunal não deteria competência constitucional para estabelecer precedente vinculante sobre tese que não encontre lastro em jurisprudência anterior. Igual sentido apontam as regras processuais que condicionam o julgamento repetitivo à prévia verificação de existência de multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito.

Verificamos que o precedente repetitivo inédito, pelo aspecto jurisprudencial estaria em completa desconformidade com o caráter dialético e democrático da construção do Direito, na medida em que o precedente não pode ser encarado como pronunciamento isolado e específico, com sua força vinculante emanada apenas e tão somente em razão do órgão judicial que o prolatou. Deve, antes de tudo, ser visto como uma verdadeira construção cadenciada e coletiva do Poder Judiciário, edificada por meio do julgamento de diversos casos concretos anteriores, decididos em todas as instâncias do Judiciário e, sobretudo, na própria Corte Superior, sendo o pronunciamento do precedente o ápice dessa construção jurisprudencial.

O recurso repetitivo inédito, pelo aspecto jurisprudencial, também atentaria contra o princípio da celeridade, pois uma afetação prematura poderá levar ao resultado de um precedente pouco fundamentado, que não capture a essência dos melhores argumentos jurídicos que o tema deveria contemplar, o que acabará, na

prática, figurando como um repetitivo inócuo, uma vez que será fácil estabelecer um juízo de distinção sobre ele. Nesse sentido, é de rigor que o STJ espere o 'amadurecimento' da tese advir com o tempo, para que, quando o tema vier a ser afetado, os próprios Ministros já tenham tido previamente bastante contato e reflexão sobre os mais diversos argumentos jurídicos que cercam a pretensão.

Vimos ainda que o repetitivo inédito, pelo aspecto jurisprudencial, atentaria contra o princípio constitucional da separação dos Poderes. Afinal, se o pronunciamento vinculante exarado pelo STJ for fruto de uma decisão solipsista, sem jurisprudência anterior, preocupada apenas em resolver um problema de gestão judiciária com o volume de processos, será facilmente definido com um ato de política, pragmático, e contrário ao ideal de integridade, o qual deveria, acima de tudo, constituir a finalidade máxima a ser perseguida pelo precedente do STJ, distanciando-se a Corte de seu papel Constitucional de uniformizador da jurisprudência e aproximando-se da figura do legislador.

Concluimos que o repetitivo inédito, pelo aspecto jurisprudencial, representaria ainda uma violação ao princípio da integridade do direito, afinal, se Ronald Dworkin estabeleceu que o ideal de integridade é alcançado por meio do respeito ao romance em cadeia estabelecido pelos precedentes jurisprudenciais, não por meio de decisões judiciais solipsistas, discricionárias e políticas; e se a regra processual estabelece que somente quando houver multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito é que deverá o tema ser submetido a julgamento repetitivo; não há outra conclusão senão a de que um recurso especial repetitivo, voltado a estabelecer tese que não dialogue com o passado jurisprudencial, ou que seja voltado a resolver um possível e eventual problema numérico de casos, afeto à seara da gestão política do Judiciário, não se coaduna com o princípio da integridade, com a doutrina e com as regras estabelecidas pela legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172/2009, p. 121-174, jun./2009.

ABBOUD, Georges. Controle de Constitucionalidade pelo STJ: uma medida *contra legem*? **Revista de Processo**, v. 253/2016, p. 15-30, mar./2016, DTR\2016\4309.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2016.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 351-377, jul. 2015, DTR\2015\11015.

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, v. 53/2013, p. 11-20, jan.-mar./2013.

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**. v. 257,2016, p. 217-235, jul./2016, DTR\2016\21706.

ABBOUD, Georges; TESCARI, Renato Mantoanelli. O lugar da linguagem no direito: prolegômenos sobre a filosofia da linguagem e sua aplicação no direito contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 998/2018, p. 561-582, dez./2018, DTR\2018\22558.

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**, v. 922/2012, p. 343-384, ago/2012, DTR\2012\450350.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Tereza Arruda. Um novo Código de Processo Civil. **Paraná on-line**, Curitiba, 07 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-ejustica/news/426398/?noticia=UM+NOVO+CODIGO+DE+PROCESSO+CIVIL>>.acesso em 06.04.19. Acesso em: 10 maio 2019.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural.** Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: 1765-1769.** v. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: _____. **O novo paradigma do direito.** São Paulo: RT, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Cobrança de juros, contrato deve deixar clara a existência de capitalização. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-14/contrato-deixar-clara-existencia-capitalizacao-decide-stj>>. Acesso em: 5 maio 2019.

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

CROSS, Rupert. **Precedent in english law.** Oxford: Oxford University Press, 2004..

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas: estudos de história do Direito.** v. II. Direito moderno: 2ª Parte. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 198.

CURY, Augusto Jorge. Limites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao juízo de revisão dos recursos extraordinários lato sensu: breve análise. **Revista de Processo**, v. 266/2017, p. 291-317, abr. 2017, DTR\2017\608.

DA SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante. Fundamentação como forma democrática de controle das decisões judiciais. **Revista de Processo**, v. 276/2018, p. 21-43, fev, 2018, DTR\2018\8132.

DANTAS, Bruno; GALLOTTI, Maria Isabel. Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ: uma proposta de reforma. **Revista dos Tribunais**, v. 998, p. 129-158, dez./2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207790&tip=UN>> Acesso em: 09 mar. 2019.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Anibal. **História do direito português**: súmulas das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1941.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, jan.mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/%20000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 maio 2019.

FREITAS, Roberto da Silva. Recursos ordinários e extraordinários: diferenças. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8003>>. Acesso em: 09 maio 2019.

GOODHART, Arthur. Precedent in English and continental law. **Law Quarterly Review**, n. 50, 1934, p. 61.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Julio Cesar. Precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 208/2012, p. 203-240, jun./2012, DTR\2012\44713.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História constitucional**, n. 12, 2011. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 11 out. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA NETO, Clélio de Oliveira Corrêa. **Recurso especial repetitivo: força persuasiva ou efeito vinculante?** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,recurso-especial-repetitivo-forca-persuasiva-ou-efeito-vinculante,51470.html>> Acesso em: 14 maio 2019.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Judicial Review**, 1966, p. 199.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. Crise da Justiça e Influência dos Precedentes no direito processual civil brasileiro. Tese (professor titular de direito processual civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2008.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. **A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009 DTR\2011\1532.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedencialista para o Brasil. **Cadernos Jurídicos OAB**, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC (LGL\2015\1656): a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 918, 2012, p. 355.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no art. 927 do Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 43, p. 9-16, jan.-mar. 2009.

MIGALHAS, 4 de julho de 2012. Taxa de juros explicitada em contrato permite cobrança efetiva. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158925,21048-Taxa+de+juros+explicitada+em+contrato+permite+cobranca+efetiva>>. Acesso em: 16 maio 2019.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa, 1968.

MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

MITIDIERO, DANIEL. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, fev. 2019, DTR\2019\23630.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **"Cultura da litigiosidade" pode sobrecarregar Justiça com 114 milhões de processos em 2020**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-qcultura-da-litigiosidadeq-podesobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Temas de direito processual, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOTTA, Fernando José Borges; RAMIRES, Maurício. Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da *substantive due process of law doctrine*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, p. 41-83, set. 2011.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: **A nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**. 1. Ed. São Paulo: RT, 2017.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os juizados especiais cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. **Revista de Processo**, v. 196, p. 433-459, jun. 2011.

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

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. VI. Coimbra:Coimbra, 1981.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Comentários aos artigos 104 e 105, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; MOURA AGRA, Walber de. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSITO, F. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio Cesar. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo n. 66, p. 37-88, jan.-mar. 2009, p. 43.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para **uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SILVA, Olívio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário. **Doutrinas Essenciais**: novo processo civil, v. 2/2018, p. 797-815.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013.

SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lênio, SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, ISSN 1981-3694 (DOI): 10.5902/1981369437204.

STRECK, Lênio. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – parte II. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 30 maio 2018.

STRECK, Lênio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 23 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 18 maio 2019.

STRECK, Lênio. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 30 out. 2018.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio; 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.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. 1. São Paulo: RT, 2016, RT.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, 2010.

VOPLI CAMARGO, Luiz Henrique. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. palestra ministrada para a Instituição Toledo de Ensino sobre o Modelo Constitucional do Processo Civil. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1rITtB4DhKk>>. Acesso em: 10 maio 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v. 2. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Rodrigues Luiz. Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, versão digital, set. 2014.