

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ALLAM MENDES DE ARAÚJO

**A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO: UM ESTUDO
SOBRE A DELIBERAÇÃO COLEGIADA NA FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI***

BRASILIA/DF

2023

ALLAM MENDES DE ARAÚJO

**A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO: UM ESTUDO
SOBRE A DELIBERAÇÃO COLEGIADA NA FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI***

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Professora Laila Maia Galvão apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA/DF

2023

ALLAM MENDES DE ARAÚJO

**A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO: UM ESTUDO
SOBRE A DELIBERAÇÃO COLEGIADA NA FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI***

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

28 de junho de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Laila Maia Galvão

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Osmar Mendes Paixão Côrtes

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Paulo Mendes de Oliveira

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha querida mãe Mariza Mendes de Araújo (*in memoriam*), que deixou esse plano em 23 dezembro de 2022, dia do aniversário do meu pai Nelito Gonçalves de Araújo; à minha esposa Camila Borba Simões de Araújo pelo companheirismo e apoio, e à minha filha Allana Borba Simões Mendes de Araújo minha fonte diária de energia e alegria.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por ter me sustentado com saúde e ânimo nessa jornada acadêmica frente as adversidades impostas pela vida. Agradeço ainda a minha família pelo apoio e incentivo constante. Agradeço também o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), nas pessoas dos professores e colegas da Turma do MAD 2021.2. De modo efusivo agradeço a minha orientadora professora doutora Laila Maia Galvão pelo auxílio e incentivo nessa caminhada, assim como ao meu estimado amigo Nauê Azevedo com quem compartilhei momentos alegres e difíceis, consolidando numa amizade genuína. Por fim, agradeço a querida professora Helen Guimarães por ter acompanhado a minha breve e intensa jornada acadêmica. Gratidão!

“Pedi, e dar-se-vos-á; buscai e encontrareis; batei e abrir-se-vos-á. Porque aquele que pede, recebe; e o que busca, encontra; e ao que bate, abrir-se-lhe-á.” (Bíblia Sagrada, Versão Bíblia King James 1611, Mateus 7,7-8)

RESUMO

A dissonância entre as decisões de tribunais inferiores e juízes de primeiro grau com os precedentes firmados pelas cortes superiores levantam diversos questionamentos, precipuamente quanto à falta de consenso na formação de precedente judicial instituído pelo Código de Processo Civil vigente. Dentre tais questionamentos, esta pesquisa pretende responder o seguinte: o modelo deliberativo, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, contribui para efetividade do sistema de precedentes inserido a partir da vigência do CPC de 2015? Essa investigação é pertinente na medida em que parece haver uma incompreensão do sistema de precedente judicial inserido pelo CPC vigente, bem como por existir uma configuração própria do instituto de precedentes no contexto cultural do país, ainda que se trate de um sistema cuja inspiração é estrangeira. Para responder à questão norteadora o estudo, se apresenta uma revisão da literatura a respeito da definição de precedente judicial, suas técnicas de aplicação, bem como os modelos deliberativos que o constitui. Noutro tanto, estabelece o papel do STJ e expõe a força normativa dos regimentos internos das cortes superiores, os quais repercutem no procedimento da formação do precedente qualificado. Para ilustrar o argumento exposto, discute o julgamento e a fixação o tema repetitivo n. 1076 do STJ por meio de uma abordagem empírica. Conclui-se que, atualmente, o modelo deliberativo do STJ não é adequado para a formação do sistema de precedente judicial enunciado pelo Código processual atual.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente judicial. Modelos deliberativos. Superior Tribunal de Justiça. *Ratio decidendi*. Deliberação colegiada.

ABSTRACT

The dissonance between the decisions of lower courts and first-degree judges with the precedents signed by the higher courts raises several questions, mainly regarding the efficiency of the judicial precedent system established by the Civil Procedure Code (CPC). Among such questions, this research intends to answer the following: does the deliberative model, adopted by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), contribute to the evolution of the precedent system inserted fixed by the new Civil Procedure Code? This investigation is relevant insofar as there seems to be a lack of understanding of the system of judicial precedent inserted by the current CPC, as well as because there is an insertion of the system in the cultural context of Brazil, even though it is foreign-inspired. To answer the guiding question of the study, a literature review is presented regarding the definition of judicial precedent, its application and techniques, as well as the deliberative models that constitute it. On the other hand, it establishes the role of the STJ and exposes the normative force of the internal regulations of the superior courts, which have repercussions on the procedure of formation of the qualified precedent. Finally, it discusses the judgment and the fixation of the repetitive theme n. 1076 of the STJ through an empirical approach. The final conclusion is that, currently, the deliberative model of the STJ is not adequate for the formation of the judicial precedent system enunciated by the current Procedural Code.

KEYWORDS: *Precedent, deliberative models, Superior Court of Justice, ratio decidendi, Court deliberation.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros
- CPC – Código de Processo Civil
- EUA – Estados Unidos da América
- FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
- IA – Inteligência Artificial
- REsp – Recurso Especial
- RI – Regimento Interno
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CIVIL LAW E COMMON LAW: TRADIÇÃO JURÍDICA, CONFLUÊNCIAS E A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ATUAL DE PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO	16
1.1 A definição de precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015	19
1.2 O precedente judicial como instrumento para a efetivação dos princípios de direito	21
1.2.1. <i>Precedente judicial e o princípio da segurança jurídica</i>	21
1.2.2 <i>Precedente judicial e o princípio da igualdade</i>	23
1.2.3 <i>Precedente judicial e os princípios da economia processual e duração razoável do processo</i>	24
1.3 O dever de fundamentação das decisões do Poder Judiciário no sistema de precedente judicial	25
1.3.1 <i>Técnicas de aplicação do precedente judicial</i>	28
1.3.1.1 <i>Técnica da superação</i>	29
1.3.1.2 <i>Técnica da distinção</i>	32
1.3.1.3 <i>Técnica da sinalização</i>	34
2 OS MODELOS DELIBERATIVOS PARA UM SISTEMA DE PRECEDENTE JUDICIAL	36
2.1 A relevância da diferenciação entre “voto contrário” e “voto dissidente” para o sistema de precedentes	37
2.2 Modelo de deliberação <i>seriatim</i>	38
2.3 Modelo de deliberação <i>per curiam</i>	40
2.3 Modelo <i>majoritarian practice</i> : uma revisitação ao modelo deliberativo da Suprema Corte dos EUA.....	42
3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	47
3.1 Precedentes qualificados no STJ.....	51
3.1.1 <i>Definição</i>	51
3.1.2. <i>Formação</i>	52
3.2 A força normativa dos regimentos internos dos tribunais superiores brasileiros.....	53
3.2.1 <i>O rito regimental para formação dos precedentes qualificados no STJ</i>	54
3.3 Breves apontamentos sobre o Plenário virtual no modelo decisório das cortes superiores	60

3.4 O uso da inteligência artificial na formação dos precedentes qualificados no STJ	64
4 DISCUSSÃO DO PRECEDENTE QUALIFICADO: JULGAMENTO E FIXAÇÃO DO TEMA REPETITIVO N. 1076 DO STJ	67
4.1 OS fundamentos determinantes do voto do ministro relator Og Fernandes	70
4.2 OS fundamentos determinantes do voto-vista da ministra Nancy Andrighi: divergência instaurada.....	80
4.3 Os fundamentos determinantes dos demais membros da Corte Especial.....	88
4.3.1 Voto da ministra Isabel Maria Gallotti	88
4.3.2 Voto do ministro Luís Felipe Salomão.....	91
4.3.3 Voto do ministro Mauro Campbell.....	95
4.3.3 Voto do ministro Raul Araújo	97
4.3.4 Voto da ministra Laurita Vaz	100
4.3.5 Voto do ministro Herman Benjamin	101
4.4 As deficiências do atual modelo deliberativo do STJ para formação dos precedentes qualificados.....	107
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS.....	132
ANEXO I.....	139

INTRODUÇÃO

A lei 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), trouxe uma série de mudanças no sistema da justiça civil brasileira com o propósito de robustecer a segurança jurídica, a isonomia, a proteção da confiança e a efetividade processual.

Os enunciados deste novo código se aproximaram ainda mais dos comandos e garantias previstas na Constituição Federal vigente, como se nota na redação de seu art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”¹

O legislador infraconstitucional parece ter se preocupado em instituir um código que abrangesse as necessidades sociais e garantias presentes no texto constitucional – como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a segurança jurídica, a isonomia, o dever de motivação etc. O processo, para ser devido e justo, precisa se desenvolver com a aplicação de tais princípios, principalmente do contraditório e a da ampla defesa – os quais se estruturam a partir do próprio fundamento constitucional do Estado democrático de direito. Tais princípios estão no art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988, que também prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX).

Entretanto, a perspectiva ideal não corresponde à material: na prática, é possível identificar uma cultura de se resolver questões judiciais de forma utilitarista, simplista e quantitativa, sem a preocupação com a qualidade do pronunciamento judicial. Esse modo de proceder reforça a falsa crença de que o magistrado pode decidir conforme a sua consciência, o que contribui para a existência de decisões despidas de razões fático-jurídicas, isoladas e contrárias ao direito. Isto redundava nas alcunhas ácidas como “jurisprudência lotérica”, “ponderativismo”, “pamprincipiologismo” (para dizer só estes) e que por diversas formas resultam na ineficiência do sistema de justiça brasileiro².

A previsão da necessidade de se uniformar a jurisprudência dos tribunais, com o escopo de mantê-la estável, íntegra e coerente está nos artigos 926 e 927 do CPC vigente. Estes dispositivos se traduzem no precedente judicial – sem previsão no Código Processual anterior – cujo intuito é reforçar a segurança jurídica, a isonomia, a previsibilidade dos pronunciamentos

¹ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

² STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação o CPC/15**, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 18-19.

jurisdicionais. O novo Código de Processo instrumentalizou, ainda, o dever dos juízes e tribunais decidirem o caso concreto de forma fundamentada, conforme o art. 489, §1º.

A criação de um sistema de precedente judicial no sistema brasileiro não foi unânime. Bueno³ se mostrou contrário sob o fundamento de inconstitucionalidade, pois estaria se criando um sistema de padrões decisórios vinculantes através de legislação infraconstitucional. No entanto, essa posição ficou vencida e os precedentes judiciais estão no CPC atual com o propósito de se conferir unidade ao direito, racionalidade, igualdade e previsibilidade para os jurisdicionados, em sintonia com o que estabelece a Constituição de 1988⁴.

É possível observar que esses enunciados do CPC vigente buscaram afastar os impactos maléficos de decisões judiciais distintas para casos semelhantes, bem como fortalecer a estabilidade, segurança jurídica, isonomia e previsibilidade das decisões judiciais, pois estas se apresentam como garantias fundamentais e imutáveis para o jurisdicionado, por expressa determinação da Constituição⁵.

É incoerente pensar a construção de uma sociedade livre e independente em um ordenamento cujas decisões jurídicas sejam instáveis, desiguais e/ou incoerentes: isto corresponderia a viver no caos ao se buscar o Poder Judiciário para fins de se tutelar direitos e solucionar litígios. As normas jurídicas provenientes de pronunciamentos judiciais devem ser uniformes, estáveis, coerentes e íntegras a fim de se garantir melhor racionalidade e segurança jurídica ao sistema de justiça do país.

No entanto, oito anos após a vigência do Código de Processo aprovado em 2015, encontra-se ainda um certo grau de resistência de alguns operadores do direito, tribunais regionais e até dos tribunais superiores relacionadas à definição, identificação, aplicação e observância do sistema de precedentes. Parece haver certa indiferença quanto ao dever constitucional de se proferir uma decisão com fundamentação nos termos dos preceitos constitucionais e processuais vigentes e isso se traduz na elaboração de um sistema ineficiente, com o enfraquecimento do seu objetivo central que é, justamente, o de robustecer a segurança jurídica, a isonomia e a proteção da confiança dos pronunciamentos judiciais.

Na práxis não é incomum observar apontamentos informais de que o problema não se refira apenas à aplicação do precedente, mas de se localizar, na decisão, a *ratio decidendi* para

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1113.

⁴ PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 2, p. 93-133, 2017, p. 117.

⁵ Conforme o art. 60 da Constituição Federal: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

sua aplicação em casos futuros – deste modo, pode-se dizer que há uma dificuldade relacionada à ausência de consenso na construção dos próprios fundamentos da decisão colegiada. Também não é raro identificar precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) que não representam a praxe jurídica de cortes inferiores e juízes de primeiro grau.

Esta dissonância entre as decisões de tribunais inferiores e juízes de primeiro grau com os precedentes firmados pelos tribunais superiores levantam diversos questionamentos, precipuamente quanto à eficiência desse sistema instituído pelo Código de Processo Civil. Dentre tais questionamentos, esta pesquisa pretende responder o seguinte: o modelo deliberativo, adotado pelo STJ, contribui para a efetividade do sistema de precedentes inserido a partir da vigência do CPC de 2015?

Essa investigação é pertinente na medida em que parece haver uma incompreensão do sistema de precedente judicial inserido pelo CPC vigente, bem como por existir uma configuração própria do instituto de precedentes no contexto cultural brasileiro, ainda que se trate de um sistema cuja inspiração é estrangeira.

Para responder à questão norteadora, o estudo apresenta as principais características dos modelos deliberativos *seriatim* e *per curiam*, adotados pelas Cortes Constitucionais tradicionais, no propósito de se identificar o modelo que pode oferecer uma maior efetividade para o sistema de precedentes judiciais brasileiro.

Além do enfoque teórico com a aplicação da pesquisa bibliográfica, também foi realizada coleta de dados empíricos a partir do banco de dados de jurisprudência do STJ, os quais foram tratados por meio de uma abordagem qualitativa. A pesquisa possui uma intenção descritiva e prescritiva, com sugestões para aperfeiçoamento do sistema – especialmente em relação à formação da *ratio decidendi* no STJ.

No primeiro capítulo foram apresentadas as confluências das tradições *Civil Law* e *Common Law* e a compreensão da definição de precedente judicial a partir do Código de Processo Civil brasileiro. Neste esboço teórico, o precedente judicial foi relacionado aos princípios constitucionais, bem como foram expostas as técnicas de sua aplicação nas decisões.

Os modelos deliberativos existentes nos sistemas de precedente judicial foram demonstrados no segundo capítulo a partir de uma revisão bibliográfica. A relevância da diferenciação entre voto contrário e voto dissidente foi contextualizada com a questão norteadora da investigação, haja vista que a formação da *ratio decidendi* não decorre simplesmente da dissidência.

No terceiro capítulo foram abordados aspectos específicos do Superior Tribunal de Justiça a respeito do sistema de precedente judicial previsto no Código de Processo Civil e suas repercussões no regimento interno do órgão. O debate a respeito da função do STJ é realizado com a perspectiva de se explicar o seu papel de atribuir sentido à legislação federal infraconstitucional, além da autoridade para vincular e ordenar a vida social por meio do precedente qualificado.

O quarto e último capítulo é a etapa da investigação de abordagem empírica, isto é, apresenta um estudo sobre um caso concreto do tema repetitivo n. 1076 submetido ao STJ. Neste propósito, a intenção é estabelecer um diálogo entre os pressupostos teóricos expostos ao longo do relatório de pesquisa até o capítulo três e a experiência materializada, fora do campo ideal, em julgado do STJ. O capítulo tem o escopo de investigar os fundamentos determinantes que se apresentaram compartilhados pela maioria do colegiado da Corte Especial do STJ com aptidão para a formação do precedente qualificado, além de expor as evidências que conduzem à observação de ineficiência do atual modelo deliberativo adotado pelo STJ.

1 CIVIL LAW E COMMON LAW: TRADIÇÃO JURÍDICA, CONFLUÊNCIAS E A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ATUAL DE PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO

A convergência das tradições jurídicas da *civil law* e *common law* vem sendo lentamente construída no ordenamento jurídico ao longo dos tempos, especialmente com a disseminação do fenômeno jurídico denominado neoconstitucionalismo na ordem jurídica mundial, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial.

Esse fenômeno introduziu na ordem jurídica global a eficácia dos direitos fundamentais, isto é, a criação de princípio interpretativos para delimitar a atividade jurisdicional e a ressignificação do conceito de norma jurídica como gênero (regras e princípios como espécies deste gênero). A isto, se convencionou chamar de constitucionalização do direito, atribuindo ao Estado-juiz a possibilidade uma atuação mais incisiva na criação e efetivação de direitos.

Segundo Macêdo⁶, percebe-se a elevação da força dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, proporcionando uma aproximação entre as culturas do *common law* e do *civil law* em torno da solução de problemas comuns e transnacionais.

Há quem sustente que o direito estadunidense, cuja tradição jurídica é ligada tradicionalmente ao *common law*, não parece tão rígido como no direito inglês, especialmente porque nos Estados Unidos da América (EUA) pode-se observar forte influência da *civil law* – mais acentuada em alguns estados que em outros, em razão das diferenças culturais que colonizaram seu território. Assim, é possível identificar dezenas e/ou centenas de leis incorporadas na ordem jurídica dos EUA, como fonte primária do Direito apta a regular a convivência e pacificação social⁷.

Ao realizar um levantamento doutrinário sobre a distinção entre as tradições da *common law* e da *civil law*, Mancuso sustenta que, em qualquer bifurcação de tais tradições, deve-se atentar à necessidade de se estabelecer uma divisão entre ambas. É possível observar a legislação escrita nos países de origem da *common law*, como fonte originária do Direito, bem como se vê um fortalecimento de outras fontes na tradição da *civil law* como a jurisprudência, súmulas e os precedentes, conforme nítida intenção do legislador no CPC/15⁸.

Em estudo sobre os precedentes no direito inglês, Mitidiero afirma que a formação do precedente se dava *case to case* e que esta experiência resultou na formação da tradição do

⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e direito processual civil**, 4^a ed. São Paulo: Juspodivum, 2022, p. 74.

⁷ VICENTE, Dario Moura. **Direito Comparado** apud MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e direito processual civil**, 4^a ed. São Paulo: Juspodivum, 2022, p. 74.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 3^a ed. Salvador: Juspodivum, 2019, p. 82-83.

common law. O autor sustenta que, na época, a invocação do precedente pelos juízes se dava apenas para ilustrar e dar significado ao direito aplicado ao caso⁹. Atualmente, o precedente judicial é fonte primária do direito e vincula os demais órgãos do Poder Judiciário.

O precedente judicial se apresenta como um marco fundamental para o desenvolvimento do direito nos países cuja tradição jurídica pertença a *common law*. Contudo, seria equivocado equiparar o *stare decisis* à *common law*, tendo em vista que aquele foi instituído no curso do desenvolvimento deste, com o objetivo de conferir segurança às relações jurídicas. Se mostra inapropriado, portanto, pensar que o *stare decisis* exista em razão da ideia de que o juiz da *common law* cria o direito (por eventual inação do legislativo), sendo, pois, que a principal função do precedente judicial é a de conferir estabilidade para os pronunciamentos jurisdicionais, fortalecendo o postulado da segurança jurídica e isonomia¹⁰.

Para Marinoni as funções dos juízes da *civil law*, especialmente os juízes brasileiros – que têm atribuição jurisdicional constitucional para exercer o controle de constitucionalidade da norma (lei) no caso concreto – muito se aproxima do juiz da *common law*, mais especificamente do juiz estadunidense. No entanto, para estes últimos, os precedentes devem ser rigorosamente observados, enquanto para os juízes brasileiros nota-se certo descaso¹¹.

Assim, parece haver mais uma aproximação do que o um afastamento entre as tradições jurídicas da *civil law* e *common law*. Contudo, há quem defenda que o sistema jurídico brasileiro tem como principal fonte do direito a lei e que não houve uma “commonlonização” desse direito em virtude da utilização de jurisprudência ou precedentes como técnica de estabelecer padrões decisórios. Na verdade, estes institutos nasceram por expressa previsão legal e já se mostravam presente desde o Império¹².

Embora a tradição jurídica brasileira tenha sua origem romano-germânica, não parece ser correto afirmar que a lei é a única fonte de produção do direito, em que pese a sua preponderância. Nesta tradição, é admissível outras fontes de produção do Direito, como as decisões judiciais, a jurisprudência e as súmulas¹³. Nesta perspectiva, não há que se pensar em uma bifurcação rígida das tradições jurídicas da *civil law* e *common law*, sobretudo quando o epicentro jurídico de um país está alicerçado na força normativa da Constituição e do Estado de Direito.

⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 31-32.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81.

¹¹ *Ibid.*, p. 82.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª ed. [S.I.]: Atlas, 2018, p. 57-59.

¹³ SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 4, n. 01, p. 63–88, 2017. p. 72-73.

Diante desta moldura, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu diversas novidades em relação ao Código de 1973. O sistema de precedentes judiciais inserido nos artigos 926 e 927 pode ser considerado uma das inovações mais significativas implementadas, levando em consideração que esse sistema busca garantir maior previsibilidade aos jurisdicionados, por meio de uma prestação jurisdicional mais íntegra, coerente e estável.

O CPC de 2015 buscou estar mais aderente à realidade social e às necessidades dos jurisdicionados, aprimorando e inovando frente aos inúmeros problemas que acometiam o sistema de justiça civil brasileiro. Dentre esses problemas, é possível apontar a ausência de uniformidade, instabilidade e incoerência das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, aplicando soluções díspares para casos semelhantes. Não é raro que na praxe jurídica se observe casos idênticos levados ao Judiciário com soluções diferentes, o que é inadmissível num Estado de Direito, tendo em vista que essa prática vilipendia os postulados da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

Diante desse contexto, se identificou uma necessidade de se elaborar um código cujas bases centrais estivessem mais aderentes aos preceitos promulgados pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere às normas processuais constitucionais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a segurança jurídica, a isonomia, a proteção da confiança e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Neste sentido, o sistema de precedentes judiciais foi pensado para obedecer a tais postulados constitucionais.

Mais importante que introduzir o sistema de precedentes judiciais como forma de garantir maior previsibilidade aos jurisdicionados no exercício da atividade jurisdicional, mostra-se relevante também discutir a forma como se dá a construção do próprio precedente judicial, existente com instrumento para garantir maior efetividade para essa nova configuração do sistema brasileiro.

Neste aspecto, nota-se a importância de se observar a forma deliberativa de órgãos colegiados cujos papéis são: debater, votar e elaborar a redação do acórdão vencedor de um julgamento – principalmente nas deliberações do STF e STJ pois, na ordem jurídica brasileira, são estes os órgãos que têm a função de estabelecer a última interpretação sobre a Constituição (STF) ou sobre a legislação infraconstitucional federal (STJ).

Há quem defenda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como cortes de interpretação (e não cortes de controle), cortes de

precedentes e (não cortes de jurisprudência), pois se autogovernam e são dotados de meios idôneos para obtenção da tutela de direitos e uma dimensão geral de forma isonômica e segura¹⁴.

1.1 A definição de precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015

O ponto de partida para definir o que é o precedente judicial situa primeiro em saber de qual ato processual essa norma emana, independentemente de qual categoria se empreste ao termo. Há certo consenso de que o precedente judicial se extrai de uma decisão judicial proferida pelo Estado-juiz. Logo, pode se considerar que, em sentido amplo, precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como regra para o julgamento de casos semelhantes posteriores¹⁵.

Nesta definição, o precedente está presente na decisão judicial, cuja composição está nos elementos: relatório, fundamento e parte dispositiva. No entanto, para uma compreensão mais completa do que vem a ser o precedente judicial, parece relevante que sejam levadas em consideração as circunstâncias dos fatos que instruíram a controvérsia enfrentada, bem como a tese jurídica adotada que justificou a conclusão judicial – além dos argumentos jurídicos em torno da questão fático-jurídica.

Para Streck a decisão judicial tem dupla aptidão: a de resolver e dirimir conflitos particularizados pelas partes quando se busca o Poder Judiciário para uma solução – esta tem aptidão de se tornar indiscutível, consubstanciada na doutrina *res judicata*. E a de gerar o precedente com o objetivo de tornar a norma passível de ser aplicada no futuro pelo julgador, conquanto os casos sejam semelhantes (esta última, uma aptidão influenciada pelas raízes do direito inglês).¹⁶

Peixoto aduz que independentemente de qual seja a tradição jurídica de um ordenamento jurídico em que os precedentes judiciais se mostram presentes (*common law* ou *civil law*), a diferença opera na importância a eles concedidas por cada ordenamento. Segundo o autor, o precedente judicial pode ser analisado sob duas perspectivas: como todo ato decisório (relatório, fundamentação e dispositivo) – o que leva a considerar o precedente como texto, isto é, fonte de direito e, a partir dele e das decisões posteriores é formada a norma geral.¹⁷ E, noutro sentido (mais restrito), o precedente é a *ratio decidendi* extraída dos fundamentos da decisão judicial

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15ª ed. [S.I.] Salvador: Juspodivm, 2020, p. 557.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32.

¹⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 131.

(norma geral), com pretensão de universalização e que permanece consolidada por outras decisões que mantêm o entendimento¹⁸.

Dito de outra forma, o precedente judicial é, portanto, uma norma geral construída a partir de um caso concreto, com pretensão de universalização e que pode ser invocado pelo Estado-juiz em um caso posterior para resolver uma questão cuja base fático-jurídica seja idêntica àquela do caso precedente¹⁹.

Por outro lado, Mitidiero explica que os precedentes e as decisões judiciais não são equivalentes. O precedente corresponderia às razões realizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais, cuja construção parte da decisão judicial com o intuito de determinar o direito e garantir sua previsibilidade. Dito de outra forma, decisão e precedente estão em níveis discursivos diferentes, sendo que este é um discurso construído a partir do daquele²⁰.

Já Macêdo prefere classificar o precedente em dois sentidos: próprio e impróprio. O primeiro, também chamado de continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa. Em outras palavras, é a fonte do direito exteriorizada pela decisão judicial como um todo. Por sua vez, no sentido impróprio é norma, a *ratio decidendi*, significado por redução do termo norma precedente²¹.

Na doutrina ainda existem outros posicionamentos sobre o precedente. Para Câmara, o precedente pode ser classificado como espécie do gênero de padrões decisórios e que, ao lado dos enunciados de súmulas, se constituem como fontes do direito. Para os autores que convergem com essa vertente, o precedente é um pronunciamento judicial proferido em um processo anterior, empregado como base da formação de outra decisão judicial prolatada em processo posterior²².

Apesar das diferentes perspectivas doutrinárias, no ordenamento jurídico brasileiro tende a prevalecer o entendimento de que o precedente judicial é a norma geral (*ratio decidendi*) extraída de uma decisão proferida no caso concreto, com pretensão de universalização e que pode ser invocado pelo juiz de um caso posterior para dar o mesmo tratamento conferido anteriormente quando a base fático-jurídica for idêntica.

¹⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos.**, 2022, loc. cit.

¹⁹ Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**, 2020, p. 559.

²⁰ MITIDIERO, **Precedentes: da persuasão à vinculação**, 2018, p. 91-92.

²¹ MACÊDO, **Precedente judicial e direito processual civil**, 2022, p. 87.

²² CÂMARA, **Levando os padrões decisórios a sério**, 2018, p. 19.

O precedente judicial reside nos fundamentos da decisão judicial, conhecida por *ratio decidendi* ou razões de decidir que levaram um Tribunal a se manifestar num determinado sentido. Segundo Marinoni:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação pode ter várias teses jurídicas, como também as considerar de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, com é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mais igualmente abordagem periféricas, irrelevantes quando vistas como necessárias à decisão do caso.²³

Uma constatação relevante quanto à delimitação da *ratio decidendi* está no fato de que os precedentes não são estáticos. Sua definição é construída paulatinamente pelos julgadores do caso posterior, tendo em vista que, sendo texto escrito (tese jurídica), está sujeito a ser interpretado em menor ou maior grau pelo julgador. O intérprete participa da construção da norma, porém, não se admite que o intérprete tenha uma liberdade interpretativa ilimitada, em razão dos limites impostos pelos demais textos normativos.²⁴

Além disso, o precedente judicial não deve ser confundido com os argumentos jurídicos periféricos, considerações e/ou comentários expostos apenas *en passant* na motivação da decisão, o que a doutrina define como *obiter dictum* ou *dictum*.²⁵

A extensão e profundidade da *ratio decidendi* e do *obter dictum* se apresentam em categorias distintas: enquanto este último se apresenta como uma bússola para compreensão do precedente, a *ratio decidendi* é construída em submissão aos postulados processuais constitucionais como o devido processo legal, isonomia, contraditório e ampla defesa, ônus argumentativo acentuado donde emana o dever de obediência e vinculatividade.

Por fim, compreende-se que o conceito de precedente delimitado à *ratio decidendi* da decisão tem a aptidão para vincular os demais órgãos dos poderes públicos, como a União, Estado, Municípios e do Distrito Federal, bem como entidades e cidadãos de forma geral.

1.2 O precedente judicial como instrumento para a efetivação dos princípios do direito

1.2.1. Precedente judicial e o princípio da segurança jurídica

É possível observar a preocupação do legislador infraconstitucional no CPC de 2015 em eliminar os impactos maléficis dos pronunciamentos judiciais distintos para os casos semelhantes, trazendo maior racionalidade e segurança jurídica ao sistema de justiça brasileiro,

²³ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 2016, p. 162.

²⁴ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação de efeitos**, 2022, p. 184-185.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**, 2020, p. 560.

isto é, com o intuito de eliminar eventuais injustiças perpetradas quando os órgãos jurisdicionais conferem soluções diferentes para casos semelhantes.

Trata-se de uma cultura enraizada pelos operadores do direito, sobretudo, os que exercem a função de julgar e aplicar o direito ao caso, que por vezes conferem soluções diferentes para situações idênticas. Há quem aponte que essas malezas decorrem da despreocupação com a decisão jurídica, a aposta no protagonismo judicial, a aposta no “decido conforme minha consciência”, a concordância com o livre convencimento, ponderativismo e pamprinciologismo, entre outros²⁶.

O princípio da segurança jurídica se apresenta com um dos valores mais sublimes para o Estado de Direito, bem como uma garantia fundamental a ser assegurada para o indivíduo que convive em sociedade. Ela confere ao indivíduo a garantia de poder se planejar no presente para o futuro, bem como delimitar os poderes e as faculdades reinantes no convívio social. Tamanha é a relevância da segurança jurídica para ordem constitucional que eventual cotejo com outro postulado constitucional, deve-se sempre primar por ela em detrimento de outras garantias.

Para qualquer ordenamento jurídico, um dos fundamentos mais caros é a busca por uma tutela jurisdicional adequada e justa. Ao lado, e não menos importante, se apresenta a segurança das relações sociais e jurídicas e, em eventual choque entre tais preceitos, deve prevalecer a segurança jurídica em contrapartida à justiça, como desdobramento do respeito à coisa julgada, prescrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988²⁷.

Parece impossível pensar numa sociedade livre e independente cuja normas jurídicas sejam instáveis, desiguais, incoerentes e despida de integridade e harmonia: isto corresponderia a viver no caos ao se buscar o Poder Judiciário para tutelar direitos e solucionar litígios.

Disto decorre a expectativa de que as normas jurídicas provenientes de pronunciamentos judiciais sejam uniformes, estáveis, coerentes e íntegras a fim de se garantir a melhor racionalidade e segurança jurídica ao sistema de justiça de qualquer país, sem olvidar que esta é uma garantia fundamental expressa pelo próprio texto constitucional de 1988.

A Constituição brasileira vigente traduz a própria segurança jurídica por excelência, haja vista que seus alicerces estão fundados sob a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. O constituinte optou por um sistema previsível por meio de uma regulação

²⁶ STRECK, **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação do CPC de 2015, 2019, p. 18

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 95.

pormenorizada das competências, matérias, procedimentos e fontes, o que permitiu ao cidadão o conhecimento dos limites de exercício de sua liberdade²⁸.

A segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável e com um mínimo de continuidade – isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, ainda que na prática das cortes brasileiras não revele essa preocupação²⁹. Nesse contexto, o sistema de precedentes proposto pelo CPC de 2015 buscou suprir essa necessidade, propondo uma valorização da segurança jurídica, bem como conferir previsibilidade, cognoscibilidade, proteção da confiança legítima ao jurisdicionado – evitando, portanto, decisões esquizofrênicas e solipsistas.

Uma vez formado, o precedente judicial integra a ordem jurídica e deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para assegurar igualdade na aplicação do direito. Isso reforça que casos idênticos obtenham uma solução idêntica pelos órgãos jurisdicionais a partir do conteúdo do precedente e a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e seu resultado.

O precedente dotado de eficácia vinculante, sendo norma jurídica, visa coibir o ajuizamento de milhares de processos cuja posição se encontra consolidada no próprio precedente, a fim de se reduzir a interposição de recursos, economizar o ônus argumentativo, diminuir o tempo de duração do processo, evitar que sejam produzidas decisões diferentes sobre casos análogos, além de densificar a confiabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica.

1.2.2 Precedente judicial e o princípio da igualdade

Assim como a segurança jurídica, o princípio da igualdade assume valor essencial sob a égide da Constituição brasileira vigente. Paulatinamente reformulado com o passar do tempo, trata-se, em verdade, de um fim a ser perseguido e não propriamente um ponto de chegada.

No passado o princípio da igualdade no Estado liberal possuía definição aproximada com o princípio da legalidade, pois suas exigências eram supridas apenas com a igualdade na aplicação da lei e pouco importava amenizar ou suprir as necessidades sociais³⁰. Isso ensejava certo desprezo por fatos socialmente relevantes e eventuais injustiças.

Esse postulado sofreu forte ressignificação no Estado social e, a partir desse momento, a legislação começou se ocupar de aspectos que poderiam resultar na exclusão ou prejudicar os indivíduos, tais como fatores econômicos, sociais e políticos. Daí em diante, os critérios para

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215-217.

²⁹ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 2016, p. 98.

³⁰ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, 2022, p. 134.

aplicação do princípio da igualdade passaram a ser valorados levando em consideração seu objeto moralmente relevante, dito de outra forma, a igualdade passou a ser objeto “a realizar-se e não realizado”, construído paulatinamente e seus critérios são definidos pelos fatores históricos e temporais.³¹

O sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil atual reforça o princípio da igualdade, tendo em vista que o pronunciamento judicial proferido no passado deve ser aplicado no caso futuro, cuja base fático-jurídica seja idêntica. Ou seja, a existência do artigo 926, que anuncia o dever de os tribunais uniformizarem seus entendimentos tornando-os íntegros, estáveis e coerentes, tem como pano de fundo a unidade do direito e assegura ao jurisdicionado a igualdade de tratamento quando se busca o Poder Judiciário.

Em continuidade, o Código processual de 2015 estabelece que eventuais alterações em enunciado de súmula, jurisprudência ou tese firmada em julgamento de casos repetitivos, deve ser realizado por fundamentação rígida e adequada, considerando os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e da isonomia³².

Assim, a pretensão de se uniformizar o entendimento jurisdicional consiste em garantir conhecimento prévio para que o cidadão possa planejar suas condutas, gerando estabilidade, paz social e igualdade de tratamento. Porém, os precedentes judiciais não garantem que a igualdade seja atingida em sua plenitude (a igualdade material), pois trata-se de uma utopia. Todavia, são instrumentos que contribuem para se alcançar uma igualdade juridicamente protegida, evitando tratamentos distintos em casos cuja base fático-jurídica sejam idênticas³³. Em outras palavras, o precedente judicial visa garantir a igualdade formal na aplicação da norma a todos os jurisdicionados, conferindo unidade e uniformidade ao direito.

1.2.3 Precedente judicial e os princípios da economia processual e duração razoável do processo

Um sistema de precedentes judiciais se relaciona com o princípio da economia processual ao desestimular o litígio a partir de uma clareza sobre o precedente aplicável a determinado assunto – nisso, inibe igualmente a interposição de recursos protelatórios e reduz o acervo processual.

³¹ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, 2022, p. 135.

³² MANCUSO, **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**, 2019, p. 201.

³³ MACÊDO, *op. cit.*, p. 137.

Além disso, a existência de maior previsibilidade das decisões diante de um sistema de precedentes judiciais torna maior a probabilidade de acordo, uma vez que, ciente da posição de um tribunal sobre determinado assunto, a contenda pode ser desencorajada em alguns casos³⁴.

Noutra perspectiva, observando a consagração do princípio da duração razoável do processo – expresso no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 – é garantido aos indivíduos um processo judicial que não demore a ponto de fazer perecer o direito material (e nem tramite tão rápido a ponto de suprimir garantias fundamentais processuais).

O sistema de precedentes preocupa-se em garantir uma uniformidade aos pronunciamentos judiciais, oferecendo soluções iguais para casos similares, o que resulta na redução dos trabalhos dos próprios serventuários da Justiça – sobretudo nos casos de tese firmada em demandas repetitivas, em que o tribunal superior possui entendimento firmado sobre o assunto, o que impede a subida de milhares de recursos³⁵.

O respeito aos precedentes contribui para o autor, o réu e para os cidadãos em geral, uma vez que os tribunais e os juízes devem aplicar o entendimento firmado pelos tribunais superiores, beneficiando todo o sistema jurídico. As teses jurídicas amparadas em precedentes obrigatórios podem levar a uma redução do tempo para se obter uma resposta do Judiciário, ainda no primeiro grau de jurisdição. Além disso, com a otimização do tempo da duração do processo e a certeza da aplicação do entendimento uniformizado pelo tribunal, se estimula a confiança da sociedade no Poder Judiciário³⁶.

1.3 O dever de fundamentação das decisões do Poder Judiciário no sistema de precedente judicial

Ao tratar sobre as disposições gerais acerca da estruturação do Poder Judiciário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no *caput* do artigo 93, a consagração de inúmeros princípios a serem observados pelos magistrados. Dentre estes, a necessidade de se fundamentar todas as decisões:

Art. 93. (...) IX. **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.³⁷

³⁴ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, 2022, p. 140.

³⁵ *Ibid.*, p. 142.

³⁶ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 2016, p. 138-139.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Este é o dever de motivação das decisões judiciais, fundamental e indispensável para a boa administração da justiça, pois garante ao jurisdicionado o direito ao duplo grau de jurisdição, bem como proporciona o direito de fiscalizar a atuação do Estado-juiz. Ao mesmo tempo em que permite o questionamento (ônus argumentativo qualificado), em instância superior, se as razões elegidas pelo juiz do caso encontram-se (ou não) contrárias aos critérios objetivos construídos pelos tribunais superiores, a motivação se apresenta como um dever para com a sociedade – de “prestação de contas”, de como estão administrando a justiça³⁸.

Essa exigência constitucional fez com que o legislador abordasse o tema com mais dedicação. No CPC atual, inclusive, reservou um parágrafo com seis incisos para tratar acerca do dever constitucional de fundamentação da decisão judicial. O art. 489 do código mencionado elenca seis hipóteses em que a decisão judicial não é considerada como fundamentada, o que pode ensejar a nulidade da decisão ou sua reforma – sobretudo quando da utilização do precedente para decidir o caso ou quando deixar de observá-lo sem apresentar razões apropriadas para distinção, conforme os incisos V e VI do referido dispositivo.

Uma crítica comum é a afirmação de que o respeito e a aplicação dos precedentes judiciais resultarão no engessamento da atividade jurisdicional. Esta é uma premissa frágil porque a aplicação proporciona um salto de qualidade na prática, com a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais e com o escopo de robustecer a segurança jurídica, isonomia, proteção da confiança e efetividade.

Na praxe judiciária, contudo, é rotineiro identificar decisões despidas do dever constitucional de fundamentação ou, ainda, com a velha e maléfica prática de se economizar nos argumentos com o intento de citar ementários de jurisprudência e súmulas para fins de embasar a conclusão judicial do caso.

Trata-se de efeitos deletérios e que resulta na incompreensão e/ou manejo equivocado dos precedentes judiciais pelos juízes quando decidem o caso com base em precedente judicial. A citação de ementários de jurisprudência ou súmulas, sem realizar o confronto analítico da base fático-jurídica paradigmática do precedente com o caso em julgamento, é conduta imprópria.

Hesse já alertava sobre a autonomia da norma sobre o caso, tendo em vista que aquela depende das condições fáticas e jurídicas do caso para sua aplicabilidade e alcance. O autor defende que a essência da norma constitucional reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela idealizada necessita ser concretizada na realidade. Assim, para sua concretização, as

³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. 1280 p.

condições naturais, técnicas, econômicas e sociais devem ser consideradas – em outros termos, para que a norma tenha aplicabilidade ao caso, é necessário que o intérprete/aplicador considere as condições fáticas e jurídicas de um povo num determinado espaço/tempo, cuja efetivação deve ser realizada por razões apropriadas a justificar aplicabilidade da norma ao caso³⁹.

Não há como aplicar qualquer norma jurídica sem antes se considerar os fatos jurídicos que estão presentes no episódio do litígio, isso influi no caminho intelectual a ser percorrido pelo intérprete na aplicação da norma ao caso. Assim, o dever de fundamentar para além de ser um dever e garantia constitucional, é também uma forma de fiscalizar a atuação jurisdicional, bem como de perquirir as razões e os motivos que levaram a decidir num ou noutro sentido.

Não se considera fundamentada, por exemplo, uma decisão judicial que invoca precedente para decidir o caso sem realizar o confronto analítico da base fático-jurídica do caso em julgamento e o precedente, uma vez que é necessária a existência de similitudes – com a possibilidade de se realizar a distinção ou superação quando houver a alteração do contexto fático, jurídico, político e/ou social em que se deu a formação da norma precedente.

Ao invocar um precedente para justificar conclusões judiciais, há a indispensabilidade de os juízes e tribunais identificarem a base fático-jurídica do caso anterior e do que está sob julgamento com o propósito de legitimar a aplicação do precedente judicial, feito a partir de uma argumentação qualificada.

O legislador infraconstitucional enfatizou no CPC de 2015 a necessidade de se estabelecer um entendimento jurisdicional uniforme, íntegro, coerente e estável (art. 926). O dever de integridade encontra forte influência do pensamento de Dworkin:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo⁴⁰.

A adequada aplicação dos precedentes exige uma fundamentação qualificada e uma análise sistemática do Direito, evitando interpretá-lo em “tiras” ou a partir de um marco zero, tendo em vista a existência de um contexto histórico anterior. Alexy aduz a importância da teoria do discurso na aplicação dos precedentes: “Do ponto de vista da teoria do discurso, a razão mais importante em prol da racionalidade do precedente que responda ao princípio da universalidade e de inércia deriva dos limites da argumentação prática geral”⁴¹.

³⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 294.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 261.

O dever constitucional de fundamentação se consubstancia no ato de justificar as razões que o tribunal chega à determinada conclusão judicial, expondo de forma pormenorizada o caminho intelectual (fáticos-jurídicos) e os determinantes que levaram à formação do pronunciamento judicial. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados, decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas⁴².

Neil Marccormick sustenta que essas razões sejam robustas para comunicar com a sociedade:

(...). Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a “justiça de acordo com a lei”, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias.⁴³

Para uma efetiva aplicação do sistema de precedente judicial, é necessário que os juízes e tribunais fundamentem suas decisões por meio de razões apropriadas, a fim de garantir a todos os operadores do direito a identificação da *ratio decidendi* do precedente invocado que justificou a conclusão judicial do caso concreto.

1.3.1 Técnicas de aplicação do precedente judicial

Em 2018 a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizou uma pesquisa cujos resultados apontam que 52% dos juízes de primeiro grau e desembargadores dos tribunais de justiça do país eram contrários ao sistema de precedente e jurisprudência previsto no Código de Processo Civil vigente. A justificativa da resistência ao modelo proposto pelo código mencionado era a de que o sistema feria a autonomia dos magistrados na interpretação e aplicação das leis. Em outras palavras, estar-se-ia eliminando a discricionariedade e o livre convencimento dos juízes e tribunais com seus colegiados⁴⁴.

Os próximos tópicos se dedicam apresentar as técnicas que fragilizam a suposição de que o sistema de precedentes engessaria ou limitaria a atividade interpretativa do magistrado, sob o argumento de que este não teria margem para a discordância da aplicação do precedente estabelecido pelo tribunal em que está vinculado.

Ainda que existam posições que defendam esta ideia de possível engessamento da atividade jurisdicional, o CPC de 2015 introduziu técnicas para deixar de aplicar o precedente ao caso, quando a base fático-jurídica do litígio em exame for diversa. Igualmente, garantiu ao

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 420.

⁴³ MACCORMICK, Neil, **Argumentação jurídica e teoria do direito; tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael**, 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 21.

⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumamm. **Quem somos: a magistratura que queremos**. AMB: Rio de Janeiro, 2018, p. 76.

tribunal a possibilidade de revisão do precedente para lhe atribuir novo sentido e alcance, quando houver alterado o contexto social, político, cultural e econômico em que se deu o precedente anterior. Tais técnicas são apresentadas a seguir.

1.3.1.1 Técnica da superação

A técnica da superação da norma precedente foi implicitamente incorporada pelo CPC vigente conforme a redação dos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927. Trata-se de importante mecanismo para que o direito continue evoluindo num sistema estruturado em precedentes judiciais, conferindo maior dinamismo na aplicação desse sistema.

Ao aplicar essa técnica, são criadas outras duas: uma inerente ao entendimento superado e outra de natureza processual, sendo que o novo entendimento deverá ser aplicado e observado daquele momento em diante.

Para Peixoto uma advertência deve ser considerada num sistema estruturado em precedentes judiciais: apenas o próprio tribunal que instituiu a norma precedente (ou tribunal de instância superior) pode realizar a superação ou modificação da *ratio decidendi* anteriormente instituída. Dito de outra forma, o tribunal de instância inferior ou o juiz de primeiro grau não pode deixar de observar e aplicar o precedente criado por tribunal hierarquicamente superior⁴⁵.

Esta advertência induz a um relevante questionamento: quando se deve superar ou revogar um precedente vigente? Para Marinoni deve ser revogado quando não mais atender aos padrões de consistência sistêmica e/ou harmonia social. Isto acontece quando passar a negar enunciações morais, políticas e de experiência (quando a Corte Suprema deixar de ter coerência com suas próprias decisões). Por fim, o autor defende que o precedente deve ser revogado quando há alteração da concepção geral sobre o direito⁴⁶.

Por outro lado, questiona-se ainda: há mecanismo para obstar um suposto engessamento de juízes e tribunais? Há confluência na doutrina sobre a possibilidade de se aplicar a técnica do *disapprove precedent*, que nada mais é que do que a efetivação da liberdade conferida aos juízes para registrar a sua posição divergente nas decisões judiciais, quando decidem com base em precedente obrigatório.

Esta técnica permite que juízes apresentem de forma qualificada as razões que divergem do conteúdo da norma precedente, introduzindo novos argumentos que podem ser utilizados no futuro para eventual superação do precedente. Dito de outro modo, a mera discordância não é

⁴⁵ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação de efeitos**, 2022, p. 194.

⁴⁶ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 2016, p. 358.

saudável para dialética jurisprudencial e evolução do direito. O juiz ao discordar de um precedente obrigatório deve-se valer de sua criatividade e inserir argumentos sólidos e propositivos que demonstra ser a melhor opção para o ordenamento jurídico⁴⁷.

Para Peixoto a técnica do *disapprove precedent* valoriza a coerência, a integridade e a estabilidade da jurisprudência, bem como permite que o Direito continue evoluindo e adequando-se às mudanças sociais, pois se admite a introdução de novos argumentos capazes de serem considerados numa futura superação do precedente⁴⁸.

No que diz respeito ao procedimento a ser observado para a revisitação de um precedente judicial instituído anteriormente, deve ser realizado por meio de uma interpretação teleológica e sistemática aderindo semelhantes regras incorporadas para revisão de súmulas vinculantes e teses jurídicas. É possível afirmar ser compatível a via concentrada e difusa para controle e revisão do precedente judicial anteriormente instituído, assim como acontece com as súmulas vinculantes e teses jurídicas⁴⁹.

Na hipótese de controle concentrado, é adotado procedimento específico para revisão do precedente - dois importantes exemplos estão contidos na lei n. 11.417/2006, que trata da revisão de sumula vinculante; e o art. 986 do CPC de 2015, que versa sobre a revisão de tese jurídica firmadas em causas repetitivas⁵⁰.

Já no controle difuso ou incidental, a revisão do precedente pode ser efetivada em qualquer processo, sendo dispensável um procedimento específico. Todavia, a revisão será possível em caso de julgamento de recurso, competência originária ou em remessa necessária, conforme o enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵¹ (FPPC)⁵²

É relevante a existência de ambos os procedimentos (concentrado e difuso) para a revisitação do precedente judicial originário para repelir a tese de engessamento da atividade jurisdicional e contribuir para o desenvolvimento do Direito.

⁴⁷ PEIXOTO, Ravi, **Superação do Precedente e Modulação de Efeitos**, 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 195.

⁴⁸ CAMPOS NETO, Paulo de Freitas; NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Uma crítica histórico-democrática ao sistema brasileiro de precedentes judiciais em favor da criatividade forense. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, v. 23, n. 3, p. 343-377, Rio de Janeiro, 2022, p. 366.

⁴⁹ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação de efeitos**, 2022, p. 195.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**, 2020, p. 617, 618.

⁵¹ Art. 927, § 4º. A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

⁵² PEIXOTO, ob. cit., p. 199.

De outro lado, há que se considerar os aspectos materiais para superação do precedente judicial: existe o dever do ônus argumentativo qualificado que, para além das exigências ordinárias de justificação da conclusão adotada pelo magistrado ao proferir uma decisão judicial, tem como requisito uma alta densidade argumentativa para a modificação do precedente a ser superado.

Segundo Peixoto, a regra consiste na manutenção do precedente em obediência ao princípio da estabilidade do direito, sobretudo da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança. A superação é uma medida excepcional e exige um ônus argumentativo mais robusto do que exigido em qualquer outra decisão. No julgamento da ADI nº 4.071⁵³, o STF sinalizou que a alteração/superação do precedente não deve ser rotineira, mas calcada em significativas mudanças na ordem jurídica, sociais, políticas e econômicas; ou, ainda, quando constatado superveniência de argumentos mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes⁵⁴

A técnica de superação deve ser tratada com muita seriedade e responsabilidade, sob pena de ruir o Estado de Direito e vilipendiar os postulados da segurança jurídica e isonomia. Peixoto adverte, ainda, que a simples mudança de opinião ou alteração na composição de um tribunal não são razões plausíveis para ensejar a superação de um precedente judicial – pelo contrário – sempre devem estar presentes os requisitos mínimos e gerais para possibilitar a modificação de um entendimento fixado anteriormente⁵⁵.

Assim, a técnica da superação se apresenta relevante instrumento para evitar o engessamento da atividade jurisdicional, bem como garante o contínuo desenvolvimento do Direito para um sistema de precedente judiciais com o propósito de se reforçar a segurança jurídica, a isonomia e a proteção da confiança dos cidadãos em geral.

⁵³ A ADI diz respeito ao julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do STF, mesmo que em recurso extraordinário.

Acesso: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=ADI%204071&base=acordaos&is_questao_ordem=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true
Em 2015 o STF recusou a proposta de cancelamento de SV, sob argumento: (...). “3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Acesso: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo800.htm>

⁵⁴ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação de efeitos**, 2022, p. 212-213.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 214.

1.3.1.2 Técnica da distinção

A técnica de distinção se apresenta como apta a ensejar o aprimoramento do Direito num sistema regido por precedentes judiciais assim como a técnica de superação. De forma similar ao que ocorre nesta última, a distinção exige uma alta densidade argumentativa dos sujeitos processuais para tentar evitar a aplicação de um precedente originário ao caso. Nesse propósito, exige-se a diferenciação da base fático-jurídica do precedente paradigmático com o caso sob julgamento.

O CPC de 2015 estabelece a necessidade de uma fundamentação qualificada para a aplicação da técnica da distinção ao caso, inclusive, considera não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem a demonstração da distinção entre a base fático-jurídica do caso em julgamento e do caso precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI do CPC.

Uma das diferenças entre a técnica da distinção com a da superação é a de que esta última só poderá ser aplicada pelo próprio órgão instituidor do precedente ou por instância superior. Na hipótese da distinção, é possível sua aplicação por qualquer juiz⁵⁶, embora exija maior atenção e deve ser aplicada em caráter excepcional, sob pena de ruir o sistema de precedentes que busca prestigiar a previsibilidade das decisões judiciais, tonificar a segurança jurídica, a isonomia e a proteção da confiança dos cidadãos em geral.

A dificuldade no manejo da técnica de distinção se apresenta na forma como os fatos são compreendidos e categorizados, tendo em vista que é importante para o sistema de precedentes o destaque da base fático-jurídica do caso. Isso exige dos sujeitos processuais uma carga argumentativa mais profunda. Neste sentido, o juiz que pretende realizar a distinção para não aplicar o precedente ao caso deve se esforçar em apresentar razões legítimas e rígidas para obter êxito⁵⁷.

A técnica da distinção pode ser aplicada de forma ampliativa ou restritiva, com objetivo de delimitar o âmbito de incidência do precedente, o que não tem por finalidade criar uma nova *ratio decidendi*. Na forma ampliativa, aplica aos fatos não mencionados na *ratio decidendi* do precedente originário, enquanto a distinção restritiva retira fatos substanciais de uma *ratio decidendi*⁵⁸. Porém, a técnica descrita deve ser manejada com atenção, sob a condição de incidir em superação do precedente por órgão jurisdicional incompetente para tanto⁵⁹.

⁵⁶ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, 2022, p. 297.

⁵⁷ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes formalmente vinculantes**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 173-174.

⁵⁸ MACÊDO, op. cit., p. 305-306.

⁵⁹ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação de efeitos**, 2022, p. 242.

Outro aspecto relacionado à aplicação da técnica da distinção é o de que o ajuste entre o precedente invocado e o caso em análise não acontece de forma automática: é preciso verificar os fundamentos e a finalidade da *ratio decidendi* originária e da sua compatibilidade com o novo caso⁶⁰.

A distinção tem função especial para o sistema de precedentes, sobretudo com via a ajustar, ampliar ou restringir a quais fatos a *ratio decidendi* será aplicada - a desenvolve e a delimita, além de contribuir para maior fixação dos fatos em que a *ratio* incidirá. Além disso, introduz novos elementos argumentativos com o objetivo de aprimorá-la.

Sobre a possibilidade de aplicação da distinção sobre em razão de questão jurídica nova⁶¹, o CPC atual previu no inciso V do art. 966 uma das hipóteses de rescindibilidade da decisão judicial albergada pelo trânsito em julgado no caso de violação de norma jurídica. Este estudo adota a teoria da norma jurídica como um gênero em que se englobam os princípios e regras como espécies.

Nesta moldura, o precedente judicial se afigura uma espécie do gênero “norma-regra”, levando em consideração duas premissas: a primeira, a compreensão da *ratio* como fundamento normativo da solução de um caso – necessariamente, será uma⁶²; a segunda, a de que as normas jurisprudenciais adscritas do tipo “regra” têm um peso ou vinculatividade maior que a do tipo “princípio”⁶³. Por essas razões o precedente judicial é categorizado como uma espécie de norma jurídica tipo regra.

Sob este prisma, é possível rescindir uma decisão judicial que deixou de apreciar uma questão jurídica nova e que não foi tratada no precedente. Em outros termos, é possível por meio de ação rescisória consubstanciada em razões fortes e qualificadas demonstrar que um fundamento jurídico novo não foi abarcado pela *ratio decidendi* do precedente que embasou a conclusão judicial⁶⁴.

Segundo Peixoto, “é possível interpretar o texto normativo tanto para as hipóteses em que um argumento tenha sido levantado, mas não examinado, como no caso em que aquele argumento não chegou sequer a ser suscitado”⁶⁵.

⁶⁰ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 2016, p. 234.

⁶¹ Por questão jurídica nova entende-se aquela que, uma vez considerada, se reveste de aptidão para alterar ou infirmar à conclusão judicial.

⁶² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**, 2020, p. 568.

⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. 448 f. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

⁶⁴ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação dos efeitos**, 2022, p. 247.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 251.

Essa modalidade de distinção representa em novo marco quanto à compreensão das técnicas de manejo dos precedentes judiciais. Contudo, há considerações restritivas sobre a utilização da distinção de questões fáticas ou jurídicas: i) deve-se evitar argumentação baseada em concepção pessoal do intérprete, aptas a ensejar insegurança jurídica e violação da isonomia; ii) ter por finalidade a possibilidade de ser replicada para situações semelhantes; iii) exige um ônus argumentativo mais rebuscado do que a exigida para superação, tendo em vista que tem um âmbito de maior incidência, tendo em vista que pode ser realizado em qualquer processo, inclusive sob condição de incorrer em superação implícita por juiz incompetente para tanto; iv) as razões que se espera na utilização dessa técnica é aquela que utilize critérios objetivos e com possibilidade de ser replicada a outros casos que tenha similitude da base fática-jurídica do novo precedente; essas e outras exige responsabilidade e atenção dos operadores quanto a utilização da técnica da superação.

1.3.1.3 Técnica da sinalização

A técnica de sinalização tem por escopo anteceder a superação de um precedente judicial, concedendo um tempo razoável para uma adaptação social relacionada à mudança de entendimento. Isto acontece quando um tribunal percebe a necessidade de superação do precedente originário, mas identifica a necessidade de uma preparação para tanto, de modo que a alteração não ocorra de forma abrupta⁶⁶.

Há diversos argumentos que defendem a técnica, levando em consideração que esta permite um amadurecimento sobre a questão. Além disso, permite que outros atores participem e contribuam com a matéria jurídica, inserindo novos argumentos que contribuem para o aprofundamento na deliberação sobre o tema.

Essa técnica tem caráter acautelador, pois o tribunal sinaliza uma mensagem aos demais membros da comunidade jurídica estabelecendo a necessidade de um diálogo significativo sobre a questão. Porém, uma advertência é necessária: não há um dever de se efetivar a sinalização, nem da sua utilização com vinculação da posterior modificação do posicionamento. Isso se justifica uma vez que o tribunal poderá optar pela adequação do precedente ou pela sua manutenção com a inserção de novos argumentos para fins de robustecer a sua força e estabilidade⁶⁷.

⁶⁶ PEIXOTO, **Superação do precedente e modulação dos efeitos**, 2022, p. 252.

⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento – alerta na mudança de jurisprudência consolidada: **Revista de Processo**, v. 211, jul. 2013, p. 38.

Aparentemente, essa técnica oferece mais desvantagens do que vantagens, pois enfraquece o precedente e, conseqüentemente, o postulado da segurança jurídica. Isso acontece porque a informação passada para a sociedade de eventual superação de um precedente contribui para a elaboração de incertezas e instabilidades por parte do jurisdicionado⁶⁸.

Em razão disso, Macêdo⁶⁹ estabelece que a utilização dessa técnica deve ser restrita aos precedentes que já se encontram potencialmente desgastados e que já apresentem fortes motivos de superação, pautados nas alterações contextuais que iniciaram, mas não se completaram ao ponto de ensejar, de imediato, a superação.

Portanto, entende-se que a técnica da sinalização não oferece uma contribuição para a construção do sistema de precedentes judiciais e sua utilização deve ser evitada, na medida em que não atua no fortalecimento dos postulados da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança para os jurisdicionados.

⁶⁸ MACÊDO. **Precedentes judiciais e direito processual civil**, 2022, p. 342-343.

⁶⁹ *Ibid.*, 343.

2 OS MODELOS DELIBERATIVOS PARA UM SISTEMA DE PRECEDENTE JUDICIAL

A forma como se procedem as discussões e as votações nos tribunais se apresentam fundamentais para formação da *ratio decidendi*, especialmente numa ordem jurídica que opta pelo sistema de precedentes judiciais como fonte normativa do direito.

Nota-se que o principal problema, por vezes, não reside somente na aplicação do precedente, mas na dificuldade de se identificar a *ratio decidendi* da decisão proferida no intuito de aplicá-la aos casos futuros – uma dificuldade que se apresenta na ausência de consenso na construção dos fundamentos da decisão colegiada.

Por outro lado, as críticas ao sistema judiciário brasileiro decorrem também da inobservância do ônus argumentativo dos sujeitos processuais (juiz, partes, membros do Ministério Público). Estes são atores processuais que deixam de realizar uma fundamentação adequada e, recorrentemente, invocam argumentos de autoridade da doutrina ou ementas de jurisprudência. É possível observar uma precariedade argumentativa relacionada à base fático-jurídica do caso, o que dificulta a construção de um consenso na fundamentação⁷⁰.

Embora os tribunais brasileiros adotem um sistema de construção colegiada da decisão, aparentemente não há uma deliberação adequada cujo escopo seja o de construir um consenso na fundamentação – pelo contrário, o que se observa é uma preocupação em computar opiniões, uma vez que os votos são proferidos de forma individual (seja escrito, seja por meio de transcrição oral). Este comportamento faz parecer ineficaz o sistema de precedentes proposto pelo Código de Processo Civil vigente, pois não há uma organização na construção da decisão de maneira unificada, tampouco uma delimitação precisa da *ratio decidendi*⁷¹.

Feitas essas breves considerações, este capítulo explica, primeiramente, a relevância da diferenciação entre “voto contrário” e “voto dissidente” para o sistema de precedentes e, posteriormente, explora as principais características dos modelos deliberativos presente nos tribunais constitucionais tradicionais com o objetivo de se identificar qual modelo que parece oferecer maior efetividade ao sistema de precedente proposto pelo CPC de 2015.

⁷⁰ PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi, Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes, **Revista Brasileira de Políticas Públicas: Dossiê Especial: Indução de comportamentos**, v. 8, n. 2, p. 1058, 2018, p. 764–765.

⁷¹ *Ibidem*, p. 765.

2.1 A relevância da diferenciação entre “voto contrário” e “voto dissidente” para o sistema de precedentes

O CPC de 2015 consignou a necessidade de se fazer constar o voto vencido no acórdão para todos os fins legais⁷², sob condição de nulidade do acórdão⁷³. Para um sistema de precedentes vinculantes, o voto vencido exerce uma função importante para, sobretudo, qualificar e identificar a *ratio decidendi*.

Existem duas espécies de votos vencidos: uma primeira denominada de “voto contrário”/ “voto divergente” – quando o julgador manifesta, de forma singela, ser contrário à tese vencedora, porém, deixa de se justificar porque a *ratio decidendi* não se apresenta a melhor opção para o caso⁷⁴ – e uma segunda espécie de voto vencido denominado “voto dissidente”, em que há uma contribuição relevante para o debate, pois contém densa carga argumentativa e estabelece um diálogo com a tese vencedora e rebate vigorosamente as suas razões. Esta última espécie de voto vencido é a desejada para o desenvolvimento de um Direito estruturado em precedentes judiciais.

Para Didier Júnior⁷⁵ o voto vencido que contribui para o direito é aquele que amplia a discussão e oportuniza que a questão seja debatida pela comunidade, evitando que o tema fique submerso ou quase invisível (como se a *ratio decidendi* houvesse sido estabelecida por unanimidade de votos).

Para Marinoni é fundamental estabelecer uma distinção entre “voto dissidente” e “voto contrário” para um sistema de precedente. Na hipótese de “voto contrário” o julgador apenas faz registrar que é contrário à posição da maioria, mas em nada contribui com o debate. Todavia, o “voto dissidente” é aquele que contribui para o sistema de precedentes, uma vez que estabelece razões fortes e oportuniza um diálogo com a *ratio decidendi*, destacando os argumentos pelos quais esta não pode prevalecer⁷⁶.

Segundo o autor, a real dissidência se opõe à *ratio decidendi* para demonstrar as razões pelas quais essa não pode prevalecer como orientação e aplicação em casos futuros. O “voto

⁷² Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. §3º. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

⁷³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**, 17ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 49.

⁷⁴ DIDIER JR, Fredie, A ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS NO CPC-2015 E O SISTEMA DE PRECEDENTES: VOTO VENCIDO, REDAÇÃO DE ACÓRDÃO E COLHEITA DE VOTOS., **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, p. 8, 2018, p. 3.

⁷⁵ Ibid., loc. cit.

⁷⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 1ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 649.

dissidente” busca demonstrar o equívoco da *ratio decidendi*, forçando para que a questão seja mais discutida, inclusive pela comunidade jurídica⁷⁷.

O legislador propôs no CPC de 2015 a criação de um sistema de precedentes judiciais com vista a prestigiar a unidade do direito, a isonomia e a segurança jurídica. Para esse sistema, é fundamental considerar as razões de decidir da decisão vencedora e eleita pelo tribunal para ser seguida pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Porém, como forma de evitar o engessamento desse sistema de precedentes, o legislador enfatizou a importância de considerar, na elaboração do acórdão, os votos divergentes e os argumentos contrários a tese vencedora, com objetivo de superação do precedente estabelecido no julgamento.

O “voto vencido” também exerce função de consolidar a posição vencedora, através da técnica do confronto entre os argumentos da tese vencedora e vencida. Outra função desempenhada é a possibilidade de se manter acesa futura discussão sobre a questão decidida, bem como ressaltar o processo democrático, considerando os argumentos contrários e favoráveis à tese discutida.⁷⁸⁷⁹

A inclusão do voto vencido no acórdão ratifica regra indispensável para o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, tendo em vista que há necessidade do acórdão do julgamento de casos repetitivos reproduzir a íntegra de todos os argumentos contrários e favoráveis a tese debatida.⁸⁰ O voto vencido serve, ainda, de subsídio para a compreensão da tese vencedora, facilitando a identificação e aplicação do precedente pelo juiz do caso posterior.

2.2 Modelo de deliberação *seriatim*

O modelo de decisão *seriatim* é atualmente o adotado pelas cortes superiores brasileiras e maioria dos tribunais brasileiros. De origem inglesa, tem como principais características: i) a deliberação pública; ii) o somatório de votos que compõe a opinião da Corte; e, iii) observação das opiniões dissidentes, entre outras.

O posicionamento adotado pelo tribunal é materializado por um amontoado de votos particularizados, o que não raro atrapalha na formação de um consenso a respeito da definição da *ratio decidendi* e a posição do corte sobre determinada matéria discutida e afetada ao pleno.

⁷⁷ MARINONI, **Processo constitucional e democracia**, 2021, p. 650.

⁷⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**, 17d. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 50.

⁸⁰ DIDIER JR, A ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS NO CPC-2015 E O SISTEMA DE PRECEDENTES: VOTO VENCIDO, REDAÇÃO DE ACÓRDÃO E COLHEITA DE VOTOS., p. 3.

Em regra, este modelo é adotado pelas cortes cuja tradição jurídica está ligada a *commom law*, sistema em que as sessões deliberativas são registradas pelo pronunciamento em série de cada juiz (como acontece na Inglaterra).

Esse modelo deliberativo tem sido adotado pelo STF e STJ nos julgamentos de casos complexos: cada ministro apresenta seu voto em série e, por razões diferentes, externa a sua opinião sobre determinado assunto. Ao final, apresentam a melhor solução que entendem para o caso.

Neste tipo de deliberação o voto é apresentado na sessão de julgamento, sendo raras as vezes em que o ministro o disponibiliza com antecedência aos seus pares. Isso dificulta a compreensão dos fundamentos que levaram cada ministro a chegar à determinada conclusão, prevalecendo, nesse caso, o argumento de autoridade⁸¹.

Nesse sistema de votação, portanto, cada ministro busca o convencimento de seus pares para formar a maioria e conseguir o maior número de adesão, pouco importando a existência de um consenso institucional⁸². É um modelo que busca unidade apenas na parte dispositiva da decisão, alçando as razões de decidir para o plano periférico – o que prejudica na efetividade de um sistema de precedente judicial vinculantes proposto pelo CPC atual⁸³.

Ao analisar o modelo *seriatim* adotado pelo STF, Klafke estabelece: i) a presença de uma cultura individualista do tribunal e uma precária percepção de que existe um ente coletivo distinto de seus membros (entitatividade) e que, sob uma perspectiva deliberativa, é nocivo; ii) a ausência de consenso ou opinião institucional na decisão escrita e ao fenômeno dos onze votos com onze razões diferentes; iii) a ausência de diálogo dos fundamentos das decisões proferida pelo juiz constitucional – muitas vezes parecem tratar de casos totalmente diferentes e, por essas e outras razões, ao STF é atribuído a metáfora das “onze ilhas”⁸⁴.

A crítica de Câmara sobre este modelo deliberativo está no fato de que não se prestigia o diálogo entre os integrantes do colegiado, haja vista que cada um dos integrantes externa a sua posição sem deliberar com a posição do outro. Nesse sentido, o acórdão se forma por uma sucessão de monólogos, o que enseja uma “camada de confusão” desnecessária e que

⁸¹ PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, p. 205–226, Vitória, 2017, p. 215.

⁸² Ibidem, loc. cit.

⁸³ Ibidem, p. 215-216.

⁸⁴ KLAFKE, Guilherme Forma. **Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento**. 2019. 349 f. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 55.

compromete a construção de um consenso quanto a formação dos fundamentos determinantes da decisão⁸⁵.

Um outro problema deste sistema de votação é a fixação de uma “tese”, o que não resolve o problema de efetividade do sistema de precedentes fixado pelo CPC vigente. Para Marinoni, a tese jurídica é insuficiente para expressar a *ratio decidendi* de uma decisão. Considerar este modelo é incorrer nos mesmos erros de cortes com raízes do *civil law*, como é o caso da Corte de Cassação Italiana (com a fixação das máximas) e do Supremo Tribunal Federal brasileira (com as súmulas).⁸⁶

Para o autor, a finalidade das cortes constitucionais é desenvolver o direito mediante a fixação de precedentes e, nesta perspectiva, a preocupação com o ajuste apenas na parte dispositiva da decisão não é relevante para o sistema de precedentes judiciais. O modelo deliberativo *seriatim* (adotado pelo STF) não considera os fundamentos dos ministros com o objetivo de viabilizar justificativas específicas para cada um deles e isso enseja nos erros cometidos pelos Tribunais de Correções: se preocupam apenas em computar os votos, sem a presença de um consenso no que diz respeito a *ratio decidendi* da decisão⁸⁷.

2.3 Modelo de deliberação *per curiam*

O modelo deliberativo *per curiam* é adotado pela grande maioria dos tribunais cuja tradição jurídica está vinculada a *civil law*, como são tradicionalmente os países da Europa Continental como a França, a Itália, a Alemanha e a Espanha⁸⁸. As principais características deste modelo são: i) deliberação secreta; ii) opinião única e o voto em formato de texto único; iii) descon sideração dos votos concorrentes e dissidentes.

Nesse modelo deliberativo se busca a manifestação do entendimento institucional de um tribunal acerca da questão posta em julgamento, como acontece, por exemplo, no Tribunal de Cassação Francês. Esse processo deliberativo, portanto, não enfatiza os votos individuais dos ministros em busca da formação de uma maioria, mas o entendimento institucional do tribunal. É um modelo que, primeiramente, busca formar um consenso sobre os fundamentos da decisão para, depois, ocupar-se com a parte dispositiva.

⁸⁵ CÂMARA, Levando os padrões decisórios a sério, 2018, p. 253.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente constitucional contém muito mais do que pode ser expresso numa “tese” in CRUZ, Felipe Santa; FUX, Luiz; GODINHO, André. (Coord.) **Avanços do sistema de justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: OAB Editora, 2021, p. 466-467.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 468.

⁸⁸ VIEIRA, Isabelle Almeida. **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim**. Londrina: Thoth, 2022, p. 42.

Neste modelo, um relator é designado para apresentar o fundamento que será submetido à deliberação pelo colegiado na busca do consenso. Depois, o colegiado delibera sobre a parte dispositiva da decisão. Neste sentido, há o destaque da figura da instituição e não da figura individual dos julgadores⁸⁹.

Vieira afirma que as decisões proferidas nesse modelo deliberativo são mais institucionais do que individuais, conferindo ao Tribunal a responsabilidade pela decisão em detrimento dos argumentos particularizados pelos julgadores. Para a autora, no modelo deliberativo *per curiam*, não há relevância prática perquirir se a decisão foi tomada à unanimidade ou por maioria de votos, tendo em vista que a decisão é uníssona e deve ser publicada em formato de texto único (dotado de uma única estrutura argumentativa: relato do caso, fundamento jurídicos, parte dispositiva), considerando para todos os fins a manifestação uniforme do Tribunal⁹⁰.

Para Mello a decisão *per curiam* se consubstancia em um arrazoado único e que expressa o entendimento do tribunal como instituição. Nesse modelo deliberativo é raro a exteriorização do voto vencido, tendo em vista que o órgão se preocupa em manifestar uma voz única, o que facilita a identificação da *ratio decidendi*⁹¹.

O modelo deliberativo *per curiam* não é imune às críticas, especialmente no que diz respeito ao *anonimato da deliberação* (não divulgação de como a decisão foi construída), se apresentando como um dos principais problemas invocados quando se trata deste modelo. Esta ausência enfraquece a transparência e exime de responsabilidade de quem julga, sem deixar de mencionar a possibilidade de se produzir pronunciamentos judiciais qualitativamente frágeis⁹². Mazzola e Vale enfatizam os problemas deste modelo deliberativo:

Mas o modelo *per curiam* também apresenta as suas vicissitudes, mormente em ambientes decisoriais que se estruturam sem a necessária publicidade das sessões de julgamento, tal como ocorre na Itália e na França, por exemplo. Da mesma forma, a formulação de um texto único peca pela omissão das opiniões dissidentes, as quais são extremamente relevantes no âmbito de um processo democrático.⁹³

⁸⁹ PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil, **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, 2017, p. 217.

⁹⁰ VIEIRA, **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal**: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo *seriatim*, 2022, p. 42.

⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. **Revista EMERJ**, v. 21, tomo 2, p. 443-467, Rio de Janeiro, 2019, p. 451.

⁹² CÂMARA, **Levando os padrões decisórios a sério**, 2018, p. 260.

⁹³ MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. **Contagem de votos**: divergências quantitativas/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 317, p. 199-221, jul. 2021, p. 202.

Há também aqueles que defendem o sigilo das deliberações e as justificativas estariam alicerçadas em dois argumentos centrais: i) na independência dos julgadores; e ii) na autoridade do órgão jurisdicional e de suas respectivas decisões.⁹⁴

Outra crítica a ser realizada a esse modelo deliberativo é o fato de desprezar a existência do voto vencido e/ou divergente, o que acaba por engessar o sistema e dificulta na superação de um precedente judicial estabelecido no passado. Nessa modalidade de votação não se confere relevância aos argumentos divergentes e votos vencidos, que acabam não fazendo parte integrante do acórdão a ser disponibilizado pelo tribunal. Isso não atende à importância dada pelo CPC atual em relação ao voto divergente/vencido para se firmar a tese vencedora e consolidar o precedente judicial.

Nesta moldura, o modelo parece enfraquecer o princípio democrático e dificulta a possibilidade de superação ou modificação de um precedente judicial *a posteriori*, um problema significativo quando se pensa na estruturação de um sistema de precedentes vinculantes conforme o CPC de 2015.⁹⁵

2.3 Modelo *majoritarian practice*: uma revisão ao modelo deliberativo da Suprema Corte dos EUA

O estudo realizado por Kornhauser relacionado ao modelo deliberativo da Suprema Corte norte-americana é recorrentemente citado quando se trata de discutir acerca dos modelos de decisão colegiada. O trabalho, intitulado “*Deciding Together*”, é relevante enquanto aporte teórico desta investigação⁹⁶.

O autor divide os modelos de decisão colegiada em: *seriatim*, *per curiam* e *majoritarian practice*. De acordo com Kornhauser a forma deliberativa das decisões da Suprema Corte dos EUA é chamada de *majoritarian practice* - em que se observa a importância (ou não) de se considerar os argumentos desfavoráveis contidos no voto vencido para a consolidação de um precedente judicial. Essa classificação se apresenta relevante, tendo em vista que a maioria da doutrina trata o modelo *majoritarian practice* dentro do modelo *per curiam*⁹⁷.

Kornhauser estabelece que há diferença entre o modelo *majoritarian practice* e *per curiam*. Dentre outros motivos, por abandonar a ideia de alcance da unanimidade, tendo em

⁹⁴ VIEIRA, ob. cit., p. 44.

⁹⁵ PANUTTO, Peter, A Plena Deliberação Interna do Supremo Tribunal Federal Para a Efetiva Criação dos Precedentes Judiciais Vinculantes Estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil, **R. Dir. Gar. Fund. Vitória**, v. 18, n. 2, p. 205–226, 2017, p. 218.

⁹⁶ KORNHAUSER, Lewis A., *Deciding Together*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65, **NYU Law and Economics Research Paper** No. 13-37, Nova Iorque, 2013.

⁹⁷ Ibid.

vista que confere uma visão mais ampla das razões adotadas numa decisão – ao contrário do modelo *per curiam*, em que se busca aparente unanimidade e visão restrita das razões.⁹⁸

Historicamente, o modelo do *majoritarian practice* foi introduzido enquanto John Marshall era *chief justice* da Suprema Corte. Marshall colocou fim ao *modelo seriatim* até então presente, pois acreditava que este modelo enfraquecia a Suprema Corte por não formar uma voz única quando prolatava suas decisões⁹⁹.

Além disso, o modelo implantado por Marshall conferiu importância aos votos concorrentes e divergentes e, embora mais raro, permitia a possibilidade do julgador apresentar voto dissidente sobre a questão posta em julgamento, inclusive fazendo constar expressamente a decisão da maioria.¹⁰⁰

O *majoritarian practice* é compreendido como um modelo de deliberação intermediário, híbrido ou misto, já que mistura elementos dos modelos de decisão *seriatim e per curiam*¹⁰¹. Sob o ponto de vista procedimental, o julgamento, neste modelo, se inicia com a apresentação de votos em série (assim como acontece no modelo de *decisão seriatim* – em que cada julgador apresenta seu voto e, ao final, ressaí vencedor o argumento que obter a adesão da maioria dos julgadores). Atingida a maioria, o órgão segue na deliberação da *ratio decidendi* e do dispositivo para se alcançar o consenso e manifestar o entendimento institucional da corte, assim como no *modelo per curiam*¹⁰².

O modelo decisório da Suprema Corte norte-americana tem, portanto, características do modelo agregativo. A decisão final é produto do somatório de votos dos seus membros e não propriamente de uma construção comum, mediante a interação e a troca de argumentos e pontos de vista entre os juízes. Entretanto, a circulação de minutas e de memorandos amplia, em alguma medida, a interação entre seus integrantes e permite acomodações de entendimento e mudanças de posição. O processo de decisão é essencialmente interno, tanto no que respeita à reunião entre os membros do colegiado, quanto no que respeita à troca de minutas e de memorandos. Entretanto, cada juiz pode produzir um voto próprio e dar publicidade à sua divergência.¹⁰³

É possível que cada julgador produza o seu próprio voto ou prefira aderir à posição do outro: há a elaboração de votos concorrentes e dissidentes. Tais votos assumem função

⁹⁸ Ibid, p. 27.

⁹⁹ VIEIRA, Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim, 2022, p. 61.

¹⁰⁰ VIEIRA, Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim, 2022, p. 61.

¹⁰¹ Ibid., loc. cit.

¹⁰² PANUTTO, A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, 2017, p. 218.

¹⁰³ MELLO, O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. **Revista EMERJ**, 2019, p. 452-453.

expressiva, pois pode corrigir (no futuro) uma decisão equivocadamente produzida. Não raro encontra-se registros de que uma opinião divergente saiu vencedora em casos futuros¹⁰⁴.

As vantagens de se conferir publicidade às opiniões dissidentes estão alicerçadas em fortes argumentos i) revela um tribunal mais democrático, não apenas por demonstrar os desacordos entre os membros dos tribunais, mas para demonstrar a opinião pública que a decisão decorreu de interação deliberativa dos juízes, o que realça a legitimidade democrática; ii) publicidade do processo decisório com objetivo de fortalecer a autoridade e o prestígio do tribunal, reforçando a transparência das discussões travadas pelos juízes ao deliberarem sobre casos complexos e difíceis; iii) garantia a independência e liberdade dos juízes constitucionais ao formularem opiniões contrárias à maioria, revelando responsabilidade pessoal do julgador para com seus pares e perante a opinião pública (com possibilidade de controle público dessas atividades); iv) contribuem para evitar o engessamento do Direito, com possibilidade de modificar ou superar um entendimento anteriormente consolidado pelo tribunal frente ao dinamismo social (viabilizando uma leitura mais plural da Constituição e do Direito); e v) amplia os ônus argumentativos, o que enseja a elaboração de argumentos mais robustos e uma melhora na qualidade das justificações¹⁰⁵.

Vale destacar que, embora o debate em torno do voto dissidente esteja presente na maioria dos sistemas europeus de jurisdição constitucional, é na prática da Suprema Corte americana que as chamadas *dissenting opinions* encontram a sua maior expressão. Este instituto revela que o julgador norte-americano é doutrinado com acentuado traço democrático, bem como aparentemente consciente de seu papel decisório nos órgãos colegiados dos tribunais¹⁰⁶.

No Direito norte-americano, os *justices* da Suprema Corte tem a garantia de se posicionarem contra a posição da maioria dos pares e confeccionar um voto em separado e distinto da *opinion of the court (separate opinion)* – isto é, pode expressar uma opinião dissidente (*dissenting opinion*) quando não concordar com a decisão da maioria, ou, ainda,

¹⁰⁴ Observa-se, dessa forma, que a Suprema Corte dos EUA permite a prolação de votos individuais dissidentes, ainda que a deliberação seja secreta, existindo um grande debate doutrinário acerca da importância e da divulgação desses votos. 506 Esse é um dos principais pontos que diferem o modelo estadunidense da *majoritarian practice* de uma *per curiam* pura, que busca a construção de uma única opinião da corte. Nota-se que por meio desse modelo, a corte consegue transmitir à sociedade o entendimento institucional, ou seja, aquele que foi adotado de forma unânime ou por maioria, sem que, com isso, precise suprimir o entendimento da minoria, na medida em que se permite a apresentação de votos dissidentes. (VIEIRA, 2022, p. 68)

¹⁰⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. (2015). 415 f. (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015, p. 117–118.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 121-122.

manifestar uma opinião concorrente quando não estiver de acordo com *ratio decidendi* que embasa a justificativa da maioria¹⁰⁷.

Observa-se que as opiniões contrárias e votos divergentes assumem importante papel para um sistema de precedentes judiciais, pois além de permitir a construção de uma decisão democrática em que se observa a posição da minoria, também estimula uma dilação nos ônus argumentativos (que resulta em melhora considerável nos argumentos e justificativas da maioria). Por fim, ainda permanece a possibilidade de superação de um precedente judicial anteriormente consolidado, o que impede o engessamento do Direito jurisprudencial.

O modelo *majoritarian practice* amplia a discussão e o debate, permitindo a realização de sustentação oral mediante audiências públicas, com o objetivo de enfatizar e/ou esclarecer os pontos controvertidos do caso (que são previamente disponibilizados pelos *justices*¹⁰⁸.

Neste aspecto, quando são concluídas as sustentações, os *justices* se reúnem em sessão reservada para deliberarem e decidirem sobre o caso. Depois de chegarem a uma conclusão, o *chief justice* ou o *justice* mais antigo (quando aquele apresenta voto dissidente) escolhe um dos membros da corte para elaborar a “*opinion of de court*”.

O autor da minuta a disponibiliza, posteriormente, para os demais *justices*, a fim de que sejam realizados os adendos e eventuais retificações, se necessário for. Finalmente, chega-se no momento de se definir a única voz do tribunal, que somente será considerada após a concordância da maioria dos *justices*. Por conseguinte, é feita a sua publicação para a sociedade¹⁰⁹.

Marinoni adverte que uma das grandes preocupações da corte estadunidense é evitar a proliferação de uma “decisão plural”, ou seja, chegar-se à uma conclusão por fundamentos distintos, sem se estabelecer um consenso. O autor alerta que “fatiar” a decisão e decidir os seus fundamentos em separado também não seria a melhor solução na busca de um consenso institucional, tendo em vista que uma corte constitucional não tem como finalidade apenas desenvolver o direito mediante a fixação de precedente, mas a de realizar a justiça do caso.¹¹⁰

Uma alternativa, para Marinoni, seria discutir os fundamentos da decisão em separado, na busca da racionalidade e efetividade da deliberação colegiada, o que se apresenta diferente de decidir em separado. No entanto, nesta hipótese, será necessário verificar quantos ministros

¹⁰⁷ Ibid., p. 122.

¹⁰⁸ VIEIRA, Isabelle Almeida, **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim.**, Londrina: Thoth, 2022, p. 63.

¹⁰⁹ Ibid., p. 64.

¹¹⁰ MARINONI. O precedente constitucional contém muito mais do que pode ser expresso numa “tese”, **Avanços do sistema de justiça**: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil, 2021, p. 471.

acolheram um fundamento e como os fundamentos foram votados, ainda que cada um dos fundamentos não tenha sido votado em separado¹¹¹.

Nesse sentido, a identificação dos fundamentos dos votos é importante para delimitar se houve a formação da maioria sobre determinado fundamento no interior da votação dos membros do tribunal. Isso é indispensável para se delinear, por fim, o fundamento escolhido pelo tribunal para decidir¹¹².

O modelo deliberativo *majoritarian practice* da Suprema Corte do EUA se encarrega de conferir consenso aos fundamentos da decisão, pois converge as características da decisão colegiada *seriatim* e *per curiam*. Nisso, fortalece a segurança jurídica e a efetividade dos pronunciamentos judiciais.

¹¹¹ Ibid., p. 472.

¹¹² Ibid., p. 473.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, conferida pela Constituição vigente, sofreu fortes transformações. O STJ deixou a singela função de corte de correção e revisão de recursos e, atualmente, assume o papel de realizar a interpretação de leis e conferir sentido ao direito. Nessa perspectiva, fixa os precedentes mediante razões apropriadas para assegurar a igualdade de direito a todos os jurisdicionados.

Essas transformações ocorreram a partir da evolução da técnica legislativa, do constitucionalismo, da teorização da distinção entre texto e norma e do desenvolvimento da teoria da interpretação (que impactou a teoria do direito)¹¹³. Ter consciência desses acontecimentos auxilia na compreensão da transformação da natureza da função jurisdicional do STJ, que assume a tarefa de atribuir sentido à legislação federal infraconstitucional. Aliás, essa tarefa reservada ao julgador, de interpretar e justificar as opções realizadas atribuindo sentido ao direito, mudou a função da atividade jurisdicional das cortes superiores.

Ainda que as Cortes Superiores sejam pensadas com atribuição para resolver caso particularizado entre as partes, decorre também de sua missão constitucional fixar normas jurídicas (precedente) com pretensão de universalização, aplicáveis a casos cuja base fática jurídica seja idêntica.¹¹⁴

A atividade jurisdicional compreende duas funções primordiais: a primeira, diz respeito a de conferir uma solução para o caso concreto e que vincula apenas as partes litigantes, a segunda, fixar precedentes judiciais para garantir o desenvolvimento do direito.¹¹⁵ No âmbito das decisões judiciais colegiadas impera a disputa de argumento com o propósito de formar consenso ou impor a interpretação que melhor contempla o sentido do texto legislado, bem como assegurar à solução mais adequada no feito.¹¹⁶

A Constituição Federal conferiu expressamente ao STJ a função de dar sentido à legislação federal infraconstitucional e garantir a uniformidade dessa interpretação em todo o território nacional (art. 105, III, alíneas "a, b e c"). Desse dispositivo constitucional é possível compreender que o STJ deve, portanto, julgar as decisões de tribunais regionais federais e de justiça que contrariem tratado ou lei federal (ou que lhes tenha negado vigência); as que aplicar

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema: 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (e-book), [n.p.].

¹¹⁴ PEREIRA, Paula Pessoa, **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 103.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 103–104.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 104.

a lei local em afronta à legislação federal; e, estabelecer a última interpretação da legislação federal no caso de divergência de entendimento entre tribunais estaduais e federais.

A função do Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado, é a de identificar, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado, sempre mediante as “melhores razões”. Em outras palavras, a função do Superior Tribunal de Justiça é definir o sentido do direito federal infraconstitucional mediante “razões apropriadas”¹¹⁷.

Observa-se, desta forma, que ao STJ cabe assegurar, no território nacional, observância e unidade de entendimento sobre a legislação federal. Porém, na praxe jurídica brasileira, existem decisões de tribunais de justiça e regionais federais que descumprem o entendimento firmado pelo STJ – o que enseja insegurança jurídica, desigualdade e imprevisibilidade dos pronunciamentos judiciais.

A circunstância de os tribunais ordinários, na atualidade, não darem atenção às decisões do Superior Tribunal de Justiça constitui patologia; grave situação que põe em risco a efetividade do sistema de distribuição de justiça e os princípios fundantes do Estado constitucional¹¹⁸.

A gênese do problema de inobservância das decisões do STJ pode decorrer pela forma como se dá a formação das decisões do STJ, dotado de autoridade, o que dificulta na aplicação do precedente judicial no caso futuro.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça gozam de autoridade para vincular os tribunais de justiça e regionais federais. Mas, não é todo o conteúdo dessa decisão que tem força vinculativa: a sua autoridade está nos fundamentos determinantes da decisão ou (como preferem alguns) em sua *ratio decidendi*. Essa constatação é importante, pois há previsão expressa no texto constitucional (conforme o art. 93, IX)¹¹⁹ em que determina à toda decisão uma fundamentação, sob pena nulidade.

O legislador infraconstitucional tratou desse comando constitucional no art. 489, §1º, do CPC,¹²⁰ em que considera as hipóteses de não fundamentação de qualquer decisão judicial,

¹¹⁷ Ibid. [n.p.].

¹¹⁸ MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema, 2019, [n.p.].

¹¹⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹²⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. A decisão deve considerar, além dos valores e opções de conteúdo externos à lei, as circunstâncias do caso e a necessária conformação com o texto constitucional. Assim, a jurisdição se reveste com a função colaborativa de promoção do direito no âmago social.

Sobre as decisões interpretativas do STJ, aptas a formar precedentes obrigatórios, Streck aduz que as cortes superiores não detêm prerrogativa exclusiva para interpretar o texto constitucional e infraconstitucional, tampouco gozam de outorga constitucional para formular precedentes capazes de vinculação. O autor estabelece que, se aceito esse sistema de precedentes, estaria se retirando dos juízes de primeiro e segundo graus a atribuição constitucional de a lei, o que resultaria em flagrante inconstitucionalidade¹²¹.

Para Abboud trata-se de um equívoco atribuir aos precedentes judiciais a tonalidade de decisões vinculantes. Isso seria incorrer nos mesmos erros cometidos à época da Revolução Francesa, quando se tinha em mente que a lei seria suficiente para abarcar uma infinidade de soluções prontas e acabadas para dirimir qualquer problema¹²².

A equiparação dos precedentes judiciais do art. 927 do CPC vigente como análogos aos precedentes oriundos da tradição *common law* é um erro, explica Abboud. Entre vários fatores, estariam no centro de suas insurgências o fato dos precedentes brasileiros nascerem com força vinculante por expressa previsão legal, enquanto no sistema do *common law* é o juiz do caso posterior que irá definir se seguirá ou não o precedente¹²³.

Há autores que defendem o poder-dever dos juízes de primeira e segunda instâncias participarem como sujeitos coparticipativos na formação dos precedentes pelas cortes superiores, sob o prisma de auxiliarem, mediante diálogos profundos com esses precedentes, a busca pelo constante melhoramento do sistema, sob risco de se tornarem juízes autômatos¹²⁴.

A adesão aos precedentes judiciais como espécie normativa com capacidade de vinculação em casos idênticos, e passíveis de ser aplicado no futuro, não parece retirar o poder

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

¹²¹ STRECK, **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação o CPC/15, 2019, p. 70-72.

¹²² ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 2, n. 01, p. 62-69, 2016, p. 65-66.

¹²³ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 459-460.

de interpretação por parte desses juízes, bem como não é o caso de os precedentes judiciais brasileiros serem idênticos aos da *common law*. Os juízes brasileiros possuem garantias constitucionais para interpretar o ordenamento jurídica vigente, embora devam respeitar princípios interpretativos, disposições legais e a hierarquia institucional – esse modo de proceder também deve ser observado no manejo dos precedentes judiciais. Nesse contexto, não se retira a discricionariedade do juiz e da corte de origem na interpretação do texto de lei e de norma precedente, tanto é que o CPC atual institui técnicas para aplicação e distinção do precedente no caso.

Além disso, no caso de eventual divergência interpretativa sobre a legislação entre juízes de primeiro grau ou entre tribunais de justiça (ou regionais federais), decorre uma ausência de previsibilidade para que o jurisdicionado possa se organizar no presente e planejar o futuro. Isso resulta na alcunha ácida de “jurisprudência lotérica”. Assim, se faz necessária a existência de uma corte superior cuja atribuição seja a de decidir a última palavra sobre o sentido da norma infraconstitucional e garantir, dessa forma, a uniformidade de entendimento (art. 105, III, “c” da Constituição de 1988).

O argumento recorrentemente utilizado de que haveria um engessamento da atividade jurisdicional é frágil, uma vez que a própria legislação federal infraconstitucional (CPC) assegurou aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público a possibilidade de se aplicar a técnica da distinção para deixar de seguir um precedente obrigatório criado pela corte superior; ou, ainda, de apresentar uma opinião dissidente para manter a possibilidade de futura superação do precedente (neste último caso, embora haja discordância, deve-se respeitar o precedente instituído pela instância superior).

Atualmente já não se apresenta razoável a defesa de uma bifurcação rígida entre as tradições da *civil law* e *common law*, pois há mais uma aproximação que um distanciamento entre elas: com mais adesão nos países da *common law* à legislação escrita e, nos países da *civil law*, a aceitação de que as decisões judiciais são fonte hígida de produção de norma jurídica¹²⁵.

Esses argumentos se mostram relevantes ao afastarem as críticas gerais que são direcionadas ao sistema de precedentes judiciais introduzidos pelo Código de Processo vigente: há mais benefícios do que prejuízos, se considerar aos valores constitucionais da segurança jurídica, igualdade e previsibilidade do Direito.

As decisões interpretativas proferidas pelo STJ com aptidão de produzir precedentes obrigatórios não decorrem apenas de opções meramente lógicas, mas de um filtro realizado

¹²⁵ MANCUSO, **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operacionalidade, 2019, p. 82-83.

pelos julgadores dentre as opções valorativas e diretivas que conduzem à conclusão do colegiado. A decisão judicial não é resultado de uma atividade puramente objetiva, trata-se de escolhas e opções interpretativas dos julgadores que devem ser previamente definidas e observadas quando da deliberação colegiada.

As decisões do STJ são dotadas de autoridade por serem revestidas de atributos assegurados pela Constituição, sobretudo, como já mencionado, o de dar a última palavra sobre o sentido da legislação infraconstitucional federal¹²⁶ e assegurar sua unidade no território brasileiro.

[...], historicamente, a maior preocupação do legislador foi a de criar mecanismos para uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Tribunais, em especial dos Superiores (em nome da unidade da federação), corrigindo decisões discrepantes das teses dominantes, mas sem preocupar-se tanto com a vinculação. [...]¹²⁷

Entretanto, aparentemente, resistem as dificuldades de identificação do precedente criado por uma corte superior, para que possa ser aplicado no futuro em casos idênticos, ou seja, nota-se a ausência de delimitação da *ratio decidendi*. Esta dificuldade pode se relacionar ao modelo decisório *seriatim*, o qual foi adotado pelas cortes superiores brasileiras.

Portanto, caso do STJ, não se verifica uma preocupação de se definir, previamente, as questões e temas centrais a serem deliberadas pelo colegiado, tampouco pouco as opções relacionadas aos métodos interpretativos, diretivas e opções valorativas que serão aplicados no desenvolvimento do raciocínio decisório para justificação da solução do caso. A ausência de definição prévia desses critérios contribui para dificultar a identificação e aplicação do precedente judicial formado pelo STJ à casos futuros. Sendo indispensável a definição prévia desses critérios para delimitar as razões determinantes do precedente¹²⁸.

3.1 Precedentes qualificados no STJ

3.1.1 Definição

Após uma revisão da literatura, especialmente exposta no capítulo um deste relatório de pesquisa, o estudo estabelece a premissa de que a definição de precedente (*ratio decidendi*) se

¹²⁶ LEITE, George Salomão; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, Da jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes e de jurisprudência vinculante: Controle de constitucionalidade de súmula vinculante e de jurisprudência vinculante, in: **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318.

¹²⁷ Ibid., loc. cit.

¹²⁸ “O sentido do direito espelha um resultado elaborado a partir de “critérios”. A ausência de prévia e clara fixação do tema a ser decidido, do método de interpretação e das opções valorativas comprometem a possibilidade de identificação do que se decidiu e com base em que se decidiu, ou seja, impossibilitam o delineamento dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*). Em outras palavras, a falta de definição de tais critérios dificulta a aferição de aplicabilidade de um precedente a determinado caso e mesmo de comparação entre dois precedentes”. MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes [libro eletrônico]: compreensão do sistema processual da corte suprema**, 2021, [n.p.].

traduz em uma espécie de norma jurídica construída a partir dos fundamentos determinantes de uma decisão das cortes superiores. Nessa moldura, goza de autoridade para vincular e ordenar a vida social, cuja aplicação deve ser observada pelos juízes e cortes inferiores todas as vezes em que os casos, a estes submetidos, apresentarem a mesma base fático-jurídica.

De acordo com o entendimento do STJ, os precedentes qualificados, dotados de autoridades, são os acórdãos proferidos pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, nos incidentes de assunção de competência, bem como os enunciados de súmulas, nos termos do art. 121-A do RI do STJ.

As decisões proferidas no âmbito dos recursos especiais repetitivos e incidentes de assunção de competência devem necessariamente conter: i) os fundamentos determinantes da questão jurídica discutida, as posições favoráveis e contrárias, bem como a conclusão dos argumentos deduzidos capazes, em tese, confirmar ou infirmar a conclusão pelo órgão julgador; ii) a definição dos fundamentos determinantes; iii) a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque; iv) a solução dada ao caso concreto (art. 104-A do RISTJ, c/c art. 984, §2º e art. 1038, §3º do CPC).

Desses dispositivos nota-se a necessidade de delimitar os fundamentos determinantes do acórdão que resultou na conclusão do órgão julgador, para formar precedentes qualificados no âmbito da corte superior. Essa necessidade reforça a missão constitucional do STJ na fixação de precedentes judiciais para garantir o desenvolvimento do direito e assegurar a uniformidade de interpretação sobre o direito infraconstitucional federal.

Feitas essas breves considerações, será apresentada a seguir a formação dos precedentes qualificados na sistemática dos julgamentos de recursos repetitivos. Esta é uma etapa importante do trabalho, pois repercute na opção metodológica de estudo de caso, a ser visto adiante, no capítulo 4.

3.1.2. Formação

Atualmente, o STJ tem buscado o auxílio do plenário virtual e de ferramentas de inteligência artificial (IA) para conferir maior racionalidade aos julgamentos, bem como otimizar a seleção de casos idênticos para a formação dos precedentes qualificados. Por outro lado, igualmente busca reduzir o número de processos que são submetidos diariamente à sua jurisdição, com o intuito de conferir maior celeridade processual.

É possível observar que os atuais ministros do STJ têm aderido às ferramentas de IA para racionalizar a formação de precedentes judiciais qualificados, uma vez que há diversas alterações regimentais que objetivaram organizar um procedimento específico para formação

de precedente qualificados com auxílio desses instrumentos tecnológicos. Isso, no entanto, parece ter o afastado do seu modelo deliberativo de formação dos precedentes qualificados, lócus indispensável para a melhora da qualidade dos pronunciamentos judiciais.

O Brasil, aliás, parece apresentar uma cultura decisional preocupada apenas com o resultado dos julgamentos e/ou (des)provimento do recurso que adentra no circuito das cortes superiores, sem dar a devida atenção aos fundamentos determinantes da decisão colegiada, lócus onde a *ratio decidendi* está assentada. Nessa moldura, há uma cariz de ineficiência do sistema de precedentes judiciais inserido pelo CPC vigente, seja em razão da resistência em se aceitar esse sistema ou em razão das dificuldades de se identificar as razões de decidir para aplicar em caso idêntico no futuro.

3.2 A força normativa dos regimentos internos dos tribunais superiores brasileiros

Na atualidade prevalece o entendimento da força normativa dos regimentos internos das cortes jurisdicionais brasileiras com aptidão a regular fatos e atos processuais. Sobretudo, em razão da Constituição vigente (art. 96, I, *a*) ter outorgado a essas cortes o poder de regular sua competência e atribuições jurisdicionais e administrativas por meio desses regimentos, desde que não afronte a norma constitucional e infraconstitucional vigente.¹²⁹

Todavia, há autores que defendem que as normas processuais não poderiam ser oriundas de RI, pois é de competência exclusiva da União legislar sobre direito processual, por força do art. 22, I, e art. 24, IX, da Constituição.¹³⁰

Prevalece, entretanto, a corrente que considera o RI como uma espécie de norma processual infralegal com atribuição de regulamentar matérias atinentes a competência e atribuições internas dos órgãos jurisdicionais. A observação é importante, porque, embora o CPC de 2015 seja a principal fonte que verse sobre normas de direito processual, por si não é suficiente e necessita de outras normas para regular fatos e atos processuais.

O CPC deu ênfase ao RI para disciplinar sobre vários assuntos de ordem processual e procedimental: são mais de vinte dispositivos que outorgam esse poder normativo, como por exemplo, o art. 937, IX (que conferiu as cortes a possibilidade de disciplinar com mais vagar

¹²⁹ DIDIER JR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.**, 22^a. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 79. Converte nessa direção OLIVEIRA, Paulo Mendes de, O poder normativo dos tribunais Regimentos internos como fonte de normas processuais., v. 11, 2020, p. 22–23.

¹³⁰ Nesse sentido Paulo Mendes de Olivera elenca as principais vozes contrária ao RI como fonte de norma processual, por todos Mantovanni Colares e José Cretella Junior. Cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, mai.-ago. São Paulo, 2020.

sobre novas possibilidade de sustentação oral)¹³¹. Essa outorga respalda a corrente que defende a força normativa processual do RI, de modo especial em razão da delegação atribuída pelo legislador infraconstitucional para versar sobre nova hipótese de sustentação oral, que exterioriza uma das faces do contraditório e ampla defesa, que são alguns dos valores constitucionais mais caros para o Estado de Direito.

De fato, um olhar atento para o art. 96, I, “a”, da CF/88 não deixa dúvidas sobre a existência de disposições normativas processuais nos regimentos internos, ao menos sobre regras de competência, incluídas neste gênero regras sobre prevenção, reunião e separação de processos, uniformização de entendimentos etc. Trata-se, portanto, de efetiva fonte formal do direito processual.¹³²

Dinamarco explica que os regimentos das cortes brasileiras se apresentam como uma das fontes do direito processual civil, bem como a Constituição Federal, a legislação ordinária federal, os tratados e convenções internacionais (em que o Brasil seja signatários), as constituições e leis estaduais, a jurisprudências e alguns precedentes (para quem estes se aplicam em algumas situações de dentro de certos limites).¹³³

O art. 1036 e seguintes do CPC estabelece, em relação aos processos que sejam representativos de controvérsia cuja questão de direito seja idêntica, que deverão ser julgados sobre a sistemática dos recursos repetitivos com aptidão para formar precedentes qualificados, com a observação do RI de cada corte superior.¹³⁴

Essa constatação está prevista, igualmente, nos §§1º e 2º do art. 104-A do RI do STJ, com a previsão de possibilidade de se adotar diferentes etapas no procedimento deliberativo para delimitar os fundamentos determinantes da causa em julgamento; bem com a definição da atribuição ao presidente do órgão julgador sobre a possibilidade de se convocar o colegiado para uma nova etapa de deliberação apenas para definir esses fundamentos determinantes.¹³⁵

3.2.1 O rito regimental para formação dos precedentes qualificados no STJ

O procedimento deliberativo para julgamento de um recurso especial repetitivo está previsto no art. 256 e seguintes do RI do STJ, com dom para formar precedentes qualificados.

¹³¹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, mai.-ago. São Paulo, 2020, p. 24.

¹³² OLIVEIRA, O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais **Civil Procedure Review**, p. 15.

¹³³ O autor já defendia a natureza processual do RI para tratar de questões *internas corpori*, conforme expressa o art. 96, I, a, da Constituição. Cf. CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido; Teoria geral do processo, 31a. [s.l.]: Malheiros, 2015, p. 123.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Este e outros dispositivos estão disponíveis no site oficial do STJ no seguinte link: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>, (Acesso em 18/05/2023).

Segundo o *caput* do art. 256 do RISTJ, nos casos em que houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, incumbe ao presidente ou vice-presidente das cortes de origem estaduais e regionais federais, selecionar dois ou mais recursos especiais representativos da controvérsia para submeter ao STJ (ficando sobrestado os demais processos que envolvem idêntica questão, até o pronunciamento da corte superior).

Essas cortes de origem, ao selecionar os recursos especiais representativos da controvérsia, devem observar a presença dos requisitos de admissibilidade i) maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; ii) questões de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas; e, iii) divergência, se existente, entre órgãos julgadores da corte de origem – momento que deve ser observada a representação de todas as teses em confronto (§1º, do art. 256 do RISTJ).¹³⁶

Em sede de juízo de admissibilidade recursal, a corte de origem deve, ainda: i) delimitar a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito do recurso especial repetitivo, reportando o código do assunto constante na Tabela Processual Unificada do Conselho Nacional de Justiça; ii) informar, de forma objetiva, a questão fática específica na qual emergiu a controvérsia; iii) indicar os dispositivos legais em que se embasou o acórdão atacado; informar a quantidade de feitos que ficaram sobrestados sobre a mesma questão de direito em tramite no STJ; iv) informar a quantidade de recursos remetidos ao STJ, versando sobre a mesma controvérsia, deve ser identificados de forma individual; v) consignar na parte dispositiva do recurso especial a rubrica de admitido como representativo de controvérsia (exigências do §2º, do art. 256-A do RISTJ).¹³⁷

Esse filtro contribui para que a corte superior possa desempenhar sua função constitucional de fixar precedentes qualificados. O problema de ineficiência deste sistema, no entanto, parece estar na forma como se dá o debate e o julgamento desses processos e isso pode se relacionar ao atual modelo deliberativo *seriatim* adotado pela STJ no julgamento de casos relevantes com condão de formar precedentes qualificados.

Segundo os arts. 256-A e 256-B do RI do STJ, quando esses recursos são aportados no STJ, recebem um selo específico no sistema eletrônico e, após etapas de atuação e classificação, são direcionados ao presidente do STJ. A este compete oficial as cortes inferiores para complementar as informações que reputar necessárias, além de abrir vistas ao Ministério

¹³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>.

¹³⁷ Ibid.

Público Federal (MPF) para, no prazo de até 15 dias, se manifestar precisamente sobre os requisitos de admissibilidade recursal dos representativo de controvérsia.¹³⁸

Infere-se do art. 256-C da norma regimental que, transcorrido o prazo retro, independentemente da manifestação do *parquet* federal, os autos serão conclusos ao presidente do STJ para que decida no prazo de até 20 dias (em despacho irrecurável) sobre a existência ou não dos pressupostos recursais exigidos pelo art. 256 do RI do STJ.¹³⁹

Admitido o recurso especial representativo de controvérsia pelo presidente do STJ, os autos serão distribuídos por dependência aos recursos com idêntica questão de direito, ou, de forma livre, para os demais casos, sendo que em ambas as hipóteses deve haver a publicação em página da corte superior, consignando a descrição da questão de direito e com número sequencial corresponde à controvérsia (art. 256-D do RI).¹⁴⁰

Realizada a distribuição para o relator, este terá até 60 dias úteis para reexaminar e decidir sobre a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso representativo de controvérsia, e poderá: i) rejeitar em decisão fundamentada ausência desses pressupostos; ou, ii) propor a Corte Especial ou à Seção a afetação do recurso especial representativo de controvérsia sob o rito dos recursos especiais repetitivos (art. 256-E do RI do STJ).¹⁴¹

Em caso de inadmissão por ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso especial representativo de controvérsia, o relator indicará, em substituição, um recurso dentre os que estejam em seu acervo ou determinará que a corte de origem remeta ao STJ, em substituição, dois ou mais recursos especiais aptos que tratem da mesma questão de direito.

A corte de origem deve inadmitir o recurso especial que possuir o mesmo impedimento de admissibilidade do recurso especial representativo de controvérsia inadmitido pelo presidente do STJ ou pelo relator no julgamento do recurso representativo de idêntica questão de direito. Mas, aqueles recursos aptos a serem enviados ao STJ, seguirão os mesmos trâmites do recurso representativo de controvérsia.

De outro lado, caso o Relator inadmita o recurso sob o fundamento de que a matéria não é apta para julgamento repetitivo (ou não identificada a multiplicidade de recursos capaz de ensejar na afetação para julgamento na sistemática dos repetitivos) todos os processos suspensos retomarão seu andamento normal (art. 256-F e seguintes do RISTJ).¹⁴²

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

Transcorrido o prazo de que trata o inciso I e II, do art. 256-E do RI, sem que o relator tenha proferido decisão a respeito, tem-se que o recurso especial representativo de controvérsia teve sua indicação rejeitada, nos termos do art. 256-G do mesmo diploma regimental.¹⁴³

Para os casos em que o recurso especial representativo de controvérsia está apto, ou quando houver multiplicidade de processos com idêntica questão de direito nos termos do art. 1.037 do CPC, será submetido pela Seção ou pela Corte Especial para julgamento, sob o rito dos recursos repetitivo (art. 256-I do RI do STJ).¹⁴⁴

Ao relator é assegurado requisitar informações complementares as cortes de origem sobre a questão afetada, bem como autorizar a participação de terceiros (desde que haja representatividade adequada) que poderão se manifestar por escrito ou de forma oral via audiência pública, para subsidiar as informações e opiniões de profissionais especializados que esclareçam os fatos e as questões relevantes que contribuam para formação da convicção e decisão (arts. 256-J e 256-K do RISTJ).¹⁴⁵

Publicada a decisão de afetação, os demais processos com idêntica questão de direito poderão ser remetidos à corte de origem e ficarão sobrestados; caso já distribuídos a um relator, em decisão fundamentada, ou, se ainda não distribuídos, serão devolvidos para a corte de origem por decisão fundamentada do presidente do STJ (art. 256-L do RISTJ).¹⁴⁶

Daí em diante, abrir-se vista ao MPF para, no prazo de até 15 dias, emitir parecer sobre a decisão e, com ou sem manifestação do *parquet*, os autos serão conclusos para o relator elaborar o voto (256-M do RISTJ).¹⁴⁷

Após a liberação do relator, o processo será incluído na pauta de julgamento da Seção ou na Corte Especial. Este terá preferência em relação aos demais casos, salvo em relação a réu preso e pedidos de *habeas corpus* e mandado de segurança. O julgamento do tema repetitivo não poderá exceder ao prazo máximo de um ano, a contar da publicação da decisão de afetação (art. 256-N do RISTJ).¹⁴⁸

Ultrapassado o prazo de oito meses da publicação da decisão de afetação do recurso especial repetitivo, compete ao presidente do órgão julgador oficial o ministro relator ou quem pediu vista para se atentar aos prazos regimentais (parágrafo único do art. 256-P do RISTJ).¹⁴⁹

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

No julgamento de mérito do tema repetitivo o relator ou o ministro relator, na elaboração do acórdão, delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador. Em caso de alteração ou revisão da tese firmada, deverá realizar nova delimitação com os fundamentos determinantes da nova tese. Essa decisão deverá ser comunicada aos demais ministros do órgão julgador, ao presidente do STJ e aos presidentes ou vice-presidentes das cortes de origem (art. 256-Q e seguintes do RISTJ).

O §3º do dispositivo retro, define os requisitos indispensáveis para elaboração do acórdão proferido em sede de recurso especial repetitivo, nos termos do art. 104-A a seguir:

Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:

I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

§ 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa.

§ 2º O Presidente do órgão julgador, identificando que o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s). (BRASIL, 2023, grifo nosso).¹⁵¹

Esse dispositivo regimental merece atenção especial para fins desta pesquisa, pois exige que o acórdão em que se formou o precedente qualificado especifique, expressamente, os fundamentos determinantes da questão jurídica debatida no julgamento, as posições favoráveis e contrárias capazes de confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador, bem como a definição dos fundamentos determinantes do julgado, tese jurídica firmada e a solução do caso concreto.

Infere-se, portanto, que basta fazer referência à necessidade de constar os motivos determinantes no acórdão. Deve-se, primeiro, saber quais os critérios adotados pelos julgadores para delimitação desses fundamentos, bem como se deu o processo de formação, votação e delimitação das razões de decidir do caso para, depois, confirmar ou não, se é preciso repensar

¹⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁵¹ Ibid.

a forma como se dá o procedimento deliberativo para formação de precedentes qualificados no âmbito desta corte superior.

Após a publicação do acórdão proferido sob o rito dos recursos especial repetitivo, os efeitos se produzirão nos demais recursos sobre idêntica questão de direito se i) distribuídos e não devolvidos à origem por conter outras questões afetadas, o relator julgará o recurso, observada a tese firmada no julgamento do mérito do respectivo tema; ii) se ainda não distribuídos e não devolvidos à origem, serão julgados pelo Presidente do STJ; iii) se sobrestados nas cortes de origem, aplicam-se os arts. 1.040 e 1.041 do CPC¹⁵² (art. 256-R do RISTJ).¹⁵³

Para o julgamento e a votação sobre o processo de afetação do recurso especial repetitivo e de admissão do incidente de assunção de competência deverá ser observada, obrigatoriamente, a plataforma eletrônica de julgamento (RI do STJ). Uma vez incluído pelo relator a proposta de afetação ou admissão, o sistema abrirá vista para os demais ministros se manifestarem a respeito da proposta (prazo de 7 dias corridos).¹⁵⁴

¹⁵² Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

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

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

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

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

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

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

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente do tribunal, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso ou de juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

¹⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁵⁴ Ibid.

Nessa oportunidade, deverão averiguar se a matéria a ser deliberada é de competência do STJ, bem como os requisitos genéricos e específicos estão preenchidos. Além disso, devem verificar se não há vício grave que obste o seu conhecimento e sobre a presença da multiplicidade de processos ou potencial multiplicidade no rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, do RISTJ).¹⁵⁵ Os ministros poderão decidir pela não afetação ou admissão para o rito repetitivo ou como assunção de competência e, caso seja entendimento da maioria dos julgadores, os autos retornarão para o relator para decisão (§2º, art. 257-A do RISTJ).¹⁵⁶

Nessa votação, serão considerados somente os votos expressamente manifestados e, caso não seja alcançado o quórum (ou havendo um empate na votação), o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente (art. 257-B do RISTJ).¹⁵⁷

Após sete dias corridos que dispõe os julgadores para manifestarem sobre a proposta de afetação ou admissão, o sistema eletrônico contabilizará os votos e lançará de forma automática na plataforma (que deve conter a parte essencial do julgamento sobre a afetação do processo sob o rito repetitivo). Nessa votação, com a maioria simples de adesão dos ministros, o processo será afetado sob o rito de recursos repetitivo sendo enviado à Corte Especial ou à Seção para julgamento. Uma vez afetado ou admitido, serão incluídos no sistema informatizado do tribunal, com número sequencial referente ao enunciado do tema. Essa decisão deve ser publicada no Diário de Justiça eletrônico (DJe), acompanhada das manifestações dos julgadores (257-C, 257-D e 257-E do RISTJ).¹⁵⁸

3.3 Breves apontamentos sobre o Plenário virtual no modelo decisório das cortes superiores

A emenda constitucional n. 45/2004 introduziu o requisito da repercussão geral nos recursos extraordinário para o STF¹⁵⁹ com o objetivo de reduzir a quantidade de recursos. Em 2007, com a persistência da proliferação de recursos direcionados ao STF, a Emenda Regimental n. 21/2007 estruturou e organizou um ambiente exclusivamente virtual para definir a presença (ou não) da repercussão geral no recurso extraordinário. Esse modo de proceder restringiu a deliberação na corte suprema, pois cada ministro poderia proferir seu voto

¹⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...). § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

individualmente e fora do horário normal da sessão, mediante depósito do voto na plataforma virtual.¹⁶⁰

Em 2010, por meio da Emenda Regimental n. 42/2010, o STF ampliou a utilização do Plenário virtual (PV) para o julgamento do mérito da repercussão geral nos casos em que pudesse referendar a jurisprudência dominante do órgão. Posteriormente, em 2016, por intermédio da Emenda Regimental 51/2016 e da Resolução n. 587/2016 ampliou a possibilidade de julgamento no PV da corte referente aos agravos regimentais e embargos de declaração.

Em 2019, através da Emenda Regimental n. 52/2019 e Resolução n. 642/2019 foram inseridas novas regras procedimentais de julgamento no PV. Mas, somente no ano de 2020, por meio da Emenda Regimental n. 52/2020 é que o Supremo admitiu que todos os processos em cursos poderiam ser julgados no PV a pedido do relator ou revisor. Com a declaração de estado pandêmico global pela COVID19, todas as cortes de justiça brasileiras passaram a atuar por meio do PV.¹⁶¹

O PV foi criado com objetivo específico de resolver problemas quantitativos de processos que chegavam as cortes superiores brasileiras. Nos anais da jurisdição brasileira, especificamente no STF, o plenário virtual era utilizado apenas para analisar uma questão preliminar ao mérito do recurso extraordinário: a existência ou não de repercussão geral¹⁶².

Nesses casos, os ministros se manifestavam coma anuência ou discordância do voto do relator para, no momento seguinte, computar a quantidade de votos favoráveis ou não, a fim de declarar a admissibilidade ou não ao recurso. Paulatinamente a aplicação e o procedimento do PV foram sendo ajustados com o propósito de atender aos anseios da sociedade, dos operadores dos direitos e as regras do devido processo legal previstos no texto constitucional. O contexto pandêmico, entretanto, intensificou a utilização do PV para todos os casos, sejam ações ou recursos em trâmite no sistema de justiça brasileiro¹⁶³.

Em um primeiro momento, a adesão ao PV serviu para resolver questões quantitativas e numéricas de processos ativos no Supremo, alçando para um segundo plano a preocupação com à qualidade dessas decisões. A virtualidade nas deliberações ratifica o modelo *seriatim*

¹⁶⁰ PEREIRA, João Santana dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do, A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas, **Revista de Processo**, v. 329, 2022, p. 372.

¹⁶¹ PEREIRA, João Santana dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do, A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas, **Revista de Processo**, v. 329, 2022, p. 374.

¹⁶² GODOY, Miguel Gualano; ARAÚJO, Eduardo Borges Espinola, A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 12, n. 1, p. 436, 2022, p. 279.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 281.

(somatório de votos) adotado por essas cortes superiores para julgamentos de casos com aptidão para formar precedentes obrigatórios, pois conferem aos membros do colegiado a opção de votar de forma *individualizada*, sem prestigiar a deliberação sobre questões essenciais para adequada solução do caso. Com isso perde-se a oportunidade de delimitar os fundamentos determinantes da decisão final, o que prejudica o pressuposto da ampla deliberação no sistema de precedentes do CPC.

Ao que parece o STJ tem encontrado os mesmos problemas quando se utiliza do PV, isso porque há uma “aparente” deliberação colegiada sobre os contornos dos fundamentos determinantes, o que gera debilidade para o sistema de precedente inseridos pelo CPC.

No âmbito do STJ, o PV é regulado pelos arts. 184-A ao 184-H do seu RI¹⁶⁴, inserido pela Emenda Regimental n. 27 de 2016, que instituiu o julgamento eletrônico de recursos no âmbito da Corte Especial, das Seções e das Turmas, bem como as etapas e os procedimentos a serem observados.

O art. 184-A informa quais os recursos podem ser submetidos ao PV (plenário virtual), quais sejam: i) embargos de declaração; ii) agravo interno; e iii) agravo regimental; e, no art. 184-B do RI do STJ é assegurado o acesso às partes, aos advogados, aos defensores públicos e aos membros do Ministério Público a esses julgamentos eletrônicos, como corolário da garantia constitucional do direito de participação e influência.¹⁶⁵

Facultam aos sujeitos processuais o envio eletrônico das sustentações orais e dos memoriais após a publicação da pauta, em até 48h antes do início do julgamento virtual (§1º, do art. 184-B).¹⁶⁶

O art. 184-C informa quatro etapas das sessões virtuais com: i) inclusão do processo pelo relator, na plataforma eletrônica para julgamento; ii) publicação da pauta no DJe com a informação da inclusão do processo; iii) inícios das sessões virtuais, que coincidirá, preferencialmente, com as sessões ordinárias do colegiados (...); iv) fim do julgamento, que deve ser concluído em até o sétimo dia corrido do início do julgamento.

No que diz respeito ao procedimento para julgamento virtual no STJ, o art. 184-D prevê que o relator incluirá os dados do processo na plataforma eletrônica da corte superior com a indicação do órgão julgador, acompanhado de relatório e do voto do processo. O parágrafo único do artigo estabelece que a pauta será publicada no DJe em cinco dias úteis antes do início

¹⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

da sessão de julgamento virtual (lapso em que os integrantes podem discordar com essa modalidade de julgamento).

Após o prazo, é disponibilizado, de maneira automática, o acesso ao relatório e voto do relator aos demais integrantes do órgão julgador, os quais devem decidir no prazo de sete dias corridos todos os processos incluídos na sessão de julgamento virtual (art. 184-E do RISTJ¹⁶⁷).

O art. 184-F¹⁶⁸ aduz que somente serão computados os votos expressamente manifestados na plataforma eletrônica e que o processo poderá ser excluído da pauta de julgamento virtual quando houver a discordância de apenas um ministro quanto a essa modalidade de julgamento (ou ser suspenso quando não alcançar o quórum mínimo, caso em que será incluído na sessão imediatamente posterior).

O art. 184-H¹⁶⁹ determina que, após o prazo, o sistema computará automaticamente os votos e disponibilizará o resultado do julgamento na plataforma. Esta é uma modalidade de julgamento que parece não contribuir com o adequado diálogo entre os ministros sobre a (s) questão (es) principal (is) do recurso sob julgamento com pretensão de se formar precedentes obrigatórios. Conforme o procedimento, o sistema de votação em série (*seriatim*) não promove um diálogo institucional prévio, profundo e eficiente a priorizar e delimitar os fundamentos determinantes da decisão colegiada.

Também há um enfraquecimento do contraditório e ampla defesa nessa modalidade de julgamento, tendo em vista que as sustentações orais e memoriais são ofertados na modalidade eletrônica conforme art. 184-B do seu RI¹⁷⁰. Disso, resulta em seu exercício em um formato substancial, como no caso de se participar efetivamente do procedimento deliberativo, esclarecendo eventuais dúvidas a respeito de questões sensíveis ou equivocadamente interpretadas.

O prazo de sete dias, corridos, para a conclusão de julgamentos de questões complexas que podem se tornar precedentes obrigatórios denota o enfraquecimento do debate necessário nas deliberações, pois trata-se de um período excessivamente curto.

Não há um debate prévio, tampouco a delimitação das questões, critérios e opções valorativas a ensejar a deliberação dialogada em torno das questões posta em julgamento, pois, não havendo insurgência nos termos do art. 184-D¹⁷¹, o relator depositará na plataforma digital

¹⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

o relatório e voto para o conhecimento de seus pares: um convite prévio à adesão, assim como a comodidade e superficialidade quanto à aparente deliberação colegiada.

Além disso, a virtualização dos julgamentos pode influenciar de forma negativa o processo de tomada de decisão dos julgadores nas cortes superiores diante de influências externas como, por exemplo, a pressão pública em razão da publicidade deste modelo deliberativo. Assim, o aumento de visibilidade pode aumentar o receio do julgador de gerar arrependimentos por suas escolhas decisórias reduzindo a prolação de votos divergentes e debates mais profícuos¹⁷².

3.4 O uso da inteligência artificial na formação dos precedentes qualificados no STJ

O mundo contemporâneo convive com abruptas transformações de ordem econômica, política, social e tecnológica. Esta última tem impactado direta e indiretamente o sistema de justiça brasileiro, sobretudo com a adesão de ferramentas de inteligência artificial pelas cortes superiores para otimizar os trabalhos e garantir maior celeridades aos pronunciamentos jurisdicionais¹⁷³.

Embora o objetivo principal da presente pesquisa discutir sobre o modelo de decisão colegiada do STJ para o sistema de precedentes judiciais inseridos pelo CPC de 2015, o uso da inteligência artificial como ferramenta para o melhoramento da racionalidade dos julgamentos parece ser um debate paralelo que merece atenção.

O STJ aderiu às diversas ferramentas de IA com objetivo de conferir maior racionalidade nos julgamentos e celeridade nos pronunciamentos. Essa adesão pode ser explicada em razão das cortes superiores brasileiras figurarem como cortes com elevado número de processos, o que exige uma carga de trabalho exaustiva e que pode impactar na qualidade do trabalho desenvolvido por seus membros.

Para se ter uma ideia da quantidade processos submetidos ao STJ nos últimos anos, é possível extrair do boletim eletrônico da corte superior a seguinte figura:

¹⁷² MORAES, Daniela Marques de. M.; OLIVEIRA, Laís de. A virtualização dos julgamentos dos tribunais superiores e as consequências no processo de cognição decisória. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 83–97, Brasília, 2023, P. 90.

¹⁷³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso; MARCHIORI, Marcelo Ornellas, O projeto Athos de inteligência artificial e o impacto na formação dos precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça in LUCON; Paulo Henrique dos Santos; NUNES, Dierle; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**, Salvador: Juspodivm, 2021, p. 801

2. Processos recebidos

Após apresentar intenso aumento de 18,74% (64.505) em 2021, se recuperando de forte queda no ano da pandemia, os processos recebidos no STJ se mantiveram estáveis em 2022 com pequena queda de 0,97% (3.941) em comparação com o ano anterior (figura 1).

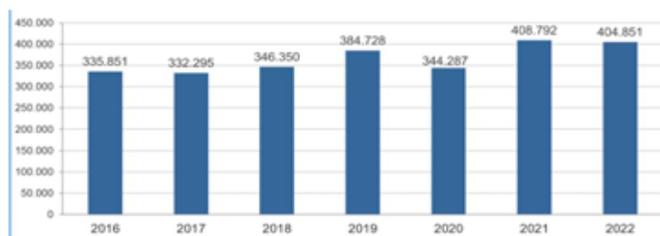


Figura 1. Série histórica dos processos recebidos pelo STJ.

Do total de recebidos, 250.996 (62,00%) foram oriundos dos tribunais de justiça, sendo 81.592 (20,15%) do TJSP, o tribunal de justiça com maior demanda, seguido pelo TJMG 22.147 (5,47%) e pelo TJRS 20.633 (5,10%) (figura 2). Outros 98.785 (24,40%) são oriundos do próprio STJ; 54.683 (13,51%) são dos tribunais regionais federais e o restante da justiça especializada 390 (0,10%).

Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/boletim>

Fonte:
STJ.

Após forte queda de no número de processos no STJ, devido a COVID-19 no ano de 2020, se percebe um aumento expressivo nos anos de 2021 e 2022. Essa é uma variável importante a se considerar relacionada à qualidade dos trabalhos dos membros do tribunal. Segundo Sanseverino e Marchiori a utilização de ferramentas IA pela corte superior se mostra indispensável para o cumprimento de sua missão constitucional:

A inteligência artificial constitui uma nova ferramenta à disposição do STJ para realização de sua missão constitucional, garantindo maior previsibilidade acerca dos seus precedentes (segurança jurídica) e permitindo, como consequência, uma atividade jurisdicional mais célere não apenas na perspectiva do julgamento individualizado dos processos, mas também uma solução uniforme para as demandas semelhantes em tramitação em todo Poder Judiciário brasileiro¹⁷⁴

Para os autores o STJ promoveu importantes alterações regimentais incorporando ferramentas de IA para conferir maior racionalidade nos julgamentos, prestigiando os postulados da segurança jurídica, isonomia e previsibilidade de seus pronunciamentos¹⁷⁵.

Entre as ferramentas de IA incorporada no âmbito do STJ, destaca-se o sistema Athos (homenagem ao Ministro Athos Gusmão Carneiro) como uma das principais ferramentas para identificação, em curto espaço de tempo, de grupos de processos idênticos ou semelhantes entre o elevado número de processos que são encaminhados diariamente no STJ¹⁷⁶.

Esse sistema se apresenta como importante instrumento de otimização de trabalhos na corte superior, auxiliando a Comissão Gestora de Precedentes na seleção de casos penosos de

¹⁷⁴ SANSEVERINO; MARCHIORI, O projeto Athos de inteligência artificial e o impacto na formação dos precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça, **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**, 2021, p. 805.

¹⁷⁵ Ibid., p. 807-808.

¹⁷⁶ Ibid., p. 818.

ser afetados para formar precedentes qualificados. Todavia, não se pode afirmar que a utilização de IA pelo STJ melhorou a qualidade de suas decisões judiciais (precedentes qualificados);

Não raramente, há julgados das cortes inferiores que não observam os precedentes qualificados outrora firmados pela corte superior e isso pode ocorrer diante das dificuldades de se identificar com clareza as razões determinantes do precedente, o que resulta em ineficiência do sistema de precedentes judiciais – premissa estabelecida como questão norteadora deste estudo.

A gênese do problema pode estar na forma como se dá o debate, bem como a falta de escolha prévia dos critérios, diretivas e opção valorativas que cada intérprete irá adotar para construção de seu raciocínio decisório. E essa forma de proceder não contribui para o diálogo e o consenso na formação da *ratio decidendi*. Ou seja, mesmo com a utilização dessas ferramentas, é preciso incorporar uma mudança na forma como se dá a deliberação colegiada nas cortes superiores para formação de precedentes qualificados, de modo a buscar a eficiência do sistema de precedentes previsto no CPC vigente.

4 DISCUSSÃO DO PRECEDENTE QUALIFICADO: JULGAMENTO E FIXAÇÃO DO TEMA REPETITIVO N. 1076 DO STJ

Esta etapa da investigação tem uma abordagem empírica, isto é, apresenta um estudo sobre um caso concreto de tema repetitivo submetido ao STJ. Neste propósito, a intenção é estabelecer um diálogo entre os pressupostos teóricos expostos ao longo do relatório de pesquisa até o capítulo três e a experiência materializada, fora do campo ideal, em julgado do STJ.

O capítulo tem o escopo de investigar os fundamentos determinantes que se apresentaram compartilhados pela maioria do colegiado da Corte Especial do STJ com aptidão para a formação do precedente qualificado. Assim, se mostra necessária a apresentação do debate, discussão e raciocínio decisório utilizados por cada ministro da Corte Especial, sejam favoráveis ou contrários à tese vencedora.

Em 16/03/2022 a Corte Especial do STJ deliberou sobre quatro recursos especiais afetados para julgamento na sistemática do recurso repetitivo nos termos dos arts. 256 ao 256-X do RI desta Corte Superior. Para os julgamentos foram observados os recursos especiais afetados a seguir: REsp nº 1850512/SP; REsp 1877883/SP; REsp 1906623/SP e REsp1906618/SP.

O Resp. nº 1850512/SP julgado pelo rito repetitivo na Corte Especial e que deu azo à fixação da tese jurídica n. 1076, na origem, diz respeito à insurgência recursal da empresa Plastoy Industrial de Plástico Ltda. contra uma decisão colegiada proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) nos autos de uma ação anulatória de auto de infração lançado pela Fazenda do Estado de São Paulo¹⁷⁷.

Realizados os trâmites regimentais e legais de processamento do recurso especial repetitivo, foi encaminhada ao ministro Og Fernandes a tarefa de condução e elaboração do voto vencedor que ensejou na formação do precedente qualificado (conforme previsão do art. 121-A do RI do STJ)¹⁷⁸. Para o julgamento, foi observado o rito regimental definido nos artigos 257 a 257-E do RI do STJ – que versa sobre a proposta de afetação realizada pelo relator para

¹⁷⁷ Apelação - Procedimento comum - Autuação fiscal de empresa por creditamento supostamente indevido de ICMS - Notas fiscais emitidas por empresa posteriormente declarada inidônea - Pretensão à anulação do AIIM - Possibilidade - Indícios de veracidade das operações e boa-fé do contribuinte - Compras realizadas antes da declaração de inidoneidade - Aplicação do entendimento constante no Recurso Repetitivo n. 1.148.444/MG - Inteligência do Enunciado n. 509 da Súmula do C. STJ - Honorários advocatícios – Majoração Equidade - Sentença de procedência parcialmente reformada - Recurso da Ré desprovido e dos patronos da Autora parcialmente provido.

¹⁷⁸ Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

juízo do feito à sistemática do rito repetitivo, desde que presente os requisitos necessários nos termos do §§1º, 2º e 3º do art. 257-A do RI do STJ¹⁷⁹.

No caso em análise, foram afetados para julgamento no rito repetitivo o i) REsp nº 1850512/SP; ii) REsp 1877883/SP; iii) REsp 1906623/SP; e, iv) REsp1906618/SP.¹⁸⁰

Após essa fase, a etapa preparatória foi iniciada para o julgamento do recurso especial repetitivo na Corte Especial do STJ, momento que o ministro relator autorizou a participação dos amigos da Corte (*amicus curiae*) (art. 256-J do RI do STJ): Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal; a União; Instituto Brasileiro de Direito Processual; Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e o Colégio Nacional de Procuradores Gerais do Estados e do Distrito Federal.

A questão que estava submetida ao julgamento se tratava da definição do alcance da norma do art. 85, §8º do Código de Processo Civil nas demandas em que o valor da causa (ou o proveito econômico da demanda) fossem elevados:

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.¹⁸¹

Nesse julgamento, a tese jurídica firmada em recurso repetitivo ficou definida:

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo".¹⁸²

¹⁷⁹ Art. 257-A. Incluída pelo relator, em meio eletrônico, a proposta de afetação ou de admissão do processo à sistemática dos recursos repetitivos ou da assunção de competência, os demais Ministros do respectivo órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar sobre a proposição. § 1º Para a afetação ou admissão eletrônica, os Ministros deverão observar, entre outros requisitos, se o processo veicula matéria de competência do STJ, se preenche os pressupostos recursais genéricos e específicos, se não possui vício grave que impeça o seu conhecimento e, no caso da afetação do recurso à sistemática dos repetitivos, se possui multiplicidade de processos com idêntica questão de direito ou potencial de multiplicidade. § 2º Caso a maioria dos Ministros integrantes do respectivo órgão julgador decida, na sessão eletrônica, pelo não preenchimento dos requisitos previstos no § 1º, a questão não será afetada ou admitida para julgamento repetitivo ou como assunção de competência, retornando os autos ao relator para decisão. § 3º Rejeitada a proposta de afetação ou de admissão porque a questão não é de competência do STJ, a matéria discutida no processo não será objeto de nova inclusão para afetação ou admissão eletrônica.

¹⁸⁰ Informações disponíveis no site oficial do Superior Tribunal de Justiça pelo link: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=1076

¹⁸¹ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

¹⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Tema Repetitivo 1076**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=1076

O acórdão do julgamento, que resultou na formação do precedente qualificado e da tese jurídica, foi publicado em 31 de maio de 2022 – marco temporal para a vinculação na ordem jurídica (ANEXO I).

No julgamento, participaram e proferiram votos os ministros Og Fernandes (na condição de relator) e a ministra Nancy Andrighi, que inaugurou a divergência apresentando voto-vista, acompanhada pelas ministras Maria Isabel Gallotti, Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin.

De outro lado, os ministros Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques acompanharam o voto do ministro relator para fixar a tese repetitiva nº 1076, assim como conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Não participaram desse julgamento, por estarem impedidos, ausentes ou licenciados os ministros Sérgio Kukina, impedido o Ministro Francisco Falcão, com ausência justificada os Ministros Francisco Falcão e Paulo de Tarso Sanseverino, e licenciado o Ministro Felix Fischer, convocado o Ministro Sergio Kukina.

O ministro relator do caso estabeleceu as balizas dos fundamentos determinantes da questão fático-jurídica debatida, bem como a suma das manifestações das partes litigantes e dos *amicus curiae*. Além disso, registrou em tópico específico do seu voto os fundamentos determinantes do julgado (definição do precedente qualificado) em atendimento ao inciso II, do art. 104-A do RI do STJ cumulado com os art. 984, §2º, e 1.038, § 3º do CPC. Segundo o relator, tal feito é de competência da Corte Especial por ser de interesse dos órgãos que compõem as Seções de Direito Público e Privado.

No caso da controvérsia apresentada, tem-se de um lado uma empresa privada que ajuizou uma ação anulatória de auto de infração lavrada pelo Fisco Fazendário do Estado de São Paulo – cuja sentença julgou procedente os pedidos constantes na inicial para declarar a anulação do auto de infração – que decidiu pela inexigibilidade do pagamento de tributo, das penalidades e consectários legais, com proveito econômico perto de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) em 2009, sem correção monetária.

Nessa decisão, os honorários sucumbenciais foram fixados no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) aos advogados da parte vencedora. Inconformados pelo baixo valor, interpuseram recurso de apelação para o TJSP, que ensejou na majoração dos honorários para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Com a persistência do baixo valor, interpuseram um recurso especial para o STJ, registrado o REsp n. 1850512/SP.

4.1 Os fundamentos determinantes do voto do Ministro Relator Og Fernandes

Da leitura do inteiro teor do voto do eminente Relator Og Fernandes é possível extrair basicamente quatro ou cinco premissas centrais levadas em consideração para construção do seu raciocínio decisório: **i)** interpretação literal da regra contida no §8º, do art. 85 do CPC/15, pois, goza de clareza e precisão, bem como atribuindo o caráter excepcional e subsidiário ao dispositivo em análise; **ii)** o entendimento dominante da Segunda Seção do STJ sobre a questão debatida, considerando ser os fundamentos que melhor atendem a intenção do legislador infraconstitucional; **iii)** a regra instituída pelo legislador infraconstitucional via CPC, evitando-se ingerência do Poder Judiciário com o propósito de desvirtuar a intenção do parlamento, sob pena de ruir o postulado da separação dos poderes; **iv)** evitar a invocação dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade para relativizar a norma legal instituída pelo legislador, sob fundamento de conferir melhor interpretação que resguarde o interesse público.

Essas premissas podem ser extraídas de diversas passagens de seu voto, conforme excertos a seguir:

(...). O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 - de acordo com a apreciação equitativa do juiz - em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos:

- 1) Proveito econômico irrisório ou inestimável, ou
- 2) Valor da causa muito baixo.

Portanto, a fixação dos honorários por apreciação equitativa do magistrado apenas deve ocorrer se, no caso concreto: i) o valor da condenação for irrisório; ii) não havendo condenação, o proveito econômico pretendido com a demanda for irrisório; iii) não for estimável o proveito econômico, ou seja, não for possível aferir qual o montante pecuniário obtenível com a vitória na demanda. (...).¹⁸³

Nesse contexto, é possível considerar que o relator entendeu que a regra insculpida no § 8, do art. 85 do CPC não deixa margem para dúvida e, portanto, requer pouca intervenção do Poder Judiciário quanto à necessidade de se conferir sentido que extrapole a intenção atribuída pelo legislador infraconstitucional. Até porque ao Judiciário é reservada uma atividade complementar a do Parlamento na atividade de desenvolver e se assegurar a unidade ao direito e, diante da clareza da norma legal, não haveria motivo para restringir sua aplicação ou conferir interpretação destoante da intenção dos legisladores.

O ministro relator afirmou que a clareza e precisão do dispositivo legal afastaria qualquer tentativa do intérprete de extrapolar os limites mínimos presente em seu enunciado

¹⁸³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 24.

prescritivo, bem como não se deveria desconsiderar a intenção exteriorizada pelo legislador. Nesta perspectiva, a melhor solução seria reconhecer o caráter subsidiário e excepcional para a fixação dos honorários advocatícios pelo critério da equidade, o que não exige maiores esforços do intérprete. No voto, apresenta relevância da manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil, com o intuito de reforçar a dispensa de se realizar uma interpretação extensiva diante da precisão do enunciado em controvérsia.

Como ponto de partida para estabelecer sua segunda premissa, o ministro informa que a Segunda Seção do STJ já possui entendimento firmado sobre a questão, que já teria sido objeto de diversos debates e reflexões em Plenário:

(...). E, ainda, elucidativo precedente proferido no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, no mesmo sentido aqui propugnado, veja-se: (...) **3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base**

de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (REsp n 1.746.072/PR, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, relator para Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe de 29/3/2019 - *grifou-se*).

O entendimento dominante no âmbito da Segunda Seção do STJ, como se vê, vai no sentido de conferir caráter meramente subsidiário à apreciação equitativa, não a aplicando quando o valor da causa ou o proveito econômico forem elevados.

Saliente-se que já venho decidindo monocraticamente dessa maneira, conforme se observa dos seguintes precedentes, entre outros: AREsp n. 1.525.502, DJe de 8/8/2019; REsp n. 1.808.119, DJe de 6/8/2019; REsp n. 1.715.942, DJe de 6/8/2019;

REsp n. 1.819.078, DJe de 28/6/2019; REsp n. 1.809.037, DJe de 24/6/2019; REsp n. 1.740.798, DJe de 7/6/2019.¹⁸⁴

Para o relator, a questão posta em julgamento na sistemática de recurso repetitivo é sobre matéria segundo a qual havia se debruçado a Segunda Seção do STJ e que, no seu entendimento, deve ser mantido a interpretação do órgão, por estar de acordo com a Constituição vigente e a intenção do legislador infraconstitucional.

Para desenvolver sua terceira premissa, o relator estabeleceu pretendeu a relação harmoniosa entre a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no desenvolvimento do direito, sem ensejar em invasão e ruptura no cumprimento de suas missões constitucionais conferida pela Constituição. Nesse intuito, apresentou as considerações da doutrina e das entidades participantes como *amicus curiae*:

Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

Corroborando o afirmado, a lição doutrinária de **Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques** [os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (Relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT). *Revista de Processo*. Vol. 232/2014, p. 413-421, jun/2014.], que já antecipavam a solução da problemática ainda durante o trâmite do projeto do CPC/2015: Aqui, a versão atual do Projeto mantém a inovação nos critérios de cálculo dos honorários de sucumbência em desfavor da Fazenda Pública quando houver condenação desta (isto é: imposição de obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar). **Pelo regramento atualmente vigente (regida pelo art. 20, § 4.º, do CPC), não há limites máximos ou mínimos para a fixação de honorários em desfavor da Fazenda Pública. Tal fixação se sujeita a apreciação equitativa do juiz, o qual deve considerar os elementos constantes do art. 20, § 3.º, quais sejam: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nos termos § 8.º do art. 85** (“Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º”), **percebe-se que tal método não mais se aplica à Fazenda Pública como regra. Todavia, nada impede, por outro lado que, excepcionalmente, e desde que preenchidas efetivamente as condicionantes do § 8.º acima transcrito (proveito econômico de valor inestimável ou irrisório ou baixíssimo valor da causa), os honorários a serem eventualmente arbitrados em desfavor da Fazenda Pública sigam tal método.** (*grifou-se*)

No mesmo sentido, já na vigência do CPC/2015, a doutrina de **Cristiane Mendonça** (Honorários advocatícios de sucumbência nas ações tributárias e o § 8º do art. 85 do CPC. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. Vol. 17/2019, p. 17-40, Mar-Abr/2019.):

A partir de uma análise conjunta dos enunciados prescritivos veiculados no § 8º do art. 85 e no parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), vemos que **o órgão judiciário só está autorizado a arbitrar honorários advocatícios com base**

¹⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 25-26).

na equidade em três e somente três situações: i) proveito econômico inestimável; ii) proveito econômico irrisório; iii) valor da causa muito baixo.

(...).

Portanto, concluímos que a fixação de honorários advocatícios, com base em juízo de equidade, fora das hipóteses legais, nas causas em que a Fazenda Pública figura como parte, implica injustificada negativa de vigência às cuidadosas prescrições fixadas no § 3º do art. 85 do CPC (LGL\2015\1656) e restabelece toda a celeuma experimentada na pragmática jurídica sob à égide do Código Processual de 1973 [art. 20, § 4º]. (*grifou-se*)

Percebe-se claramente que o legislador tencionou, no novo diploma processual, superar jurisprudência firmada pelo STJ no que tange à fixação de honorários por equidade quando a Fazenda Pública fosse vencida, o que se fazia com base no art. 20, § 4º, do CPC revogado.

O fato de a nova legislação ter surgido como uma reação capitaneada pelas associações de advogados à postura dos tribunais de fixar honorários em valores irrisórios, quando a demanda tinha a Fazenda Pública como parte, não torna a norma inconstitucional nem autoriza o seu descarte.

Nesse sentido, a doutrina de **Frederico Koehler** (*In: ALVIM, Angélica Arruda et al* (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.):

O art. 85, § 3º, criou faixas de percentuais para a fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública for parte. É uma clara reação ao criticável costume de fixar-se honorários em valores irrisórios quando a Fazenda Pública figura como parte na demanda. Era comum, na vigência do CPC/73, a fixação dos honorários em R\$ 1.000,00 ou R\$ 2.000,00, quando o valor da condenação da Fazenda Pública era superior a R\$ 100.000,00, o que gerava indignação nos advogados. O dispositivo em estudo vem, em boa hora, corrigir tal postura. Além disso, havia um claro tratamento bem mais benéfico, quando a Fazenda Pública era condenada, em relação aos casos entre particulares. Não há razão para um tratamento diferenciado da Administração Pública nesses casos, sob pena de caracterizar-se quebra da isonomia. (*grifou-se*)

A atuação de categorias profissionais em defesa de seus membros no Congresso Nacional faz parte do jogo democrático e deve ser aceita como funcionamento normal das instituições. Foi marcante, na elaboração do próprio CPC/2015, a participação de associações para a promoção dos interesses por elas defendidos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei n. 13.256/2016, com notória gestão do STF e do STJ pela sua aprovação. Apenas a título ilustrativo, modificou-se o regime dos recursos extraordinário e especial, com o retorno do juízo de admissibilidade na segunda instância (o que se fez por meio da alteração da redação do art. 1.030 do CPC). Além disso, há que se ter em mente que o entendimento do STJ fora firmado sob a égide do CPC revogado. Entende-se como perfeitamente legítimo ao Poder Legislativo editar nova regulamentação legal em sentido diverso do que vinham decidindo os tribunais. Cabe aos tribunais interpretar e observar a lei, não podendo, entretanto, descartar o texto legal por preferir a redação dos dispositivos decaídos. A atuação do legislador que acarreta a alteração de posicionamento firmado na jurisprudência não é fenômeno característico do Brasil, sendo conhecido nos sistemas de *Common Law* como *overriding*. Colhese trecho elucidador da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP como *amicus curiae* sobre o ponto: Os textos normativos são elaborados, discutidos e aprovados pelo Parlamento, e não pelo Judiciário. O Legislativo, que expressa a vontade popular, edita enunciados normativos que são interpretados pelo Judiciário. O texto, embora passível de interpretação, contém o ponto de partida, não devendo o Judiciário afastar-se dos elementos semânticos e sintáticos mínimos dos enunciados aprovados pelo Legislativo. (...). Esses e vários outros exemplos denotam que **o legislador pode editar diplomas normativos que contenham enunciados contrários ao entendimento até então prevalecente na jurisprudência. Não há abuso nem ofensa à boa-fé do legislador em aprovar leis que contenham novidade ou alterem o quadro normativo, impactando no entendimento jurisprudencial dos tribunais.**

Isso está longe de ser abusivo. Essa é, na verdade, a função típica do legislador. (...) Aliás, é tão comum, até mesmo nos sistemas de *common law*, o legislador atuar para alterar entendimento jurisprudencial que a isso se chama *overriding*: a mudança de orientação jurisprudencial a partir da mudança legislativa.

O parecer do MPF no REsp n. 1.850.512/SP corrobora o raciocínio desenvolvido: Do exposto, forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva da regra contida no 8º do art. 85 do CPC, sob pena de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário (violação do princípio da separação dos poderes), e de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica)¹⁸⁵

Em seu entendimento, atribui-se ao Judiciário a função de interpretar o texto legal produzido pelo Parlamento, quando diante de enunciados prescritivos dotados de termos vagos e indeterminados que possam ensejar em polissemia de sentidos. Assim, nesses casos, o Judiciário assumiria sua função de atribuir sentido ao texto em conformidade com a Constituição, garantido a um só tempo o desenvolvimento e unidade do direito.

Contudo, esse modo de proceder não pode ser adotado livre de critérios mínimos a serem observados pelo Estado-juiz ao interpretar o texto legal, pois devem ser levados em consideração os elementos semânticos e sintáticos mínimos contidos no texto de lei e aprovados pelo parlamento – ou seja, não se deve desconsiderar a intenção do legislador para não se implicar em usurpação e violação do postulado da separação dos poderes estatuída pelo art. 2º da Constituição.

Para desenvolver a quarta premissa, o ministro estabelece que o intérprete judicial não pode invocar, discricionariamente, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade para relativizar uma regra geral imposta pelo Legislativo, ainda que evoque a justificativa de resguardar o interesse público envolvido.

(...). Não se pode alegar que o art. 8º do CPC ("Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.") permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispositivos forem elevados.

O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do art. 85, mesmo porque só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC. No ponto, transcreve-se trecho da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP:

Assim, sob a égide do atual CPC, a fixação de honorários por apreciação equitativa passou a ser excepcional, apenas para casos de valor inestimável ou irrisório. E, nos termos do parágrafo único do art. 140 do próprio CPC, “o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. **O parágrafo único do art. 140 do CPC contém uma norma de habilitação, assim denominada por habilitar o órgão para o exercício**

¹⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 27.30.

de uma função específica e tipificada. É norma que contém uma atribuição de poder. Toda atribuição de poder ou de competência representa, a um só tempo, uma autorização e uma limitação. Quem age sem autorização normativa transgredir a norma, produzindo ato contrário ao direito. Enfim, a norma autoriza a decisão por equidade e, ao mesmo tempo, impõe uma limitação, no sentido de que, quando não autorizado expressamente, o uso da equidade está expressamente vedado.

No caso dos honorários de sucumbência, sua fixação por equidade só está autorizada quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou quando o valor da causa for muito baixo. Não se autoriza seu uso para os casos de valores muito altos ou expressivos. Na verdade, em tais casos, justamente por não estar autorizado, está vedado o uso da equidade. (*grifou-se*)

Ainda sobre os limites da decisão por equidade, faz-se mister transcrever trecho do parecer da ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP como *amicus curiae*:

56. O Código de 2015, ao reger de maneira detalhada a fixação de honorários contra a Fazenda Pública, inclusive em casos de elevado valor, tornou institucionalmente claras e previsíveis as despesas sob essa rubrica. Da mesma forma, **ao trazer regramento expresso no qual se autoriza, excepcionalmente, o uso da equidade, tornou imperativa a conclusão, decorrente da boa técnica hermenêutica, de que, nos casos nos quais inexistir atribuição de poder para uso da equidade, ela é proibida.** (*grifou-se*)

O MPF trouxe o seguinte argumento quanto à questão dos limites da interpretação em seu parecer no REsp n. 1.850.512/SP: **Ao intérprete não é dado elastecer a letra da lei para dela extrair comando contrário a sua própria essência.** “In claris cessat interpretativo”, reza o antigo brocardo, sem embargo, evidentemente, do dever de o magistrado aplicar a norma de forma casuística, moldando-a – todavia não a corrompendo, revogando-a ou alterando-a segundo sua vontade ou valores pessoais – ao caso concreto (REsp 1.746.072/PR, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, relator para Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe 29/3/2019 - *grifou-se*)

O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do advogado vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa – como defendido pelo *amicus curiae* COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL – CONPEG – deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo.

Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019, anteriormente citado), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados.

O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se eleva o proveito econômico. Impedisse, assim, que haja enriquecimento sem causa do causídico da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo

de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.¹⁸⁶ (STJ, 2022, p.30-32).

O ministro considerou não existir motivo para dar interpretação diversa à literalidade do comando normativo contido no §8º, do art. 85 do CPC sob o argumento de conferir interpretação conforme para melhor atender o interesse público envolvido que no caso concreto trata-se de evitar que os cofres públicos arquem com honorários advocatícios vultuosos quando o valor da causa for elevado. Nesta perspectiva, assinalou as argumentações expostas a seguir.

O legislador se ocupou estabeleceu no Código de Processo Civil um regramento específico para a fixação de honorários advocatícios nos casos em que a Fazenda Pública for sucumbente, de forma a contemplar menos oneração para os cofres públicos, conforme se nota do §3º do art. 85 do CPC.¹⁸⁷

O CPC de 2015 disciplinou a utilização da equidade pelo Estado-juiz apenas nos casos em que a lei expressamente autoriza, conforme prevê o parágrafo único, do art. 140, que diz: “Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.¹⁸⁸

Ao intérprete judicial ficou reservado decidir com base na equidade apenas nos casos admitidos em lei. Assim, dentre as hipóteses prevista pelo legislador infraconstitucional no art. 85 do CPC, apenas, e tão exclusivamente, admite-se decidir com base em equidade nos casos do §8º, a saber: “§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”¹⁸⁹

Nos termos desse dispositivo legal, a fixação de honorários sucumbenciais com base no juízo de equidade ficou restrita para os casos cuja o valor da causa fosse muito baixo ou o proveito econômico fosse inestimável ou irrisório. Não se deve relativizar a norma para aplicar

¹⁸⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 30-32.

¹⁸⁷ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

¹⁸⁸ BRASIL, **Código de Processo Civil**.

¹⁸⁹ Ibid.

às causas de elevado valor econômico quando a parte sucumbente for Fazenda Pública, tendo em vista que os feitos que envolvam o erário público têm regramento menos oneroso e mais vantajoso.

Segundo o relator, a invocação desenfreada da razoabilidade e proporcionalidade banaliza a função normativa dos princípios no Estado de direito, que não raras vezes são invocados para sanar situações em que não haja previsão legal ou nos casos em que haja colisão entre princípios de idêntica grandeza possíveis de ser aplicado no caso concreto, porém, com soluções diferentes. Nesses casos se mostra importante utilizar-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para encontrar a melhor solução, conforme é possível verificar na passagem de seu voto (em que cita trecho do parecer proferido pela ANNEP):

66. Da mesma forma, a utilização da equidade para fixar honorários advocatícios sucumbenciais sob o fundamento dos princípios ou postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade não parece reproduzir com fidedignidade o raciocínio da doutrina especializada no tema.

67. Primeiro, porque a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade serve primordialmente para situações não regradas, nas quais e diferentes princípios jurídicos apontam para soluções distintas, exigindo sua compensação recíproca para alcançar solução que melhor efetive as normas em jogo. Diante da colisão de princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade apresentam-se como medidas para talhar a melhor solução do caso.¹⁹⁰ p. 32-33

Para o relator, os percentuais definidos no §2º, do art. 85 do CPC, possuem caráter pedagógico e inibe o ajuizamento de ações aventureiras, contribuindo com o desafogamento de ações aportados no Poder Judiciário e redução de lides temerárias.

Assim, eventual interpretação extensiva do §8º, do art. 85 do CPC, para aplicar nos casos em que a Fazenda Pública for sucumbente, especialmente quando o valor da causa for muito elevado, estaria abrindo-se as portas do Poder Judiciário para aportar lides temerárias em razão da redução do ônus pecuniário em caso de perda no processo. Dito de outra forma, o relator expressa que se retira o caráter pedagógico e sancionador para se admitir uma enxurrada de ações temerária:

“(…) A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento, portanto, não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei. No ponto, assiste razão ao *amicus curiae* IBDP, quando afirma que “*esse dado já foi levado em consideração pelo legislador, que previu 'a natureza e a importância da causa' como um dos critérios para a determinação do valor dos honorários (art. 85, § 2º, III, do CPC), limitando, porém, a discricionariedade judicial a limites percentuais. Assim, se tal elemento já é considerado pelo suporte fático abstrato da norma, não é possível utilizá-lo como se fosse uma condição extraordinária, a fim de afastar a incidência da regra*”. Idêntico raciocínio se aplica à hipótese de trabalho reduzido do advogado vencedor, uma vez que tal fator é considerado no suporte fático abstrato do art. 85, §

¹⁹⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 32-33

2º, IV, do CPC ("o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço").

Cabe ao autor - quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos - ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido. O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação.

É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente extintas. Ocorre que tais execuções muitas vezes são propostas sem maior escrutínio, dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegitimidade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura.

A fixação de honorários por equidade nessas situações - muitas vezes aquilatando-os de forma irrisória - apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota. Leia-se o trecho da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP:

A correta aplicação das normas sobre honorários inibe uma litigância desenfreada e estimula a litigância responsável, exigindo maior cuidado dos profissionais que atuam no contencioso judicial. Aplicar o § 8º do art. 85 do CPC em casos de valores excessivos contribui para uma litigância irresponsável, sem cuidado, permitindo que se formule qualquer pretensão, ainda que desprovida de fundamento ou sem respaldo probatório, já que as consequências serão brandas. **A aplicação indevida do § 8º do art. 85 do CPC contém um efeito pedagógico negativo: estimula a litigância desenfreada, irresponsável e inconsequente.** (*grifou-se*)

Em parecer anexado ao REsp n. 1.877.883/SP, solicitado pelo Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Ellen Gracie Northfleet e Mauro Eduardo Vichnevetsky Aspís expõem: 43. Neste sentido, manifestou-se o Ministro do STJ Sebastião Reis Júnior no julgamento dos EDcl na AR 3570, “a questão de honorários não pode ser encarada como simples remuneração do causídico, mas também como questão de política judiciária, demonstrando para a parte sucumbente que **a litigância impensada e, às vezes, irresponsável tem um custo. Honorários insignificantes e irrisórios, na verdade, constituem um incentivo a essa litigância desenfreada que toma conta da Justiça brasileira**, tendo em vista que não traz nenhum ônus maior à parte, em especial àquelas que, como a autora/embargada, já possuem em seu quadro advogados, não tendo gasto nenhum com a contratação de causídicos para a propositura de ações fadadas ao insucesso”. (*grifou-se*)

Luis Inácio Lucena Adams, Mauro Pedrosa Gonçalves e Luciano Benetti Timm, em parecer anexado ao REsp n. 1.877.883/SP a pedido do CFOAB, afirmam: 102. Mauro Pedrosa Gonçalves (ora segundo Parecerista) e Daniela Peretti D'Ávila destacam que, "antes de decidir pelo ajuizamento de uma demanda ou mesmo pela interposição ou não de um recurso, os agentes racionais sopesam a expectativa de ganho perante aos custos e riscos envolvidos. Contabilizam, portanto, despesas com taxas judiciárias, contratação de advogado, eventual sucumbência etc., comparando-os com as chances de êxito do resultado final esperado.”

(...).

106. A verdade é que, enquanto a observância das regras do art. 85 do CPC/15 está em um prato da balança, a diminuição do número de processos está em outro. O ganho

final é do Poder Judiciário, com o desestímulo à litigância excessiva para a concretização do princípio constitucional da celeridade.¹⁹¹

Em seu voto, o relator analisou também o instituto dos honorários sucumbenciais sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito que, ao lado de outros institutos jurídicos como a assistência judiciária gratuita e as custas processuais, afetam diretamente no comportamento dos litigantes e/ou potenciais litigantes. Esse modo de ver, segundo o ministro, influi na tomada de decisão pelo autor ao decidir ingressar com uma ação e atribuir o valor da causa, bem como inibindo o réu de discutir levianamente, sob a condição de ver seus prejuízos serem agravados, frente o risco de terem contra si honorários sucumbências vultuosos:

Tal situação não passou despercebida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, como se vê no parecer de Luciano Benetti Timm, anexado ao REsp n. 1.877.883/SP a pedido do CFOAB:

Como busquei evidenciar, institutos jurídicos como a assistência judiciária gratuita, as custas processuais, e **os próprios honorários sucumbenciais produzem efeitos diretos sobre o comportamento de litigantes e potenciais litigantes** (configuram mais amplamente a noção de custos para o uso do sistema público de solução de disputas). **Pela ótica da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar com elevado grau de segurança que tais institutos afetam diretamente a percepção dos indivíduos que queiram litigar, alterando os parâmetros da análise custo-benefício que antecede a tomada de decisão.**

Tal análise, como expus nas seções anteriores, está diretamente relacionada a ideia de risco – o valor da causa é sempre contrastado pelo autor com o risco de “perda”. **Isso significa que se a chance de derrota na disputa do caso for elevada, e o autor tiver que arcar com as despesas envolvidas pela sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil, ele provavelmente irá optar por não ingressar com a ação.**

Inversamente, se a perspectiva de derrota for mínima, ou se os custos associados ao risco que se pretende correr forem baixos, provavelmente esse indivíduo optará por ingressar com a ação e iniciar um novo litígio. **Veja-se, portanto, que a ponderação realizada pelos agentes é bastante direta: se os custos esperados forem menores do que o benefício provável, na maior parte das vezes, a decisão racional será litigar. Não há dúvidas quanto a tais premissas.**¹⁹²

Nessa perspectiva, o instituto dos honorários de sucumbências atua como importante agente que inibe o ajuizamento de ações temerária, desafogamento do Judiciário com a redução de custos que se exige da máquina judiciária quando um processo é aportado. Além disso, exige das partes e dos operadores do direito (advogados) o dever e responsabilidade perante seus constituintes, dos riscos, custos e consequências advindas da disputa judicial, sob condição de terem que suportar com custos elevados decorrentes da fixação de honorários sucumbenciais elevados.

¹⁹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 33-35

¹⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 35.

Em arremate aos fundamentos determinantes do julgado, o relator enfatizou que a desconsideração dos dispositivos legais em controvérsia (art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º do CPC) a partir da argumentação de se assegurar melhor interpretação para o interesse público – com a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – promove a banalização desses princípios e da influência comportamental e econômica ao ajuizamento de ações frívolas e de caráter predatórias. Por fim, a declaração de inconstitucionalidade do §8º do art. 85, estaria violando o art. 97 da Constituição vigente e a súmula vinculante nº 10 do STF.

Estas foram as premissas estabelecidas pelo relator, como fundamento para o provimento do recurso especial e a manutenção da literalidade de enunciado dos §§ 2º e 3º do artigo 85 do CPC.

4.2 Os fundamentos determinantes do voto-vista da Ministra Nancy Andrichi: divergência instaurada

Após o voto do relator Og Fernandes, a ministra Nancy Andrichi pediu vista do caso para uma melhor análise do recurso repetitivo e apresentou voto divergente da tese e dos fundamentos determinantes apresentados pelo relator.

Em seu voto-vista a ministra Nancy apresentou tese jurídica diversa que, em suma, defende pela possibilidade de se decidir por equidade de forma excepcional na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais quando houver incompatibilidade entre o trabalho prestado pelo advogado e os parâmetros previamente definidos pelo art. 85, §§ 2º e 3º do CPC atual:

É admissível, excepcionalmente, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade não apenas nas hipóteses expressamente previstas no art. 85, §8º, do CPC/15, mas também quando se verificar, em decisão fundamentada, a evidente incompatibilidade entre os padrões remuneratórios instituídos no art. 85, §2º e §3º, do CPC/15, e o trabalho efetivamente desenvolvido pelo advogado do vencedor.¹⁹³

Para defender seu argumento, a Ministra Nancy procurou rebater os fundamentos determinantes do voto do ministro relator Og Fernandes, para quem as premissas centrais estariam alicerçadas em i) atribuir o caráter residual e excepcional do § 8º do art. 85 do CPC; ii) respeitar a intenção do legislador que pretendeu fixar critérios objetivos para a fixação dos honorários sucumbenciais; iii) não se mostrar adequado invocar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para tentar relativizar a regra contida no §8 do art. 85, do CPC para aplicar a outras hipóteses não admitidas em lei; iv) mensuração a ser realizada pelo intérprete no que

¹⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 2-22.

diz respeito à baixa complexidade da causa e o trabalho desenvolvido pelo advogado, nos limites previstos no art. 85, §§2º e 3º do CPC; v) afastar o argumento de conferir interpretação extensiva com objetivo de reduzir os impactos financeiros ao erário público, tendo em vista que o legislador anteviu e disciplinou expressamente para as hipóteses em que a Fazenda Pública for sucumbente, nos termos do § 3º do art. 85 do CPC; vi) analisar o instituto dos honorários sucumbenciais à luz da teoria da Análise Econômica do Direito, em seu aspecto pedagógico e sancionador, com objetivo de coibir ações aventureiras, frívolas e predatórias.

A ministra, antes de adentrar nos argumentos que considera importantes para fixação da tese jurídica, estabelece duas questões preliminares que devem ser consideradas pelo colegiado da Corte Especial, para conferir melhor solução a controvérsia jurídica posta em julgamento: i) o campo de incidência e alcance da regra prevista no §8º, do art. 85, do CPC, tanto para os casos que envolvam particulares e/ou pessoas jurídicas, bem como quando a Fazenda Pública estiver em um dos polos das demandas; ii) necessidade de se definir a natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais (se possui ou não caráter de remuneração do advogado, condicionado ao trabalho efetivamente prestado e a remuneração adequada).

Estabelecidas as premissas centrais da ministra que estruturam o raciocínio decisório que encampa os fundamentos determinantes, são apresentados os argumentos essenciais que inaugura a divergência.

No voto-vista, a ministra aduz que não há como dissociar a natureza jurídica de remuneração dos honorários advocatícios sucumbenciais condicionada ao trabalho efetivamente desenvolvido pelo advogado vencedor, e que a ausência dessa análise pelo intérprete enseja em enriquecimento sem causa, conforme enfatiza em trecho do seu voto:

11) Se é verdade que a verba honorária sucumbencial é a remuneração devida pelo vencido ao advogado do vencedor, não é menos verdade que essa remuneração deve ser correspondente ao trabalho efetivamente desenvolvido pelo patrono na causa, pois desvincular a remuneração pelo trabalho da atividade que fora efetivamente desenvolvida geraria, evidentemente, o enriquecimento sem causa.¹⁹⁴

Segundo a ministra, o legislador infraconstitucional definiu os contornos gerais a serem observados pelo intérprete ao aplicar a regra contida no art. 85, §2º, I a IV, do CPC/15, para quem afigura como regra geral a ser observada na fixação dos honorários sucumbenciais para o advogado da parte vencedora, tanto para causas que envolvam particulares ou a Fazenda Pública:

¹⁹⁴ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 51.

12) Daí porque o legislador previu, no art. 85, § 2º, I a IV, do CPC/15, critérios que devem nortear o julgador no momento da precificação do trabalho desenvolvido por aquele que receberá a remuneração, seja em ações que envolvam apenas particulares, seja em ações que envolvam a Fazenda Pública: o seu grau de zelo, o local da prestação de serviço, a natureza e a importância da causa e, por fim, o trabalho por ele realizado e o tempo exigido para a realização do trabalho.

13) Como bem observado pelo e. Relator, o legislador vinculou tais critérios à observância de percentuais mínimos e máximos, tendo como base de cálculo, nesta ordem, o valor da condenação, o provimento econômico ou, se imensurável, o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º e § 3º, do CPC/15).

14) Esse conjunto de regras, por óbvio, estabelece as diretrizes que deverão ser observadas em uma vasta gama de situações, configurando-se, pois, em uma regra geral capaz de atender a um significativo número de hipóteses em que haverá a simétrica correspondência entre o trabalho realizado e a remuneração correspondente.¹⁹⁵

Além disso, a ministra argumenta que o legislador infraconstitucional – com objetivo de afastar a fixação de honorários aviltantes para os advogados, ferindo a dignidade de seu ofício – entendeu por bem instituir a regra contida no § 8º, do art. 85 do CPC, para os casos não abarcados pelos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC. Mas, considera como ponto sensível, perquirir se há outras hipóteses excepcionais em que poderia ser considerado pelo intérprete para aplicar a regra contida no § 8º, do art. 85 do CPC

17) O ponto nevrálgico da controvérsia consiste em definir, pois, se a exceção explicitamente contemplada pelo legislador no art. 85, § 8º, do CPC/15, deve ser considerada como a única exceção à regra geral ou se, ao revés, há também alguma exceção implícita à regra geral ou, ainda, a possibilidade de interpretação extensiva da referida exceção explícita.¹⁹⁶

A fim de defender o argumento de possibilidade de superação de regras, interpretação extensiva que estabelece exceção implícita (produto da decisão judicial interpretativa), bem como a teoria da derrotabilidade da norma, se ampara na doutrina estrangeira de Neil MacCormick e Frederik Schauer e, no Brasil, de Humberto Ávila, para defender:

“(…). 21) Surge, a partir do desenvolvimento dessas ideias, a teoria da derrotabilidade das normas, como fruto da interpretação a ser dada pelo julgador em casos extremos e que tem seu campo de atuação, sempre excepcional, adstrito às situações aparentemente não considerados pelo legislador ou às situações que exigem do intérprete uma solução distinta daquela que seria obtida a partir da interpretação literal da regra. (...).

24) Diante desse cenário, é correto concluir que pode o intérprete superar a regra a partir da exceção implícita nela existente, nas excepcionais hipóteses em que a literalidade da regra seja insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou em que, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da interpretação literal contrarie a finalidade subjacente da regra, pois, como assevera Neil MacCormick, as regras “têm que ser vistas como normas que estabelecem condições “ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes” e não simplesmente “necessárias e suficientes”, de forma absoluta”. (MACCORMICK,

¹⁹⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁶ Ibid. p. 52.

Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 101).

25) Justamente por se tratar de um método hermenêutico excepcional e que deve ser reservado à situações absolutamente singulares, é preciso estabelecer critérios objetivos e controláveis para o uso racional da teoria da derrotabilidade das normas, a fim de que a superabilidade das regras não se torne instrumento de erosão da segurança jurídica e do próprio ordenamento jurídico. (...).¹⁹⁷

Segundo a ministra Nancy, deve-se superar a regra geral insculpida nos §§ 2º, 3º e 8º, do art. 85 do CPC/15, em razão desses enunciados prescritivos serem insuficientes para disciplinar as hipóteses fáticas do caso, assim o intérprete teria legitimidade para conferir interpretação extensiva a regra contida no § 8º do dispositivo legal para invocar o juízo da equidade para os casos em que o valor da causa forem elevados e desproporcional ao serviços desempenhado pelo causídico, sobretudo quando o erário público estiver em um dos polos da demanda.

Para a ministra a fixação dos honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora deve ser condicionado ao trabalho efetivamente desenvolvido pelo causídico no caso e os parâmetros previamente definidos na legislação, sem configurar remuneração inadequada. Essa remuneração inadequada estaria atada à eventual fixação de valores exorbitantes ou acima do trabalho efetivamente realizado pelo advogado, o que ensejaria em enriquecimento sem causa.

Assim, nesse contexto, caso não seja admitida a inserção de exceções implícitas oriundas da atividade do intérprete, poderia haver a incompatibilidade entre hipótese e a finalidade da regra contida no §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, sobretudo por fixar honorários advocatícios exorbitantes para o advogado que não demonstrou efetivo serviço, é o que se extrai da passagem do voto a seguir:

34) Flagrante, pois, a existência de incompatibilidade entre a hipótese e a sua finalidade se se entender que a observância dos parâmetros do art. 85, § 2º e § 3º é obrigatória mesmo na hipótese em que os honorários forem exorbitantes diante do trabalho efetivamente desempenhado pelo patrono.¹⁹⁸

Embora reconheça o caráter excepcional para se aplicar a superação da regra do art. 85 do CPC, a ministra admite a necessidade de sua utilização, especialmente para os casos em que há nítido descompasso entre o trabalho desenvolvido pelo advogado e o recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais elevados, seja em razão da baixa complexidade de causa ou da baixa atuação do causídico:

¹⁹⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 55).

¹⁹⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 57-58.

(...). 36) Com efeito, como a maior gama de possibilidades está expressamente descrita nas regras do art. 85, § 2º, § 3º e § 8º, do CPC/15, a superação da regra somente ocorrerá na específica hipótese em que se verificar que a aplicação das regras gerais acarretará a remuneração do advogado do vencedor em flagrante descompasso com o trabalho por ele realizado.

37) Isso significa dizer que, na maioria absoluta das vezes, serão aplicáveis as regras gerais ou a exceção explícita (preservando-se, pois, a segurança jurídica), mas que, excepcionalmente e em específicas situações, deverá ser aplicada a equidade na fixação dos honorários, quando se perceber que as regras gerais e a exceção explícita não serão capazes de promover a adequada remuneração do patrono do vencedor porque gerarão absurdas distorções no binômio remuneração-trabalho.¹⁹⁹

Segundo a ministra, não aceitar a possibilidade de superação da regra insculpido no art. 85 do CPC, certamente se promoveria uma desigualdade na medida em que, independentemente do trabalho grau de trabalho desenvolvido, ao advogado fosse assegurado receber honorários de sucumbências exorbitantes em decorrência de fatores externos, como, por exemplo, a sorte de se patrocinar uma causa simples, mas de valor elevado (ou o azar patrocinar uma causa complexa, mas de conteúdo patrimonial reduzido).

Além disso, afirma que a interpretação literal do art. 85 do CPC ensejaria numa espécie de inibição para os jurisdicionados buscarem o Poder Judiciário, violando a garantia constitucional do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXV, da Constituição.

41) De outro lado, a remuneração inadequada do patrono do vencedor se porventura sempre forem observadas as regras gerais, em vez de promover a decantada litigância responsável, promove, na realidade, a dificuldade de acesso à justiça aos particulares e notórios prejuízos ao erário, os quais, inclusive, serão custeados por todos nós. Essa espécie de postulação, data maxima venia, além de revelar uma visão microscópica do fenômeno jurídico, mais se preocupa com os interesses de uma classe do que verdadeiramente com o escopo da jurisdição e com a própria sociedade.²⁰⁰

De outro lado, a ministra argumenta quanto à insurgência de eventual declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo do art. 85º do CPC, rebatendo que o fundamento por ela defendido é de índole infraconstitucional, o que não afastaria, por óbvio, a possibilidade de o tema vir a ser examinado no à luz do texto constitucional no caso de controle de constitucionalidade.

Para a ministra, outro ponto defendido pelo relator Og Fernandes e que não foi bem refletido e explicitado diz respeito ao argumento que o instituto dos honorários advocatícios sucumbenciais, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, produziria no sistema de justiça brasileiro uma barreira para o ajuizamento de ações frívolas, predatórias e reduziria a incidência de lide temerárias aportados no Poder Judiciário (tendo em vista o seu caráter sancionador e

¹⁹⁹ Ibid., loc. cit.

²⁰⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 59.

pedagógico). Além disso, sustenta que há outros instrumentos previsto pelo ordenamento jurídico vigente que exercem esse caráter sancionatório com vistas a conter os ajuizamentos de ações daqueles tipos:

(...). 53) Com efeito, se é verdade que a parte realiza um estudo prévio de custo-benefício antes de ajuizar a ação, não é menos verdade que esse estudo, se desenvolvido de maneira séria, deve considerar o ferramental sancionador já existente no sistema jurídico, colocado à disposição justamente para frear a litigância desmedida.

54) Com efeito, a litigância "frívola", "predatória", "desenfreada", "impensada", "irresponsável" e "inconsequente", que se pretende combater com a fixação rígida (e, por vezes, exorbitante) de honorários advocatícios, pode ser eficazmente sancionada, por exemplo, pela imposição de multa a quem descumpra decisões judiciais ou cria embaraços à sua efetivação, frauda a execução ou se opõe maliciosamente à ela, condutas qualificadas como atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 77, IV e §1º e §2º, e 774, I e II, ambos do CPC/15).

55) De igual modo, cumprem esse papel a imposição de multa por litigância de má-fé e a condenação a reparar perdas e danos a quem deduz pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I, do CPC/15), procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (art. 80, V, do CPC/15) ou, ainda, interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII, do CPC/15). (...).²⁰¹

Defender a ideia de fixação de honorários advocatícios sucumbenciais exorbitantes com intuito de reprimenda à parte que se aventurou acessar ao Judiciário, segundo a ministra, seria incorrer em uma subversão injustificável da lógica orientadora do sistema de sanções prevista na ordem jurídica. Isso porque há outras ferramentas a fim de disciplinar o litigante improbo que eventualmente causar prejuízo a parte vencedora.

No que diz respeito à possibilidade do STJ realizar controle difuso de constitucionalidade em sede recurso especial, sustenta que tanto o STF, a doutrina abalizada e quanto o RI do STJ prevê a possibilidade:

68) Sobre o tema, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, exerce, como todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, o controle difuso de constitucionalidade”, de modo que “inexiste óbice constitucional que o impeça de desprover recurso enquadrado no inciso III do artigo 105 da Carta Política da República, tendo em vista a homenagem a esta última”. (AgRg no AI nº 172.572/SP, 2ª Turma, DJ 12/04/1996).

69) De igual modo, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que “O Superior Tribunal de Justiça pode exercer o controle difuso de constitucionalidade para, cotejando o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com as demais normas infraconstitucionais supostamente aplicáveis à espécie vertente, decidir pela inconstitucionalidade daquelas que indevidamente beneficiariam a ora agravante” (AgRg na RCL nº 6.882/MG, Pleno, DJe 12/04/2011).
70) Os limites da atuação desta Corte em âmbito de controle difuso de constitucionalidade foram bem delineados em outro precedente do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se consignou que “não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos

²⁰¹ Ibid. p. 63-64.

jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa”. (AgRg no AI 145.589/RJ, Pleno, DJ 24/06/1994).²⁰²

Nesse contexto, a ministra compreendeu que, no caso em deslinde, se mostram presentes todos os requisitos necessários para que a questão seja analisada sob enfoque da constitucionalidade da interpretação literal do art. 85, §§ 2º e 3º do CPC de 2015.

Na divergência, a ministra defendeu a possibilidade de se conferir interpretação conforme ao dispositivo com o propósito de atender os valores constitucionais previsto na Constituição: num primeiro momento, tece críticas à técnica de interpretação literal como a mais precária dentre as formas de interpretação disponíveis ao poder do intérprete, quando comparadas com a interpretação lógica, sistemática, histórico-evolutiva, a teleológica ou sociológica.

Embora reconheça a interpretação literal como uma das formas para obtenção da norma jurídica, esta deve passar pelo crivo da validade realizado pelo intérprete (que deve investigar se aquela espécie de interpretação não contraria o texto constitucional), bem como ponderar se o seu resultado atende aos valores constitucionais estatuídos pelo legislador constitucional.

(...). 81) A partir de uma primeira leitura do texto do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/15, poder-se-ia concluir, prima facie, de forma irreflexiva, não contextual e adstrita ao aspecto semântico ou sintático da língua – para usar as palavras de Riccardo Guastini – que o intérprete deveria fixar os honorários advocatícios de acordo com os percentuais previamente fixados pelo legislador sempre e independentemente do exame de qualquer outra questão ou elemento.

82) Ocorre que, para que a interpretação literal – bem como qualquer outra técnica hermenêutica – seja válida, é indispensável que, além de não contrariar diretamente o texto constitucional, que seja ela a que melhor se conforme aos valores constitucionais. (...).²⁰³

A ministra apresentou como argumento, para respaldar a possibilidade de interpretação conforme ao caso está assentado, o direito constitucional de acesso à justiça materializado no art. 5º, XXXV, do Constituição de 1988.

86) É por esse motivo que reformas legislativas conducentes a aumentar o custo do processo, como, por exemplo, a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais a partir de critérios rígidos, potencialmente dissociados do trabalho efetivamente desenvolvido na causa e, em casos pontuais, capazes de gerar distorções resultantes

²⁰² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 66-67.

²⁰³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 66-67.

em enriquecimento sem causa, devem ser compatibilizadas com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, sob pena de ofensa ao acesso à justiça.²⁰⁴

Sob o prisma de eventual violação do direito fundamental de acesso à Justiça, ressalta que a fixação de honorários sucumbenciais exorbitantes reprime o direito dos jurisdicionados de acionarem ao Poder Judiciário em caso de eventual lesão ou ameaça de lesão a direito. Dessarte, defende a possibilidade de aplicação da técnica de “interpretação conforme” para atender a finalidade do direito fundamental de acesso à Justiça.

A ministra destaca que a interpretação literal do artigo em discussão também ofende o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, I da CF/88), ao passo que possibilita a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais destoantes a advogados em situações materialmente idênticas ou muito semelhantes.

O voto da ministra se deu, portanto, no sentido da necessidade de conferir “interpretação conforme” ao art. 85, §§ 2º e 3º do CPC para atender aos comandos constitucionais e possibilitar a utilização do método interpretativo teleológico-finalístico, em caráter excepcional, para arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais, sempre quando houver nítido descompasso entre o trabalho efetivamente desempenhado pelo advogado e o valor previamente precificado.

Para o deslinde da celeuma, no caso concreto, a ministra Nancy entendeu que os honorários sucumbenciais não foram fixados de forma adequada. Assim, manifestou no sentido de dar provimento ao recurso especial com objetivo de majorar os honorários anteriormente fixados. Quanto à tese jurídica, apresentou a seguinte proposta:

É admissível, excepcionalmente, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade não apenas nas hipóteses expressamente previstas no art. 85, §8º, do CPC/15, mas também quando se verificar, em decisão fundamentada, a evidente incompatibilidade entre os padrões remuneratórios instituídos no art. 85, §2º e §3º, do CPC/15, e o trabalho efetivamente desenvolvido pelo advogado do vencedor.²⁰⁵

Após a divergência pela ministra Nancy Andrighi, os demais ministros manifestaram seus votos para acompanharem o voto do relator ou o voto-vista em que se apresentou a divergência, além da possibilidade de se apresentar voto-vogal a título de complementar de um ou outro argumento.

²⁰⁴ Ibid., p. 74.

²⁰⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 81.

4.3 Os fundamentos determinantes dos demais membros da Corte Especial

4.3.1 Voto da ministra Isabel Maria Gallotti

A ministra Isabel Maria Gallotti proferiu voto (vencido), no sentido de que o tema havia sido objeto de discussão no âmbito da Quarta Turma do STJ. Naquela oportunidade, a ministra recorda que havia se manifestado no sentido de ser possível a aplicação da interpretação extensiva do §8º, do art. 85 do CPC, com possibilidade de ser aplicado também nos casos em que pode se arbitrar honorários sucumbenciais exorbitantes. A hipótese deve ser analisada sempre de forma excepcional e a depender das circunstâncias do caso concreto, quando resultar em enriquecimento ilícito do advogado que não desenvolveu o efetivo labor na causa.

Para desenvolver seu raciocínio decisório a ministra Gallotti estabeleceu como premissa essencial a necessidade de o intérprete lançar mão dos princípios hermenêuticos com objetivo de investigar o melhor sentido a ser extraído do texto legislado (dito outra forma, atribuir à lei o sentido que visa atender à consecução do resultado que se pretende obter, bem como se essa interpretação não viola os princípios essenciais do sistema jurídico em que esteja inserido).

(...). Cumpre-nos, portanto, a delicada tarefa de determinar a vontade da lei -no caso, do § 8º do art. 85 - tendo em conta não a intenção psicológica dos participantes históricos do processo legislativo, ainda recente, admito, mas buscando o sentido que decorre do texto legislado em conexão com o sistema jurídico em que inserido e com o escopo que a lei visa a alcançar.

Para tanto, a ciência jurídica se vale de diversos métodos de interpretação, sendo o primeiro estágio a interpretação literal (gramatical, linguística, verbal).²⁰⁶

A ministra recorre aos argumentos doutrinários de autores para estabelecer as definições das várias formas de interpretações que se apresenta a dispor do intérprete para atribuir sentido ao texto legislado, que varia conforme as peculiaridade e circunstância fática-jurídica do caso.

No avançar de seu voto, a ministra Isabel deixa transparecer que o juiz deve analisar as peculiaridades nas hipóteses concretas para, numa etapa seguinte, escolher qual das formas interpretativas parece atender melhor aos fins sociais e interesse público envolvido.

A ministra investiga as várias definições doutrinárias quanto ao termo “inestimável” que pendem a enquadrar o termo “vultoso” dentro daquele. Contudo, afirma, em seu entendimento pessoal, que não coloca tais termos no mesmo plano, sempre que, no caso concreto, for possível quantificar o proveito econômico, ainda que vultoso.

Compartilho, todavia, do entendimento de que não se compreende, na literalidade do vocábulo "inestimável", o proveito econômico que possa ser quantificado, embora vultoso.

Há, decerto, confluência entre os sentidos literais de inestimável e vultoso, em certas situações em que a enormidade do número de elementos seja tão grande que não

²⁰⁶ Ibid., p. 86.

permita quantificá-lo, como os grãos de areia da praia ou as estrelas do firmamento. Não é o que sucede, porém, no caso de indenizações de enorme valor, mas passíveis de quantificação.²⁰⁷

Na visão da ministra, para os casos em que não for possível quantificar o proveito econômico no feito, seria possível emprestar ao termo “vultuoso” a definição de ‘inestimável’ para enquadrar dentro da exceção à regra Código Processual, admitindo a interpretação extensiva para fixar os honorários sucumbenciais do advogado com base em equidade. Isso porque, segundo a ministra, a interpretação literal das regras contida no CPC poderia ensejar situações díspares, como busca justificar com exemplos práticos:

(...). Assim, pela conjugação da regra geral do §2º (honorários entre 10% e 20% do proveito econômico ou do valor da causa) com a do §6º (para qualquer sentença ou decisão, inclusive extinção sem resolução de mérito), a interpretação meramente literal da regra pode conduzir a situações de fato teratológicas.

Por exemplo, em uma ação de valor bilionário (e não são incomuns), extinta por qualquer motivo (fato superveniente alheio à vontade das partes, desistência, inépcia da inicial, ilegitimidade, prescrição), poucos dias após o oferecimento de contestação (mesmo que simples, por negativa geral, ou limitada a alguma preliminar processual), o advogado do réu faria jus a centenas de milhões de reais, o que poderia conduzir à penúria o autor, situação com a qual parece não se compadecer o sistema jurídico. Isso, eventualmente, sem que sequer tivesse havido a solução de mérito definitiva da questão deduzida em juízo.

Com efeito, em determinadas situações, seria possível a propositura de nova ação, com a mesma finalidade, bastando fosse suprido o defeito que ensejou a extinção precoce da relação processual anterior, dando ensejo a novo processo, com nova sucumbência, em favor do advogado do vencedor, proporcional ao valor da causa. (...).²⁰⁸

De acordo com a ministra, a solução para essa questão seria o intérprete valer-se da interpretação lógica que, dentre vários elementos que a compõe, emergem os elementos racional e sistemático a serem empregados para o deslinde do caso sob julgamento.

Esses elementos podem ser entendidos em dois planos diferentes, mas que estão imbricados: o racional é o elemento que busca alcançar o sentido do texto legislado de forma a contemplar a obtenção do resultado que dele se espera e, o sistemático, visa analisar as demais regras e princípios essenciais que compõe o sistema jurídico com objetivo de avaliar se o extrato dessa interpretação guarda relação harmoniosa com a questão envolvida.

Com base nessas definições, a ministra destaca que o resultado a ser obtido pela regra é o de assegurar remuneração digna ao advogado (elemento racional). De outro lado, a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais exorbitantes não condizentes com o trabalho

²⁰⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 90.

²⁰⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 90.

desenvolvido pelo advogado ensejaria em violação de princípios essenciais da ordem jurídica, dentro os quais destacam-se o da vedação ao enriquecimento ilícito.

O elemento racional, como visto, busca que "a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que quer obter." No caso em discussão, não há dúvida de que o resultado a obter é regra que permita, com maior objetividade do que o sistema anterior, remunerar condignamente o trabalho desenvolvido, concretamente, pelo profissional de advocacia, em valor compatível com a expressão econômica do bem da vida em litígio, tendo em conta o grau de sucumbência de cada parte.

Passando ao elemento sistemático, cumpre verificar as demais regras e os princípios intrínsecos ao nosso sistema jurídico que interferem ou guardam conexão com tema em discussão.

Segundo o art. 5º da LINDB, na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesse aspecto, destacam-se os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal substantivo, e, especialmente, a vedação ao enriquecimento sem causa (Código Civil, arts. 884 a 886). (...).

Tendo em conta, na interpretação do §8º, os elementos racional e sistemático, considero que não há concordância absoluta, perfeita, entre todos os possíveis resultados obtidos pelos métodos gramatical e lógico, a depender da situação concreta analisada.

Isso porque, em determinadas hipóteses, o arbitramento de honorários de sucumbência no valor mínimo de 10% do proveito econômico ou do valor da causa - especialmente em casos de extinção de processos valiosos sem resolução de mérito, pouco tempo após a constituição de advogado pelo réu, por motivos que podem ser os mais diversos e imponderáveis - pode resultar em condenações em valores incompatíveis com o trabalho desenvolvido pelo profissional, desvirtuando a finalidade dos dispositivos em comento (elemento racional) e ensejando conflito com outros princípios do sistema, como o que veda o enriquecimento sem causa (elemento sistemático).²⁰⁹

A ministra conclui que a ausência de trabalho efetivamente prestado pelo advogado e consequente fixação de honorários exorbitantes acarreta situações teratológicas, além de violar o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito para os casos em que advogado não desenvolveu efetivamente um trabalho condizente com a remuneração fixada judicialmente.

Assim, sempre que a interpretação literal da regra geral do §2º do art. 85 do CPC se apresentar inadequada, poderá o intérprete se utilizar dos elementos racional e sistemático a fim de se conferir interpretação extensiva a exceção da previsão legal, para admitir a fixação de honorários advocatícios exorbitantes por equidade. Nesse contexto, divergindo do voto do relator, a ministra Maria Isabel Gallotti propõe a seguinte tese jurídica:

[...] a regra geral do art. 85, §2º somente poderá sofrer exceção quando as bases de cálculo nele previstas (valor da condenação, do proveito econômico ou valor atualizado da causa), diante das circunstâncias do caso concreto, se revelar

²⁰⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 90-91.

manifestamente inadequada, por resultar em valor ínfimo ou exorbitante, desproporcional ao trabalho desenvolvido na causa pelo profissional a ser remunerado, considerados os critérios estabelecidos nos incisos do mesmo §2º (grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço).²¹⁰

4.3.2 Voto do ministro Luís Felipe Salomão

O voto do ministro Luís Felipe Salomão estabelece que a controvérsia reside em se definir sobre a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais com base no princípio da proporcionalidade ou por equidade, quando a causa envolver valores exorbitantes, nos termos definidos pelo legislador no art. 85 do CPC.

O ministro afirma que a legislação atribuiu a função dos parágrafos de inserir informações complementares no *caput* ou definir exceções a serem previstas no dispositivo, ressaltando que não há razão para uma regra, inserida no parágrafo, se sobrepor à outra de mesma hierarquia, salvo quando ensejar em antinomia de proposições que os enunciam.

Para o ministro Salomão a análise detida e sistemática dos parágrafos e incisos do art. 85 do CPC leva a compreender a intenção do legislador infraconstitucional de instituir uma regra geral com critérios escalonados a serem observados pelo intérprete para fixar honorários sucumbenciais, e uma exceção expressa para fixarem com base no juízo da equidade.

Segundo o ministro, as disposições contidas no §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do art. 85 do CPC de 2015 exprimem a regra geral a serem observadas pelo intérprete para a fixação dos honorários sucumbenciais, seja em desfavor de particulares ou da Fazenda Pública.

(...). 2. Nessa linha de inteligência, infere-se que os §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC de 2015 evidentemente enunciam a regra geral — que deve prevalecer na sentença que fixa o dever do vencido de pagar honorários ao advogado do vencedor — e aquela a ser adotada nas causas em que a Fazenda for parte:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

²¹⁰ Ibid., p. 98.

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.²¹¹

O Ministro Salomão relembra que o CPC/73 permitia a aplicação por equidade em diversas situações conforme regramento contido no art. 20, §4º, contudo, o CPC/15 restringiu essas possibilidades, permitindo sua aplicação excepcionalmente nos casos em que o valor da causa for irrisório ou inestimável conforme dispõe o §8º, do art. 85 do novo código.

Reforça ainda que o §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, delimitou os parâmetros objetivos a serem observados pelo julgador para fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, não deixando margens para excepcionar essa regra geral, sobretudo pela clareza e precisão de seus enunciados, conforme registro a seguir:

[...] O novel Codex processual também estabeleceu que os limites e critérios delineados nos §§ 2º e 3º aplicam-se "independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito" (artigo 85, § 6º), afastando, assim, a regra da equidade também nessas hipóteses. Na verdade, o mens legis que norteou o Parlamento na adoção desse novo critério pode ser extraído do seguinte trecho do relatório apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira — relator-geral do CPC na Câmara dos Deputados —, em que destaca o objetivo de se afastar tratamento desigual às partes: No art. 87, o acréscimo do § 3.º [correspondente ao art. 85, § 2º, do texto sancionado do CPC] tem por objetivo evitar interpretação do § 2.º que propicie tratamento desigual às partes, ao adotar como critério de discriminação o resultado do julgamento e a natureza da tutela jurisdicional que venha a ser prestada. Não há sentido em se arbitrar diferentes valores a título de honorários na sentença que condena o réu e naquela que rejeita a demanda do autor. O trabalho desenvolvido por cada advogado e o benefício econômico proporcionado

²¹¹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 101-102.

ao cliente é o mesmo. [Câmarados Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Relatório do Relator-Geral, Deputado Federal Paulo Teixeira, p. 209.²¹²

No voto, o ministro argumenta que não há como fugir dos contornos definidos nos artigos postos em controvérsia, devendo observar uma ordem escalonada de preferência i) o valor da condenação; ii) o proveito econômico obtido; ou iii) o valor atualizado da causa. E, no caso de não ser possível adotar as hipóteses anteriores; e somente no caso de impossibilidade de definir com base nesses parâmetros, o julgador poderá passar para as outras regras contidas no rol dos parágrafos do art. 85, do CPC/15.

Além disso, ressalta ser inapropriado invocar os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade para solucionar o embate posto em julgamento, tendo em vista não há identidade entre eles. Desse modo, possuem construções jurídicas diversas, estrutura e origem histórica autônoma, apoiando-se na doutrina de Virgílio Afonso da Silva para subsidiar esse modo de pensar.

De acordo com ministro Luís Felipe Salomão, não haveria margem para se conferir interpretação extensiva a excepcionar essa regra, bem como inexistente aparente antinomia ou colisão entre direitos fundamentais a propiciar a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Outrossim, se por um lado existem normas jurídicas expressas sobre a matéria (artigo 85, §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do CPC/2015), por outro, não vislumbro, na hipótese, verdadeira colisão entre direitos fundamentais que possibilite a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De fato, embora não se descure da importância que deve ser conferida aos princípios jurídicos, o seu manejo exige parcimônia, sob pena de degenerar-se em verdadeira “principiologia”, isto é, na proliferação de princípios em detrimento de parâmetros de segurança e de certeza jurídicas, o que poderia em última instância constituir uma verdadeira discricionariedade judicial.²¹³

Avulta-se, nesse contexto, o princípio da segurança jurídica como um dos valores constitucionais que atua como antítese ao desejo do intérprete de atribuir sentido a norma preexistente dotada de clareza e precisão.

Assim, para atender o resultado que se espera do princípio da segurança jurídica, o intérprete deve respeitar a existência de norma jurídica expressa (ainda mais quando seus

²¹² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 102-103.

²¹³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 106-107.

enunciados gozam de clareza e precisão) e de critérios mínimos implícitos contidos nos enunciados prescritivos formulado pelo parlamento.

Caso não observado esses critérios mínimos, se incorre na banalização dos princípios e insegurança jurídica para os jurisdicionados, conquanto haveria a ingerência desnecessária do intérprete ao conferir sentido diverso a norma expressa dotada de clareza e precisão.

(...). A interpretação, portanto, deve evitar ao máximo a incerteza normativa e adscricionarieidade, máxime tendo em vista que, "se por trás de toda regra, de todo princípio, de todo instituto ou de toda relação jurídica há sempre uma substância que os legitima e informa, qualquer estrutura pode ser relativizada em nome de uma interpretação que afirme apreender e realizar essa substância" (REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil – constitucional. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 11. ano 4. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017, pp. 213-238).

A segurança jurídica, nesse contexto, não se obtém olvidando-se da existência de normas jurídicas expressas e recorrendo-se, a todo instante, aos princípios nos processos de justificação das decisões judiciais, aumentando, como consequência, a complexidade dos processos jurídico-decisórios e diluindo a fronteira entre casos fáceis e casos verdadeiramente difíceis que, estes sim, demandam a articulação ampla de diversos aspectos do sistema jurídico.²¹⁴

O ministro também argumenta não ser possível adotar o critério da equidade para fixar honorários sucumbenciais no caso em julgamento, conferindo interpretação extensiva da regra contida no § 8º do art. 85 do CPC com base no postulado da proporcionalidade, razoabilidade que, ao contrário do que sustentam a divergência, deveriam primar pela obediência aos princípios da segurança jurídica, coerência e a interpretação sistemática do CPC.

Argumenta ainda que a regra geral do §2º, do art. 85 do CPC ao contrário de inibir, estimula os jurisdicionados a procurarem outros meios de solução amigável de conflitos, como a mediação e conciliação.

Para o ministro Salomão, essa regra geral promove uma maior gama de opções para o jurisdicionado escolher dentre os meios de resolução de conflitos, podendo optar pela conciliação, mediação, arbitragem e, por fim, a via judicial para solucionar a controvérsia. Contudo, não retira o ônus do jurisdicionado ponderar sobre os riscos e chances de êxito, além dos custos advindos de eventual sentença desfavorável.

O estímulo à utilização da conciliação e da mediação — judicial e extrajudicial — como meios consensuais de solução de litígios, a ampliação do uso da arbitragem e a regra geral de fixação dos honorários advocatícios entre 10% e 20% (§ 2º do artigo 85 do CPC) e entre 1% e 20% nas causas em que a Fazenda Pública for parte (§ 3º do mesmo dispositivo) indicam, segundo entendo, que as partes devem ponderar sobre

²¹⁴ Ibid., p. 107.

os riscos e os custos envolvidos na propositura de uma demanda judicial, evitando-se, assim, o ajuizamento de lides temerárias e o exercício de pretensões infundadas.²¹⁵

O ministro Salomão entendeu ser forçoso conferir interpretação extensiva para o §8º do art. 85 do CPC para se admitir a fixação com base na equidade honorários advocatícios sucumbenciais para além do previsto no dispositivo referido, até porque os termos “irrisório” e “inestimável” não comportam maiores divagações ou empréstimos de sentido o intérprete. Assim, não haveria de se aplicar uma interpretação extensiva ao caso.

O termo “inestimável” constante no enunciado não se assemelha a “não sendo possível de mensurar”, no ponto de vista do ministro Salomão. Enquanto o termo “inestimável” diz respeito à causa que não pode ser calculada ou medida em padrões monetários (como por exemplo, em causas ambientais ou ações de família), a expressão “não sendo possível de mensurar” no momento da prolação da sentença permite a quantificação monetária no momento da liquidação do julgado ou no, caso de não existir condenação ou proveito econômico a ser calculado, se observa o valor da causa previsto no inciso III, §4º, do mencionado dispositivo legal. Ao final, vota no sentido de acompanhar o relator:

Assim, com a devida vênua aos eminentes pares que pensam em sentido contrário, conclui-se pela inaplicabilidade do § 8º do artigo 85 do CPC, mormente por não se tratar de proveito econômico “inestimável”, e sim “mensurável” (§§ 2º e 4º, inciso III), por isso acompanho integralmente o eminente relator quanto a fixação da tese.²¹⁶

4.3.3 Voto do ministro Mauro Campbell

O voto do ministro Mauro Campbell foi no sentido de acolher integralmente o relatório do ministro relator Og Fernandes. Direto para razões determinantes da decisão, o ministro informa que o artigo em discussão dispõe sobre regra geral ser observada pelo juiz ao aplicar o instituto dos honorários sucumbenciais em favor do advogado da parte vencedora, em que delimita os parâmetros mínimos de 10% e o máximo de 20%. No seu ponto de vista, o legislador estabeleceu uma ordem de preferência a ser observada quanto à fixação dos honorários sucumbenciais, sendo que o primeiro critério a ser observado é o valor da condenação (não havendo o proveito econômico obtido, o valor atualizado da causa.)

“O § 2º do art. 85 estabelece regra geral, segundo a qual "os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor

²¹⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 113.

²¹⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 118.

atualizado da causa". Conforme explica a doutrina, no que se refere à base de cálculo dos honorários, criou-se uma ordem preferencial:

- 1º Valor da condenação.
- 2º Proveito econômico obtido.
- 3º Valor atualizado da causa.

A utilização do "valor atualizado da causa" constitui regra subsidiária, ou seja, adotar-se-á quando não for possível mensurar o "proveito econômico obtido."²¹⁷

Segundo o Ministro Campbell, pela clareza e precisão dos parágrafos e *caput* do art. 85 do CPC de 2015, exsurge que a fixação dos honorários sucumbenciais com base em equidade se afigura medida excepcional a ser adotada pelo juiz ao averiguar, no caso, a ausência de condenação, proveito econômico irrisório ou inestimável ou valor da causa muito baixo. Fora essas hipóteses, deve ser observada a regra geral.

Nesse contexto, o § 8º do art. 85 — que autoriza a fixação por apreciação equitativa (juízo de equidade) — constitui hipótese excepcional, cuja aplicação fica condicionada aos seguintes fatores:

- 1) Ausência de condenação.
- 2) Proveito econômico irrisório ou inestimável.
- 3) Valor da causa muito baixo.

A existência de condenação impõe a aplicação da regra geral, prevista no § 2º do art. 85. Nesse contexto, não havendo condenação, torna-se imperiosa a análise dos critérios seguintes [...]

Em outras palavras, o legislador adotou o proveito econômico como critério preferencial e, "não sendo possível mensurá-lo", impõe-se a verificação do valor atualizado da causa. Verificado, no caso concreto, que o valor da causa é muito baixo, fica caracterizada a hipótese autorizativa da fixação dos honorários por meio de apreciação equitativa do juiz.²¹⁸

Para o ministro Campbell, a regra do art. 85 do CPC não viola o princípio da isonomia como sustenta a divergência, pelo contrário, estabelece padrões e critérios harmônicos e igualitários seja para particular ou para Fazenda Pública. Esta última tem regramento específico previsto no §3º, com vista a evitar maiores prejuízos ao erário. Além disso, nos casos em que Fazenda Pública for vencedora, mas o proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou ainda quando o valor da causa for muito baixo, poderá ser beneficiada da equidade para ter fixado a ser favor honorários dignos a serem pagos pela parte sucumbente, nos termos do §8º, do dispositivo em comento.

²¹⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 124.

²¹⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 125-126.

De outro lado, entende o ministro Campbell que a regra prevista no §§ 2º, 3º e 4º do art. 85 do CPC, possui o condão de reduzir o ajuizamento de demanda temerárias em razão do custo de litigar sem avaliar o risco e consequências de eventual derrota, assim como gera para o erário o dever de controlar e praticar seus atos administrativos com maior diligência e cuidado – evitando imposições de sanções injustas e arbitrárias que podem resultar em grave prejuízo para os particulares e para a paz social coletiva.

Em seu entendimento, diante dos critérios precisos definidos pelo legislador no art. 85 do CPC e seus parágrafos, não caberia à Corte Especial invadir a esfera de competência constitucional do parlamento, sob risco de usurpação da função legislativa, criando critérios a partir de subjetivismo e interpretação tóxica do juiz.

Dessarte, uma vez que o diploma processual civil, no art. 85 e em seus parágrafos, estabelece as balizas para aferição do valor dos honorários sucumbenciais, não cabe a esta Corte Superior usurpar a função legislativa, criando novos critérios de fixação de honorários.

Nesse soar, impende salientar que interpretação diversa por este egrégio Sodalício, implica, em verdade, em dissonância com âmago legislativo, na medida em que, durante as discussões do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, foi rejeitada a Emenda n.º 236/2011, que tratava de uma tentativa de alargamento do critério equitativo na fixação de honorários²¹⁹.

O ministro Campbell votou no sentido de acompanhar integralmente a tese proposta pelo Min. Relator Og Fernandes.

(...). Quantos às teses jurídicas firmadas, acompanho o Ministro Relator, in verbis:

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.²²⁰

4.3.3 Voto do ministro Raul Araújo

Por seu turno, o ministro Raul Araújo relembra que tanto ele quanto o ministro Luis Felipe Salomão foram vencidos quando do julgamento de afetação do tema sob análise à luz da Corte Especial do STJ. Sustentou, naquela oportunidade, que o caso em julgamento deveria ser

²¹⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 128.

²²⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 138.

afetado a Primeira e Segunda Seção do STJ, pois, dizia respeito à matéria de direito público, nos termos do §3º, do art. 85, do CPC, assim como assunto de direito privado, conforme regra do §§2º e §8º do dispositivo referido, conforme consignou em seu voto:

Entendo, contudo, que, embora o recurso preencha os pressupostos recursais genéricos e específicos e não possua vícios graves que impeçam seu conhecimento, não se mostra adequada a afetação do tema à colenda Corte Especial pelo rito dos recursos especiais repetitivos. Isso porque tal matéria possui distinção de discussão no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, porquanto cada qual possui regramentos próprios. Com efeito, nos processos que envolvem interesses privados, as normas aplicáveis serão os citados §§ 2º e 8º do CPC de 2015, enquanto, nos processos em que Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários terá disciplina específica nos §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 85 do CPC/2015.

Desse modo, a aplicação subsidiária do referido § 8º do art. 85 do CPC de 2015 encontrará, provavelmente, distinção de tratamento no âmbito da Primeira Seção e da Segunda Seção. (...)

Tendo em vista justamente essa distinção, fiz uma proposta de afetação perante a colenda Segunda Seção acerca da incidência do art. 85, §§ 2º e 5º, do Estatuto Processual Civil, no âmbito de Direito Privado (REsp 1.812.301/SC e REsp 1.822.171/SC). Tal proposta de afetação foi acolhida pelos Ministros integrantes do referido órgão julgador, dando art. 1.046, redigido nos seguintes termos:**

A possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015.²²¹

O ministro Raul Araújo enfatiza o julgamento do REsp. 1.746.072/PR ocorrido na Segunda Seção do STJ, em que ficou definido que aplicação e o alcance da regra do § 8º do art. 85 do CPC se dava de maneira excepcional e subsidiária, devendo ser observada a ordem escalonada de preferência contida no §2º do dispositivo.

Portanto, concluiu-se que o § 8º do art. 85 do CPC de 2015, ao permitir a fixação de honorários sucumbenciais por equidade, veicula norma excepcional e subsidiária, somente aplicável caso os honorários advocatícios não possam ser arbitrados na forma da regra geral prevista § 2º do mesmo Codex. Ademais, entendeu-se que o juízo de equidade tem incidência, estritamente, para as hipóteses de: a) proveito econômico: a.1) de valor inestimável, no sentido restrito de quantia não passível de quantificação; ou a.2) irrisório, isto é, em quantia insignificante; ou, ainda, b) o valor da causa for muito baixo.²²²

Segundo o ministro Araújo, esse entendimento ficou restrito às regras contidas no §§2º e 8º do art. 85 CPC, e não era extensivo à regra contida no §3º do mesmo dispositivo por se tratar de matéria de direito público de competência exclusiva da Primeira Seção do STJ.

Superadas essas considerações, o ministro estabelece basicamente as mesmas premissas apresentadas pelo relator Og Fernandes e do ministro Luís Felipe Salomão que, em síntese, gravita nos seguintes fundamentos: o legislador infraconstitucional, ao confeccionar o *caput* e

²²¹ Ibid., p. 141.

²²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 146.

os parágrafos do art. 85 do CPC/15, deixou claro seu intuito de conferir critérios objetivos para fixação dos honorários sucumbenciais, conforme se vê do excerto a seguir:

Do exame comparativo das transcrições supra, é possível inferir, de plano, por meio de interpretação não apenas gramatical, literal, das normas processuais, mas também de exegese segundo a vontade do legislador, bem como interpretação teleológica e sistemática, que, com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, pretendeu-se reformular consideravelmente a sistemática de honorários advocatícios sucumbenciais antes disciplinada.²²³

Além disso, segundo o ministro, é notório em cotejo ao CPC anterior (de 1973) que o legislador restringiu as hipóteses do intérprete de invocar o juízo da equidade para aplicar aos casos que não dizem respeito à regra do § 8º do art. 85 do CPC/15. O legislador deixou claro quando se admite ao juiz valer-se da equidade para decidir, apenas e tão somente quando a lei assim o permitir, conforme parágrafo único do art. 140 do CPC/15.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece o dever de objetivação do processo de fixação do quantum da verba honorária sucumbencial, relegando ao subjetivismo do julgador apenas os restritos casos do § 8º do art. 85, pois, como de sabença, "o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" (parágrafo único do art. 140 do CPC)²²⁴.

O ministro Raul Araújo também registrou que a regra geral do § 2º, do art. 85 do CPC/15, estabeleceu uma ordem escalonada de preferência a ser observada. Ressaltou, ainda, que o legislador infraconstitucional foi detalhista ao disciplinar o instituto dos honorários sucumbenciais em relação aos particulares e a Fazenda Pública, tendo em vista que elaborou com precisão e clareza o regramento contido nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC:

De fato, ao disciplinar a sistemática de fixação dos honorários sucumbenciais tanto sob a ótica de direito público como a de direito privado, o legislador foi extremamente preciso, tratando do assunto com bastante objetividade e cuidando, inclusive, de estabelecer as hipóteses excepcionais de afastamento das regras gerais previstas nos citados §§ 2º e 3º.

Assim, se o magistrado deixar de aplicar as regras insculpidas nos §§ 2º e 3º do art. 85, para utilizar o juízo de equidade, mesmo não estando presente nenhuma das hipóteses do § 8º do mesmo dispositivo, isso representará tornar letra morta o atual Código de Processo Civil na parte que trata sobre os honorários advocatícios de sucumbência, além de ferir um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico, consubstanciado no princípio da segurança jurídica, que garante a previsibilidade e evita a existência de decisões divergentes para situações semelhantes.²²⁵

Em razão da clareza e precisão dos enunciados prescritivos que abordam sobre o instituto dos honorários sucumbenciais, não haveria margem de discricionariedade para o intérprete ultrapassar as balizas e critérios definidos pelo parlamento com objetivo a conferir

²²³ Ibid., p. 149.

²²⁴ Ibid., p. 151.

²²⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 155.

interpretação contrária ou extensiva, invadindo em assunto tratado de modo adequado, aprofundado e dentro do jogo democrático.

Por fim, o ministro Raul Araújo destacou que o CPC vigente buscou limitar o excesso de subjetivismo do intérprete ao atribuir sentido ao texto legislado, relegando para hipóteses excepcionais o uso do juízo de equidade para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais:

Com isso, afirma o Superior Tribunal de Justiça, de modo patente e marcante, a nova concepção sobre o tema trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, superando a arraigada cultura de excessiva subjetividade no estabelecimento, por juízo de equidade, dos honorários advocatícios sucumbenciais pelos órgãos do Poder Judiciário, acolhida anteriormente sob a égide do CPC revogado.²²⁶

Nessa perspectiva, acompanhou o voto do ministro relator Og Fernandes, no sentido de não ser possível de invocar o juízo de equidade para fora dos limites previsto no § 8º do art. 85 do CPC, ainda que o feito envolva valores exorbitantes.

4.3.4 Voto da Ministra Laurita Vaz

Em breve síntese, a ministra Laurita Vaz acompanhou a divergência inaugurada pelo voto-vista da ministra Nancy Andrighi sobre o argumento de que os fundamentos determinantes se mostraram mais convincentes, lastreados em doutrina especializada e referendada por princípios constitucionais que balizam o processo civil.

Embora reconheça o ponto que o relator Og Fernandes enfatizou, relacionado à intenção do legislador infraconstitucional no CPC de 2015 em estabelecer critérios objetivos para fixação do instituto dos honorários advocatícios sucumbenciais, atenuando a margem de discricionariedade do intérprete na aplicação do juízo de equidade para referida fixação.

Todavia, a ministra Vaz entendeu que os valores e as normas fundamentais previstas na Constituição vigente, notadamente os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, conferem ao julgador a missão de atribuir sentido que melhor se aproxime do real e efetivo alcance desses princípios:

Entretanto, rogando vênias, entendo que os valores e as normas fundamentais instituídos na Constituição Federal, em especial, no caso, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, impõem ao julgador, ao interpretar a norma, o inarredável dever de buscar seu real e efetivo alcance, o que não se confunde com arbitrariedade.

Tolher do juiz a possibilidade de se valer de princípios maiores, instituídos sobre todas as normas, consagrados na Constituição da República, na concepção de um Estado Democrático de Direito, é retroagir à figura do juiz do Código Napoleônico, quando só lhe cabia fazer a subsunção do fato à literalidade da lei, sem sopesar se, no caso concreto, a aplicação literal da norma produziria alguma injustiça, materialmente contrária à própria razão de ser da norma interpretada. Não se trata aqui, repito, de defender o subjetivismo desmedido, sem parâmetros na lei e na própria Constituição

²²⁶ Ibid., p. 158.

Federal, mas de garantir, em hipóteses absolutamente excepcionais, que não sejam prolatadas decisões absurdas, que não resistem a mais elementar análise de bom-senso.²²⁷

Em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como postulados universais, a ministra entendeu que a depender do caso em que se ensejar um descompasso entre o serviço efetivamente desenvolvido pelo advogado e os parâmetros legais a serem observados que resultar em remuneração inadequada/exorbitante, o intérprete poderá conferir uma interpretação extensiva para invocar o juízo de equidade na fixação dos honorários sucumbenciais. Nessa linha de raciocínio a ministra Laurita Vaz votou no sentido de acompanhar literalmente a divergência apresentada pela Ministra Nancy Andrighi.

4.3.5 Voto do ministro Herman Benjamin

Por sua vez o ministro Herman Benjamin apresentou voto-vista no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pela ministra Nancy no julgamento do REsp nº 1.8750.512/SP e informou que já havia se pronunciado a respeito da questão quando do julgamento do REsp nº 1.644.077/PR, na Segunda Turma do STJ, sob sua relatoria.

O ministro Herman, ao confrontar os argumentos expendidos pelo Relator Og Fernandes e as razões de decidir proferida no REsp nº 1.644.077/PR de sua relatoria, diz não haver divergência entre as premissas maiores extraídas de ambos os votos, qual seja: i) o CPC vigente conferiu maior objetividade aos critérios para fixação dos honorários sucumbenciais; ii) a existência de caráter excepcional e subsidiário da regra do § 8º, do art. 85, do CPC, que versa sobre a possibilidade de invocar o juízo de equidade para fixar referidos honorários.

Embora versem premissas gerais presentes em ambos os votos, a divergência reside no fato de compreenderem ser necessária a utilização de técnica interpretativa diversa para solucionar o embate instaurado em torno da regra contida no §8º, do art. 85 do CPC.

Para o ministro Herman Benjamin a regra deve passar pelo crivo dos princípios e valores fundantes da ordem constitucional vigente, conforme informa em seu voto:

Eis o ponto de partida do presente Voto, a premissa suprema que ilumina a base teórica e o raciocínio adotados na reflexão que faço: no Estado Democrático e Social de Direito, o legislador (criador) e a norma (criatura) podem muitíssimo. Porém, a Constituição, a moral e o bom senso a eles não atribuem legitimidade para implantar a aberração ética ou para instituir o absurdo jurídico, sobretudo quando o propósito, aberto ou camuflado, for o favorecimento de minoria política, econômica ou profissional, em prejuízo do patrimônio público material e imaterial da Nação e das gerações futuras. E, força convir, em processos judiciais o absurdo e a aberração que

²²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 169-170.

põem em risco a respeitabilidade social do âmago da ordem jurídica em si não são questão de fato, mas, sim, eloquente questão de Direito.²²⁸

Filiado à visão constitucionalizada e social do processo civil, o ministro ressalta que o legislador tem o dever de instituir leis observando os valores supremos previsto na Constituição de 1988, sobretudo o princípio da isonomia - diretriz para a construção de uma sociedade justa e solidária que caminhe para redução das desigualdades sociais.

O ministro Herman Benjamin defende que as vozes e atuação das instituições particularizadas, ainda que expressadas durante o processo legislativo democrático, possui como fim único e exclusivo os benefícios próprios e prejuízos ao erário, pelo que deixa transparecer em seu voto:

Em várias manifestações processuais e memoriais juntados, assim como nas sustentações orais, fica patente o pleito de fixação de tese jurídica que cria privilégio antirrepublicano para os Advogados de particulares, sobretudo das grandes empresas e de litígios bilionários: a intervenção do STJ somente para aumentar honorários sucumbenciais fixados pelas instâncias ordinárias, nunca para reduzi-los, mesmo que estratosféricos e destituídos de mínima razoabilidade.²²⁹

Esse modo de ver fica mais evidente quando o ministro argumenta um evidente desequilíbrio entre os casos em que são fixados honorários sucumbenciais colossais, em flagrante descompasso com a temperança e o serviço efetivo prestado pelo advogado.

No presente Recurso, contudo, o que se discute não é prerrogativa especial do Estado; ao contrário, é a colocação do Estado em posição de manifesto desequilíbrio e de gritante inferioridade com o regime a ser aplicado à Advocacia privada, máxime diante de litígios colossais, com valores que superam o orçamento de Ministérios ou mesmo de Estados. Desnívelamento esse com impactos enormes no orçamento público, que, não é segredo, vem do bolso da sociedade. Sabe-se que dinheiro não cai do céu, depende das contribuições de milhões de brasileiros, aí incluído o trabalho dos pobres e destituídos de tudo. Patrimônio público material e imaterial que precisa ser empregado no atendimento das graves e inadiáveis demandas sociais que nos afligem como Nação, sob a máxima de dar a cada um o que é seu e a ninguém mais do que o seu, o justo, postulado que não há de ser distinto na disciplina dos honorários advocatícios.²³⁰

No voto, defendeu que o regramento instituído pelo legislador infraconstitucional no art. 85 e seus parágrafos, gera inquestionável prejuízo ao erário público e fere o princípio da isonomia, bem como ensejaria em um retrocesso relacionado aos comandos e valores emanentes previsto no texto constitucional:

²²⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 177-178.

²²⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 178.

²³⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 178-179.

Em situações como a dos autos, a utilização de regras anti-isonômicas se faz em desfavor da coletividade, significa retirar de muitos para dar a uns poucos. Condenações em honorários advocatícios em valores totalmente injustificáveis e desarrazoados – pela remuneração de serviços profissionais de pequena monta ou mesmo inteiramente inexistentes – afetam, por óbvio, os cofres públicos e privam a população carente e a legião de vulneráveis de recursos que poderiam servir a medidas de enfrentamento da desigualdade social, da fome e da miséria.²³¹

Segundo o ministro Herman, a restrição da atuação do juiz não poder valer-se da interpretação extensiva para invocar o juízo da equidade nos casos em que resultar em fixação de honorários advocatícios exorbitantes para o advogado da parte vencedora, sobretudo quando a Fazenda Pública figurar no polo sucumbente, senão haveria a configuração de uma subversão dos valores constitucionais em que o interesse privado se sobrepõe ao público e vilipêndio do princípio da isonomia.

De acordo com o ministro Herman, grande parte das manifestações e sustentações orais dos *amicus curiae* na Corte Especial foi no sentido de respeitar a regra expressa instituída pelo legislador através de processo legislativo democrático. No entanto, no caso em julgamento, o que se analisa é a alteração promovida pelo CPC de 2015 em detrimento do regramento previsto pelo CPC 1973, que pretendeu obstar a ingerência do juiz em casos de honorários advocatícios exorbitantes.

A meu sentir, nos autos não se controverte a respeito do instituto do overriding legislativo. Longe disso, ocupa-se do oposto, ou seja, da ausência de manifestação explícita do legislador sobre o tema que se proclama ter sido objeto de alteração no CPC/2015 em relação ao CPC/1973 (= interdição de controle judicial de honorários sucumbenciais exorbitantes).²³²

No que diz respeito à zona de penumbra entre a atuação do Legislativo e do Judiciário no desenvolvimento do direito, o ministro Herman defendeu a ideia de que é dever do juiz, em qualquer circunstância, atribuir sentido à lei, ainda que dotada de clareza e precisão. Isso decorre do fato de que há inúmeras possibilidades que o legislador não consegue contemplar e que, ao seu ver, necessita da atuação do juiz para exprimir maior eficiência a ordem jurídica constitucional.

Em outras palavras, o dispositivo legal pode ser muito claro e, ao mesmo tempo e em igual ou maior medida, ser absolutamente estapafúrdio, aberrante, injusto, perverso e inconstitucional. Em situações dessa natureza, o Judiciário nas sociedades democráticas não só pode, como deve, legitimamente intervir para assegurar a unidade do sistema normativo e a supremacia dos valores ético-políticos inderrogáveis nele expressados.

Não custa lembrar que o texto normativo, uma vez publicado, sempre estará aberto a pronunciamento judicial, se provocada a jurisdição. A norma terá seu sentido final

²³¹ Ibid., 179.

²³² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 184.

definido pelo juiz, não sendo poucos os exemplos em que a exegese adotada pelo Judiciário destoa parcial ou inteiramente do vocábulo ou expressão literal contidos na lei. Há situações, também, em que a norma, sem qualquer modificação legal, sofre mutação com o passar do tempo, no curso da prática exegética, adequando-se a compreensão que dela se tenha à dinâmica da vida em sociedade e aos objetivos e (novos) princípios caros ao ordenamento.²³³

Além disso, enfatiza o ministro que o direito só alcança o resultado que dele se espera obter, após a intervenção do juiz ao atribuir sentido ao texto legislado e, mesmo que não fosse, no caso concreto, seria indispensável a intervenção do juiz para atribuir sentido aos enunciados descritivos do art. 85 e parágrafos do CPC diante de sua imprecisão e obscuridade.

De outro lado, o ministro entende ser inaplicável ao feito a teoria da Análise Econômica do Direito para qual teria como finalidade camuflar a fixação de honorários sucumbenciais elevados, obstando a intervenção do STJ. No seu ponto de vista, a invocação da referida tese tende mais atrapalhar que ajudar na solução do caso em julgamento, porque a espinha dorsal do art. 85 do CPC é estruturada para beneficiar os particulares e as grandes corporações, que além de desfalcar os cofres públicos, gera evidente desequilíbrio na relação privada e pública.

Segundo o ministro, usa-se de pesos e contrapesos diferente na balança da justiça, tendo em vista que o legislador possibilitou invocar o juízo da equidade apenas para majorar honorários fixados em patamares baixos, mas jamais para reduzir honorários exorbitantes e em descompasso a complexidade da causa e trabalho prestado pelo advogado:

Vejam que a parte final se reporta à "eficiência". É exatamente a eficiência econômica, o chamado Ótimo de Pareto, conceito tão caro à Análise Econômica do Direito. O sistema normativo e a atividade jurisdicional devem, sim, levar em conta a eficiência econômica, mais ainda no trato do patrimônio da Nação! Contraditoriamente, na tese ostentada neste processo, a eficiência vem usada como arma contra a própria eficiência na salvaguarda dos recursos públicos, ao se expor entendimento de que ao STJ cabe ampliar honorários sucumbenciais irrisórios, mas nunca – jamais, nem mesmo em situações excepcionais de abuso horrendo e notório – reduzir honorários exorbitantes.²³⁴

Assim, no caso sob julgamento, a invocação da Teoria da Análise Econômica do direito em nada contribuiria para a solução que a sociedade espera, bem como vai em contramão ao espírito da Constituição vigente. O ministro registra a contrariedade com a tese defendida pelo relator Og Fernandes, a qual estabelece que o instituto dos honorários sucumbenciais teria natureza sancionatória, contribuindo para a redução de ajuizamentos de ações frívolas ou predatórias. Na sua perspectiva, essa tese violaria o postulado constitucional do direito ao acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

²³³ Ibid., 185.

²³⁴ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 191-192.

A proposição, em si, parece sedutora. Contudo, importa lembrar que o ajuizamento de demanda, à semelhança de eventual resistência à pretensão nela deduzida, são, ambos, manifestações do exercício do direito de ação, do direito de defesa e do amplo acesso à justiça, constitucionalmente assegurados.²³⁵

Demais disto, o ministro destaca que o STF possui precedente favorável à invocação do juízo de equidade para reduzir honorários advocatícios manifestamente desproporcionais e em descompasso com a complexidade da causa ou trabalho efetivamente desempenhado pelo advogado. Informa que a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ADC n. 71 no STF, na tentativa de evitar que o juiz atribua interpretação extensiva com objetivo de invocar o juízo da equidade para hipóteses diversas da prevista no § 8º, do art. 85 do CPC.

Para o ministro Herman, o ponto fulcral da divergência com o ministro Relator Og Fernandes está no fato de que só é possível invocar o juízo da equidade para majorar honorários sucumbenciais fixados em patamares ínfimos: jamais para reduzir quando fixados em valores exorbitantes, o que gera dois pesos e duas medidas que ferem os valores da ordem constitucional: “A divergência de entendimento surge quando o eminente Relator conclui que o CPC somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 para majorar os honorários advocatícios, jamais para reduzi-los”.²³⁶

O ministro defende que a intenção do legislador não foi estabelecer um "juízo de equidade de mão única" apenas para beneficiar a advocacia particular em casos de fixados de honorários sucumbenciais quando irrisórios, mas que diante do silêncio do texto de lei quanto as outras hipóteses não disciplinadas pelo código (redução de honorários exorbitantes), o intérprete deve intervir para atribuir a interpretação sistemática para que se torne equânime nos casos em que importa no evidente prejuízo ao erário público.

Fazendo alusão ao CPC de 1973, o ministro argumenta que a mesma lacuna que havia no regime anterior permaneceu no CPC de 2015, precisamente quanto à ausência de previsão legal para se admitir o controle judicial quando da fixação de honorários exorbitantes.

Assim, deve ser admitido o controle judicial com base no juízo da equidade tanto para majorar e/ou reduzir honorários fixados de forma exorbitantes ou ínfimos, com vista a conferir remuneração adequada ao advogado e que não enseje em prejuízos aos cofres públicos:

Reitero esse aspecto: o CPC/1973 não possuía dispositivo legal explícito a respeito dos honorários advocatícios abusivos ou desproporcionais, assim considerados a partir da valoração das circunstâncias descritas no art. 20, § 3º, "a", "b" e "c". Apenas prescrevia que o juízo equitativo seria aplicável nos casos em que não houvesse

²³⁵ Ibid., p. 194.

²³⁶ Ibid., p. 205.

condenação, a causa apresentasse "pequeno valor" ou "valor inestimável", ou fosse vencida a Fazenda Pública.²³⁷

Nesse contexto o ministro identifica a necessidade de intervenção do intérprete com base no juízo da equidade para majorar honorários fixados de forma ínfimas ou irrisórias, bem como para os casos de redução de honorários fixados de forma exorbitantes que causem prejuízos ao erário público.

De outro lado, o ministro sustenta que não é o caso da utilização da interpretação literal, conforme apresentado pelo ministro relator, pois violaria os princípios e valores supremos expressos no texto constitucional, ainda mais quando essa interpretação está em dissonância com o espírito e as bases essenciais do Estado Democrático e Social de Direito:

A posição segundo a qual o art. 85, § 8º, do CPC comporta exegese pelo método literal – somente autorizando o juízo de equidade para majorar honorários ínfimos e, ao mesmo tempo, a contrário sensu, de maneira a vedar a utilização da equidade para fins de redução dos honorários excessivos – revela-se, a meu ver, inadmissível, com todas as vênias. A melhor hermenêutica prescreve que toda e qualquer norma deve ser interpretada ou integrada em diálogo com a totalidade do ordenamento. O método literal ou gramatical, em particular quando usado para ampliar situações de enfraquecimento do interesse público ou viabilizar patente ataque ao Erário, ofende a segurança jurídica do sistema normativo maior de proteção da sociedade. Em tais circunstâncias, não se deve confundir o texto legal seco com a norma que dele se extrai, nem muito menos a ele atribuir efeitos ou soluções que violem o espírito e as bases formais e substantivas do Estado Democrático e Social de Direito.²³⁸

Nessa perspectiva o ministro apresenta a possibilidade de utilização da interpretação lógico-sistêmica para melhor solução da hipótese, pois já se adotava quando no regime do CPC de 1973, para os casos de fixação de honorários exorbitantes e, como persistiu a lacuna no CPC de 2015, se mostra necessária a intervenção do juiz para evitar desigualdade e prejuízos aos cofres públicos:

Em síntese, forçoso reconhecer que, mantida a lacuna no regime do CPC/1973, inexistente, no CPC de 2015, tratamento legal para a situação em que os honorários se revelem excessivos. Caracterizada a lacuna legislativa, desponta o dever do órgão julgador de utilizar as regras de hermenêutica para dar adequada, justa e republicana solução ao caso concreto, tal qual ocorreu na vigência, reitero, do CPC/1973.²³⁹

Para o ministro, o CPC de 2015 estabeleceu duas premissas centrais quanto a fixação de honorários sucumbenciais: uma regra geral conforme disposto nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15; e, uma exceção para os casos de fixação de honorários irrisórios, em que se admite o

²³⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 206.

²³⁸²³⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 210-211.

²³⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 210.

uso do juízo da equidade para resolver este impasse. Esses dispositivos contemplam, ao seu ver, apenas estas duas situações. De resto, se mostra necessária a intervenção do juiz para solucionar as situações em que foram fixados honorários exorbitantes, sob condição de ruir o Estado Democrático e Social de Direito.

De acordo com o ministro, a interpretação lógica-sistemática está na própria função do STJ, neste caso, seria ideal para solucionar o impasse, o que torna incoerente a interpretação literal para o deslinde dessa controvérsia, pois ensejaria em graves prejuízos aos cofres públicos e vilipendiando os valores supremos contidos na Constituição.

Por fim, recusa a acompanhar os argumentos do ministro relator quanto a impossibilidade de aplicar a técnica da modulação dos efeitos determinantes ao feito, bem como define o marco temporal que irá incidir os efeitos do presente julgamento, que será observado da data da prolação da sentença na origem. Em contrapartida, vota no sentido de divergir da tese sugerida pelo ministro relator, propondo a seguinte:

i) Em regra, os honorários advocatícios de sucumbência serão estabelecidos com a utilização prioritária dos parâmetros fixados no art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC;

ii) excepcionalmente, diante da lacuna da lei, quando identificado que a aplicação das alíquotas estabelecidas nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC acarretou arbitramento de honorários sucumbenciais exorbitantes, incompatíveis com os parâmetros objetivos delineados nas hipóteses I, II, III e IV do § 2º do art. 85 do CPC (trabalho realizado, complexidade da causa, etc.), será possível, com base na interpretação sistemática do art. 85, § 8º, combinado com os arts. 1º, 7º e 8º do CPC, invocar-se o juízo equitativo para a sua redução;

iii) constatado que a aplicação do art. 85, § 3º, do CPC ensejará indevido arbitramento de honorários advocatícios excessivos, poderá o juiz, sopesando conjuntamente os parâmetros do art. 85, § 2º, I a IV, do CPC, estipular a verba sucumbencial em quantia fora dos percentuais previstos em lei ou em valor fixo.²⁴⁰

Após votos proferidos pelos ministros componentes da Corte Especial, ficou decidido pela maioria acompanhar a proposta do ministro relator Og Fernandes para fixar a tese repetitiva.

4.4 As deficiências do atual modelo deliberativo do STJ para formação dos precedentes qualificados

Este tópico demonstrará algumas evidências da deficiência do atual modelo deliberativo adotado pelo STJ na formação de precedentes qualificados, a partir do caso apresentado.

Conforme discutido em outro momento nesta pesquisa, o modelo atualmente adotado pelas cortes superiores brasileiras é o *seriatim* (ou votos em série). Neste modelo,

²⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 220.

aparentemente, se observa uma ausência quanto ao estabelecimento de um diálogo adequado entre os ministros, bem como de critérios valorativos e diretivas a serem consideradas para a formação das razões determinantes que levaram a corte superior a decidir num determinado sentido.

Esse modelo gera a um só tempo dois graves problemas que obsta o consenso: a ausência de definição dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do colegiado e, por consequência, a dificuldade de identificação dessa norma para aplicá-la em casos futuros idênticos.

Essa constatação é extraída do acórdão proferido pela Corte Especial em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.850.512/SP), que ensejou na aparente formação de um precedente qualificado e na fixação da tese jurídica n. 1076, conforme exaustivamente analisado no tópico anterior desta pesquisa.

Da revisão de todos os votos proferidos pelos membros componentes da Corte Especial, é possível afirmar que não houve um consenso quanto aos fundamentos determinantes que resultaram na tese vencedora proposta pelo ministro relator Og Fernandes.

As premissas instituídas pelos ministros para desenvolverem seus raciocínios decisórios tomam como ponto de partida proposições destoantes entre si e, ao final, passam a aderir a proposta do relator e/ou da divergência inaugurada, o que deixa transparecer que a preocupação fica circunscrita à parte dispositiva (solução do caso concreto) e a fixação da tese jurídica.

O que interessa para a presente pesquisa é o debate e a forma como se dá a formação do precedente qualificado no seio do STJ para compreender se houve (ou não) um consenso da corte superior quanto aos fundamentos determinantes que justificou a conclusão adotada no julgamento com aptidão para vincular casos futuros.

Nesse contexto, compete rememorar que o STJ, nos termos do art. 121-A do seu RI, considera como precedente qualificado aqueles acórdãos proferidos em sede de recurso repetitivo ou em incidente de assunção de competência e os enunciados de súmula²⁴¹:

O parágrafo primeiro do referido artigo regimental informa que, após o julgamento, se deve fazer constar expressamente a tese firmada e os seus fundamentos determinantes. Contudo, a apresentação do julgamento do tema n. 1076 leva à conclusão de que não há uma deliberação

²⁴¹ Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

adequada para definição da *ratio decidendi* do caso, pois os fundamentos proferidos pelos ministros aparentam ser inconciliáveis e com premissas e razões diferentes.

No voto do ministro relator Og Fernandes, as razões determinantes do julgado foram delineadas com as premissas centrais:

i) interpretação literal da regra contida no §8º, do art. 85 do CPC/15, tendo em vista que o enunciado prescritivo goza de clareza e precisão, bem como atribui o caráter excepcional e subsidiário diante da intenção do legislador de conferir maior objetividade para fixação dos honorários sucumbenciais;

ii) observação o entendimento dominante da Segunda Seção do STJ sobre a questão debatida, em razão da profundidade e as posições externadas de seus membros;

iii) respeito à regra instituída pelo legislador infraconstitucional via CPC, evitando-se ingerência do Poder Judiciário com o propósito de desvirtuar a intenção do legislador, sob pena de ruir o postulado da separação dos poderes;

iv) aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, e os benefícios de conferir caráter sancionador do instituto dos honorários sucumbências pode promover, sobretudo com aptidão para redução de ações frívolas ou predatórios;

v) não invocação dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade para relativizar a norma legal instituída pelo legislador, sob fundamento de conferir melhor interpretação que resguarde o interesse público.

Por sua vez, observa-se do voto-vista proferido pela ministra Nancy Andriighi, que inaugura a divergência, as premissas centrais para compreender seu raciocínio:

i) definir o âmbito de incidência e o alcance da regra prevista no §8º, do art. 85, do CPC, tanto para os casos que envolvam particulares e/ou pessoas jurídicas, bem como quando a Fazenda Pública estiver em um dos polos das demandas;

ii) necessidade de definir a natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais, se possui ou não caráter de remuneração do advogado, condicionado ao trabalho efetivamente prestado e a remuneração adequada.

A partir de tais premissas centrais, a ministra estrutura em seu raciocínio decisório:

i) existência de cláusulas implícitas e possibilidade de aplicar a teoria da derrotabilidade das normas;

ii) possibilidade de conferir interpretação extensiva nos casos que fixam honorários exorbitantes/remuneração adequada;

iii) inaplicabilidade da teoria da Análise Econômica do Direito e os malefícios do caráter sancionador do instituto dos honorários sucumbências, violação do princípio fundamental do acesso à justiça;

iv) Possibilidade do STJ exercer o controle difuso de constitucionalidade via recurso especial;

v) Necessária conformação dos dispositivos do art. 85, §§ 2º e 3º do CPC à luz da CF/88, aplicação da técnica da interpretação conforme;

Nestas razões, a ministra Nancy propõe a seguinte tese jurídica divergente:

É admissível, excepcionalmente, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade não apenas nas hipóteses expressamente previstas no art. 85, §8º, do CPC/15, mas também quando se verificar, em decisão fundamentada, a evidente incompatibilidade entre os padrões remuneratórios instituídos no art. 85, §2º e §3º, do CPC/15, e o trabalho efetivamente desenvolvido pelo advogado do vencedor.²⁴²

Neste particular, o objetivo desta pesquisa não é se posicionar a respeito de qual tese deveria prevalecer. O escopo da investigação é identificar se o atual modelo de decisão colegiada do STJ, no caso sob análise, produziu um precedente qualificado no sentido de se assegurar uniformidade de entendimento da corte a ser propagada na ordem jurídica e social.

Sublinha-se, nesse contexto, o processo de decisão colegiada nas cortes constitucionais tradicionais envolve um procedimento deliberativo interno que objetiva a criação de uma decisão jurisdicional vinculante, mediante a fixação de precedentes para assegurar o desenvolvimento do Direito. Os fundamentos determinantes dessa decisão devem ser compartilhados pela maioria dos juízes, exigindo uma metodologia que prestigia o diálogo colegiado em detrimento de opiniões individuais e discricionárias.²⁴³

Nota-se, a partir do voto do relator e do voto-vista, o dissenso quanto ao ponto de partida e as premissas centrais para desenvolverem seus raciocínios decisórios. Enquanto o relator desenvolve seu raciocínio decisório valendo-se da interpretação literal e sistemática dos dispositivos inseridos no texto constitucional e no CPC/15, a divergência fixou como crucial saber se os honorários sucumbenciais possuem natureza jurídica de remuneração.

Trata-se de uma novidade inaugurada no voto da ministra Nancy e que, se existisse uma prévia discussão das questões centrais a serem analisadas pelos ministros (as opções valorativas

²⁴² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107

²⁴³ PEREIRA, **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do supremo tribunal federal**, p. 112.

e as diretivas interpretativas a serem observadas), possivelmente não haveria tanta dissonância de argumentos.

Em análise ao julgamento da afetação dos recursos, aparenta existirem questões preliminares de mérito (competência da Corte Especial ou da Primeira Seção, por envolver a Fazenda Pública num dos polos da demanda), antes de se adentrar na análise do mérito propriamente dito. Se debates prévios ocorressem entre os ministros, talvez fosse o caso de o tema não ter sido afetado naquele momento pela corte superior.

O posicionamento da ministra Nancy Andrighi e dos ministros Luís Felipe Salomão e Raul Araújo (embora somente os dois últimos se manifestaram expressamente contrários a afetação do recurso ao rito do repetitivo) deixam transparecer que o caso, a princípio, não deveria ser submetido à Corte Especial, tendo em vista falta de amadurecimento e maiores reflexões entre as turmas e seções de direito público e privado do STJ sobre a questão debatida em sede de repetitivo.

A ministra Nancy explica que os casos que envolvem a Fazenda Pública são de competência exclusiva da segunda Seção:

04) Com efeito, se se tratasse de matéria especificamente vinculada à Fazenda Pública, a afetação deveria ocorrer para a 1ª Seção e não para a Corte Especial, o que, na hipótese, seria juridicamente impróprio e absolutamente inadequado, tendo em vista o evidente risco de conflito entre os posicionamentos da 1ª e da 2ª Seção acerca da mesma questão de direito – a saber, se é admissível a fixação equitativa de honorários quando a sua fixação por parâmetros percentuais resultar em honorários exorbitantes.²⁴⁴

Os ministros Luís Felipe Salomão e Raul Araújo ficaram vencidos quando do julgamento da proposta de afetação para julgamento na sistemática dos recursos repetitivos na Corte Especial. Para o ministro Salomão, não era o momento adequado para a afetação sob o rito repetitivo, tendo em vista que o tema merecia maiores reflexões e debates no âmbito das turmas e seções, bem como em fase de julgamento iniciado no âmbito da Primeira Seção que trata sobre assuntos de direito público:

Contudo, há também julgados das Turmas da Primeira Seção que, malgrado não tenham aplicado a equidade prevista no parágrafo 8º do art. 85 do CPC, fixaram os honorários advocatícios de sucumbência em percentual inferior ao previsto no parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, calcado em princípios, valores encartados no novo CPC (art. 1º) e no ideário de justiça, como se vê do seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ASSENTIMENTO IMEDIATO DA FAZENDA PÚBLICA EXEQUENTE. CANCELAMENTO DO DÉBITO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA AO

²⁴⁴ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 48.

PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS, NO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM R\$ 4.000,00 MEDIANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA. PROCESSO SENTENCIADO NAVIGÊNCIA DO CÓDIGO FUX. VALOR DO DÉBITO EXEQUENDO SUPERIOR A R\$ 2.700.000,00. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 85, § 8º. DO CÓDIGO FUX, UMA VEZ QUE NÃO SE TRATA DE CAUSA DE VALOR INESTIMÁVEL OU DE PROVEITO ECONÔMICO IRRISÓRIO. NAS AÇÕES DE VALOR PREFIXADO A VERBA HONORÁRIA NÃO DEVE SER ESTABELECIDADA COM A EXCLUSÃO DESSE ELEMENTO QUANTITATIVO.

OBSERVÂNCIA DO ART. 1º. DO REFERIDO CÓDIGO, DE FORMA A

APLICAR AO CASO CONCRETO OS VALORES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PARA ADEQUAR O VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À REALIDADE DO OCORRIDO NO PROCESSO. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA FIXAR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 1% SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO.

1. Em execução fiscal extinta mediante exceção de pré-executividade não resistida, e sendo cancelada a própria inscrição do crédito em dívida ativa, por já ter ocorrido a citação do devedor, é cabível a condenação da parte exequente em custas sucumbenciais e honorários advocatícios.

2. No caso presente, o proveito econômico obtido pelo contribuinte é de R\$2.717.008,23, de acordo com a Certidão de Dívida Ativa 1.215.928.910 (fls.1) que foi cancelada pela Fazenda Pública Paulista após a citação da parte executada em face de ter sido exibida a prova de pagamento do débito, isso em incidente de exceção pré-executividade não resistida (conforme sentença de fls. 62).

3. Nesse contexto, uma primeira apreciação da situação mostra que não cabe a aplicação do art. 85, § 8º. do Código Fux, porquanto, como se vê, não se trata de causa de valor inestimável ou de irrisório o proveito econômico obtido, tendo em vista o valor envolvido na disputa. Poder-se-ia pensar que a hipótese deveria ser regulada, quanto aos honorários, pelas regras do § 3º. do art. 85 do Código Fux, mas isso acarretaria evidente distorção na fixação da verba honorária, tendo em vista que o trabalho profissional foi daqueles que podem ser classificados como sumários, simples ou descomplicados.

4. Essa orientação se mostraria, porém, excessivamente apegada à literalidade das regras legais. Seria um demasiado amor ao formalismo, desconsiderando a pressão dos fatos processuais, em apreço ao cumprimento da lei em situação que revela a sua acintosa inadequação.

5. O art. 1º. do Código Fux orienta que o processo civil observe princípios e valores, bem como a lei, significando isso a chamada justiça no caso concreto, influenciada pelas características e peculiaridades do fato-suporte da demanda, o que deve ser adequadamente ponderado.

6. Na hipótese em exame, como dito, inobstante o valor da causa (R\$ 2.717.008,23), o labor advocatício foi bastante simples e descomplicado, tendo em vista que a mera informação de pagamento de dívida tributária, moveu a Fazenda Pública exequente à extinção da própria execução; não houve recurso, não houve instrução e tudo se resolveu quase de forma conciliatória.

7. Desse modo, atentando-se para ao princípio da dita justiça no caso concreto, que deve, sempre, reger a jurisdição, ele há de prevalecer sobre outras premissas, embora igualmente prezáveis e importantes. Neste caso, em razão da baixa complexidade da causa, da curta duração do processo e da ausência de maior dilação probatória, fixe-se em 1% a verba honorária⁸. Recurso Especial da Empresa parcialmente provido, para condenar a parte recorrida ao pagamento de honorários advocatícios ora fixados em 1% sobre o valor da execução. (REsp 1.771.147/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 25/09/2019).

Cumpra anotar que este último se encontra pendente o julgamento de embargos de divergência na Primeira Seção. Nesse contexto, entendo que o tema não está suficientemente discutido nas Turmas e nas Seções, tampouco há entendimento amadurecido sobre ele, revelando-se, no meu modo de pensar, temerário atribuir-lhe os efeitos que advirão de um julgamento sob o rito repetitivo.²⁴⁵

O ministro Raul Araújo defendeu naquela oportunidade:

Entendo, contudo, que, embora o recurso preencha os pressupostos recursais genéricos e específicos e não possua vícios graves que impeçam seu conhecimento, não se mostra adequada a afetação do tema à colenda Corte Especial pelo rito dos recursos especiais repetitivos. Isso porque tal matéria possui distinção de discussão no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, porquanto cada qual possui regramentos próprios.

Com efeito, nos processos que envolvem interesses privados, as normas aplicáveis serão os citados §§ 2º e 8º do CPC de 2015, enquanto, nos processos em que Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários terá disciplina específica nos §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 85 do CPC/2015.

Desse modo, a aplicação subsidiária do referido § 8º do art. 85 do CPC de 2015 encontrará, provavelmente, distinção de tratamento no âmbito da Primeira Seção e da Segunda Seção.²⁴⁶

Nesse contexto, é possível extrair um impasse quanto à afetação prematura do recurso na Corte Especial, haja vista o impacto que a decisão proferida poderia ensejar no mundo jurídico e social.

A primeira deficiência que se levanta no caso diz respeito à fase deliberativa de afetação do recurso para julgamento na sistemática do repetitivo. Conforme tratado em tópico específico, o procedimento deliberativo realizado em plataforma eletrônica parece não dispor de tempo razoável e adequado para uma deliberação aprofundada das questões principais a serem objeto de discussão e votação dos ministros.

Isso se justifica em razão do resultado do julgamento no rito repetitivo ensejar numa decisão que goza de poder para vincular e ordenar a vida social. Assim, não se mostra razoável o prazo de sete dias corridos para decidirem sobre a afetação ou não do recurso ao rito repetitivo em razão da relevância e magnitude dessa decisão.

A segunda deficiência que se apresenta no julgamento embrionário de afetação do caso é que nessa etapa deveria ser mais bem discutido os assuntos inerentes às questões preliminares de mérito, bem com a investigação apropriada se o tema estaria maduro no âmbito das Turmas e Seções para, num momento seguinte, decidirem sobre as delimitações das questões essenciais que devem ser enfrentadas pelos ministros componentes da corte superior.

²⁴⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento da afetação de processos levados à deliberação no Tema Repetitivo n. 1076/STJ <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201903526617.REG.+E+@DTPB=%2720201204%27>, p. 29-31.

²⁴⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento da afetação de processos levados à deliberação no Tema Repetitivo n. 1076/STJ <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201903526617.REG.+E+@DTPB=%2720201204%27>, p. 22.

No julgamento do tema n. 1076 do STJ, é possível extrair dos votos que acompanharam a maioria uma resistência quanto à extensão dos temas debatidos nos recursos especiais afetados para julgamento no rito repetitivo, ora defendidos como temas de competência exclusiva da Primeira Seção, por envolver ente fazendário em um dos polos da demanda e outros, por serem matéria atinentes ao direito privado devendo ser julgado pela Segunda Seção.

Como uma proposta para solução desse problema, nota-se que deveria haver uma deliberação prévia e adequada para decidirem sobre os pontos em comum e centrais dos recursos especiais que devem ser afetados para julgamento na Corte Especial – cuja sessão deveria ser realizada preferencialmente de forma presencial (bem como os debates) e tais as discussões e as manifestações ocorrerem dentro do horário de funcionamento normal do expediente na sessão de julgamento a fim de se obter melhor compreensão do que será enfrentado no futuro e maior produtividade nas discussões colegiada.

A terceira deficiência que se vislumbra é que as questões fáticas do caso e os fundamentos determinantes se apresentam inconciliáveis nos votos dos ministros, seja em relação ao voto da maioria que acompanhou a tese vencedora ou da minoria que acompanharam a divergência.

Esses desacordos são recorrentes no modelo de decisão colegiada *seriatim*, entre outros motivos, certamente, a falta de delimitação prévia dos fatos essenciais a compreensão da controvérsia, conforme anota Marinoni:

Expressar a interpretação, negligenciando-se o delineamento da moldura fática do caso, elimina a possibilidade de se raciocinar com base em precedentes, ou melhor, a possibilidade de se racionalizar a operação com precedentes diante de casos futuros, que, obviamente, serão marcados por fatos cuja dessemelhança terá maior ou menor significado.²⁴⁷

Em qualquer sistema de justiça em que os precedentes judiciais são fontes aptas a produzirem normas jurídicas com aptidão para impactar direta ou indiretamente os indivíduos que convivem em sociedade, se mostra indispensável a delimitação dos fatos essenciais a serem observados pelos ministros ao reconstruir a partir de um caso concreto uma norma dotada de autoridade.

Ao juiz é assegurado o poder de construir (reconstruir) a norma jurídica a partir da legislação vigente, observando o contexto fático do caso, além dos fatores de ordem social, econômica, política e cultural em determinado tempo e lugar. No que se refere a esse poder do juiz de reconstrução da norma jurídica, esclarece Humberto Ávila:

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, **Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC.**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

(...). Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.²⁴⁸

Assim, o juiz não reconstrói a norma jurídica a partir de um marco zero. É preciso deixar claro que o seu ponto de partida são os textos normativos e os fatos presentes no caso, para assim, poder valer-se do emprego das técnicas interpretativas no intuito de se atribuir sentido ao texto legislado.

Em razão disso, o juiz não pode desconsiderar os limites implícitos contido no enunciado prescritivo, especialmente quando dotado de clareza e precisão, sob condição de vilipendiar o postulado da segurança jurídica, isonomia e previsibilidade. Ainda mais num país como o Brasil, em que nossa tradição é vinculada essencialmente à *civil law* (origem românica-germânica), cuja lei é a principal fonte de produção do direito, embora não seja a única.

O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da *lei constitucional*, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em um sentido próprio, é capaz de *innovare in jure*, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeito.²⁴⁹

A Constituição outorgou ao Poder Legislativo a missão constitucional de instituir as leis que imperam no Estado Democrático de Direito, aliás, cumpre esclarecer que o termo “lei”, aqui empregado, não se compreende apenas a lei propriamente dita (Constituição e lei ordinária), mas, como se sabe, desde a Constituição de 1967, compreende todos os atos normativos abrangidos pelo processo normativo disciplinado no art. 59 da Constituição vigente.²⁵⁰

Conrado Hübner Mendes defende uma interação genuína e interinstitucional entre esses poderes da república como alternativa para obtenção das melhores respostas.²⁵¹ Esse modelo deliberativo de interação admite influências de outros poderes, à procura de boas-razões. Demonstra que existe dois tipos-ideais de interação, a partir da oposição entre duas atitudes puras: a deliberativa e a adversarial. Sendo que, a interação deliberativa está mais aberta ao diálogo, exposto ao argumento, e convidativo ao debate a procura das melhores respostas.²⁵²

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53–54.

²⁴⁹ REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163.

²⁵⁰ REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, 2002, p. 164.

²⁵¹ MENDES, Conrado Hubner, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**, Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 211.

²⁵² *Ibid.*

Para esse autor o modelo deliberativo de interação detém maiores chances de obter as respostas certas para temas coletivos fundamentais:

Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma “cultura da justificação” para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de “reatividade política”, onde o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.²⁵³

Retomando para o caso analisado no tema 1076 e tendo como ponto de partida as premissas estabelecidas retro, percebe-se que os ministros perderam a oportunidade de estabelecer as questões essenciais para desenvolverem seus raciocínios decisórios.

Deveriam, em tese, estabelecer como ponto de partida a Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional federal (CPC de 2015) e os fatos essenciais envolvidos no caso, investigando as hipóteses legais expressas nos enunciados prescritivos do texto legislado, o seu consequente normativo. Deveriam identificar eventual lacuna do texto legislado para o caso, para somente depois deliberarem sobre as diretrizes, as opções valorativas e as técnicas interpretativas a serem observadas para construir seus raciocínios decisórios.

No caso concreto percebe-se a ausência de delimitação desses critérios em razão do procedimento deliberativo atual adotado pelo STJ para formação de seus precedentes qualificados. Isso é constatado quando levado em consideração o ponto de partida – as premissas centrais adotadas pelos ministros para o desenvolvimento de seus raciocínios decisórios – se apresentam despidos de critérios prévios a fim de contemplar unidade de entendimento quanto aos fundamentos determinantes da decisão, o que não contribui em nada para o sistema de precedentes judiciais brasileiros.

Observa-se das premissas essenciais consideradas pelo relator Og Fernandes para construir seu raciocínio decisório - as disposições expressas extraída do texto constitucional e da legislação infraconstitucional federal (CPC de 2015), sobretudo buscando demarcar as competências originárias e derivadas dos Poderes da República (Poder Legislativo e Judiciário):

(...). O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 - de acordo com a apreciação equitativa do juiz - em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos:

- 1) Proveito econômico irrisório ou inestimável, ou
- 2) Valor da causa muito baixo.

Portanto, a fixação dos honorários por apreciação equitativa do magistrado apenas deve ocorrer se, no caso concreto: i) o valor da condenação for irrisório; ii) não

²⁵³ *Ibid.*, p. 212.

havendo condenação, o proveito econômico pretendido com a demanda for irrisório; iii) não for estimável o proveito econômico, ou seja, não for possível aferir qual o montante pecuniário obtível com a vitória na demanda. (...)” p. 24

(...)

Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

(...) Esses e vários outros exemplos denotam que o legislador pode editar diplomas normativos que conttenham enunciados contrários ao entendimento até então prevalecente na jurisprudência. Não há abuso nem ofensa à boa-fé do legislador em aprovar leis que conttenham novidade ou alterem o quadro normativo, impactando no entendimento jurisprudencial dos tribunais. Isso está longe de ser abusivo. Essa é, na verdade, a função típica do legislador. (...). Aliás, é tão comum, até mesmo nos sistemas de *common law*, o legislador atuar para alterar entendimento jurisprudencial que a isso se chama *overriding*: a mudança de orientação jurisprudencial a partir da mudança legislativa. (*grifou-se*)

O parecer do MPF no REsp n. 1.850.512/SP corrobora o raciocínio desenvolvido:

Do exposto, forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva da regra contida no 8º do art. 85 do CPC, sob pena de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário (violação do princípio da separação dos poderes), e de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.²⁵⁴

Por sua vez, a ministra Nancy, responsável por inaugurar a divergência, entende que o ponto de início precípuo para desenvolver seu raciocínio decisório seria definir a natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais e o âmbito de incidência da decisão que afetaria tanto pessoas de direito privado quanto de direito público.

01) Inicialmente, sublinhe-se que, para o adequado e exauriente deslinde da questão controvertida, é indispensável que se estabeleçam algumas premissas.

02) Nesse contexto, a primeira questão que deve ser precisamente delimitada neste momento, de forma expressa para que não existam dúvidas supervenientes, é a abrangência da questão que será objeto de exame pela Corte

Especial a partir do presente recurso especial afetado ao rito dos repetitivos.

06) A segunda questão preliminar a ser examinada diz respeito à natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais, isto é, para qual finalidade essa verba foi instituída e dirigida ao patrono do vencedor da causa, especialmente porque a evolução histórica dos honorários advocatícios sucumbenciais revela a existência de diversas naturezas jurídicas.²⁵⁵

Nesse contexto, é possível verificar que os pontos de partida adotado pelos ministros são totalmente diferentes, o que prejudica a deliberação, a discussão e o alcance de unidade de entendimento que possa contemplar o princípio da colegialidade (sobretudo nas cortes superiores brasileiras, as quais possuem a função de fixar precedentes para garantir o

²⁵⁴ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 27-30

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 49.

desenvolvimento e unidade do direito, contemplando a segurança jurídica, a isonomia e previsibilidade perante as cortes de origem).

Caso houvesse uma proposta de alteração regimental quando do julgamento da afetação do recurso especial selecionado com aptidão para ser julgado no rito repetitivo, o estabelecimento de uma etapa prévia de deliberação sobre as questões de fatos e direito essencial a compreensão da controvérsia, seria possível alcançar mais eficiência na formação de precedentes qualificados no âmbito das cortes superiores.

Marinoni propõe algumas etapas que devem ser percorridas por uma corte superior que goza da função de conferir a última palavra sobre a interpretação do direito constitucional e infraconstitucional federal, que seriam i) desenvolver o raciocínio decisório com objetivo de justificar a conclusão do colegiado; ii) proclamar o resultado ou eventual *ratio*; iii) elaboração das justificativas; iv) justificativas, em alguns casos; v) *ratio decidendi*, sendo que estas duas últimas etapas deve ser consideradas justificativas enquanto discurso, e que, se analisada de forma intervalada ajuda a compreender o valor do precedente. Segundo o autor, existe um modo correto de deliberação que contribui para a formação da *ratio decidendi* – assim, entende que a Corte deve separar um momento para discutir sobre o efetivo resultado do julgamento ou eventual *ratio*.²⁵⁶

Esse momento seria após a conclusão do julgamento e a definição da tese jurídica vencedora. A corte deveria, portanto, antes de dar publicidade a decisão, deliberar precisamente sobre os fundamentos determinantes que representam a voz uníssona do órgão para a sociedade e a comunidade jurídica em geral.

Isso se mostra de suma importância para o sistema de precedentes judiciais, até porque há dois discursos diferentes no bojo da decisão colegiada. O primeiro representa o resultado que resolve o embate entre os litigantes; o segundo consiste na *ratio*, em que se pretende identificar quantos dos julgadores compartilham do (s) fundamento (s) que permitiram alcançar o resultado (que pode ser majoritário, concorrentes ou dissidentes). Para formação da *ratio decidendi* é preciso que os fundamentos da decisão sejam compartilhados ou sustentados pela maioria dos julgadores.²⁵⁷

No julgamento do tema 1076 analisado nesta pesquisa, não parece haver formação de *ratio decidendi*, conforme se espera de uma corte superior que possui a finalidade precípua de dar a última palavra sobre o direito infraconstitucional federal. Entres os votos que resultaram

²⁵⁶ MARINONI, **Julgamentos nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**, p. 99.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 99–100.

na formação da maioria que acompanhou o relator os fundamentos, há alguns que são aparentemente concordantes, mas se verificado com acuidade se mostra inconciliáveis.

Como dito anteriormente, o ministro relator estabelece como premissas centrais e ponto de partida a legislação escrita e a intenção do legislador, se valendo da interpretação gramatical e literal, diante da clareza e precisão do texto normativo analisado. Nessa perspectiva, rebate o argumento da divergência quanto a possibilidade de interpretação extensiva, bem como a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade com intenção de relativizar a intenção do parlamento e superar a regra insculpido pelo CPC.

O ministro Luís Felipe Salomão, que ao final acompanhou a proposta do relator Og Fernandes, estabeleceu como premissas centrais do seu raciocínio decisório:

(...) 1. A controvérsia está em determinar se é possível a fixação dos honorários advocatícios com base no princípio da razoabilidade ou por equidade, à luz das disposições contidas no artigo 85 do novo Código de Processo Civil, notadamente quando a causa envolver valores elevados.

Nesse passo, o *caput* do aludido dispositivo enuncia, de modo singelo, que "[a] sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor", exurgindo, desse ato processual, o dever de a parte vencida pagar honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora. P. 100 voto pdf.

2. Nessa linha de intelecção, infere-se que os §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC de 2015 evidentemente enunciam a **regra geral** — que deve prevalecer na sentença que fixa o dever do vencido de pagar honorários ao advogado do vencedor — **e aquela a ser adotada nas causas em que a Fazenda for parte**: p. 101 – PDF.

3. Ademais, penso que não é o caso, com a vênua devida, de se recorrer à proporcionalidade ou à razoabilidade para o deslinde da presente controvérsia.

Inicialmente, importa consignar que não há identidade entre os instrumentos em questão, porquanto expressam construções jurídicas diversas, que possuem estrutura e origem histórica próprias. P. 105 – PDF

4. No caso em tela, com a devida vênua, penso que, se por um lado não há aqui a aplicação da equidade prevista no § 8º do artigo 85 do CPC, por outro não há espaço — diante de normas jurídicas expressas previstas nos §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do mencionado dispositivo legal — para a aplicação dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, devendo, ao revés, ser prestigiada a segurança jurídica, a coerência e a interpretação sistemática do novo Diploma processual. P. 109 – PDF

5. Não se argumente, ademais, que a fixação de honorários advocatícios no patamar de 10% a 20% — ou nos percentuais delineados para as causas em que a Fazenda Pública for parte — poderia inibir a atuação das partes em juízo, porquanto é importante considerar que o novel Código de Processo Civil estimula a solução consensual de conflitos, por meio da conciliação e da mediação, como se vê no § 3º do seu artigo 3º, *in verbis*:

7. Por seu turno, o novo Código de Processo Civil, a fim de promover a solução consensual e desencorajar a recalcitrância das partes no processo judicial, disciplina a dispensa de pagamento de custas remanescentes em caso de transação ocorrida antes da sentença, assim também de redução dos honorários advocatícios pela metade, se o réu reconhecer a procedência do pedido e cumprir integralmente a prestação. É o que se depreende do artigo 90, § 4º, *litteris*: p. 112 – PDF.

8. Contudo, quanto ao argumento de que a utilização da equidade prevista no § 8º do artigo 85 do CPC merece interpretação extensiva, de modo a também alcançar as causas de valor muito elevado, com a devida vênua, não vislumbro essa possibilidade. p. 113-PDF.

9. Por fim, entendo que o termo "inestimável" — contido no § 8º do artigo 85 do CPC — e a expressão "não sendo possível mensurá-lo" — adotada no § 2º e no inciso III do § 4º do mesmo dispositivo legal — não se confundem, pois, como assentado em

linhas anteriores, o inestimável não pode ser medido, ou calculado, em padrão monetário.²⁵⁸

Inferese que a base que estrutura os fundamentos determinantes do voto acima está em consignar a previsão legal e intenção do legislador expressado no CPC de 2015, sobretudo quanto à observância de uma regra geral no §§2º e 3º do art. 85 e uma exceção no § 8º, do artigo e diploma processual referidos.

Além disso, o ministro Salomão informa que no caso sob julgamento no rito repetitivo não há colisão entre dois direitos fundamentais aptos a ensejar a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O ministro Salomão diz não assistir razão à divergência de que os honorários sucumbenciais estariam violando o princípio fundamental do direito ao acesso à justiça. Para o ministro, os critérios estabelecidos pelo legislador infraconstitucional no art. 85 do CPC/15, contribui para redução de ações predatórias, assim como estimula as partes a procurar outros meios de solução de conflito como a conciliação, mediação e arbitragem, nos termos do parágrafo 3º, do art. 3º do CPC/15.

Aduz também que o juízo da equidade só pode ser invocado para decidir o caso, em casos de lacunas e desde que haja previsão legal autorizando seu uso, conforme extraí do parágrafo único do art. 140 do CPC: “Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”²⁵⁹

Em arremate, o ministro Salomão conclui no sentido de acompanhar integralmente o relator quanto a fixação da tese.

Assim, é possível inferir que o raciocínio decisório que o ministro Salomão desenvolveu para ao final acompanhar a proposta de tese fixada pelo relator, tomaram como ponto de partida premissas diversas – estradas diferentes para chegar à mesma conclusão quanto à definição da tese jurídica vencedora. Isso se deve principalmente em razão do modelo deliberativo atual adotado pelo STJ que não prestigia o diálogo adequado para construção da *ratio decidendi* na Corte Superior.

Outro grave problema que pode ser notado do atual modelo deliberativo do STJ no julgamento do caso diz respeito às atribuições conferidas ao relator no julgamento do tema afeto ao recurso repetitivo, que tudo indica não contribui com o diálogo e a qualidade da decisão,

²⁵⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Julgamento do Tema Repetitivo n. 1076/STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=107, p. 49.

²⁵⁹ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

inibindo o colegiado de dialogar sobre questões essenciais à compreensão da controvérsia e atinentes a preliminares de mérito²⁶⁰.

Parece não fazer bem a apresentação antecipada do voto pelo relator em caráter definitivo, antes mesmo de iniciar os debates entre os pares, para fins de promover melhor amadurecimento sobre questões que possam ser consideradas essenciais para o julgamento de mérito. Contudo, diante da antecipação do voto do Relator, o que se gerou foi muito mais um convite à adesão que a discussão propriamente dita.

Esse proceder é validado pelo RI do STJ conforme o art. 257-A que diz respeito à proposta de afetação do tema à sistemática de repetitivo e os demais ministros possuem apenas sete dias corridos para se manifestarem de acordo ou não com proposta, o que parece implica não haver o efetivo e adequado diálogo sobre questões a serem decididas.

Após essa etapa, inicia-se a preparatória para o julgamento do recurso no rito repetitivo, em que compete ao relator do acórdão solicitar as informações às cortes de origem, admitir ingressos de pessoas ou entidades com experiência, designar audiência pública, autorizar manifestações de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades, com representatividade adequada, tudo a fim de subsidiar de informações e conhecimentos que irão influenciar na construção de seu raciocínio decisório.

E, ao antecipar seu voto com tom de definitividade, acaba por gerar certa influência aos demais ministros, o que também não contribui para o diálogo e amadurecimento para delimitar questões essenciais que poderiam em tese fazer parte do julgamento.

Essa influência pode ser constatada ao se verificar os votos dos ministros Jorge Mussi e Mauro Campbell Marques que votaram antecipadamente para acompanhar integralmente o relator, antes mesmo da divergência inaugurada pela ministra Nancy. O que se apresenta mais uma deficiência do modelo deliberativo atual do STJ *seriatim*, tendo em vista que não há uma etapa prévia e discussões adequadas sobre as questões essenciais que serão objeto de análise e conclusão dos ministros – o relator se apressa em apresentar um voto em tom definitivo, ensejando em supressão de questões fundamentais que poderiam ser consideradas no momento da deliberação colegiada.

Uma opção para esse problema pode ser visualizada caso o relator apresentasse uma proposta de julgamento para seus pares e abrisse a oportunidade para se discutir sobre pontos centrais a serem deliberados no julgamento. Em caso de dúvida ou discussão quanto à admissibilidade de determinada questão a ser levada a julgamento, deveria, primeiro, votar em

²⁶⁰ MARINONI, **Julgamentos nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**, p. 104.

separado essa dúvida ou discussão antes de qualquer julgador tratar do mérito, evitando-se assim mistura e confusão entre admissibilidade e mérito.²⁶¹

Mais uma constatação que deve ser apresentada como possível problema inerente no atual modelo deliberativo do STJ seria o fato mencionado em linhas anteriores, a falta de definição prévia e discussão sobre as premissas, opções, valores e questões de direitos que serão debatidas e decididas pelo colegiado.

Essas ausências de definições prévias dificultam a formação da norma precedente, que depende da atividade intelectual e interpretativa do julgador, pois adota diretivas interpretativas e opções valorativas solipsistas para construção do raciocínio decisório, não respeitando o diálogo institucional, essencial para o sistema de precedentes judiciais.

Nesse contexto, para melhorar o funcionamento do sistema de precedentes, se mostra indispensável definir previamente as diretivas interpretativas e opções valorativas que os julgadores devem obedecer para a construção de seu raciocínio decisório.²⁶² Sendo que, essas escolhas devem ser submetidas a um prévio e rigoroso debate sobre as opções a serem tomadas no curso do raciocínio decisório.²⁶³

Para se evitar que numa corte colegiada cada ministro adote critérios abertos e individuais nas escolhas das diretivas interpretativas e opções valorativas para desenvolver seu raciocínio decisório (o que não auxilia a formação de precedente judiciais e como acontece nas cortes brasileiras) a corte deveria previamente nomear um julgador para fazer uma análise e apresentar um roteiro do caso para seus pares, demarcando os pontos centrais a ser objeto de deliberação. Isso daria oportunidade para deliberarem sobre os pontos centrais, bem como as premissas, os valores, os fatos e as diretivas que devem ser observadas por cada julgador ao desenvolverem seus argumentos e a sua conclusão ao colegiado. E, dessa forma, se fortaleceria o sistema de precedente adotado pelo CPC de 2015.

Outro problema que se extrai da ausência de escolhas das diretivas interpretativas e opções valorativas para uma corte superior, cuja finalidade principal seja formar precedentes qualificados para assegurar o desenvolvimento e unidade do direito, é sobre os fundamentos da decisão – principalmente quando são fundamentos contraditórios e inconciliáveis entre si. Uma

²⁶¹ MARINONI, **Julgamentos nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**, p. 105–106.

²⁶² MARINONI, **Julgamentos nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**, p. 108–109.

²⁶³ *Ibid.*, p. 112–113.

opção seria aderir a técnica de votar em separado cada fundamento inconciliável a fim de se buscar unidade e coerência sobre os fundamentos que embasam à conclusão da Corte.²⁶⁴

Para Marinoni, quando o caso a ser julgado na corte for de ampla repercussão e de forte impacto social, é desejável que os fundamentos que se apresentem inconciliáveis sejam decididos em separado, para prestigiar a formação de precedente judicial. Todavia, ainda que não decididos em separado, é indispensável que esses fundamentos sejam discutidos em separados pelos ministros da corte para deliberar de forma adequada e aprofundada.²⁶⁵

Além disso, ressaí como possível problema para o modelo atualmente adotado pelo STJ para formação de seus precedentes qualificados, diz respeito à votação tomada pela maioria estreita, conforme adverte Paula Pessoa Pereira:

As decisões por maioria estreita são insuficientes, do ponto de vista estrutural e procedimental, para cumprir a finalidade da estabilidade decisória, por três motivos principais. O primeiro reside na possibilidade de manipulação e captura do processo decisório por agentes externos, na medida em que um único decisor pode se mostrar como elemento central para a alteração do precedente. O segundo motivo diz respeito à composição do tribunal no julgamento, porque um quórum mais baixo favorece que o número de ausências da sessão anterior seja suficiente para na seguinte proceder à modificação do precedente formado.²⁵⁸ O terceiro motivo refere-se ao desrespeito à preferência do elemento do precedente como propriedade da regra de decisão, porquanto a manutenção pelo status quo exige mecanismo de tomada de decisão coletiva qualificado, não sendo o julgamento por diferença de um voto suficiente para afastar a preferência ou presunção.²⁶⁶

No julgamento do tema repetitivo nº 1076, extrai-se que a votação ficou 7x5 favorável a proposta de tese do relator Og Fernandes, e que poderia ter o resultado alterado se os ministros ausentes tivessem participado do julgamento. Nesse caso, houve uma votação estreita, não contribuindo para um diálogo colegiado em busca de consenso quanto aos fundamentos determinantes.

Tudo o que foi apresentado acima leva a crer que o atual modelo de decisão colegiada do STJ (*seriatim*) não se adequa à formação de precedentes qualificados. É preciso ter em mente que a missão constitucional outorgada as cortes superiores (no caso da presente pesquisa ao STJ) é a de dar a última palavra sobre a interpretação da legislação infraconstitucional. Além disso, se espera que de seus pronunciamentos definitivos fixem precedentes qualificados com o objetivo de garantir unidade, igualdade e previsibilidade ao Direito.

Assim, é indispensável que os membros da corte revelem e definam previamente as diretrizes interpretativas e opções valorativas a serem observadas para desenvolverem seus

²⁶⁴ Ibid., p. 118.

²⁶⁵ Ibid., p. 120.

²⁶⁶ PEREIRA, **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do supremo tribunal federal**, p. 118.

raciocínios decisórios, bem como seja reservado dois momentos para à proclamação de eventual *ratio* e da decisão, por tratar-se de duas normas com natureza e carga normativa distintas, embora emanem do mesmo ato judicial (acórdão).

Portanto, ao proclamar o resultado de um julgamento, o órgão deve consignar se houve a formação de *ratio decidendi* ou de uma *obiter dicta*, e dar publicidade às opiniões dissidentes a fim de manter o sistema normativo aberto a mudanças no futuro.

Uma última e breve observação deve ser realizada a fim de indicar que o atual modelo deliberativo adotado pelo STJ não parece adequado para a formação de precedentes qualificados. Teses jurídicas não são sinônimos de precedentes qualificados, o que pode ser constatado da própria definição do regimento interno regulados nos incisos II e III do art. 104-A e §1º, do art. 121-A:

Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:

I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

Art. 121-A, caput (...). § 1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo o registro da matéria a ser decidida e, após o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.²⁶⁷

Não parece haver maiores dúvidas da análise sistemática desses dispositivos que o RI do STJ trata tese jurídica firmada e fundamento determinantes do julgado como institutos jurídicos diversos, sendo que a *ratio decidendi* contempla uma variedade maior de informações e robustez fático-jurídica que a tese jurídica possa expressar. Esta se aproxima dos enunciados de súmulas, que parece não ter muita efetividade quando analisada de forma isoladamente, o que não contribuiria com a intenção pretendida pelo legislador ao elaborar os art. 926 e 927 do CPC de 2015. A intenção do legislador, ao estabelecer os precedentes, era o de conferir uniformidade de entendimento nas cortes superiores, as quais possuem a aptidão de fixá-los para garantir o desenvolvimento e unidade ao Direito.

²⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

CONCLUSÃO

A partir deste estudo foi possível demonstrar que o atual modelo deliberativo *seriatim* adotado pelo STJ apresenta deficiências que impedem de se alcançar o consenso na formação de precedentes qualificados. Ressai como principais problemas a ausência de deliberação adequada entre os ministros, falta de delimitação da *ratio decidendi* do julgado compartilhado pela maioria, indefinição dos critérios interpretativos, diretivos e opções valorativas a serem observados por cada ministro para desenvolvimento do seu raciocínio decisório (o que dificulta na formação do precedente qualificado).

1. A definição de precedente judicial se apresentou importante em razão da falta de consenso na doutrina brasileira quanto ao conceito da norma precedente, o que permitiu investigar a definição que melhor foi recepcionada pelas cortes superiores brasileiras, sem deixar de lado a intenção do legislador infraconstitucional lançada no CPC de 2015.

A análise dos precedentes judiciais inseridos pelo Código de Processo atual foi efetivada em observância aos princípios constitucionais fundamentais previsto na Constituição de 1988, notadamente a segurança jurídica, a isonomia, a motivação das decisões judiciais, a economia e a celeridade processual.

As críticas de engessamento da atividade jurisdicional dos juízes de primeira e segunda instância diante dos precedentes judiciais criados pelas cortes superiores brasileiras foram rebatidas com as técnicas de aplicação e distinção do precedente judicial, introduzidas expressamente pelo legislador infraconstitucional no Código processual.

2. A demonstração das principais características dos modelos deliberativos das Cortes Constitucionais tradicionais se mostrou importante para estimular possíveis aprimoramentos a serem adotados no âmbito das cortes superiores brasileiras com objetivo de contribuir para melhor eficiência para o sistema de precedentes judiciais.

O modelo de decisão colegiada *seriatim* é o atual modelo utilizado pelas cortes superiores brasileiras para julgamento de casos complexos, formação de precedentes qualificados e fixação de teses jurídicas.

De origem inglesa, extrai-se como principais características i) a deliberação pública; ii) somatório de votos que compõe a opinião da Corte; e, iii) baixo nível de discussão e diálogo entre os juízes; iv) ausência de delimitação previa sobre questões essenciais a serem debatidas e julgadas no plenário da Corte; v) publicidade do voto divergente e vencido;

Esse modelo deliberativo prioriza o voto individual em detrimento do diálogo colegiado, com falta de discussão prévia sobre questões preliminares de mérito e sobre o mérito. O voto

do relator se apresenta como um convite a adesão em vez de promover o diálogo adequado sobre questões essenciais, a indefinição de critérios, diretivas e opções valorativas a serem observadas pelos juízes na construção de seus raciocínios decisórios dificulta a formação de consenso institucional.

O modelo *per curiam*, é o procedimento de decisão colegiada adotado pela grande maioria das cortes ligadas a tradição jurídica da *civil law*, sendo o atual modelo dos países como a França, a Itália, a Alemanha e a Espanha. Nesse modelo de decisão colegiada observa-se que: i) a deliberação é secreta; ii) opinião única, e o voto em formato de texto único; iii) desconsidera os votos concorrentes e dissidentes; iv) baixa carga de publicidade das razões individuais dos juízes que levaram a formação do posicionamento da Corte.

Para esse modelo o que importa é a posição única da corte, livre de divergência. Contudo, pouco informa sobre como se deu o debate, as discussões e a deliberação para formação desse consenso, dificultando a averiguação de lisura ou eventual responsabilização dos juízes, bem como ausência de prestação de contas para a sociedade sobre atuação da Corte e de seus juízes.

Na hipótese acima, uma eventual divergência no colegiado não tem publicidade, o que dificulta na possibilidade de futura superação desse entendimento quando as circunstâncias fáticas, políticas, culturais e econômicas assim o exigirem. Isso resulta em mais dificuldades para a corte rever ou revisitar um entendimento anterior, impedindo o desenvolvimento do direito para atender essas mudanças.

O modelo deliberativo da Suprema Corte dos EUA consiste numa adaptação entre os dois modelos anteriores, introduzido por John Marshall quando assumiu a posição de *chief justice* da corte superior americana.

Esse modelo busca conferir maior publicidade aos votos dos ministros, atribuindo importância para os votos concorrentes e dissidentes para o desenvolvimento do direito e prestigiando uma deliberação colegiada que promova o diálogo e o consenso nos fundamentos determinantes da decisão. E, embora se contabilize o somatório dos votos dos juízes, é reservado uma etapa para deliberarem sobre os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e a parte dispositiva (em busca do consenso na posição institucional da corte).

A apresentação das principais características dos modelos de decisão colegiada das cortes constitucionais tradicionais confere alternativas para o aprimoramento do modelo deliberativo atual das cortes superiores brasileiras com objetivo de melhorar o procedimento de formação dos precedentes qualificados.

3. A descrição da missão constitucional do STJ outorgada pela Constituição de 1988 se mostrou necessária para um sistema de justiça que aderiu o precedente judicial como espécie normativa com aptidão para vincular a vida social. Isso se justifica porque o texto constitucional conferiu ao STJ a função de conferir a última palavra sobre o sentido da legislação infraconstitucional federal, mediante a instituição de precedentes judiciais para assegurar o desenvolvimento do direito.

A análise do RI do STJ como fonte normativa do direito processual se mostrou necessária, afigurando como a principal fonte normativa regulatória do procedimento deliberativo das cortes superiores, promovendo aprimoramentos e alterações. O RI possibilitou as adaptações dos ritos, promovidas pela revolução tecnológica, com inserção de ferramentas de IA e adesão ao Plenário virtual para otimizar o procedimento deliberativo. Tais inovações foram potencializadas pela COVID-19, que restringiu o acesso do indivíduo em locais públicos, como o Poder Judiciário e assim, os órgãos de justiça em sua totalidade se viram obrigados aderir as ferramentas e as plataformas digitais para assegurar a prestação da atividade jurisdicional à sociedade.

É possível observar grande entusiasmo dos juízes das cortes superiores quanto a utilização de ferramentas de IA para otimizar os trabalhos e reduzir a quantidade de processos, contudo, deixam para o segundo plano a qualidade de suas decisões.

Essa constatação é possível de ser identificada na análise do julgamento do tema repetitivo n. 1076 do STJ. Embora houve o emprego de ferramentas IA, foram identificadas deficiências no procedimento deliberativo para formação do precedente qualificado, o que não contribui para o diálogo adequado e busca de consenso na decisão colegiada.

4. A investigação dos votos no julgamento que instituiu o tema repetitivo n. 1076 do STJ permite concluir que o atual modelo deliberativo do STJ para formação de precedentes qualificados não se mostra o mais vantajoso para esse sistema.

As primeiras deficiências podem ser apontadas logo no procedimento de afetação do recurso a sistemática dos recursos repetitivos, em que se observa preferencialmente o modelo eletrônico de votação; o prazo enxuto de sete dias corridos para os demais juízes votarem sobre a proposta do relator; e sem espaço e tempo para as discussões prévias sobre questões essenciais a serem levadas em consideração no julgamento do recurso afetado (prejudicial ao diálogo e delimitação da base fático-jurídica do caso).

No procedimento do julgamento do recurso repetitivo, o relator possui poderes para requisitar informações e determinar a participações de terceiros no feito, a fim de munir-se de informações e elementos substanciais para formar seu convencimento. Após essa etapa, e

observado o prazo máximo de até um ano, o relator libera o processo para julgamento e disponibiliza o relatório e voto para os demais ministros. Aqui, apresenta-se mais uma deficiência do atual modelo em razão de não haver uma deliberação prévia sobre os critérios, diretivas e opções valorativas a serem observadas pelos juízes da corte superior para construção de seu raciocínio decisório, sem incentivar uma decisão colegiada uniforme.

A leitura dos votos e fundamentos determinantes do ministro relator Og Fernandes, da divergência inaugurada pela ministra Nancy e dos demais membros que votaram no julgamento do tema 1076 do STJ, permite compreender que o ponto de partida utilizado por cada ministro não se coaduna com as premissas delimitadas no procedimento de afetação: não há uma discussão adequada e profundada sobre os fundamentos determinantes que sustenta a decisão do colegiado.

Das premissas centrais utilizadas pelo ministro relator e a ministra Nancy, percebeu-se que tomam como ponto de partida para construção dos seus raciocínios decisórios diretivas e opções valorativas diferentes, para ao final sustentarem seus pontos de vistas e a conclusão de que acreditem ser a melhor para o caso. Não se observa um diálogo profícuo e adequado para formação de precedentes qualificados, dificultando a identificação pelo juiz do caso posterior para aplicar no futuro.

Nesse julgamento é possível constatar questões preliminares de mérito, como a competência da Corte Especial para julgar o caso que, para os ministros Salomão e Raul Araújo, não gozava de aprofundamento e discussão adequada entre os órgãos e seções. Sobretudo em razão da questão controvertida afetar a Fazenda Pública, cuja Primeira Seção teria competência exclusiva para julgar e se debruçar sobre o tema diante da relevância que a decisão possui no sistema de justiça brasileiro.

As atribuições do relator não se apresentam favorável ao diálogo colegiado, em verdade se mostra um convite à adesão. No julgamento apresentado é possível verificar que os ministros Jorge Mussi e Mauro Campbell Marques votaram antecipadamente para acompanhar integralmente o relator, antes mesmo de tomarem conhecimento dos argumentos trazidos pela divergência inaugurada pela ministra Nancy, demonstrando a superficialidade dos diálogos na corte superior.

Por meio da análise empírica qualitativa a partir do método dedutivo, a presente pesquisa buscou responder se o atual modelo deliberativo do STJ contribui para formação de consenso dos precedentes qualificados.

A realização da abordagem teórica nos três primeiros capítulos permitiu situar o estado da arte sobre a definição dos precedentes judiciais inseridos pelo CPC de 2015, apresentar as principais características dos modelos deliberativos das cortes constitucionais tradicionais, além de descrever as disposições do Regimento Interno do STJ que define as etapas do procedimento de decisão colegiada no âmbito da corte.

No último capítulo, partiu-se para uma etapa empírica ao demonstrar o julgamento do tema repetitivo n. 1076, o qual permitiu identificar deficiências no atual modelo deliberativo do STJ na formação de precedentes qualificados como: i) ausência de deliberação adequada entre os ministros; ii) falta de delimitação da *ratio decidendi* do julgado compartilhado pela maioria do colegiado; iv) indefinição dos critérios interpretativos, diretivos e opções valorativas a serem observados pelos ministros para o desenvolvimento do raciocínio decisório; v) os poderes e atribuições do relator dificultam na definição prévia das questões essenciais a serem deliberadas, trata-se de um convite à adesão em contrapartida à uma proposta para diálogo adequado; essas questões dificultam a formação do precedente qualificado no âmbito do STJ.

Por fim, espera-se que este estudo seja uma contribuição para os cientistas que analisam o procedimento deliberativo de formação dos precedentes qualificados no âmbito do STJ, de modo a acrescentar a literatura sobre o tema, ainda pendente de maior aprofundamento no meio acadêmico, abrindo muitas possibilidades de pesquisa. As críticas são bem-vindas. Reconhece-se que o crivo dos demais cientistas da área permite o aprimoramento da investigação e sua continuidade, descobrindo-se novos problemas, novas hipóteses, que estabeleçam relações e conclusões que vão além das que esta dissertação pôde alcançar.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 2, n. 01, p. 62–69, 2016, p. 65-66.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 261.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215-217.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 459-460.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Tema Repetitivo 1076**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=1076

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1113.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 448 f. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento – alerta na mudança de jurisprudência consolidada: **Revista de Processo**, v. 211, jul. 2013, p. 38.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª ed. [S.I.]: Atlas, 2018, p. 57-59.

CAMPOS NETO, Paulo de Freitas; NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Uma crítica histórico-democrática ao sistema brasileiro de precedentes judiciais em favor da criatividade forense. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, v. 23, n. 3, p. 343-377, Rio de Janeiro, 2022, p. 366.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido; Teoria geral do processo, 31a. [s.l.]: Malheiros, 2015, p. 123.

DIDIER JR, Fredie, A ordem do processo nos tribunais no CPC/2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos., **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, p. 8, Rio de Janeiro, 2018, p. 3.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**, 17^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 49.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15^a ed. [S.I.] Salvador: Juspodivm, 2020, p. 557.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 294.
GODOY, Miguel Gualano; ARAÚJO, Eduardo Borges Espinola, A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 12, n. 1, p. 436, 2022, p. 279.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento**. 2019. 349 f. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 55.

KORNHAUSER, Lewis A., Deciding Together. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65, **NYU Law and Economics Research Paper** No. 13-37, Nova Iorque, 2013.

LEITE, George Salomão; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, Da jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes e de jurisprudência vinculante: Controle de constitucionalidade de súmula vinculante e de jurisprudência vinculante, in: **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318.

ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIDIER JR, Fredie. A ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS NO CPC-2015 E O SISTEMA DE PRECEDENTES: VOTO VENCIDO, REDAÇÃO DE ACÓRDÃO E COLHEITA DE VOTOS. **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, p. 8, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 22^a. Salvador: Juspodivm, 2020. 6v.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 17^d. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 5v.

LEITE, George Salomão; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Da jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes e de jurisprudência vinculante: Controle de constitucionalidade de súmula vinculante e de jurisprudência vinculante. *In: Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito; tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais Regimentos internos como fonte de normas processuais. v. 11, 2020.

PANUTTO, Peter. A Plena Deliberação Interna do Supremo Tribunal Federal Para a Efetiva Criação dos Precedentes Judiciais Vinculantes Estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **R. Dir. Gar. Fund. Vitória**, v. 18, n. 2, p. 205–226, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Modulação de Efeitos**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

PEREIRA, João Santana dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do. A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas. v. 329, 2022. (Revista de Processo).

PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do supremo tribunal federal**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Isabelle Almeida. **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim**. Londrina: Thoth, 2022.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e direito processual civil**, 4ª ed. São Paulo: Juspodivum, 2022, p. 74.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 3ª ed. Salvador: Juspodivum, 2019, p. 82-83.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente constitucional contém muito mais do que pode ser expresso numa “tese” in CRUZ, Felipe Santa; FUX, Luiz; GODINHO, André. (Coord.) **Avanços do sistema de justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: OAB Editora, 2021, p. 466-467.

ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIDIER JR, Fredie. A ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS NO CPC-2015 E O SISTEMA DE PRECEDENTES: VOTO VENCIDO, REDAÇÃO DE ACÓRDÃO E COLHEITA DE VOTOS. **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, p. 8, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 22^a. Salvador: Juspodivm, 2020. 6v.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 17d. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 5v.

LEITE, George Salomão; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Da jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes e de jurisprudência vinculante: Controle de constitucionalidade de súmula vinculante e de jurisprudência vinculante. In: **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito; tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais Regimentos internos como fonte de normas processuais. v. 11, 2020.

PANUTTO, Peter. A Plena Deliberação Interna do Supremo Tribunal Federal Para a Efetiva Criação dos Precedentes Judiciais Vinculantes Estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **R. Dir. Gar. Fund. Vitória**, v. 18, n. 2, p. 205–226, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Modulação de Efeitos**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

PEREIRA, João Santana dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do. A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas. v. 329, 2022. (Revista de Processo).

PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do supremo tribunal federal**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Isabelle Almeida. **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim**. Londrina: Thoth, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**: 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (e-book), [n.p.].

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 1ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 649.

MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. **Contagem de votos: divergências quantitativas/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais**. Revista de Processo, São Paulo, v. 46, n. 317, p. 199-221, jul. 2021, p. 202.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. 1280 p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. **Revista EMERJ**, v. 21, tomo 2, p. 443-467, Rio de Janeiro, 2019, p. 451.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 420.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 31-32.

MORAES, Daniela Marques de. M.; OLIVEIRA, Laís de. A virtualização dos julgamentos dos tribunais superiores e as consequências no processo de cognição decisória. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 83–97, Brasília, 2023, P. 90.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 95.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, mai.-ago. São Paulo, 2020.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, p. 205–226, Vitória, 2017, p. 215.

PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi, Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes, **Revista Brasileira de Políticas Públicas: Dossiê Especial: Indução de comportamentos**, v. 8, n. 2, p. 1058, 2018, p. 764–765.

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 2, p. 93-133, 2017, p. 117.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 131.

PEREIRA, João Santana dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do, A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas, *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 47, n. 329, p. 371-385, jul. 2022, p. 372.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisprudência constitucional do supremo tribunal federal**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes formalmente vinculantes**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 173-174.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; MARCHIORI, Marcelo Ornellas, O projeto Athos de inteligência artificial e o impacto na formação dos precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça in LUCON; Paulo Henrique dos Santos; NUNES, Dierle; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**, Salvador: Juspodivm, 2021, p. 801

SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 4, n. 01, p. 63–88, 2017. p. 72-73.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação o CPC/15, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 18-19.

STRECK, **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação do CPC de 2015, 2019, p. 18

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. (2015). 415 f. (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015, p. 117–118.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumamm. **Quem somos**: a magistratura que queremos. AMB: Rio de Janeiro, 2018, p. 76.

VICENTE, Dario Moura. **Direito Comparado** apud MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e direito processual civil**, 4ª ed. São Paulo: Juspodivum, 2022, p. 74.

VIEIRA, Isabelle Almeida. **Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal**: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim. Londrina: Thoth, 2022, p. 42.

ANEXO I

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º E 8º, DO CPC. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. VALORES DA CONDENAÇÃO, DA CAUSA OU PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA ELEVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir o alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do CPC, a fim de compreender as suas hipóteses de incidência, bem como se é permitida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

2. O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do artigo 85 - isto é, de acordo com a apreciação equitativa do juiz - em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos: 1) proveito econômico irrisório ou inestimável, ou 2) valor da causa muito baixo. Precedentes.

3. A propósito, quando o § 8º do artigo 85 menciona proveito econômico "inestimável", claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). Não se deve confundir "valor inestimável" com "valor elevado".

4. Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

5. Percebe-se que o legislador tencionou, no novo diploma processual, superar jurisprudência firmada pelo STJ no que tange à fixação de honorários por equidade quando a Fazenda Pública fosse vencida, o que se fazia com base no art. 20, § 4º, do CPC revogado.

O fato de a nova legislação ter surgido como uma reação capitaneada pelas associações de advogados à postura dos tribunais de fixar honorários em valores irrisórios, quando a demanda tinha a Fazenda Pública como parte, não torna a norma inconstitucional nem autoriza o seu descarte.

6. A atuação de categorias profissionais em defesa de seus membros no Congresso Nacional faz parte do jogo democrático e deve ser aceita como funcionamento normal das instituições. Foi marcante, na elaboração do próprio CPC/2015, a participação de associações para a promoção dos interesses por elas defendidos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei n. 13.256/2016, com notória gestão do STF e do STJ pela sua aprovação. Apenas a título ilustrativo, modificou-se o regime dos recursos extraordinário e especial, com o retorno do juízo de admissibilidade na segunda instância (o que se fez por meio da alteração da redação do art. 1.030 do CPC).

7. Além disso, há que se ter em mente que o entendimento do STJ fora firmado sob a égide do CPC revogado. Entende-se como perfeitamente legítimo ao Poder Legislativo editar nova regulamentação legal em sentido diverso do que vinham decidindo os tribunais. Cabe aos tribunais interpretar e observar a lei, não podendo, entretanto, descartar o texto legal por preferir a redação dos dispositivos decaídos. A atuação do legislador que acarreta a alteração de entendimento firmado na

jurisprudência não é fenômeno característico do Brasil, sendo conhecido nos sistemas de Common Law como overriding.

8. Sobre a matéria discutida, o Enunciado n. 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF afirma que: "A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º, do art. 85 do CPC."

9. Não se pode alegar que o art. 8º do CPC permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispositivos forem elevados.

10. O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do artigo 85, mesmo porque só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC.

11. O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do causídico vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa - como defendido pelo *amicus curiae* COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL / CONPEG - deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo.

12. Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados.

13. O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico. Impedisse, assim, que haja enriquecimento sem causa do advogado da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.

14. A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei. No ponto, assiste razão ao *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, quando afirma que "esse dado já foi levado em consideração pelo legislador, que previu 'a natureza e a importância da causa' como um dos critérios para a determinação do valor dos honorários (art. 85, § 2º, III, do CPC), limitando, porém, a discricionariedade judicial a limites percentuais. Assim, se tal elemento já é considerado pelo suporte fático abstrato da norma, não é possível utilizá-lo como se fosse uma condição extraordinária, a fim de afastar a incidência da regra". Idêntico raciocínio se aplica à hipótese de trabalho reduzido do advogado vencedor, uma vez que tal fator é considerado no suporte fático abstrato do art. 85, § 2º, IV, do CPC ("o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço").

15. Cabe ao autor - quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos - ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido.

O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação.

16. É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente extintas. Ocorre que tais execuções muitas vezes são propostas sem maior escrutínio, dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegitimidade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura.

17. A fixação de honorários por equidade nessas situações - muitas vezes aquilatando-os de forma irrisória - apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota.

18. Tal situação não passou despercebida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, os quais afirmam com segurança que os honorários sucumbenciais desempenham também um papel sancionador e entram no cálculo realizado pelas partes para chegar à decisão - sob o ponto de vista econômico - em torno da racionalidade de iniciar um litígio.

19. Os advogados devem lançar, em primeira mão, um olhar crítico sobre a viabilidade e probabilidade de êxito da demanda antes de iniciá-la. Em seguida, devem informar seus clientes com o máximo de transparência, para que juntos possam tomar a decisão mais racional considerando os custos de uma possível sucumbência. Promove-se, dessa forma, uma litigância mais responsável, em benefício dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência da prestação jurisdicional.

20. O art. 20 da "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluído pela Lei n. 13.655/2018, prescreve que, "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". Como visto, a consequência prática do descarte do texto legal do art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º, do CPC, sob a justificativa de dar guarida a valores abstratos como a razoabilidade e a proporcionalidade, será um poderoso estímulo comportamental e econômico à propositura de demandas frívolas e de caráter predatório.

21. Acrescente-se que a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do § 8º do artigo 85 do CPC/2015, pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF.

22. Embora não tenha sido suscitado pelas partes ou amigos da Corte, não há que se falar em modulação dos efeitos do julgado, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC.

Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração de jurisprudência dominante do STJ, a qual ainda se encontra em vias de consolidação.

23. Assim, não se configura a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa a assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

24. Teses jurídicas firmadas: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

25. Recurso especial conhecido e provido, devolvendo-se o processo ao Tribunal de origem, a fim de que arbitre os honorários observando os limites contidos no art. 85, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, do CPC, nos termos da fundamentação.

26. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(REsp n. 1.850.512/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 16/3/2022, DJe de 31/5/2022.) (STJ, 2022).