

FELIPE ROBERTO RODRIGUES

**TÉCNICAS PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

FELIPE ROBERTO RODRIGUES

**TÉCNICAS PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Professor Associado Antonio Carlos Marcato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Rodrigues, Felipe Roberto

Técnica para formação de precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro. São Paulo, 2018. 180p.

Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Professor Associado Antonio Carlos Marcato.

1. Procedure law; 2. Civil Procedure; 3; Precedents; 4. Democratic civil procedure

BANCA EXAMINADORA:

À Marcely,

*Por acreditar em mim inclusive
quando nem eu acreditava mais*

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são sempre arriscados, tendo em vista a enorme possibilidade de cometer injustiças com todos aqueles que, ao longo de todo o curso de pós-graduação, contribuíram com ideias, debates, materiais ou a mera compreensão da dedicação que o curso exigia. Ainda assim, ciente dos riscos, gostaria de agradecer nominalmente a algumas pessoas que foram fundamentais nessa jornada.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, João e Rosana, pelo apoio e incentivo constantes, que permitiram a busca pelo próximo degrau. Agradeço também à minha esposa, Marcelly, e aos meus queridos Judith, Juvenal e Juca, pela paciência e pela dedicação que me permitiu concluir mais essa etapa.

Agradeço ao Professor Antonio Carlos Marcato pela oportunidade única de cursar a Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Paulo, pela orientação, disponibilidade e lições que muito contribuíram para meu desenvolvimento.

Agradeço aos Professores Carlos Alberto Carmona e José Carlos Baptista Puoli pelas valiosas ideias e críticas apresentadas no Exame de Qualificação, fundamentais para o desenvolvimento e correto enquadramento desse estudo.

Agradeço ao Professor Nelson Mannrich e à Professora Helena Abdo por me mostrarem o caminho a ser trilhado na Pós-Graduação. Igualmente, agradeço à Professor Elisabeth Vincentina de Gennari, pelo exemplo, abertura, e oportunidade única de acompanhá-la nas aulas da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Agradeço aos meus chefes e colegas do MSV Advogados, entre os quais destaco Flávio Senra, Cristiane Pires e Ananda Palazzin, pela compreensão que me permitiu cursar a Pós-Graduação.

Agradeço aos inúmeros amigos que a Pós-Graduação me apresentou e aqueles que me permitiu reencontrar, destacando-se Hugo de Chacra Carvalho e Marinho e Bruno Leandro Palhares Perez, os quais, além dos debates de ideias, me ajudaram com valiosos subsídios de pesquisa.

Por fim, agradeço à comitiva de amigos que me apoiou e incentivou ao longo desses anos. Sem vocês, a vida não teria graça.

RESUMO

Rodrigues, Felipe Roberto. **Técnicas de formação de precedentes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2018. 180p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Nessa dissertação, buscou-se examinar as técnicas de precedentes positivadas pelo Código de Processo Civil de 2015, suas inspirações, características e peculiaridades, especialmente a respeito da formação. A pesquisa partiu de um método dogmático para a investigação dos precedentes, examinando-os nos ordenamentos jurídicos em que foram inspirados, a experiência brasileira com técnicas similares e como se deu a importação e positivação no ordenamento jurídico pátrio. Ao final, procurou-se examinar as diversas formas de se permitir a formação democrática do precedente, à luz do contraditório e do devido processo legal, tendo em vista a característica própria do precedente brasileiro.

Palavras-chave: .

1. Direito processual; 2. Direito processual civil; 3. Precedentes; 4. Processo civil democrático

ABSTRACT

Rodrigues, Felipe Roberto. **Precedents formation techniques in the Brazilian civil procedure law**. 2018. 180p. Dissertation (Master Degree) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2018..

In this study, the author sought to analyse the precedents imported by the new Civil Procedure Code, the aims of the lawmaker, his inspirations and the traits of the new law. In view of that, the research investigated the brazilian precedents and the precedents in the common law countries. As well, the reaserch investigated the brazilian experience with precedents and the techniques developed and reunited by the Civil Procedure Code. In the end, considering the previous partial conclusions, the research was foccused in examine if was a democratic way to create precedents in the brazilian techniques.

Keywords: .

1. Procedure law; 2. Civil Procedure; 3; Precedents; 4. Democratic civil procedure

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| SUMÁRIO..... | 1 |
| INTRODUÇÃO..... | 4 |
| CAPÍTULO 1 – O PRECEDENTE JUDICIAL NOS PAÍSES DA <i>COMMON LAW</i> E DA <i>CIVIL LAW</i> | 6 |
| 1.1. O precedente judicial nos países da <i>common law</i> | 6 |
| 1.1.1. Conceito de precedente e sua composição | 14 |
| 1.1.2. Técnicas de aplicação e afastamento dos precedentes | 19 |
| 1.1.2.1. A técnica do <i>stare decisis</i> | 26 |
| 1.1.3. A ética dos advogados na formação e aplicação dos precedentes | 31 |
| 1.2. O precedente judicial nos países da <i>civil law</i> | 34 |
| 1.3. A aproximação dos sistemas da <i>Civil Law</i> e da <i>Common Law</i> | 38 |
| CAPÍTULO 2 – O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL | 43 |
| 2.1. Antecedentes históricos: o precedente judicial na história do direito brasileiro | 43 |
| 2.2. A crise dos Tribunais Superiores e do Poder Judiciário | 50 |
| 2.3. A valorização da jurisprudência e dos precedentes judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro | 53 |
| 2.4. A tentativa de importação do sistema de Precedentes: o Código de Processo Civil de 2015 | 59 |
| 2.5. As reformas realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho e a valorização da jurisprudência | 62 |
| CAPÍTULO 3 – O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO | 65 |
| 3.1. A formação dos precedentes judiciais no Brasil | 65 |
| 3.2. O rol de técnicas de formação de precedentes | 69 |
| 3.2.1. A jurisdição constitucional | 72 |

| | |
|---|------------|
| 3.2.2. Os enunciados de súmula | 76 |
| 3.2.2.1. Procedimento para criação, alteração ou revogação de enunciados de súmula | 80 |
| 3.2.3. As técnicas de julgamento coletivo: litigância repetitiva | 82 |
| 3.2.3.1. Recursos extraordinário e especial repetitivos..... | 87 |
| 3.2.3.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas..... | 91 |
| 3.2.4. O incidente de assunção de competência | 94 |
| 3.2.5. Os julgamentos em plenário ou no órgão especial..... | 98 |
| 3.3. A vinculação aos precedentes previstos no art. 927 do Novo Código de Processo Civil | 100 |
| 3.3.1. A reclamação constitucional como instrumento de vinculação | 105 |
| 3.4. A posição do precedente judicial: fonte de direito?..... | 109 |
| 3.5. A constitucionalidade do art. 927 do Novo Código de Processo Civil..... | 111 |
| CAPÍTULO 4 – MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES | 116 |
| 4.1. A formação dos precedentes como microcosmos do Estado Democrático de Direito | 116 |
| 4.2. A aplicação das técnicas de formação de precedentes..... | 117 |
| 4.3. A participação popular na formação dos precedentes | 119 |
| 4.3.1. A figura do <i>amicus curiae</i> | 120 |
| 4.3.2. As audiências públicas..... | 124 |
| 4.3.3. A divulgação das ações: publicidade ampliada..... | 126 |
| 4.4. A motivação no precedente judicial | 128 |
| 4.5. As lacunas do Código de Processo Civil e 2015 e integração das técnicas para formação de precedentes | 135 |
| 4.5.1. Positivização de atos processuais mínimos para a formação dos precedentes judiciais..... | 135 |

| | |
|---|------------|
| 4.5.2. Os procedimentos para criação, revogação e revisão de enunciados de súmulas de jurisprudência dominante | 137 |
| 4.5.3. Publicidade ampliada e participação popular para fixação da tese..... | 140 |
| 4.5.4. Critérios para a escolha de processos piloto..... | 141 |
| 4.5.5. A aplicação de regras diferenciadas de ética..... | 145 |
| CONCLUSÕES..... | 149 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 152 |

INTRODUÇÃO

É característica comum aos estudiosos de processo civil, brasileiros ou não, o estudo de técnicas que possam vir a auxiliar no enfrentamento da crise do Poder Judiciário, de abrangência global. As razões da crise, conhecidas e já exaustivamente estudadas, compreendem tanto a conjuntura e dinâmica da sociedade a partir de meados do século XX, quanto a abertura legislativa que se operou.

Na esteira das sucessivas reformas realizadas para esse fim, o legislador brasileiro elaborou um novo Código de Processo Civil para consolidar os avanços realizados na última década e tentar otimizar os resultados até então obtidos. Foram estabelecidos como objetivos a excessiva dispersão jurisprudencial, que chegou ao ponto de ser chamada de loteria, e o acúmulo de serviço, principalmente nos Tribunais de cúpula.

Entre as novidades do novo diploma processual, está a importação das técnicas de precedentes, as quais teriam o condão de capitanear essa virada contra a crise do Judiciário. Para tanto, foi concebida a vinculação às decisões proferidas sob determinadas técnicas e em determinadas circunstâncias. O precedente brasileiro, então, diferenciava-se daquele existente nos países da *common law*.

Apesar das diferenças e das peculiaridades da sistemática instituída, o legislador não primou pelo desenvolvimento e aprofundamento dos métodos de formação, a fim que as decisões atinjam os fins a que se destinam e tenham efetiva vinculação.

Nesse estudo, assim, será examinada a prática com precedentes normativos no âmbito da *common law*, a fim de extrair suas reais características, virtudes e deficiências, bem como se examinará a posição do Brasil no cenário jurídico mundial, tendo em vista a mudança realizada. Além disso, se examinará a tradição brasileira de valorização dos precedentes e as mudanças realizadas nas últimas décadas para este fim. Serão examinadas, então, as principais características das técnicas de formação de precedentes disciplinadas no art. 927 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista que a intenção desse estudo é examinar de forma ampla a formação dos precedentes e verificar como a sistemática poderia desenvolver sua performance, não serão tratados detalhes específicos de cada uma das técnicas do art. 927 do Código de Processo Civil, especialmente considerando que cada uma teria o condão de gerar um estudo equivalente a esse. Serão examinados os principais aspectos da *(i)* aplicação dos precedentes em cada uma das hipóteses do art. 927; e *(ii)* a problemática envolvendo a sua criação.

Ao final, além de tentar se compreender o que são os precedentes trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua adequação ao ordenamento jurídico nacional, procurar-se-á examinar se há meios de lhes conferir maior efetividade e legitimidade perante a sociedade, adotando-se processos diferenciados, não concebidos para discutirem questões inter partes, mas como foros de debates de ideias para toda a sociedade. Afinal, a sociedade é a própria destinatária dos precedentes que serão criados.

CAPÍTULO 1 – O PRECEDENTE JUDICIAL NOS PAÍSES DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

1.1. O precedente judicial nos países da *common law*

A *common law* é fruto de uma longa e contínua evolução histórica, sem profundas rupturas em razão da inexistência de grandes revoluções na Inglaterra, onde se desenvolveu, demonstrando o respeito de seus operadores pela continuidade e pela tradição. Por esse motivo, como assinala RENE DAVID¹, mais ainda do que para outros sistemas jurídicos, o conhecimento histórico é indispensável quando se considera a *common law*, desenvolvida de forma autônoma e com limitada influência dos sistemas jurídicos continentais.

De modo geral, pode-se dizer que a *common law* começou a se formar após a invasão normanda, em 1.066 DC. Até tal data, as leis e os costumes permaneciam de caráter local, sem grande codificação, criados pelas tribos bárbaras que partilhavam a ilha².

Evolução inglesa do *common law*. Após a conquista da ilha por Guilherme I, Duque da Normandia³, porém, começou a ser desenvolvido na Inglaterra um forte poder central, que instituiu o feudalismo e criou Tribunais Reais⁴, os quais passaram lentamente a substituir os tribunais locais⁵ e, por meio de suas decisões, criaram as regras de direito que forjaram a *common law*. Para facilitar a consulta a essas decisões, a partir de 1.268, passaram a circular os Yearbooks (posteriormente, em 1.535, substituídos pelos *law reports*), contendo uma compilação das decisões proferidas pelos Tribunais Reais para

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

² Saxões, anglos e dinamarqueses, sendo certo que as leis criadas regulavam aspectos limitados das relações sociais.

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 151.

⁴ Segundo Rene David (*Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.), originalmente se tratavam de três tribunais diferentes: o Tribunal de apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common pleas*) e Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*).

⁵ Tribunais dos distritos e dos condados. Após a conquista normanda, o rei somente exercia a “alta justiça”, em casos excepcionais. Contudo, passou-se a ampliar a competência dos tribunais reais em razão dos lucros que a administração da Justiça trazia.

consulta e posterior referência, sendo estes anuários de importância vital para a memória jurídica⁶.

Nesse período da formação das primeiras características da *common law*, as demandas eram apreciadas especialmente por meio de um sistema de *writs*, que concediam determinados remédios para suprir condutas antijurídicas específicas e definiam a sequência de atos processuais a serem praticados. Contudo, com o passar dos anos, o sistema de *writs* se tornou demasiadamente rígido e formalista (conforme se infere do brocardo *remedies precede rights*), dificultando o julgamento de mérito e a distribuição da Justiça.

Essa dificuldade fez surgir a *Court of Chancery*, do chanceler do Rei, em que as demandas seriam julgadas pela aplicação de princípios de equidade (*equity law*), baseados em fontes diversas, como o direito romano ou direito natural, em vez de apenas aplicarem a *common law*. Objetivava-se uma forma de recorrer ao rei quando as decisões dadas pelos Tribunais de Westminster não fossem satisfatórias. O referido recurso, porém, passou a se tornar demasiadamente utilizado, criando uma jurisdição paralela e gerando conflitos com a jurisdição da *common law*.

Dada a preferência dos soberanos pela *equity law*⁷, e considerando a decadência da *common law* nesse período, houve risco, no século XVI, de o direito inglês se unir com a família dos sistemas jurídicos do continente europeu. A resistência dos juristas, contudo, aliada ao parlamento britânico, à má-organização da jurisdição do Chanceler e sua morosidade e venalidade, tornou possível a manutenção de ambos os sistemas no direito inglês, que passou a ter uma estrutura dualista até 1873-1875. Nessa data, foram realizadas diversas reformas no Poder Judiciário inglês (*Judicature Acts*), inclusive, com a unificação das jurisdições⁸, de modo que as diferentes cortes poderiam aplicar regras de *common* ou *equity law* indistintamente.

⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, P. 155.

⁷ Tendo em vista a influência que o sistema propiciava, conforme assinala René David. (*Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.)

⁸ Resolvendo, inclusive, problemas de Fórum Shopping, na medida em que as partes, com o sistema dualista, poderiam optar por aquele que fosse mais conveniente ao seu pleito.

No mesmo período, sob influência de Jeremy Bentham, há um profundo desenvolvimento na legislação, que passou por modernização e se libertou dos entraves processuais para conferir maior cuidado e atenção ao direito substantivo, a partir do qual as soluções de *common law* se tornaram sistematicamente reagrupadas. As leis de direito material foram revistas, com a ab-rogação das leis em desuso e a consolidação das novas leis.

Na esteira das reformas realizadas, em 1865, por sugestão de W.S. Daniel, os *law reports*, no qual os principais precedentes eram compilados, passaram a ser editados e organizados por um órgão semioficial: o *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, composto de oito advogados mais experientes (*barristers*) e dois mais jovens (*solicitors*)⁹. Desde 1897, os critérios de seleção dos precedentes que serão compilados foram praticamente mantidos, devendo ser dada a prevalência aos precedentes em que “a) aparece um novo princípio ou uma nova regra; b) há modificação substancial de um princípio ou regra já consagrada; c) é solucionada uma questão sobre a qual a lei é duvidosa; e d) por qualquer razão, haja interesse pedagógico”¹⁰.

Ainda nesse período, precisamente em 1861, tomou forma definitiva a regra – já seguida de forma não-oficial – da vinculação das Cortes aos seus próprios precedentes, partindo do princípio de que casos iguais merecem soluções semelhantes (*treat like cases alike*), com a definição da doutrina do *stare decisis* (do latim: *stare decisis et non quieta movere*, conforme se verá no tópico 1.1.2.1) no julgamento do caso *Beamish v. Beamish* e posteriormente ratificado no caso *London Street Tramways v. London County Council* (em 1898). A instituição rígida da doutrina do *stare decisis* somente foi relativizada décadas depois, permitindo a adequação da orientação judicial à evolução do direito. Ainda que um número reduzido de casos tenha sido objeto de *overruling*, muitas mudanças ocorreram por meio de outras técnicas, que reinterpretem ou afastaram a aplicação de precedentes por distinção do caso concreto¹¹.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 163.

¹⁰ Idem, p. 163.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do Direito in* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

No final do século XX, considerando as inúmeras críticas e apontamentos da necessidade de reformas no sistema da *common law*, foram iniciados inúmeros estudos para introduzir reformas no direito processual. Por delegação do Lord Chancellor Mackay, coube ao Lorde Woolf of Barnes, Master of the Rolls, o diagnóstico dos problemas da Justiça Civil inglesa, a fim de “implementar o acesso à Justiça e diminuir o custo do litígio, reduzir a complexidade das regras e modernizar a terminologia; e remover desnecessárias distinções da prática e do processo”.

Após dois anos de estudos, a pesquisa resultou em dois relatórios, de 1995 e 1996, em que foram identificados os gargalos da Justiça Inglesa (custo e tempo de duração) e foram apresentadas as propostas para que fossem solucionados. Com base nesses relatórios, em 1998, foram promulgadas as Civil Procedure Rules, com o objetivo de tratar os processos de forma justa, aumentando o controle do processo pelos Juízes¹². Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI¹³, em 2009, após dez anos em vigor, a reforma processual conseguiu reduzir o número de processos em 9% (nove por cento).

Assim, considerando que a *common law* é fruto do trabalho realizado pelos Tribunais Reais de Westminster ao longo dos séculos, ela é um direito de natureza jurisprudencial, de modo que as decisões não apenas aplicam as regras de direito, como também criam e destacam tais regras. Natural, com isso, que as regras estabelecidas pelas decisões judiciais prévias devam ser seguidas (regra do *stare decisis*), sob pena de se destruir a própria certeza que embasa o sistema jurídico.

Evolução estadunidense da common law. Embora seja consenso que os Estados Unidos da América também utilizem o sistema da *common law*, existem profundas diferenças entre o ordenamento jurídico estadunidense e o ordenamento jurídico inglês, muito em razão do desenvolvimento histórico das treze colônias, sua forma de

¹² Entre outras mudanças, as CPRs transferiram para o Juiz o poder de conduzir o andamento do processo, de decidir o rumo e a adequação do procedimento em cada caso e fixar os prazos e fiscalizar o seu cumprimento.

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 226.

independência e a extensão territorial do país, muito distinta da ilha com forte tradição feudal onde a *common law* se desenvolveu¹⁴.

No período colonial, as treze colônias existentes na costa leste do atual território dos Estados Unidos da América eram organizadas de forma autônoma e independente entre si¹⁵. Em razão da característica dos colonos, os quais não tinham domínio do sistema jurídico, e das condições da sociedade que se estabelecia no Novo Mundo, alheia ao sistema feudal e com relações sociais primitivas¹⁶, a *common law* não era inteiramente aplicada e chegou até mesmo a ter sua incidência questionada nos novos territórios¹⁷.

As técnicas adotadas e o próprio procedimento judicial eram adaptações locais das práticas da metrópole, sem as bases históricas da *common law*: em alguns tribunais, utilizava-se a Bíblia como ponto de partida para estudo do caso, relegando a solução ao arbítrio do magistrado. Esse cenário motivou a elaboração de códigos – sem qualquer relação com a acepção romano-germânica de codificação – para limitar o poder dos julgadores. Nesse período, diferentemente dos ingleses, os colonos tinham maior apreço pela lei escrita do que pelo direito jurisprudencial¹⁸.

A *common law* estadunidense passou a se desenvolver a passos largos ao longo do século XVIII, em razão do desenvolvimento das colônias e da melhoria das condições de vida dos americanos. Tal desenvolvimento também decorreu da percepção de que a *common law* poderia ser utilizada para proteção das liberdades locais contra o absolutismo real.

Com a proclamação da independência, surgiram inúmeras possibilidades para o direito estadunidense e um profundo desejo de autonomia em relação ao direito inglês, o que possibilitou um profundo debate a respeito do modelo jurídico a ser adotado pelos

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

¹⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 449-450.

¹⁶ ZACLIS, Lionel. *Direito Processual Civil Estadunidense*. in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*, São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 168.

¹⁷ O que foi confirmado posteriormente pelo King's Bench, por meio do julgamento do Calvin's Case: DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 449.

¹⁸ Idem, p. 451.

Estados Unidos da América. Entre o sistema da *common law* e o da *civil law*, prevaleceu o primeiro, à exceção do Estado da Louisiana (no âmbito do direito civil), em razão de sua colonização francesa.

Nessa nova realidade, de uma *common law* autônoma em relação à inglesa, o direito passou a ser ditado pelos tribunais estaduais, marcando uma das mais acentuadas distinções do sistema original: enquanto na Inglaterra as principais decisões eram tomadas pelos tribunais concentrados em Londres, nos Estados Unidos as principais decisões eram tomadas de forma difusa pelos respectivos estados, à luz de seu sistema federalista.

Como uma das consequências dessa característica do direito estadunidense, a regra do *stare decisis*, incorporada ao sistema jurídico em razão de séculos de influência da Inglaterra, era adotada com menor rigidez, com a revisão, pela Supreme Court e pelos Tribunais Superiores dos Estados, de seus precedentes¹⁹. À evidência, a superação do precedente não se dava de forma aleatória, tampouco injustificada; não havia apenas vinculação absoluta aos precedentes da própria Corte como existiu por longo período na Inglaterra.

Após o *Judiciary Act*, de 1789, com a instituição da jurisdição federal, de competência extraordinária²⁰, se chegou a considerar a criação de uma *common law* federal, cujo conteúdo seria definido pelas decisões das Cortes federais, em detrimento das posições adotadas pelos Tribunais estaduais. Essa posição, inclusive, teve a adesão da Supreme Court no julgamento do caso *Swift v. Tyson*, em 1842.

Contudo, à luz do espírito fundador e federalista, posteriormente, essa criticada decisão foi revista e a Supreme Court, no julgamento do caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, em 1938, decidiu que “salvo nas matérias regidas pela Constituição Federal ou pelas leis do Congresso, o direito que deve ser aplicado em todas as espécies é o direito de

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 167.

²⁰ Um processo será de competência da Justiça Federal em três hipóteses: a) quando as partes são domiciliadas em diferentes Estados e a controvérsia tem valor superior a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares); b) quando há previsão específica em lei federal, como para discussões envolvendo marcas e patentes; ou c) quando se tratar de litígio envolvendo o Governo Federal ou um de seus agentes, como autor, réu, assistente ou oponente.

um Estado particular”²¹. Ou seja, mesmo quando o julgamento competir à jurisdição federal, sendo o mérito de competência estadual, será aplicável o direito estadual.

Embora existisse possibilidade de uma fragmentação do direito, com a criação de divergências entre os estados, é mantida a sua unidade em razão de fatores institucionais, “um estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos”²², o que motivou a observância (ainda que com eficácia persuasiva) da jurisprudência de um Estado por outro, a utilização de leis-modelo que reduzem as margens de interpretação e o fato de que as compilações de jurisprudência ²³mais respeitadas raramente fazem referência apenas a um Estado.

Assim, ainda que em teoria a *common law* produzida nos 50 (cinquenta) estados seja distinta, ela é considerada como sendo ou devendo ser idêntica entre si, constituindo uma unidade formal.

Entre os fatores que possibilitam a manutenção dessa unidade formal está a existência da Supreme Court, órgão de cúpula do Poder Judiciário, criada pela Constituição Federal e cuja competência foi regulamentada pelo *Judiciary Act* de 1789. Entre outros motivos que levaram à criação da Corte, destaca-se a necessidade de “i) manutenção da primazia da Constituição em face da legislação e dos atos de governos estaduais; e ii) uniformização da interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional”²⁴

²¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 468.

²² *Idem*, p. 469.

²³ Entre as mencionadas compilações de jurisprudência, surgidas em Connecticut em 1789, merecem destaque os Bluebooks (ZACLIS, Lionel. *Direito Processual Civil Estadunidense*. in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*, São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 178). Criados com o propósito de garantir a uniformidade no estilo de citação das fontes de direito, os Bluebooks: a uniform system of citation (GARNER, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, ninth edition, St. Paul: Thomson Reuters, 2004, p. 223) reúnem as principais decisões dos tribunais estaduais, federais, compilações de leis e de regras administrativas, sendo atualizados anualmente por um consórcio de faculdades formado por Columbia Law Review, Harvard Law Review, the University of Pennsylvania Law Review and the Yale Law Journal

²⁴ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46 apud PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Desde a sua criação, o acesso à Supreme Court passou por sucessivas reformas e, atualmente, se dá por meio do *writ of certiorari*, requisito discricionário que permite que a Corte examine os temas que considere oportunos e convenientes, proferindo decisões em número razoável e após a discussão já estar suficientemente evoluída no entendimento de seus membros²⁵.

Segundo WILLIAM REHNQUIST, trata-se de um mecanismo que permite que a Supreme Court cumpra seu objetivo institucional, dando a última palavra sobre cada questão importante sob a Constituição Federal e a legislação norte-americana (“*the last word on every important issue under the Constitution and the statutes of the United States*”²⁶), sem reexaminar decisões porventura equivocadas, proferidas pelas Cortes inferiores, que não teriam aptidão de gerar reflexos a não ser às partes do próprio caso concreto²⁷.

Segundo a Rule 10 das Supreme Court Rules²⁸, algumas das hipóteses que podem vir a justificar a concessão do *writ of certiorari* são “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei (*statute*) federal, a existência de divergência na interpretação do direito objetivo pelos tribunais federais (*Federal Circuits*) ou a existência de conflito federativo entre os Estados e a União”²⁹ Frise-se que a divergência na

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?*, in Temas de direito processual, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 239-251.

²⁶ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2004

²⁷ PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 172.

²⁸ **Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari:** *Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although, neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.*

²⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Recursos no Direito Processual Civil norte-americano*, in Revista de Processo, volume 221, julho de 2013, pp. 167.

interpretação acima menciona não se caracteriza, como no Brasil, por decisões conflitantes ou por um mero desencontro num pronunciamento, mas sim por uma divergência real ou intolerável sobre uma questão de fato ou de direito idêntica.³⁰

Em razão desse sistema, a Supreme Court vem apreciando menos de cem casos por ano³¹, o que reflete na celeridade dos julgamentos, na qualidade das decisões e, conseqüentemente, na longevidade e solidez dos precedentes.

1.1.1. Conceito de precedente e sua composição

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que definir e conceituar precedente, seja no Brasil, seja nos países da *common law*, é tarefa inglória e sujeita a inúmeras críticas, tendo em vista as diversas correntes existentes. Além disso, tal conceituação demandaria, por si só, um estudo próprio.

Para os fins a que se destina o presente estudo, de forma ampla, conforme lição de NEIL MACCORMICK e ROBERT S. SUMMERS, nos países de *common law*, pode-se dizer que “*Precedents are prior decisions that function as models for later decisions*”³². Ou seja: são decisões pretéritas que têm potencial para balizar e orientar as decisões presentes e futuras³³.

À evidência, não é qualquer decisão que se torna precedente, de modo que o conceito amplo, acima indicado, merece ser estreitado. Como assinala HUGO CHACRA CARVALHO E MARINHO, é precedente apenas aquela decisão que seja “seguida pelas decisões posteriores de casos iguais ou análogos, do contrário não representa um

³⁰ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46 apud PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 171.

³¹ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2004. p. 238.

³² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction, in: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 1.

³³ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 22.

verdadeiro precedente, ou um precedente em sentido estrito”³⁴. Destaque-se que o precedente nos países da *common law* não é assim concebido quando da prolação da decisão: ele ganha esse *status* no julgamento de casos futuros.

O precedente não pode ser confundido com sua eficácia vinculante, que é entendida como o dever do Juiz de seguir uma posição bem definida (“*obligation to follow a fairly well-defined practice*”)³⁵, delimitada pelas razões que conduziram o julgador à conclusão no julgado anterior (*ratio decidendi*).

Isso porque o precedente, ao ser examinado pelo Juiz subsequente, é decomposto em duas partes: a *ratio decidendi*, chamada de *holding* nos Estados Unidos da América, e o *obiter dictum* (*obiter dicta* no plural).

Embora a definição seja tormentosa na doutrina³⁶, de modo geral, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é formada pelos motivos determinantes que conduziram o Tribunal ao entendimento final acerca do tema, os quais se extraem do relatório, da fundamentação e do dispositivo. Ou seja: é o princípio geral, a norma jurídica, que permeia o raciocínio do magistrado e sustenta a sua conclusão³⁷.

Por esse motivo, a *ratio decidendi* não deve ser confundida com o texto do precedente e não pode ser reduzida a isto, assim como, no *civil law*, a norma jurídica não pode ser reduzida ao texto da Lei³⁸.

³⁴ Idem, p. 23.

³⁵ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, p. 106 apud MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 34.

³⁶ Acerca do tema, LUIZ GUILHERME MARINONI (*Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. in: Revista dos Tribunais, volume 101, n. 918, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril de 2012, p; 351-414): “O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. (...) A discussão acerca do significado de *obiter dictum* é tão antiga, intensa e difícil quanto a travada sobre o significado de *ratio decidendi*. Isso porque o conceito de *obiter dictum* é absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi*”.

³⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*, in DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 217.

³⁸ Idem, *Ibidem*.

O *obter dictum*, em tradução literal “dito para morrer”, é formado pelos fundamentos que não influem no resultado do julgamento ou, ainda, corresponde ao enunciado, caracterizado por uma regra de conduta, uma interpretação jurídica ou argumentação jurídica, expressamente contida na decisão judicial, cujo conteúdo não seja relevante para a solução final da demanda³⁹.

O *obter dictum*, porém, é relevante para interpretação da *ratio decidendi*⁴⁰, além de ser dotado de eficácia persuasiva para utilização no âmbito da argumentação jurídica. *Ratio decidendi* e *obter dictum* são conceitos, portanto, conexos e complementares⁴¹.

Muito já se estudou e ainda se discute a respeito dos métodos para decomposição do precedente, extraindo deste a *ratio decidendi* que vinculará os casos futuros. Segundo LUCAS BURIL DE MACÊDO, estudos indicam que, em 1960, existiam 64 (sessenta e quatro) métodos distintos de se extrair a *ratio decidendi*⁴². Entre os mais famosos, merecem destaque os métodos desenvolvidos por Wambaugh, Oliphant e Goodhart.

Para EUGENE WAMBAUGH, *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso seria decidido de outra forma. Segundo seu método, para que a *ratio decidendi* seja extraída do precedente, deve-se inicialmente formular uma proposição de direito com base no julgamento realizado. Após, deve o intérprete inverter o sentido da proposição, de modo a representar o oposto de sua acepção original. Com isso, é necessário perguntar se a decisão ainda seria a mesma caso a nova proposição existisse no processo: caso a resposta seja afirmativa, a proposição original não é a *ratio decidendi* do precedente, mas *obter*

³⁹ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 515.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, in *Revista de Processo*, vol. 199, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 7.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. In: *Revista dos Tribunais*, volume 101, n. 918, p. 352-414. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. No mesmo sentido: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, volume 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴² MACÊDO, Lucas Buril de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*, in DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 223.

dictum; contudo, sendo a resposta negativa, a proposição é a norma geral que vinculará casos futuros⁴³.

Apesar de sua brilhante simplicidade⁴⁴, esse método, denominado “Teste de Wambaugh”, é atualmente muito criticado pela doutrina da *common law*, sob o fundamento de que seria falho. É citada, por exemplo a hipótese de o precedente conter dois fundamentos distintos que, separada e independentemente, podem levar à mesma conclusão⁴⁵. Nesse caso, a inversão isolada de um dos fundamentos não seria suficiente para alterar a conclusão da decisão, de modo que, pelo Teste de Wambaugh, ambas as proposições seriam *obiter dicta*, criando a anomalia de um precedente sem *ratio decidendi*⁴⁶.

O realista estadunidense HERMAN OLIPHANT, por sua vez, acreditava ser impossível determinar a *ratio decidendi* de um precedente. Para o autor, a busca por *rationes decidendi* era uma empreitada fadada ao fracasso, na medida em que as verdadeiras razões da decisão não são expostas pelo magistrado que concebeu o precedente e, por isso, não obrigam o Juiz do caso subsequente⁴⁷. Além disso, seria possível realizar uma sucessiva série de generalizações no precedente, tornando impossível definir qual princípio que deve ser seguido⁴⁸.

O método de ARTHUR L. GOODHART⁴⁹, um dos que gozam maior prestígio, dá maior ênfase aos fatos para delimitação do princípio de direito. Nesse método, propõe-se que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação (*i*) dos fatos tratados como

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. In: Revista dos Tribunais, volume 101, n. 918, p. 352-414. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁴ ABRAMOWICZ, Michael. *Defining dicta*. in: George Washington University Law School, 57 Stan, L. Rev. 853, 2005, p. 104.

⁴⁵ Situação próxima a encontrada no Enunciado de Súmula nº 283 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

⁴⁶ ABRAMOWICZ, Michael. *Defining dicta*. in: George Washington University Law School, 57 Stan, L. Rev. 853, 2005, p. 105.

⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*, in DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 220.

⁴⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 79.

⁴⁹ GOODHART, Arthur L. *Three cases on possession*. The Cambridge Law Journal, n. 3, 1928, p. 195-208

fundamentais ou materiais (*material facts*) pelo juiz para que determinada conclusão seja atingida; e *(ii)* a decisão que se baseou nesses fatos⁵⁰.

Assim, para extração da *ratio decidendi*, é necessário descortinar quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais para que a conclusão do precedente fosse atingida, o que pode ser verificado tanto pelos fatos que foram ressaltados pelo magistrado ao longo de seu raciocínio, quanto pelos fatos que foram omitidos ou desconsiderados por ele⁵¹.

Segundo assinala Goodhart, em razão dessa dupla possibilidade (ressalva ou omissão), muitas vezes é difícil determinar quais fatos foram considerados imateriais, na medida em que o ponto determinante pode estar implícito no raciocínio judicial, como exemplifica o caso *Rylands v. Fletcher*, que instituiu a doutrina da responsabilidade objetiva (*absolute liability*).

No referido caso, citado por Goodhart em seu artigo, Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório de água em sua propriedade. No exercício de suas atividades, o empreiteiro agiu com negligência, não tendo lacrado alguns poços de mineração, de modo que a água vazou do reservatório e alagou as minas do vizinho, trazendo prejuízos a este. O Tribunal, desconsiderando a negligência do construtor (fato imaterial), condenou Fletcher ao pagamento de indenização, uma vez que este respondia objetivamente por sua condição de proprietário (ou seja: independentemente da verificação de quem agiu com negligência).

Ao confrontar os fatos do caso (*Réu construiu um reservatório em sua propriedade, o construtor responsável pela construção agiu com negligência, a água vazou do reservatório e trouxe danos ao Autor, de modo que o Réu deve indenizar o Autor*) com aqueles que foram relevantes para o julgamento pelo Tribunal (*Réu construiu um reservatório em sua propriedade, a água vazou do reservatório e trouxe danos ao Autor, de modo que o Réu deve indenizar o Autor*), é possível inferir *(i)* quais são os fatos

⁵⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 83.

⁵¹ GOODHART, Arthur L. *Three cases on possession*. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928, p. 175.

materiais/substanciais; e (ii) que foi irrelevante o exame de culpa (negligência), possibilitando a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos futuros.

É possível que o juiz expressamente indique os fatos que considera materiais ou imateriais. Porém, como isso nem sempre ocorre, Goodhart sugere uma série de testes para determinar quais fatos devem ser admitidos como materiais ou imateriais. Assim, os fatos relacionados a qualidades ou quantidades (pessoa, tempo, lugar, gênero, entre outros) são presumivelmente imateriais, a menos que declarados como materiais. Os fundamentos jurídicos da motivação da decisão, assim como a declaração da regra de direito que está sendo aplicada, igualmente são relevantes para a identificação dos fatos que foram considerados materiais e imateriais. Por fim, os fatos hipotéticos ou aqueles cuja existência não foi apurada pela Corte, não constituem fatos materiais.

A teoria de Goodhart dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*), de modo que fatos materiais equivalentes devem conduzir à mesma decisão de direito⁵². Igualmente, casos que, ainda que similares, contenham outros fatos adicionais ou fatos materiais ausentes, podem levar a conclusões distintas.

Por fim, importa notar que os conceitos acima, de *ratio decidendi* e *obiter dictum* podem ser utilizados independentemente de o precedente ser obrigatório ou persuasivo. Tal distinção é inerente à interpretação dos precedentes judiciais e, embora seja muito utilizada no sistema da *common law* – notadamente em razão da vinculação que é conferida à *ratio* – nada impede que seja utilizado em outros ordenamentos jurídicos⁵³.

1.1.2. Técnicas de aplicação e afastamento dos precedentes

A *common law* também é dotada de inúmeras técnicas disciplinando como se dá a aplicação e o afastamento dos precedentes no julgamento dos casos. Tais técnicas são de

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. In: Revista dos Tribunais, volume 101, n. 918, p. 352-414. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*, in DIDIER JR., Fredie (coord.). Precedentes, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 218.

especial relevo se considerado que é pela aplicação e pelo afastamento da *ratio decidendi* – ou seja: princípio de direito – que se constrói a própria *common law*⁵⁴.

Segundo GEORGES ABOUD⁵⁵, a aplicação do precedente se dá em três etapas. A primeira consiste na seleção dos precedentes suficientemente similares para confronto com o caso sub-judice. Após, são identificadas as *rationes decidendi* que podem ser utilizadas para solucionar o caso concreto. Por fim, são examinadas as peculiaridades que permitem a aplicação ou o afastamento do precedente.

Usualmente, no Brasil, ao se abordar as técnicas de aplicação e afastamento de precedentes, são tratadas apenas das técnicas de *distinguishing* e *overruling*, embora também seja imperativo, para adequada compreensão do sistema, a compreensão das técnicas de *narrowing*, *extend*, *overriding*, *retrospective overruling*, *prospective overruling*, *antecipatory overruling* e as técnicas da sinalização.

O *distinguishing*, no Brasil denominado de distinção, é a técnica que consiste na não aplicação do precedente tendo em vista a existência de diferenças entre os fatos materiais (conforme teoria de Goodhart, acima mencionada), impossibilitando que seja dada ao caso presente solução equivalente à que foi dada ao antecedente. Trata-se, em último caso, de tratar os casos iguais de forma igual e os casos diferentes de forma diferente.

Frise-se que, pelo poder conferido ao Juiz de reconhecer quais são os fatos materiais necessários para que a decisão anterior seja aplicada, o *distinguishing* também permite a criação de novo direito na *common law*⁵⁶, na medida em que pode se reconhecer

⁵⁴ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em 05.01.2018.

⁵⁵ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 516-517.

⁵⁶ Nesse sentido: “*The more interesting and subtle form of distinguishing between cases is to be found where a court departs from a precedent by making a particular ruling depend on the presence of a more extensive range of material facts. If a court decided in Black v. Black that X should be the outcome when facts A, B and C obtain, the in A, B and C are the operative facts in White v. White, we can expect the outcome to be X. But imagine that in Grey v. Grey the court distinguishes Black v. Black by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E obtain. If, in Grey v. Grey, A, B and C, but not E, obtain, then X will not be the outcome in their earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in Grey v. Grey has changed*

que mais ou menos premissas devem estar presentes para que determinada solução seja adotada ou ainda abrir caminhos para que novas decisões sejam proferidas.

Via de regra, em razão da realização de *distinguishing*, a autoridade do precedente permanece imaculada, uma vez que a corte não está reconhecendo que a decisão anterior estaria equivocada (*bad law*), mas apenas que seria inaplicável (*good but inapplicable law*). Contudo, uma corte pode estreitar (*narrowing*) a interpretação de um precedente para não aplicá-lo em uma hipótese em que deveria sê-lo⁵⁷, o que inclusive poderá enfraquecer sua autoridade perante a comunidade jurídica⁵⁸.

Da mesma forma, uma corte pode estender (*extend*) a aplicação de uma determinada *ratio decidendi*, incidindo-a num caso que não reúne os fatos materiais que possibilitariam sua aplicação, caso entenda que, com tal ampliação, promoverá justiça⁵⁹.

O *overruling*, por sua vez, consiste na superação do precedente, com a revogação da *ratio decidendi* anterior e construção de um novo princípio de direito, que guiará a sociedade dali em diante. Em suma, partindo dos fatos materiais já determinados no precedente anterior, a Corte conclui pela aplicabilidade de um novo princípio de direito, distinto do anterior⁶⁰.

Considerando a posição do precedente judicial na *common law*, trata-se de uma medida radical, cuja aceitação na Inglaterra se tornou maior apenas a partir de 1966⁶¹, tomada como última alternativa, tendo em vista as diversas consequências que traz, como a ruptura do sistema, a revisão de posições até então consolidadas, a quebra de legítimas expectativas e os custos decorrentes da mudança do ordenamento, considerando que órgãos

the law: the ratio decidendi of Grey v. Grey is narrower - it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts - than that of Black v. Black." (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 115).

⁵⁷ RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. in: UCLA School of Law Research Paper No. 15-51, p. 927-928.

⁵⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114-115, nota de rodapé 12.

⁵⁹ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, p. 285 – Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3> – Acessado em 05.01.2018.;

⁶⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 117

⁶¹ HARRIS, J.W. *Towards Principles of Overruling—When Should a Final Court of Appeal Second Guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies, Volume 10, Edição 2, Julho de 1990, p. 135.

públicos, empresas e cidadãos poderão litigar para entender e cumprir a nova regra, inclusive por meio de processos judiciais para tornar o precedente mais claro e refinado⁶².

Com as devidas proporções, TIAGO ASFOR ROCHA LIMA compara o *overruling* com o procedimento de revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas dos Tribunais⁶³. A nosso sentir, porém, a comparação mais apropriada seria com a mutação constitucional, com mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e declaração de inconstitucionalidade de dispositivo até então reputado pela Corte como constitucional (e as respectivas implicações que tal revisão traz, como, por exemplo, a possibilidade de ação rescisória – conforme enunciado de Súmula 343 do próprio STF⁶⁴ - ou o manejo de impugnação ao cumprimento de sentença, à luz do art. 525, §§ 12 a 15).

Diante desse cenário, a Corte que supera o precedente deve expor as razões para tanto de forma clara e direta, esclarecendo os motivos de tal medida⁶⁵. A razão mais óbvia para superar um precedente é o reconhecimento de que uma Corte inferior ou a própria Corte cometeu um equívoco, julgando contrariamente à lei (inconsistência sistêmica), de modo que a revisão aprimorará o direito e trará um mal menor para a sociedade do que a manutenção do precedente. Também pode configurar um fundamento para o *overruling* a

⁶² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 123.

⁶³ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

⁶⁴ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 366. No mesmo sentido, ainda: *AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE AFIRMOU O ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS, MAS EXTIRPOU AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente. (STF, AR nº 1.409, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julg. em 26.03.2009)*

⁶⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

inconsistência social do precedente, à luz da evolução da sociedade⁶⁶. Ainda assim, mesmo que nenhum dos Juízes que elaborou o precedente esteja ainda vivo, é reconhecido que a superação do precedente é uma medida muito dura, de modo que a Corte poderá encontrar formas mais sutis para retirá-lo do ordenamento jurídico.

É importante destacar que não é autorizado que qualquer Corte realize o *overruling*. Nos Estados Unidos da América, é ordinariamente entendido que o *overruling* apenas poderá ser realizado pela própria corte que elaborou o precedente ou por uma corte superior⁶⁷.

Às cortes inferiores dos Estados Unidos da América somente é possível antecipar um *overruling* já enunciado pelo respectivo prolator do precedente, mediante a aplicação do *antecipatory overruling*. Essa técnica consiste na não aplicação de um precedente a respeito do qual há a legítima expectativa de revogação, mediante a respectiva e adequada fundamentação pelo Juiz de corte inferior⁶⁸. No *antecipatory overruling*, a mudança de jurisprudência (*overruling*) é operada de fato (e não de direito) pelas Cortes inferiores, ao passo que o verdadeiro *overruling* se verificará se o Tribunal Superior confirmar posteriormente a substituição do precedente pelo novo entendimento⁶⁹.

A legítima expectativa de superação, entre outras formas, pode decorrer da sinalização (*signaling*), na qual a própria Corte que prolatou o precedente (e que seria competente para revogá-lo) reconhece que o conteúdo deste não se encontra mais em consonância com o ordenamento jurídico (por questões sistêmicas ou sociais), tendo perdido consistência e devendo ser superado oportunamente⁷⁰.

⁶⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237-238 apud LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

⁶⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 118, nota de rodapé nº 21.

⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 243.

⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. In: *Revista de Processo*, volume 221. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

⁷⁰ Idem, *ibidem*.

Em prol da segurança jurídica, a superação pode ser dotada, ainda, de modulação de efeitos prospectivos ou retrospectivos. Via de regra, a superação de um precedente é dotada de eficácia retrospectiva, atingindo situações pretéritas e processos pendentes de julgamento.

A prática judicial estadunidense, porém, em hipóteses em que é necessário evitar a retroatividade da superação, na medida em que a própria norma que pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados será revista, considerando o princípio da segurança jurídica e a confiança depositada no Poder Judiciário, reconhece que é possível modular os efeitos da decisão.

Frise-se apenas que, para que a excepcional retroatividade não se verifique, é exigido que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua superação (com efetiva quebra da confiança justificada). Havendo prévia advertência da doutrina ou do próprio Tribunal a respeito da possibilidade de superação (por meio da técnica que sinalização, por exemplo), como não haverá a referida quebra de confiança, não é justificável a modulação temporal da superação⁷¹. Assim, ROBERT S. SUMMERS⁷² enumera três condições que devem estar presentes para que seja deferida a modulação temporal:

- A *ratio decidendi* deve estabelecer um novo princípio de direito, seja por meio da clara superação de um precedente antigo em que as partes depositavam expectativa e confiança, seja pelo primeiro julgamento de uma questão que ainda não foi suficientemente decantada;
- As vantagens e desvantagens da modulação devem ser sopesadas pela análise do histórico do precedente em discussão, seus fundamentos e

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores*, p. 17. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242857>. Acessado em 05.01.2008

⁷² SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 398.

efeitos, bem como pelo exame do impacto de tal modulação na aplicabilidade do novo precedentes; e

- A aplicação retrospectiva deve criar risco de gerar resultados desiguais para situações análogas.

Com a presença dessas características, a modulação poderá ser realizada. Sendo definida que será feita a superação prospectiva (*prospective overruling*), esta poderá se dar, além da clássica irretroatividade a partir da data da decisão judicial⁷³, de duas formas.

A primeira delas, chamada de superação prospectiva pura (*pure prospective overruling*) se dá quando os julgadores retiram a eficácia retroativa da nova decisão, inclusive para que não seja aplicável sequer ao caso que possibilitou o *overruling*⁷⁴. Ou seja: a decisão não romperá nenhuma expectativa depositada pelos jurisdicionados, embora traga como efeito negativo o desestímulo para que as partes pleiteiem a superação de determinados precedentes, na medida em que a decisão obtida não irá beneficiá-las⁷⁵.

A segunda, por sua vez, é denominada de *prospective prospective overruling* e permite ao Tribunal fixar uma data a partir da qual a nova orientação passará a produzir efeitos⁷⁶, seja ela futura, seja ela pretérita em relação à decisão, porém a partir da qual não havia mais dúvida da possibilidade de superação. Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI destaca um caso em que a técnica da *prospective prospective overruling* foi aplicada em conjunto com a técnica de sinalização, de modo que a decisão teria efeitos retroativos até a data em que ocorrera a sinalização de que o precedente seria revogado (e, a partir da qual, não se poderia mais falar em quebra de expectativas).

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do novo CPC*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p.170

⁷⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 215-216.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores*, p. 18. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242857>. Acessado em 05.01.2008

⁷⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

Caso a modulação da superação seja retroativa, ou seja, uma hipótese de *retrospective overruling*, impede-se que o precedente superado seja invocado como paradigma em casos análogos, ainda pendentes de julgamento⁷⁷.

Por fim, merece destaque a técnica da *overriding*, por meio da qual parte de um precedente ou de sua hipótese de aplicação é expressamente superada. Diferencia-se do *narrowing* na medida em que, no *overriding*, há uma superação parcial do precedente, que é considerado inconsistente com o ordenamento jurídico (*bad law*), diferentemente do *narrowing*, no qual há uma limitação da incidência do precedente no caso concreto em razão da interpretação dos fatos materiais deste.

1.1.2.1. A técnica do *stare decisis*

Na *common law*, o precedente judicial, como fonte de direito, configura um ponto de partida, um princípio, a partir do qual o caso atual será julgado. Sendo vinculante, a *ratio decidendi* estabelecida no caso anterior deve ser aplicada e define o julgamento do caso subsequente⁷⁸. Essa vinculação se dá em dois planos: vertical e horizontal.

A vinculação vertical, mais familiar para os operadores da *civil law*, é decorrente da própria estrutura do Poder Judiciário, sendo que o precedente é vinculante em razão da posição hierárquica de seu órgão prolator, atingindo todos os demais órgãos abaixo. Pode-se dizer, assim, que a vinculação vertical é feita de cima pra baixo e consiste no dever de os Juízes seguirem os precedentes emanados por cortes hierarquicamente superiores e pertencentes à mesma jurisdição do órgão que julgará o caso subsequente⁷⁹.

A vinculação horizontal, também denominada *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*), consiste no respeito aos precedentes emanados do próprio órgão julgador

⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 242.

⁷⁸ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em 05.11.2018.

⁷⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 28.

em oportunidades anteriores e pelos demais órgãos da mesma jurisdição⁸⁰ que estejam na mesma posição, ainda que não necessariamente tenham sido proferidos pelo mesmo magistrado⁸¹.

Destaque-se que essa vinculação se dá mesmo que o Juiz que aplica o precedente discorde da decisão que venha a ser aplicada. Naturalmente, a obrigação de aplicar um precedente do qual se discorda não suscita maiores discussões se este for decorrente de uma instância superior, uma vez que o respeito à autoridade superior é (ou deveria ser) uma característica inerente à organização humana.

A maior dificuldade se verifica justamente na vinculação horizontal, a qual obriga a aplicação de um precedente que foi proferido por um par com posição equivalente à daquele que discorda do precedente a ser aplicado. Nesse cenário, surge a dúvida a respeito da obrigatoriedade de seguir uma decisão apenas em razão de sua antecedência temporal, reiterando e avalizando um erro judicial pretérito.

Considerando, porém, que os precedentes são fonte de direito na *common law*, a vinculação horizontal se mostra necessária para garantir a estabilidade, confiança e previsibilidade do sistema, inclusive entre gerações, evocando a manutenção dos valores compartilhados pela sociedade (retratados na decisão judicial)⁸².

Assim, as vantagens coletivas de se seguir uma decisão anterior, ainda que o magistrado do processo subsequente entenda que se trata de uma decisão equivocada, são maiores do que as vantagens individuais de se decidir conforme a consciência do respectivo julgador, como assinala FREDERICK SCHAUER⁸³:

⁸⁰ Nos Estados Unidos da América, precedentes proferidos por cortes de outras jurisdições, como outras cortes estaduais (considerando o sistema federalista) não são vinculantes, sendo dotados de eficácia meramente persuasiva.

⁸¹ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. in: Stanford Law Review. Vol. 39, nº. 3, Fevereiro/1987, p. 574.

⁸² RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em 05.01.2018, p. 282.

⁸³ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. in: Stanford Law Review. Vol. 39, nº. 3, Fevereiro/1987, p. 585.

So although there is of course no reason, except in particular cases, to believe that a judge of a particular court will be less able to make the right decision than a prior judge of the same court, and thus no reason to believe that the first judge was more likely correct than the second judge, it still may be true that the positive advantages of consistency will in some domains outweigh the potential advantages of allowing each judge to try to improve on the results reached by his or her predecessor.

Por meio da aplicação dessa sistemática, tem-se que os casos iguais são decididos de forma idêntica, com as respectivas consequências de tal medida. Porém, como identificar quais são os casos iguais que merecem idênticas soluções de direito? Como identificar ainda que dois casos são substancialmente iguais, com *material facts* semelhantes?

Como já mencionado acima, a vinculação se dá apenas no âmbito da *ratio decidendi*, que é delimitada, via de regra, pelo próprio magistrado subsequente. Porém, como existem diversos métodos para extração da *ratio decidendi* e dos *material facts* que a embasam, há um grau de subjetivismo no raciocínio decisório. Com isso, caso o magistrado do caso subsequente discorde do precedente, especialmente em caso de provocação pelo respectivo advogado, pode delimitar a *ratio decidendi* ou os fatos de modo a permitir a aplicação ou não aplicação do precedente ao caso concreto, influenciando, por conseguinte, no resultado (vinculado) do julgamento.

Para ilustrar o ponto, FREDERICK SCHAUER⁸⁴ narra a seguinte situação. No julgamento do caso *Donoghue v. Stevenson*, pela House of Lords, em 1932, foi discutida a responsabilidade de um fabricante perante um consumidor que, embora não tivesse nenhum vínculo direto com o fabricante, adquiriu um produto (cerveja de gengibre) defeituoso daquele, contendo caramujos mortos, o que provocou doenças físicas e abalo psíquico no consumidor. Em razão disso, o fabricante foi condenado com a seguinte decisão: “*Manufacturers have a legal duty of care to the ultimate consumers of their products if it is not possible for defects to be identified before the goods are received.*”

⁸⁴ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. in: Stanford Law Review. Vol. 39, nº. 3, Fevereiro/1987, p. 582-583.

Deixando de lado as questões triviais, como a possibilidade de o precedente ser aplicado se houvesse uma aranha na garrafa ou se o seu conteúdo fosse uma limonada, existem muitas questões relevantes a respeito da aplicabilidade da *ratio decidendi* (dever de vigilância do fabricante) em outros casos, como por exemplo: *(i)* o caso seria aplicável para outros tipos de produtos alimentícios? *(ii)* ele seria aplicável para produtos alimentícios vendidos em embalagens transparentes (considerando que a embalagem no caso Donoghue v. Stevenson era opaca)? *(iii)* seria aplicável para produtos vendidos em ambientes de trabalho e não em restaurantes públicos? *(iv)* seria aplicável para outras relações de consumo, além da alimentícia?

A resposta dada a cada uma dessas perguntas poderia ampliar ou limitar a aplicação do princípio extraído do julgamento Donoghue v. Stevenson, permitindo distinções e abrindo margem para novas decisões (ainda que decorrentes da vinculação a outros precedentes)⁸⁵.

Diante disso, ainda que os precedentes sejam vertical e horizontalmente vinculantes, há possibilidade de o processo decisório ser discricionariamente adequado para conduzir o julgamento no sentido de preferência do magistrado⁸⁶. Segundo destaca NEIL DUXBURY⁸⁷, desenvolvendo o raciocínio de ALF ROSS, apesar da existência de vinculação “*the judge has considerable freedom of interpreting the ratio decidendi in such a way that a cited precedent need no stand in the way of the decision which from other motives he desires to give*”, and so the doctrine of binding precedent is in reality only an *illusion*”. Assim, caso discorde do precedente, um Juiz poderia reconhecer distinções para impedir sua aplicabilidade e em última escala, após sucessivas distinções, enfraquecê-lo (*narrowing*)⁸⁸.

⁸⁵ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 392-394.

⁸⁶ ABRAMOWICZ, Michael. *Defining dicta*. in: *George Washington University Law School*, 57 *Stan. L. Rev.* 853, 2005, p. 46-47. No mesmo sentido: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 115.

⁸⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 79.

⁸⁸ *Idem*, p. 114-115, nota de rodapé nº 12..

Apesar dessa possibilidade, é de ressaltar que a distinção realizada de forma desonesta ou descuidada, com base em fatos imateriais, será facilmente identificada, com a reforma da decisão e graves prejuízos para a reputação do respectivo juiz⁸⁹.

À evidência, em algumas hipóteses não há como realizar a distinção para que um precedente não venha a ser aplicado, especialmente naqueles casos em que a *ratio decidendi* seja muito clara ou já tenha sido definida desde logo pelo órgão prolator⁹⁰, quando do julgamento da decisão anterior.

Igual situação é verificada nos casos dos precedentes muito conhecidos e consolidados na experiência jurídica⁹¹, denominados *super precedents*⁹² ou *super stare decisis*, como os casos *Marbury v. Madison*⁹³ ou *Erie Railroad v. Tompkins*⁹⁴, nos quais a margem para *distinguishing* é pequena⁹⁵.

Essas constatações são necessárias para que sejam atingidas duas conclusões a respeito da *common law* e da vinculação das decisões: (i) embora exista vinculação vertical e horizontal a precedentes anteriores, há possibilidade de o Juiz deixar de aplicar um precedente do qual discorde; e (ii) havendo grau de subjetividade para aplicação dos precedentes, o sistema da *common law* também é passível de imprevisibilidade ou divergências.

⁸⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

⁹⁰ CHAUER, Frederick. Precedent. in: *Stanford Law Review*. Vol. 39, nº. 3, Fevereiro/1987, p. 585.

⁹¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

⁹² Segundo definido por Posner e Landes, superprecedents are “so effective in defining the requirements of the law that it prevents legal disputes from arising in the first place, or, if they do arise, induces them to be settled without litigation. In the limit, such a “superprecedent” might never be cited in an appellate opinion and yet have greater precedential significance than most frequently cited cases” SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent*. Disponível em <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=6752&context=expresso> - Acessado em 05.01.2018.

⁹³ Precedente reconhecendo a possibilidade de ser realizado controle difuso de constitucionalidade.

⁹⁴ Precedente reconhecendo a impossibilidade de ser criada uma *common law* federal, devendo ser adotadas, pelas Cortes Federais (quando o caso for de competência destas), os precedentes dos Tribunais Estaduais.

⁹⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

1.1.3. A ética dos advogados na formação e aplicação dos precedentes

Considerando as peculiaridades do sistema judicial da *common law*, especialmente a vinculação vertical e horizontal do precedente e a relevância dos princípios jurídicos que são enunciados das decisões, o precedente goza de posição central na teoria da argumentação jurídica⁹⁶ nos países que são afiliados: os pleitos são baseados em precedentes, para que sejam aplicados, afastados, estendidos ou restringidos pelas respectivas decisões que gerarão novos precedentes.

Dada essa posição, o pleno conhecimento da existência de determinado precedente vinculante é fundamental para adequada administração da Justiça, seja pelas partes, seja pelo magistrado, tendo em vista as consequências existentes.

Tamanha a importância de se conhecer a existência de precedentes vinculantes que, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, é previsto⁹⁷ expressamente que informar a existência de precedentes contrários ao seu pleito, caso tal informação não tenha sido trazida pela parte contrária em suas manifestações é um dever ético do advogado, sujeito a sanções pecuniárias e disciplinares. Trata-se do chamado dever de sinceridade (*duty of candor* ou *duty of candour*⁹⁸).

Embora tal obrigatoriedade soe estranha em um primeiro momento, especialmente em um sistema adversarial, ela decorre da concepção que se tem da função do advogado perante a Justiça: segundo enunciado pelo preâmbulo das *Model Rules of Professional Conduct*, elaborado pela American Bar Association e seguido, em maior ou menor escala, por 38 (trinta e oito) estados⁹⁹, um advogado, como integrante da carreira jurídica, é um representante de seu cliente, um colaborador do sistema legal e um cidadão público, possuindo especial responsabilidade pela qualidade da Justiça¹⁰⁰.

⁹⁶ Dworkin. Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Manins Fontes, 2002, p. 174.

⁹⁷ Frise-se que nos Estados Unidos da América dos Códigos de Ética são estaduais.

⁹⁸ A primeira grafia é utilizada nos Estados Unidos, enquanto a segunda é utilizada na Inglaterra.

⁹⁹ GILMORE, Angela. *Self-Inflicted Wounds: The Duty to Disclose Damaging Legal Authority*, 43 *Cleveland Law Review*, 303, 1995, p. 304.

¹⁰⁰ No original: "A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice". Disponível em:

Da mesma forma, como a *common law* é construída a cada nova decisão proferida, aplicando ou não um precedente, se deve valorizar a adequada argumentação jurídica, que consiste na determinação do precedente aplicável ao caso, ainda que desfavorável para a parte¹⁰¹.

Reforça a justificativa dada a essa regra a tentativa de equilibrar as forças das partes, considerando a característica adversarial do sistema de justiça estadunidense, na medida em que há possibilidade de uma das partes ser tecnicamente mais fraca¹⁰², especialmente nos casos de litigantes habituais, ou detentora de patrimônio significativamente inferior¹⁰³. Esse cenário igualmente reduz a capacidade de pesquisa e, conseqüentemente, de citação de precedentes favoráveis à posição da parte enfraquecida.

Por esses motivos que o Código Modelo prevê, na Rule 3.3.(a).2¹⁰⁴ a obrigação de o advogado informar as decisões vinculantes na eventualidade de o advogado da parte contrária não o fazer em sua defesa.

De modo geral, embora existam interpretações contrastantes¹⁰⁵, pode-se delimitar que são consideradas decisões vinculantes, que devem vir a ser informadas, os precedentes do próprio Tribunal ou das instâncias superiores (vinculação horizontal e vertical, conforme exposto oportunamente) que podem vir a ser aplicadas no caso sob julgamento e que são de conhecimento atual do advogado, ainda que proferidas após o

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_preamble_scope.html - Acessado em 05.01.2018.

¹⁰¹ Legal argument based on a knowingly false representation of law constitutes dishonesty toward the tribunal. A lawyer is not required to make a disinterested exposition of the law, but must recognize the existence of pertinent legal authorities. Furthermore, an advocate has a duty to disclose directly adverse authority in the controlling jurisdiction which has not been disclosed by the opposing party. The underlying concept is that legal argument is a discussion seeking to determine the legal premises properly applicable to the case. FLOYD, Daisy Hurst. *Candor versus Advocacy: Court's use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*, Georgia Law Review, 1035, 1994-1995. Disponível em: <https://ttu-ir.tdl.org/ttu-ir/bitstream/handle/10601/556/dfloyd5.pdf?sequence=1> - Acessado em 05.01.2018.

¹⁰² GILMORE, Angela. *Self-Inflicted Wounds: The Duty to Disclose Damaging Legal Authority*, 43 Cleveland Law Review, 303, 1995, p. 316.

¹⁰³ Idem, ibidem.

¹⁰⁴ Rule 3.3: Candor Toward The Tribunal. (a) A lawyer shall not knowingly: (2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel;

¹⁰⁵ FLOYD, Daisy Hurst. *Candor versus Advocacy: Court's use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*, Georgia Law Review, 1035, 1994-1995. Disponível em: <https://ttu-ir.tdl.org/ttu-ir/bitstream/handle/10601/556/dfloyd5.pdf?sequence=1> - Acessado em 05.01.2018..

início do processo¹⁰⁶. A comunicação deve se dar de forma imediata, após a omissão do advogado da parte contrária.

À evidência, a existência dessa regra é criticada pelos advogados, na medida em que obriga estes a contribuírem para o êxito de seu adversário, o qual poderá ter uma vitória judicial às suas custas.

Além disso, se alega que a regra pode colocar o advogado em um conflito de interesses perante seu cliente, especialmente considerando a dificuldade deste em compreender os motivos pelos quais seu próprio advogado atua em seu desfavor. A regra, ainda, criaria conflito entre as funções do advogado enunciadas pelo preâmbulo das *Model Rules of Professional Conduct*: representante da parte v. colaborador do sistema legal.

A despeito das profundas discussões que envolvem essa regra, os Tribunais entendem que a função pública do advogado deve prevalecer em relação à função privada (interesse da parte)¹⁰⁷. Os Tribunais, inclusive, aplicam sanções para os advogados que não observam a Rule 3.3.(a).2, as quais podem consistir em sanções pecuniárias, como a obrigatoriedade de arcar com os custos dos processos e honorários do advogado da parte contrária¹⁰⁸.

Essas sanções se fizeram necessárias em razão da descrença geral dos advogados de que sofreriam sanções disciplinares¹⁰⁹, seja em razão da lentidão dos processos em virtude do congestionamento dos órgãos de classe, seja em decorrência do fato de que o

¹⁰⁶ GILMORE, Angela. *Self-Inflicted Wounds: The Duty to Disclose Damaging Legal Authority*, 43 *Cleveland Law Review*, 303, 1995, p. 306-309.

¹⁰⁷ “Attorneys are officers of the court and their first duty is to the administration of justice. Whenever an attorney’s duties to his client conflict with those he owes to the public as an officer of the court, he must give precedence to his duty to the public. Any other view would run counter to a principled system of justice”. GILMORE, Angela. *Self-Inflicted Wounds: The Duty to Disclose Damaging Legal Authority*, 43 *Cleveland Law Review*, 303, 1995, p. 312.

¹⁰⁸ FLOYD, Daisy Hurst. *Candor versus Advocacy: Court’s use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*, *Georgia Law Review*, 1035, 1994-1995, com indicação de inúmeros julgados que puniram advogados em situações distintas.

¹⁰⁹ Segundo relatado por Daisy Hurst Floyd (*Candor versus Advocacy: Court’s use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*, *Georgia Law Review*, 1035, 1994-1995), pesquisas realizadas junto aos advogados em 1972 indicavam que 93% (noventa e três por cento) não informavam precedentes contrários, uma vez que não acreditavam em sanções disciplinares, o que motivou a adoção de outras modalidades de sanções, pelo próprio juiz do processo.

processo disciplinar depende de iniciativa da parte prejudicada¹¹⁰, que não mencionou o precedente, o que pode ter sido uma decisão estratégica ou dependerá do reconhecimento do equívoco cometido.

A forma que a prática jurídica encontrou para cumprir o *duty of candor*, com menor prejuízo possível para os interesses das partes foi a de, ao informar o precedente desfavorável, demonstrar a distinção do caso informado com o caso sub judice, de modo que o precedente não seja aplicado¹¹¹.

É valorizada, assim, a função pública do advogado, com o desestímulo à litigância sem fundamento, além de propiciar aos Juízes formas para que tomem suas decisões cientes das tendências dos Tribunais a respeito do tema.

1.2. O precedente judicial nos países da *civil law*

A *civil law* é conhecida por ser uma família jurídica baseada em leis, na qual os Juízes subsumem os fatos a regras abstratas pré-concebidas para solucionarem os casos que lhe são postos.

Com forte inspiração romana, embora tenha sofrido considerável afastamento daquele ordenamento jurídico ao longo dos milênios de evolução, a família da *civil law* está atualmente dispersa por todo o mundo, podendo ser encontrada, além dos países que sofreram direta influência do império, em toda a América Latina, em parte da África, nos países do Oriente próximo, no Japão e na Indonésia¹¹².

Diante do grande número de países filiados à *civil law*, é natural que existam profundas diferenças dentro da sistemática da própria família, com diferentes formas de se conceber a aplicação das Leis pelo Poder Judiciário.

¹¹⁰ FLOYD, Daisy Hurst. *Candor versus Advocacy: Court's use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*. Georgia Law Review, 1035, 1994-1995. Disponível em: <https://ttu-ir.tdl.org/ttu-ir/bitstream/handle/10601/556/dfloyd5.pdf?sequence=1> - Acessado em 05.01.2018.

¹¹¹ THE NATIONAL LAW JOURNAL. Estados Unidos da América: Aaron S. Bayer, 01.11.2008, p. 2.

¹¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33.

Na concepção de MICHELE TARUFFO¹¹³, o conceito de *civil law* como uma família jurídica homogênea é irreal: trata-se de uma mera catalogação de modelos jurídicos baseados em leis escritas, a qual realiza um excessivo grau de abstração e deixa de levar em conta características peculiares dos três principais modelos fortemente diferenciados existentes (o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol).

Além da separação acima, é possível encontrar outras subdivisões da *civil law*, como, por exemplo, separando a família nos ramos napoleônico, germânico, nórdico e misto¹¹⁴.

Diante dessa dificuldade de se definir características comuns à família da *civil law*, além dos traços mais proeminentes já acima explicitados (direito baseado em regras escritas pré-concebidas), optou-se nesse estudo por abordar determinados pontos específicos dos ordenamentos mais relevantes para o direito brasileiro¹¹⁵ e que são usualmente inseridos nessa família, a fim de se entender a importância dos precedentes nos referidos países. Contudo, ao menos no que tange aos precedentes, esses países possuem regras jurídicas similares.

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que, ainda que com profundas diferenças com os países da *common law*, os países da *civil law* também utilizam precedentes e são dotados de técnicas específicas para tanto, a despeito da falsa concepção de que os operadores do direito nos países dessa família não saberiam trabalhar com essas técnicas¹¹⁶. Tratam-se de técnicas, contudo, destinadas a precedentes não dotados de eficácia vinculante como regra, exercendo somente força interpretativa.

Via de regra, nos países europeus continentais, é comum a existência de uma Corte Constitucional especificamente voltada para o controle de constitucionalidade

¹¹³ TARUFFO, Michele, *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: Revista de Processo, nº 181, trad.: Hermes Zanetti Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹⁴ HERTEL, Christian. *Legal systems of the world. An overview*. Notarius International. 1-2/2009. Disponível em: http://www.notarius-international.uinl.org/database/2009/notarius_2009_01_02_hertel_en.pdf - Acessado em: 05.01.2018

¹¹⁵ Optou-se, assim, pela análise dos precedentes na Alemanha, Espanha, França e Itália, conforme divisão proposta por Michelle Taruffo.

¹¹⁶ KOMÁREK, Jan. *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*. LSE Legal Studies Working Paper No. 8/2012, p. 170.

concentrado¹¹⁷, bem como a existência de Cortes de Cassação especificamente concebidas para uniformização de jurisprudência e para definir o sentido das normas infraconstitucionais, sem reexaminar os fatos concretos, mas apenas a aplicação da Lei, ainda que tal medida seja inviável¹¹⁸.

De todo modo, o precedente não é considerado fonte de criação de direito, função que é atribuída, entre outros, à legislação, ainda que tenha função de fonte de direito de fato em algumas circunstâncias¹¹⁹. O precedente tem o escopo de auxiliar a interpretação das leis com base nas experiências prévias do próprio Poder Judiciário¹²⁰.

Nesse sentido, segundo MICHELE TARUFFO, embora os precedentes na Itália não sejam vinculantes, “*they play a major and growing role. Such role is clearly much more frequent and importante than the role that is played by academic or professional writings. There is no doubt that precedents are now by far the most important justificatory material used in judicial opinions*”¹²¹. Os precedentes da Corte de Cassação Italiana são usualmente seguidos pelas cortes inferiores ou, pelo menos, levados em conta para o julgamento dos casos similares¹²². São considerados vinculantes apenas os precedentes da Corte Constitucional Italiana.

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 207 – Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927> - Acessado em 05.01.2018.

¹¹⁸ BORNKAMM, Joachim. *O Recurso Especial (Revision) e as novas tendências na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Bundesgerichtshof)*, in Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, volume 26, pp. 22-23. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadernoscej26brasil-alemanha.pdf>>. Acessado em: 05.01.2018.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 154. No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

¹²⁰ A respeito do tema: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 24; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 169; TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 112; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 269; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito Processual Civil Espanhol* in: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 107.

¹²¹ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p.153.

¹²² Idem, p. 162

Na Alemanha, igualmente, a única modalidade de precedente reconhecido como sendo vinculante é aquele decorrente da Corte Constitucional, sendo que os demais não são considerados formalmente vinculantes¹²³, ainda que tenham eficácia persuasiva. Por esse motivo, não são delimitados os aspectos vinculantes dos precedentes¹²⁴ e não há a prática de ser realizada distinção¹²⁵ ou superação, à exceção dos precedentes da Corte Constitucional (tendo em vista sua eficácia vinculante)¹²⁶.

Na França, o termo precedente nunca significa uma decisão vinculante, uma vez que, para o direito francês, as Cortes nunca podem ser vinculadas por precedentes, apenas aos textos legais¹²⁷. Assim, dotado de eficácia meramente persuasiva, o termo precedente apenas pode significar uma decisão prévia de uma corte superior (no sentido de argumento de autoridade) ou uma decisão prévia, de qualquer instância, em caso análogo¹²⁸. Nesse sentido “*lès arrêts antérieurs sont consideres comme des ‘précédents’, au sens anglais de cette expression*”¹²⁹.

Não há, conseqüentemente, distinção e superação¹³⁰. De todo modo, à luz das regras de coerência e eficiência, os precedentes são seguidos pelas Cortes Superiores (ainda que sem vinculação legal) e pelas Cortes inferiores¹³¹.

Por fim, na Espanha, embora não tivessem vinculação¹³², inclusive conforme reconhecimento da Corte Constitucional¹³³ e previsão legal¹³⁴, os precedentes passaram

¹²³ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 26-27.

¹²⁴ *Idem*, p. 48

¹²⁵ *Idem*, p. 54

¹²⁶ *Idem*, p. 56.

¹²⁷ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 111

¹²⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Civil Francês* in: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 139-140.

¹²⁹ ARMINJON, NOLDE e WOLFF. *Traité de droit compare*. T. I, Paris, LGDJ, 1950 apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.227.

¹³⁰ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 133.

¹³¹ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 125

¹³² MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 269

¹³³ Sala Segunda, Sentença nº 49/1985, de 28 de março de 1985, Recurso de amparo nº 278-1984.

paulatinamente a gozar de maior prestígio e, por meio de mudanças legislativas, foi atribuída eficácia vinculante a determinadas decisões. Desse modo, no recurso em *el interés de la ley*, as decisões, tanto no âmbito do contencioso-administrativo (Ley nº 29/1.998, art. 100.7), quanto no âmbito cível (LEC, art. 493), são dotadas de efeito vinculante para as instâncias inferiores (eficácia vertical). Igualmente, segundo indica HEITOR SICA, está em tramitação projeto de lei que pretende estender essa eficácia vinculante para as decisões proferidas no julgamento dos recursos de cassación.

1.3. A aproximação dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*

Passados pelos pontos em tela, cumpre examinar a corriqueira afirmação de que o direito brasileiro estaria se filiando à família da *common law*. É comum, no ocidente, a contraposição entre as duas grandes famílias de ordenamentos jurídicos: a família da *civil law* e da *common law*. A doutrina contemporânea vem apontando, sob o enfoque de uma *macrocomparação*, uma crescente aproximação entre as famílias, como decorrência da globalização, da maior integração dos povos, da dinamização dos meios de comunicação e de transporte e das facilidades proporcionadas pela tecnologia¹³⁵. Em razão desse novo cenário, “há incremento no intercâmbio acadêmico e profissional, sendo crescente o interesse no estudo das soluções engendradas por outros países e culturas jurídicas”¹³⁶ e consequente aumento da influência recíproca entre as famílias¹³⁷.

É cediço que o direito brasileiro é fruto da família da *civil law*, tendo se filiado a ela desde o período colonial e se mantido nessa tradição até os dias de hoje. Por ser filiado

¹³⁴ Artículo 1.6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

¹³⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*, p. 18. Disponível em: <http://www.marcatoadogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf> - Acessado em 05.01.2018.

¹³⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. In *Direito Jurisprudencial*, vol. 2. Coordenação: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13.

¹³⁷ Que pode ser vista, por exemplo, com a promulgação da Civil Procedure Rules – CPR, em 1999, pela Inglaterra, as quais representam verdadeira codificação processual.

a essa família, o direito processual civil brasileiro sofreu grande influência de ordenamentos semelhantes, especialmente do direito italiano¹³⁸.

Contudo, isso não significa dizer que também não houve influência do direito anglo-saxônico no direito brasileiro. Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹³⁹, podem ser citados como exemplos no direito brasileiro¹⁴⁰ (i) a positivação, na Constituição Federal, da cláusula do devido processo legal (*due process of law*); (ii) a instituição de técnicas de tutela coletiva dos interesses supraindividuais, com forte inspiração nas *class actions*; (iii) o Juizados Especiais, com forte inspiração nas denominadas *small claims courts*; (iv) a arguição de relevância da questão federal, sucedida¹⁴¹, muito posteriormente, pela repercussão geral, sendo que ambas encontram inspiração na técnica da *certiorari*; e (v) as súmulas vinculantes, que tratam de uma versão¹⁴² do mecanismo dos *binding precedents* norte-americanos.

O fato de o direito brasileiro ter importado essas características ao longo das últimas décadas, especialmente na última, porém, não significa que tenha deixado de ser filiado à tradição do *civil law* para se inserir no âmbito do *common law*. Como destaca ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES¹⁴³, com “a introdução de mecanismos inspirados no direito estrangeiro, as diferenças estruturais, culturais e sistêmicas podem continuar sendo gritantes, ou, talvez, possam ficar ainda mais perceptíveis”.

¹³⁸ Segundo José Carlos Barbosa Moreira (*O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001, p. 14): “Correlatamente, a doutrina brasileira só costumava abeberar-se na produção científica da Europa continental, em geral com manifesta preferência pela italiana. Para tanto contribuíram vários fatores: entre eles, de modo compreensível, a facilidade de acesso resultante da afinidade lingüística, mas também a marca duradoura do justo prestígio firmado em nosso país pelo grande mestre peninsular Enrico Tullio Liebman, cuja presença no Brasil, por vários anos, foi poderoso catalisador dos estudos processuais entre nós.”

¹³⁹ *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001, p. 15-17

¹⁴⁰ No mesmo sentido, utilizando parte desses exemplos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289-291.

¹⁴¹ Apenas em sua finalidade.

¹⁴² Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (*O processo civil brasileiro entre dois mundos*, p. 17): “Trata-se, à evidência, de versão bastante mitigada do mecanismo dos *binding precedents* norte-americanos, em todo caso fonte indiscutível de inspiração”.

¹⁴³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. In *Direito Jurisprudencial*, vol. 2. Coordenação: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

Isso porque as bases teóricas do sistema processual brasileiro ainda são fundadas em premissas do sistema da *civil law* em razão dos "papéis atribuídos ao juiz e às partes, em si mesmas ou enquanto representadas por seus advogados". Segundo destaca JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o núcleo característico de um sistema processual, aquele que o define, está justamente na forma como o respectivo sistema equilibra os movimentos de seus atores.

Analisando a posição das partes e dos seus advogados no Brasil no curso do processo, verifica-se que há clara opção, nesse aspecto, pela *civil law*. Pode exemplificar essa opção a postura do Juiz diante da produção probatória: no direito processual brasileiro, cabe ao Juiz o papel proativo de deferir as provas requeridas pelas partes e determiná-las de ofício quando entender necessário. No sistema da *common law*, por outro lado, a produção probatória é retirada do Poder Judiciário¹⁴⁴ e realizada integralmente pelas partes, tendo o Juiz mero papel de expectador das atividades desempenhadas pelas partes, sendo chamado apenas para resolver abusos – seja decorrente de excessos ou de omissões.

Outro exemplo dado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA diz respeito ao *contempt power*, ou seja, o poder de o Juiz impor sanções às partes por condutas irregulares. A principal distinção nesse aspecto se mostra no ponto de vista criminal, uma vez que, configurado o crime, o processo será movido pelo próprio Juiz, podendo atingir a parte e o seu advogado, não havendo limite máximo de pena a ser aplicada e poderá ser instaurado de ofício – o que viola uma das regras basilares do processo (civil e penal) brasileiro.

Essa distinção deixa clara a distância entre os ordenamentos, na medida em que demonstra o poder de supervisão e gestão que o Juiz detém sobre o processo no direito estadunidense, o qual não encontra correspondente no Brasil.

Na história recente, com as diversas alterações no sentido de valorização da jurisprudência e, mais recentemente, com o advento da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e o dever de observância aos precedentes, ganhou força novamente

¹⁴⁴ Por meio da Discovery.

a afirmação de que o direito processual civil brasileiro passou a se submeter à família da *common law*. Porém, por mais relevante que seja a alteração do ponto de vista de realização da tutela jurisdicional, não houve alteração da base teórica do sistema processual brasileiro.

Assim, ao importar recentemente determinadas regras características do direito anglo-saxônico, notadamente a observância aos precedentes judiciais, o direito processual civil brasileiro não se filiou à família do *common law*, mas apenas aproveitou parte de seus institutos, a fim de aperfeiçoar os seus próprios para solucionar a crise institucional pela qual passa o seu Poder Judiciário¹⁴⁵.

A importação de institutos e a criação de mecanismos próprios não se apresenta como solução somente nacional para os problemas enfrentados pelo Judiciário. É possível perceber uma onda nesse mesmo sentido, levando à adaptação e amoldamento cada vez mais específico do sistema às necessidades locais.

Em contraposição à *macrocomparação* acima realizada, sob o enfoque de uma *microcomparação*, as famílias jurídicas, quando individualmente consideradas, estão se especializando e se distanciando, em razão dessas sucessivas reformas¹⁴⁶. É isso que conclui CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁴⁷, quando aponta que, a fim de solucionar a sua própria crise, os países adaptaram os sistemas por meio de suas próprias reformas, o que acabou por distanciar, no mais das vezes, ordenamentos que antigamente eram correlatos.

No caso específico da *common law*, existem profundas e radicais diferenças no direito processual inglês e no estadunidense, conforme visto anteriormente, de modo que os sistemas *não são mais nem mesmo comparáveis*¹⁴⁸. Com relação ao *civil law*, segundo MICHELE TARUFFO, não haveria um grande modelo padrão, sendo que tal definição seria

¹⁴⁵ Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (*O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001, p. 17) aninhou-se na ramagem da árvore dessa família jurídica.

¹⁴⁶ Embora alguns juristas já refutem o uso dos termos das famílias de direito, por serem conceitos amplamente aceitos, pretende-se manter sua utilização ao longo desse estudo. Frise-se que as famílias serão utilizadas apenas para referência geral, não com viés científico, de modo que eventual comparação específica será realizada com diretamente com o ordenamento jurídico de interesse.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176-177.

¹⁴⁸ Idem, p. 2.

artificial. Trata-se de uma conceituação meramente classificatória, com alta dose de abstração, que não leva em conta as características peculiares dos diversos submodelos processuais existentes, como o franco-italiano, o austro-alemão e o espanhol¹⁴⁹.

Disso se extrai que o direito brasileiro não mudou de família da *civil law* para a *common law*, tendo apenas, como já dito, se aproveitado de determinadas técnicas para aperfeiçoar o resultado obtido por meio da interpretação da lei (precedente judiciais), reduzindo o número de interpretações possíveis e aumentando a previsibilidade dos julgamentos, aumentando, por conseguinte, a segurança jurídica.

Inclusive, como visto no tópico anterior, os precedentes existem em diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*, ainda que sem as peculiaridades do sistema da *common law* (que também inexistem no Brasil).

Da mesma forma, procura-se, por meio da criação dos precedentes, dar vazão ao volume de processos em estoque e acelerar os julgamentos por meio de padronização das técnicas decisórias.

A afirmação de mudança de família se mostra ainda mais infundada quando verificado que há heterogeneidade na própria família da *civil law*, composta de, pelos menos, três modelos distintos, de modo que a importação dessas técnicas pelo direito brasileiro não lhe retira os requisitos científicos ou metodológicos para que seja classificado¹⁵⁰ como sendo integrante dessa família.

Por fim, há uma tendência mundial de especialização dos ordenamentos jurídicos, seguindo as necessidades dos próprios jurisdicionados, de modo que eventuais macrocomparações tenderão a desconsiderar diferenças relevantes. Com isso, apenas uma mudança radical da base sistêmica do próprio ordenamento jurídico poderia provocar alteração da respectiva família, o que não se verifica no caso brasileiro.

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele, *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: Revista de Processo, nº 181, trad.: Hermes Zanetti Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵⁰ Considerando que existe essa família, a despeito do quanto consignado por Michelle Taruffo.

CAPÍTULO 2 – O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

2.1. Antecedentes históricos: o precedente judicial na história do direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro já procurou prever, ao longo de sua evolução, diversas formas de valorização da jurisprudência, de vinculação aos julgados e de prevenção de divergência interna nos Tribunais. Há, porém, profundas diferenças entre o marco inicial dessa escalada e o seu segundo momento – cujo ponto de virada pode ser considerado o Código de Processo Civil de 1973 –, inclusive no que tange às funções dos precedentes, à forma das previsões (concretas ou abstratas) e à análise da incidência do precedente em ambos os momentos no discurso da argumentação jurídica.

Raízes históricas. Após a queda do Império Romano, a unidade jurídica existente no período anterior foi fragmentada pelos Visigodos. Com isso, a administração passou a ser realizada por meio de comunidades dispersas, nas quais eram aplicados direitos costumeiros e locais. Segundo MARIANA CAPENA LOMBARDI MORETO¹⁵¹, na Península Ibérica, após a sobredita fragmentação jurídica, tornou-se comum o julgamento por façanhas, ou seja, com aplicação da solução adotada em caso paradigma. A tradição dos casos paradigmas era transmitida pelas gerações e sua vinculatividade se fundava na autoridade do prolator da decisão e na própria exemplaridade do caso.

Com a restauração do poder real, ao longo da reconquista da Península Ibérica dos mouros, o monarca recuperou o Poder Jurisdicional. Para auxiliá-lo nesse intento, além de atividades legislativas e administrativas, foi instalada a Cúria Real, com competência recursal, competência originária em causas relevantes e vinculatividade nas decisões.

No processo de consolidação do estado português, a Cúria se desenvolveu e formou os Tribunais Superiores. Primeiramente, foi formada, por volta de 1355, a Casa do Cível, competente para conhecer em recurso das decisões de 1ª instância, e que tinha sede fixada em cidade ou vila designada pelo Rei¹⁵².

¹⁵¹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 51.

¹⁵² FERNANDES, Ernesto. RÊGO, Anibal. *Súmula das lições proferidas pelo Marcelo Caetano ao curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa : Imprensa Baroeth, 1941, p. 245.

Posteriormente, também foi formado o Tribunal da Corte, que acompanhava o monarca onde quer que ele estivesse e, propriamente, sucedeu a antiga Cúria. Esse Tribunal passou a ser denominado, nas Ordenações Afonsinas (títulos 1º e 4º a 7º), de Casa da Justiça da Côrte, sendo reconhecido como "*o maior e mais principal Officio da Justiça em a nossa Corte*"¹⁵³. Com o advento das Ordenações Manuelinas, por sua vez, a denominação da Corte foi alterada para Casa de Suplicação¹⁵⁴.

Como relata ANTÔNIO CARLOS MARCATO¹⁵⁵, a primeira previsão legal de observância aos precedentes foi consignada nas Ordenações Manuelinas de 1513¹⁵⁶, nas quais foi prevista a técnica dos assentos, que seriam elaborados pela Casa de Suplicação. Referida técnica consistia na interpretação autêntica das leis¹⁵⁷, originalmente realizada pelos monarcas, mas que D. Manuel transferiu à Casa de Suplicação para que fosse esclarecido o sentido correto da norma sempre que houvesse dúvida sobre a interpretação da legislação.

Segundo MARIANA CAPENA LOMBARDI MORETO¹⁵⁸, os assentos fizeram surgir uma espécie de legislação jurisprudencial, na medida em que, caso o magistrado deixasse de observar o entendimento fixado, ficava sujeito a sanções funcionais e corria o risco até de ser suspenso.

A competência para edição de assentos permaneceu sendo exclusiva da Casa de Suplicação até 1582. Nessa data, por meio de uma reforma legislativa nos Tribunais Superiores, a Casa do Cível (posteriormente, Relação do Porto) também foi autorizada a

¹⁵³ Livro I, Título I das Ordenações Afonsinas.

¹⁵⁴ Livro I, Título I das Ordenações Manuelinas.

¹⁵⁵ MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 158.

¹⁵⁶ **Livro V, Título LVIII das Ordenações Manuelinas:** §1º: E assiauemos por bem, que quando os Defembargadores que forem no defpacho d'alguu feito, todos, ou alguudellesteuerem alua duuida em algaNoffaOrdenaçam do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual naMefa grande com os Defembargadores que lhe bem parecer a determinará, e fegundo o que hi for determinado fepoerá a fetença. E fe na dita Mefaforeiffomefmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-o fazer faber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará faber, pera Nós niffoProuermos. E os que em outra maneira interpretarem Noffas Ordenações, ou derem fentenças em alguu feito, tendo alguudellesduuida no entendimento da dita Ordenaçam, femhirem ao Regedor como dito he, feramfufpenfosateeNoffaMerce. E a determinaçam que fobre o entendimento da dita Ordenaçamfe tomar, mandará o Regedor efereuer no liurinho pera defpoisnomviir em duuida.

¹⁵⁷ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus, *Assentos da Casa da Suplicação*, in *Revista do Advogado*, nº 84, São Paulo: AASP, 2005, p. 82.

¹⁵⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 53.

proferir assentos e foi instalada na cidade do Porto, atendendo às reivindicações dos povos do norte de Portugal.

Além da Relação do Porto, ao longo da história, outras cortes foram instaladas, inclusive nas colônias ultramarinas, como, por exemplo, as relações da Bahia, do Rio de Janeiro e de Goa.

Afora os assentos, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas também previram os estilos como sendo fontes de direito. Os estilos da corte portuguesa não eram escritos, mas consistiam na jurisprudência constante e uniforme da Casa da Suplicação ou da Casa do Cível, as duas mais elevadas cortes do reino, conforme visto acima.

Para ser classificado como estilo, e conseqüentemente ter eficácia vinculante, as decisões judiciais precisariam atender a três requisitos: *(i)* estar em consonância com as leis do reino; *(ii)* ser suficientemente antigo, com pelo menos dez anos; e *(iii)* ter sido confirmado por pelo menos duas ou três decisões¹⁵⁹.

Em 18 de agosto de 1769, foi publicada, pelo Marquês de Pombal, a Lei da Boa Razão, reforma importantíssima da legislação portuguesa e que “representou o movimento inicial de inserção de Portugal e de suas colônias no sistema-jurídico que viria a ser conhecido como família romano-germânica”¹⁶⁰. Entre as diversas alterações promovidas¹⁶¹, a mais relevante foi a atribuição de força de lei aos assentos da Casa de Suplicação.

Como decorrência da Lei da Boa Razão, os demais Tribunais de Relação não puderam mais proferir assentos com eficácia normativa vinculante. Os assentos vigoraram em Portugal até 1993, oportunidade em que foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional¹⁶², de modo que, a partir de então, mantiveram eficácia vinculante apenas os julgados proferidos em controle abstrato e concreto de constitucionalidade.

¹⁵⁹ Idem, p. 55-56.

¹⁶⁰ MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 159.

¹⁶¹ Como a retirada de fundamento jurídico do direito consuetudinário, a exclusão da incidência do direito canônico em questões cíveis – limitando-se a ser aplicado aos Tribunais eclesiásticos –, a limitação da aplicação do direito romano, a vedação do uso dos pareceres de glosadores, como Acúrsio e Bártolo, além de tornar obrigatório o cumprimento das glosas do Chanceler da Casa da Suplicação.

¹⁶² Tribunal Constitucional Português, acórdão nº 810/93.

A evolução brasileira. Proclamada a independência do Brasil em 1822, considerando que o país ainda não tinha, até então, jurisprudência própria, foram restabelecidos¹⁶³, com força de Lei, os assentos portugueses, a fim de restaurar a segurança jurídica de nossa sociedade¹⁶⁴. O Regulamento 737, criado em 1850, previa em seu art. 2º que cabia ao Supremo Tribunal de Justiça – criado em substituição à Casa de Suplicação – “tomar assentos para a inteligência das leis civil, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada”¹⁶⁵.

Com a proclamação da república em 1891 e a primeira Constituição republicana, o regime de assentos foi extinto, cabendo ao Supremo Tribunal Federal resolver, em sede definitiva, as questões relacionadas à autoridade e aplicação uniforme da Constituição e da legislação federal, por meio do recurso extraordinário, seguindo o modelo existente nos Estados Unidos da América¹⁶⁶.

Em 1923, por meio do Decreto nº 16.273¹⁶⁷, foi criada – no âmbito da Corte de Apelação do Distrito Federal – **técnica de prevenção de divergência jurisprudencial**,

¹⁶³ Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, posteriormente complementado pelo Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os assentos no direito processual civil in Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, nº 74, São Paulo, jul./set. 1971, p. 121.

¹⁶⁵ MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 160.

¹⁶⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro*, in *Revista do Advogado*, nº 78, São Paulo, AASP, set. 2004, p. 45.

¹⁶⁷ **Art. 103 do Decreto 16.273/23.** Quando a lei receber interpretação diversa nas Camaras de Appellaçãocível ou criminal, ou quando resultar da manifestação dos votos de uma Camara em um caso sub-judice que se terá de declarar uma interpretação diversa, deverá a Camara divergente representar, por seu Presidente, ao Presidente da Côrte, para que este, incontinenti, faça a convocação para a reunião das duas Camaras, conforme a materia, fôrcível ou criminal. § 1º. Reunidas as Camaras e submettida a questão á sua deliberação, o vencido, por maioria, constitue decisão obrigatoria para o caso em apreço e norma aconselhavel para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se identico procedimento de installação das Camaras Reunidas. § 2º. O accordam será subscripto por todos os membros das Camaras Reunidas e, na sessão que se seguir, a Camara que tenha, provocado o procedimento uniformizador, applicando o vencido aos factos em debate, decidirá a causa, resalvada aos membros das Camaras que se tenham mantido em divergencia a faculdade de fazer refereneia não motivada, aos seus votos, exarados no referido accordam. § 3º. Para os fins previstos neste artigo, cada Camara terá um livro especial, sob a denominação de *livro dos prejudgados", onde serão inscriptas as ementas dos accordams das Camaras Reunidas, inscripção que será ordenada pelos respectivos presidentes. § 4º. Em caso de empate na votação, o presidente da sessão de Camaras Reunidas, que será o da Camara que provocou a decisão, submetterá o caso ao Presidente da Côrte, para que este, com precedencia sobre qualquer outro julgamento, submeta a materiaá deliberação da mesma Côrte. § 5º. Serão, sempre, relatores dous desembargadores, um

também chamada *prejulgado*, segundo a qual, quando houvesse divergência na interpretação da Lei entre as câmaras de apelação cível ou criminal, ou mesmo em caso de divergência interna de uma das câmaras, seria convocada sessão reunindo todas as Câmaras da respectiva matéria – cível ou criminal – com o julgamento da questão divergente.

O acórdão do referido julgamento deveria ser subscrito por todos os membros das Câmaras reunidas e sua ementa seria anotada no denominado livro dos prejulgados. Embora tenha sido revogada em 1926, por meio da Reforma do Judiciário, a técnica foi restabelecida em 1930, pelo Decreto nº 19.408¹⁶⁸, ainda limitada à Corte de Apelação do Distrito Federal.

Ainda que a técnica tivesse apresentado resultados práticos bem pouco significativos, segundo assinala JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁶⁹, ela também foi incorporada ao Código de Processo Civil do Estado de São Paulo¹⁷⁰ e, posteriormente, foi estendida para todo o território nacional por meio da Lei nº 319/36.

O prejulgado foi, ainda, previsto no art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, permitindo ao Conselho Nacional do Trabalho estabelecer seus próprios prejulgados, os quais, uma vez estabelecidos, deveriam ser respeitados¹⁷¹. Segundo relata JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI¹⁷², o prejulgado sofreu inúmeras arguições de inconstitucionalidade, na medida em que, diferentemente dos cíveis, “o prejulgado trabalhista resultava de decisão *in abstracto* sobre matéria polêmica, fixando a respectiva

de cada Camara, designado pelo respectivo presidente. § 6º. Na primeira semana de cada trimestre, o secretario da Côrte providenciará para que seja feita, sob sua directa e pessoal inspecção, a permuta de inscripções entre os livros de prejulgados das Camaras de identicajurisdicção por materia. § 7º. As normas para confecção desses livros serão estabelecidas pelo Presidente da Côrte de Appellação, que exercerá sobre elles a necessariainspecção e mandará que sejam franqueados ao publico.

¹⁶⁸ **Art. 7º do Decreto 19.408/30.** Fica restabelecido o instituto dos prejulgados, criado pelo decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923. destinada a uniformizar a jurisprudência das Câmaras.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 5.

¹⁷⁰ **Art. 1126 do Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo** - Quando ao relator parecer que já existe divergência entre as Camaras, proporá, depois da revisão do feito, que o julgamento da causa se effectue em sessão conjunta. § **único** - Decidida a questão de direito, a Camara a que pertencer a causa, passará immediatamente a julgar-a. Às partes não se dará então o recurso da revista.

¹⁷¹ **Art. 902 da CLT.** É facultado ao Conselho Nacional do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu regimento interno. § 1º Uma vez estabelecido o prejulgado, aos Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e o Juizes de Direito investidos da jurisdição a Justiça do trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.

¹⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro*, in *Revista do Advogado*, nº 78, São Paulo, AASP, set. 2004, p. 46.

regra a ser observada, em casos futuros, por todos os graus de jurisdição subordinados ao Tribunal Superior do Trabalho”.

Embora a eficácia dos prejudgados tenha sido reafirmada em 1967, por meio do Decreto-Lei nº 229, no qual se previu que o presidente da Turma, no Tribunal Superior do Trabalho, negaria seguimento ao recurso de embargos para o tribunal pleno quando a decisão objeto dos embargos estivesse em consonância com prejudgados, em 1977, em representação de inconstitucionalidade¹⁷³, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o art. 902, §1º da CLT, que atribuía força vinculante ao prejudgado, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1946, por invadir esfera de competência do Poder Legislativo. Referida técnica foi, então, definitivamente revogada da Consolidação das Leis do Trabalho em 1982, por meio da Lei nº 7.033.

O Código Eleitoral também admitia, em seu art. 263, a figura do prejudgado, prevendo o artigo que “no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sôbre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal”. O Tribunal Superior Eleitoral¹⁷⁴, contudo, também entendeu que o mecanismo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, deixando de aplicá-lo.

Retornando para 1923, verifica-se que, nessa mesma época, foi desenvolvida técnica similar ao prejudgado, criada, porém, **para correção da divergência jurisprudencial**: o recurso de revista. Assim como o prejudgado, referido recurso foi criado pelo Decreto nº 16.273/23¹⁷⁵, tendo sido ainda previsto no Código de Processo Civil

¹⁷³ Vide ementa: *Prejudgado do Tribunal do Trabalho. Não constituído ato normativo, - dado que o art. 902, § 1º. da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe atribuía tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946, - não pode ser objeto de representação não conhecida.* (STF, Rp 946-DF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Pleno, Julg. em 12.05.1977)

¹⁷⁴ Vide ementa: *Embargos declaratórios - Omissão - Contradição. Exurgindo do acórdão proferido qualquer dos vícios suficientes a impulsionar os declaratórios - Omissão, contradição e obscuridade - Impõe-se-lhes o acolhimento. Isso ocorre frente a descompasso entre o corpo do acórdão e a ementa, no que, nesta última, ao invés de grafar-se recurso eleitoral, registrou-se recurso especial, deixando-se, ainda, de emitir entendimento explícito sobre a alegada transgressão a preceito de lei. Prejudgado - Artigo 263 do Código Eleitoral. O instituto do prejudgado mostra-se incompatível com a Constituição Federal, no que acaba por estabelecer o efeito vinculante. insubsistência do artigo 263 do Código Eleitoral.* (TSE, Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 12682, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julg. em 21.03.1996).

¹⁷⁵ **Art. 108 do Decreto nº 16.273/23.** A' Côrte de Appellação compete julgar em unica e definitiva instancia: III Os recursos de revista das sentenças definitivas, passadas em julgado, proferidas em grão de appellação, não submettidas, antes, a seu julgamento, por meio de embargos e tão sómente nos casos seguintes: a) de evidente violação ou falsa applicação da lei; b) de omissão dos termos ou fórmas essenciaes prescriptos sob

do antigo Distrito Federal, no Código de Processo Civil de São Paulo¹⁷⁶ e na Lei Federal nº 319/36. Em 1939, com o restabelecimento da hegemonia da União para legislar sobre matéria processual, foi promulgado o primeiro Código de Processo Civil nacional, o qual continha a previsão do recurso de revista¹⁷⁷, a ser julgado pelas câmaras reunidas, a fim de afastar divergência de interpretação de direito em tese entre duas ou mais câmaras ou turmas.

Além disso, o prejudgado e o recurso de revista tinham funções análogas, enquanto essa ostentava natureza recursal e dependia da adoção de medidas pela parte sucumbente, aquele incidente podia ser suscitado por qualquer dos juízes integrantes da câmara ou turma julgadora e comportava solução prévia pelas câmaras reunidas. Além disso, há relevante distinção com relação à vinculação, na medida em que o acórdão proferido no julgamento do recurso de revista não tinha eficácia vinculante, apenas persuasiva.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1973 previu o incidente de uniformização de jurisprudência, a fim de resolver divergência interna do respectivo Tribunal no curso do julgamento de causa de sua competência¹⁷⁸, pronunciando-se previamente acerca da interpretação do direito.

Por ser um pronunciamento prévio e não ter natureza de recurso¹⁷⁹, o incidente de uniformização pode ser classificado como sendo uma técnica de prevenção de divergência jurisprudencial, a qual, porém, não foi largamente utilizada pelos Tribunais

pena de nulidade, que não haja sido sanada; c) de divergencia, implicando manifesta contradicção na interpretação da lei, entre julgados de Camaras diversas, com identica jurisdição *ratione materiae*, desde que ellas não tenham procedido á fixação das normas de uniformização (art. 103);

¹⁷⁶ **Art. 1119 do Código de Processo Civil de São Paulo**- Quando uma das Camaras do Tribunal de Justiça proferir decisão definitiva ou interlocutoria com força de definitiva, contraria à jurisprudencia de outra ou das outras Camaras, a parte vencida poderá requerer novo julgamento em sessão conjunta das Camaras divergentes.

¹⁷⁷ **Art. 853 do Código de Processo Civil de 1939**. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Civis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas.

¹⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 9.

¹⁷⁹ Segundo José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233), recurso pode ser conceituado como o “*remédio voluntário idôneo a ensinar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna*”.

pátrios¹⁸⁰, tendo em vista a burocracia decorrente do julgamento bifásico, na medida em que, por essa técnica, primeiro seria julgada a questão de direito e, posteriormente, pelo órgão fracionário originalmente competente, a demanda propriamente dita.

Frise-se, no mais, que o precedente fixado no incidente de uniformização de jurisprudência, que constituiria enunciado de súmula de jurisprudência dominante do respectivo Tribunal (Art. 479), tinha eficácia meramente persuasiva para os casos futuros.

Portanto, examinando os diversos arcos históricos de valorização da jurisprudência, percebe-se que, sempre que se procurou conferir maior vinculação aos precedentes, ou tratá-los como fontes abstratas de direito, o ordenamento jurídico, nacional ou português, repudiou a medida, afastando do Poder Judiciário a função de definição do conteúdo normativo.

Esse cenário passou a ser alterado ao longo das décadas de 1960 e 1970 e, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, os precedentes se aproximaram do modelo atualmente existente, com maior relevância no contexto do ordenamento jurídico, sendo uma das principais técnicas empregas para enfrentamento da crise dos Tribunais Superiores e do próprio Poder Judiciário.

2.2. A crise dos Tribunais Superiores e do Poder Judiciário

A crise da Justiça é tema recorrente dos estudos atuais de Direito Processual Civil, mas não é novidade. Desde a criação do Supremo Tribunal Federal, em 1891, há relatos de que a Corte sofria com lentidão no julgamento dos processos¹⁸¹ em razão do excesso de recursos decorrente da amplitude do cabimento do recurso extraordinário¹⁸².

¹⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 672.

¹⁸¹ PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 63.

¹⁸² Nos termos de José Afonso da Silva: "(...) dia a dia aumenta a quantidade de Recurso Extraordinário por motivo de decisões contrárias às leis federais e por motivo de dissídio jurisprudencial. O fenômeno tem sua justificação no fato de a totalidade das pretensões e contestações das lides fundarem-se no Direito federal. Isto, também, pelas razões já assinaladas na Introdução e repetidas no Título V, a saber: a competência legislativa e governamental, na técnica federativa nacional, concentra-se nos poderes da União segundo o art. 5º. da Constituição. E esse Direito está em constante transformação, impulsionado pelas mutações da cultura do povo brasileiro, que vem passando de um sistema de vida atrasado e feudalizado para um sistema de economia industrial de caráter capitalista moderno. Tudo isso impõe modificações na superestrutura jurídica,

Em 1915, Pedro Lessa já indicava a necessidade de “desafogar o STF de parte de seus trabalhos no interesse da celeridade, ou menor lentidão, nos julgamentos”, uma vez que era “insuportável a lentidão com que se decidiam as causas federais”¹⁸³.

Segundo relatado por MICHEL ROBERTO OLIVEIRA DE SOUZA¹⁸⁴, no ano de 1940 foram distribuídos 2.211 novos processos, com o julgamento de 1.807. Dez anos depois, em 1950, mesmo com a criação do Tribunal Federal de Recursos para desafogar o Supremo Tribunal Federal, foram distribuídos 2.938 novos processos e julgados 3.371. Em 1960, foram distribuídos 5.946 e julgados 5.747 casos e em 1973 foram distribuídos 8.737 casos, enquanto se julgou 6.881 casos.

Verifica-se assim que houve um gradativo aumento nos processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal, o que motivou JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES a afirmar que os processos “iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica”¹⁸⁵.

Conquanto os números não se comparam aos existentes atualmente¹⁸⁶, já se alardeava que a Suprema Corte vivia uma crise decorrente do acúmulo de serviço, “a tal ponto de se proclamar um possível estrangulamento da Justiça nacional”¹⁸⁷. Similar situação também era enfrentada em outras jurisdições, com excessiva atribuição de responsabilidades aos Tribunais Superiores, cuja função era desvirtuada e tratada como uma terceira instância¹⁸⁸.

com a criação de leis novas, e reformas de antigas, segundo as novas necessidades da sociedade pátria”. SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 449-450

¹⁸³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, pp. 23-24.

¹⁸⁴ DE SOUZA, Michel Roberto Oliveira. *Recurso Especial Repetitivo: análise crítica do julgamento por amostragem* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 20.

¹⁸⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Poder Judiciário*, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, volume 18, janeiro a março de 1997, p. 269 apud PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 64.

¹⁸⁶ Em 2017, até 26 de dezembro, foram distribuídos 103.375 novos processos. Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervostf2.pdf> - Acessado em 26.12.2017

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 446.

¹⁸⁸ Nesse sentido: Taruffo, Michele. *Il Vertice Ambiguo*. Il Mulino, 1991.

A situação foi agravada com o expressivo aumento da litigiosidade decorrente da evolução da sociedade, que passou para a fase industrial, com conflitos massificados decorrentes das novas relações jurídicas estabelecidas na era moderna.

Como não poderia deixar de ser, esse universo de novas relações jurídicas trouxe a reboque uma série de conflitos de interesses, os quais – como decorrência das ondas renovatórias e do mais amplo acesso à Justiça – desaguaram no Poder Judiciário para que fossem solucionados, provocando súbito e considerável aumento no número de litígios, o que veio a ser denominado de *explosão de litigiosidade*¹⁸⁹. Com isso, havia a necessidade de serem realizadas reformas institucionais para fazer frente à nova realidade dos conflitos levados ao Poder Judiciário, especialmente para reduzir os custos e o tempo de tramitação dos processos.

No Brasil, embora já houvesse uma crise no Supremo Tribunal Federal, com crescente acúmulo de trabalho e maior congestionamento da Suprema Corte, a crise da Justiça atinge sua maior profundidade com o processo de redemocratização e a ampliação do acesso à Justiça, anos após ter atingido os demais países, como aqueles que foram objeto de estudo no *Projeto de Firenze*¹⁹⁰.

Nesse período, sucessivos marcos garantistas entraram em vigor, ampliando a função do Poder Judiciário e permitindo que uma série de conflitos antes excluídos de sua análise fossem judicializados. A Lei de Pequenas Causas, de 1984, marca o início de uma sequência representativa: a ela seguiram a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e sua própria alteração, com a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº. 9.099/95)¹⁹¹.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹⁹⁰ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*, p. 26.

¹⁹¹ Para Kazuo Watanabe “dentre as várias transformações trazidas por essas leis, as mais relevantes são: a) foi facilitado o acesso à Justiça para a camada mais humilde da população e possibilitada a solução molecular dos conflitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando-se a fragmentação e a banalização de suas soluções; permitiu-se que outros entes públicos, além do Ministério Público, e a própria sociedade civil – através de entes intermediários, como associações e sindicatos – pudessem levar ao Judiciário os conflitos metaindividuais; b) foi adotada a responsabilidade objetiva para a tutela mais eficaz do consumidor e do meio ambiente; c) para a proteção jurisdicional mais efetiva e tempestiva dos direitos, foram criados os mecanismos de antecipação da tutela e a tutela diferenciada e específica das obrigações de fazer e não fazer” (WATANABE, Kazuo, *Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, set.-dez. 1996, p. 149)

Nessa nova realidade, os conflitos submetidos ao Poder Judiciário são seriais e envolvem – em grande medida – questões similares e litigantes (*players*) habituais, tendo em vista que discutem temas comuns a milhares de consumidores, contribuintes ou usuários de serviços¹⁹², essenciais ou não. Tratam-se, na célebre expressão de KAZUO WATANABE, de ações *pseudoindividuais*¹⁹³, uma vez que o litígio envolve uma parcela homogênea da população.

Para enfrentar essa explosão de litigiosidade no Brasil¹⁹⁴, embora muito se tenha estudado sobre tutela coletiva como forma de redução do número de processos e descongestionamento do Poder Judiciário¹⁹⁵, houve necessidade de serem pensadas novas alternativas, "porque os mecanismos de tutela coletiva não foram eficazes em resolver o problema da quantidade de processos praticamente idênticos"¹⁹⁶. A insuficiência desses mecanismos, somada à crise existente no sistema, obrigou que se desenvolvessem técnicas diversas que possibilitassem a outorga de uma Justiça mais simples, célere e previsível, adequando o processo à nova realidade e à magnitude dos novos conflitos¹⁹⁷.

2.3. A valorização da jurisprudência e dos precedentes judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro

Na esteira da necessidade de criar mecanismos para fazer frente ao crescente volume de processos, o direito processual civil brasileiro acompanhou a tendência dos países de tradição romano-germânica de gradativa valorização da jurisprudência e dos precedentes judiciais, com inspiração em técnicas próprias do sistema da *common law*,

¹⁹² Pode-se dizer, grosso modo, que seriam direitos individuais homogêneos que não foram devidamente tutelados por ação coletiva.

¹⁹³ WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: Revista de Processo, vol. 139.

¹⁹⁴ Segundo dados do Relatório Justiça em Números, o Brasil terminou 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação.

¹⁹⁵ Inclusive como uma das ondas renovatórias indicadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report* (trad. de Ellen Gracie Northfleet: *Acesso à Justiça*), Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

¹⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. In: Revista de Processo. Vol. 231, p. 202.

¹⁹⁷ Missão do estudioso de processo de nosso tempo, segundo BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

sendo possível verificar diversas alterações legislativas nesse sentido, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973.

Embora os movimentos realizados tenham sido acompanhados, via de regra, de precedentes e jurisprudência com eficácia meramente persuasiva, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser paulatinamente dotado de mecanismos de padronização decisória, baseados em decisões pretéritas dos Tribunais ou até mesmo do próprio Juízo em primeira instância, como forma de otimização da eficiência do Poder Judiciário.

Assim como já destacado, quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, a disciplina dos assentos e prejudgados estava superada por criar regras abstratas e obrigatórias, o que não mais coadunava com a ordem constitucional. Tal disciplina, porém, é distinta daquela que passou a ser valorizada pela jurisprudência a partir de então.

Como primeiro movimento em torno da mencionada valorização, pode ser destacada a aprovação, em 28 de agosto de 1963, de emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal, autorizando a criação e o uso de "Súmula de Jurisprudência Dominante", acolhendo a proposta do Min. Victor Nunes Leal, com grande inspiração nos assentos. Com os enunciados de súmula de jurisprudência dominante, permitia-se que as teses jurídicas assentes pela maioria absoluta dos membros do tribunal formassem enunciados que balizariam a uniformização da jurisprudência.

A Súmula que foi proposta distinguia-se apenas com relação à vinculação de seus enunciados e ao caráter normativo, uma vez que sua função era de mera catalogação de jurisprudência já consolidada, na medida em que “a citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”¹⁹⁸. Ainda, de mesmo modo, o relato do próprio ministro Victor Nunes Leal¹⁹⁹:

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os ministros de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse um motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual a sua memória,

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 26.

¹⁹⁹ LEAL, Vitor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 145, p. 1-20, jul-set, 1981.

testemunhado, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da corte. Juiz calouro, como a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento.

Em razão da aprovação das súmulas, a atividade da Corte se tornou mais dinâmica²⁰⁰, na medida em que dispensava que os Ministros passassem a repetir reiteradamente os mesmos fundamentos ao julgarem questões envolvendo matérias idênticas. Além disso, por catalogar o entendimento da Corte, as súmulas permitiam que os interessados tomassem conhecimento do posicionamento da Corte nas matérias de que tratavam²⁰¹, conferindo maior publicidade e segurança jurídica.

Ato contínuo ao da aprovação das súmulas de jurisprudência dominante, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal foi novamente alterado, a fim de conferir a competência ao relator para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento na hipótese de sua decisão poder ser fundada em súmulas – ou seja, jurisprudência consolidada – da Corte, simplificando o procedimento com base na jurisprudência²⁰², ainda que no âmbito da eficácia persuasiva. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, em 1988, as súmulas de jurisprudência dominante também foram previstas em seu regimento interno, sendo aplicadas desde o início de suas atividades²⁰³.

A Lei nº 8.038/90, na esteira das alterações realizadas no Supremo Tribunal Federal, também permitiu o julgamento monocrático dos recursos pelo relator, na hipótese de a matéria versada no recurso já ser objeto de súmula ou de orientação predominante da Corte. Tais poderes foram ampliados com a promulgação da Lei nº 9.756/98, por meio da qual os relatores do Superior Tribunal de Justiça:

²⁰⁰ MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 168.

²⁰¹ Tamanho o sucesso do uso das súmulas que, segundo relato do Min. Victor Nunes Leal, após 17 anos de vigência, o Supremo Tribunal Federal já possuía mais de 600 enunciados.

²⁰² MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 168.

²⁰³ O enunciado de súmula nº 1 do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado em 25 de abril de 1990, pouco mais de um ano após a instalação da Corte.

- nos antigos agravos de instrumento de decisão denegatória poderiam *prover* (e não mais apenas negar) monocraticamente o agravo e o próprio recurso especial caso o acórdão recorrido estivesse em confronto com a tese de direito fixada na súmula ou na jurisprudência dominante da Corte. Frise-se que não foi conferido poder aos relatores de, monocraticamente, *negarem* provimento ao recurso principal, competência que permaneceu privativa do órgão colegiado;
- poderiam dar ou negar provimento ao recurso especial monocraticamente, na hipótese de a tese sustentada no recurso ou na decisão recorrida estar "em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, foi prevista a possibilidade de que, uma vez decidido o recurso monocraticamente, a parte poderia interpor novo recurso (agravo regimental) para que o órgão que originalmente examinaria o recurso examine o tema²⁰⁴.

A Lei 10.352/01, por sua vez, incluiu o parágrafo terceiro ao art. 475 do Código de Processo Civil, de modo a afastar do duplo grau obrigatório – a chamada remessa necessária - a sentença que “estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. Além disso, incluiu o parágrafo primeiro do art. 555 do Código de Processo Civil de 1973, instituindo a técnica da assunção de competência, uma variação do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do mesmo diploma legal, naquele momento já verificado como inoperante.

Segundo previsto, na assunção de competência, poderia o relator propor que o recurso fosse julgado por órgão colegiado indicado pelo regimento interno, desde que, havendo relevante questão de direito a ser analisada, fosse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Embora seja técnica próxima, de fato, do

²⁰⁴ Segundo José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 680): “não seria possível subtrair de forma definitiva a apreciação do recurso ao órgão ad quem, sem pôr em xeque a garantia do juiz natural”.

incidente de uniformização de jurisprudência, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁰⁵ assinala importante vantagem no então novo instituto, na medida em que “o órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio iuris*, mas procede ao julgamento que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente se fará, não há devolução ao órgão de origem, tudo se resolve naquele que recebe o recurso”.

A tendência até então verificada foi definitivamente confirmada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 8 de dezembro de 2004, que promoveu a chamada *reforma do judiciário*, o mais significativo passo na escalada da valorização dos precedentes até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Entre as mais relevantes alterações realizadas destacam-se a criação da repercussão geral e, principalmente, a chamada súmula vinculante, instituída por meio da inclusão do art. 103-A à Constituição Federal, posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417/06.

A súmula vinculante, deliberada e aprovada em quórum qualificado dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões da Corte em matéria constitucional, tem eficácia vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Em razão de sua eficácia vinculante (com inspiração nos *binding precedents* da *Supreme Court* estadunidense), a instituição da súmula foi objeto de grande controvérsia, sendo a primeira oportunidade em que se conferiu tal repercussão a precedentes no direito brasileiro na história recente.

A emenda constitucional nº 45 também introduziu na Constituição o parágrafo 2º do art. 102, conferindo eficácia vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, reproduzindo o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Assim como previsto para as súmulas vinculantes, tais decisões passaram a vincular todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas.

Em decorrência da criação da repercussão geral pela Emenda Constitucional nº 45, para fins de regulamentação, foi editada a Lei nº 11.418, incluindo no Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, de modo que a repercussão geral foi tratada como

²⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 672.

sendo um novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, a ser examinado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, com grande inspiração na *certiorari* estadunidense.

O objetivo primordial da repercussão geral, dentro da ideia de crise dos Tribunais Superiores, à semelhança da relevância da questão federal²⁰⁶, foi servir de filtro de processos para o Supremo Tribunal Federal²⁰⁷, sendo reconhecida apenas quando discutidas “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Além disso, a repercussão geral possibilita o julgamento de uma multiplicidade de recursos extraordinários, por meio de recurso representativo de controvérsia (*leading case*), o qual, uma vez julgado, formará a decisão precedente a ser replicada no conjunto de processos análogos. Ou seja: foi criada uma forma de julgamento em massa por meio da escolha de um processo representativo da controvérsia, o qual gerará um precedente às avessas²⁰⁸.

Essa técnica de julgamento de processos similares em bloco foi repetida também para o Superior Tribunal de Justiça em 2008, por meio da edição da Lei nº 11.672, que acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil e instituiu a sistemática dos recursos especiais repetitivos. Assim como a repercussão geral, a técnica permitia que questões de direito discutidas em uma multiplicidade de recursos especiais fossem julgadas por meio de recurso representativo de controvérsia (*leading case*), com mera reprodução da decisão nos demais processos.

Por fim, merecem destaque as Leis nº 11.276/06 e 11.277/06, as quais instituíram, respectivamente, (i) a *súmula impeditiva de recurso*²⁰⁹ (parágrafo primeiro do art. 518 do Código de Processo Civil), a qual possibilitava que o recurso sequer fosse conhecido em Juízo de Admissibilidade prévio na hipótese de a tese de direito apresentada pela sentença estar em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; e (ii) a técnica de improcedência liminar do pedido (Art. 285-A

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.

²⁰⁷ Idem, p. 180.

²⁰⁸ Tendo em vista que o recurso é escolhido para então virar precedente, inversamente do que ocorre nos países da *common law*.

²⁰⁹ ROSA, Renato Xavier da Silveira Rosa. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 23.

do Código de Processo Civil de 1973), estabelecendo a possibilidade de o Juiz, dispensando a citação do Réu, em demandas que versem unicamente acerca de questões de direito, julgar liminarmente improcedente o pedido, desde que o Juízo já tenha proferido sentenças de total improcedência em casos semelhantes. Ou seja: permitiu ao Juiz o julgamento antecipadíssimo de mérito com base em seus próprios precedentes.

Depreende-se, então, que nas últimas duas décadas o legislador tem procurado valorizar a jurisprudência e os precedentes, seja como medida de redução de carga de trabalho das Cortes, seja como forma de uniformizar as decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias, conferindo-lhe papel cada vez mais relevante na fixação do sentido da norma. A intenção foi de propriamente reduzir o âmbito de discussão, permitindo a evolução homogênea da jurisprudência e a racionalização da carga de trabalho que assola o Poder Judiciário, objetivos claramente distintos daqueles que ensejaram a adoção do *case law* nos países filiados à tradição da *common law*, conforme visto anteriormente.

Todos esses esforços, porém, não excluíram a possibilidade de divergência jurisprudencial (e até mesmo entre precedentes)²¹⁰, de modo que se passou a pensar em novas formas de unificar as possíveis interpretações existentes na jurisprudência.

2.4. A tentativa de importação do sistema de Precedentes: o Código de Processo Civil de 2015

No contexto acima narrado, o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado e, além de consolidar a valorização da jurisprudência e dos precedentes, deu a estes um papel de destaque na estrutura funcional do sistema processual como um dos principais mecanismos para enfrentamento da crise vivida pelo Poder Judiciário brasileiro, relativa ao tempo necessário para julgamento, à imprevisibilidade das decisões e ao volume de processos para serem julgados²¹¹.

²¹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedente e IRDR: Algumas considerações*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 572.

²¹¹ Segundo dados do último relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Justiça em Números 2015 (ano-base 2014), o Poder Judiciário iniciou o ano de 2014 com um estoque de 70,8 milhões de processos com a previsão de que o estoque cresça 0,5% ao longo do referido ano, atingindo a projeção de 71,2 milhões de processos (p. 34). No mesmo período, o Poder Judiciário contava com a atuação de 16.927 magistrados e 278.707 servidores (p. 31).

Na busca pela alteração do cenário de insegurança jurídica e para combater a dispersão jurisprudencial, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevante alteração ao positivizar, em seu art. 926, a obrigação de os Tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”, devendo ser observados os precedentes emanados de determinadas técnicas de julgamento, positivadas pelo legislador no art. 927.

Em que pese ser uma norma sem qualquer consequência prática, trata-se de disposição relevante para demonstrar a intenção do legislador e os princípios que permeiam a nova legislação processual, podendo ser comparada, com as devidas proporções, com o princípio da razoável duração do processo, inserido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal pela Emenda nº 45/04, tendo em vista a importância valorativa de ambas as disposições. É a partir dessa disposição que deve ser feito o exame de toda a sistemática de precedentes do Código de Processo Civil de 2015.

À evidência, seria mais coerente que, em complemento a essa disposição genérica, o legislador estabelecesse regras procedimentais, disciplinando detalhadamente o funcionamento do sistema de precedentes²¹², especialmente considerando que o ensino universitário e a prática forense não estão afeitos às técnicas dessa natureza²¹³. O Código de Processo Civil de 2015, porém, se limita a tratar dos principais aspectos do sistema de precedentes e os efeitos de sua aplicação nos processos.

O artigo 927 da Lei Processual Civil, por exemplo, enumera os precedentes que devem ser observados pelos magistrados na prolação de suas decisões, de modo a garantir padronização decisória e objetivação do debate nos demais processos em que tais precedentes venham a ser aplicados. São eles, a saber:

- Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade;
- Enunciados de súmulas vinculantes e persuasivas;

²¹² SALLES, Carlos Alberto. *Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias?* In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, 78

²¹³ ZUFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais.* In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

- Técnicas de julgamento coletivo, a fim de enfrentamento de litigância repetitiva: acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- Acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência; e
- Acórdãos proferidos pelo órgão especial ou plenário do respectivo Tribunal.

Apesar de ter previsto quais decisões devem ser observadas pelos operadores do Direito, o Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou como se dá a aplicação desses precedentes nos casos futuros, de modo que foram importados os aspectos teóricos das técnicas de utilização de precedentes existentes no sistema da *common law* (*overruling* e *distinguishing*), já anteriormente tratados.

Ao tratar especificamente da motivação das decisões judiciais, o legislador novamente deu grande valor aos precedentes, consignando expressamente que não se considera devidamente fundamentada a decisão que *(i)* deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sem explicitar as razões – distinção entre os casos ou razões que justificam a revisão do entendimento anterior – para fazê-lo; ou *(ii)* se limitar a aplicar o precedente, sem demonstrar sua aplicabilidade (identidade de premissas) ao caso concreto. Não há, porém, consequência caso não haja recurso e, havendo, o vício de fundamentação pode vir a ser sanado em Juízo de revisão, sem cassação da decisão impugnada.

O efeito aceleratório do uso do sistema de precedentes²¹⁴ também pode ser encontrado em outras passagens do Código de Processo Civil de 2015: a depender da existência de precedente, é possível a obtenção de tutela de evidência, o julgamento liminar (de forma – naturalmente - desfavorável) do processo ou julgamento monocrático do recurso pelo respectivo Relator.

²¹⁴MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 341-490.

Como garantia da observância dos precedentes, de modo a conferir remédios excepcionais para que sejam revistas as decisões em que um precedente não seja aplicado, previu-se que é cabível reclamação. Importante destacar que nem todas as hipóteses de precedente dão ensejo à reclamação, mas apenas os precedentes oriundos de decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência ou os enunciados de súmula vinculante.

Por fim, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas disposições esparsas a respeito do processo de formação dos precedentes e, especialmente, sua tentativa de superação, como a exigência de audiências públicas, participação de órgãos ou entidades e a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, de modo a evitar surpresas e garantir a previsibilidade do Poder Judiciário.

Embora seja passível de críticas e elogios, inclusive em razão de sua desvirtuação, conforme se verá adiante, o sistema de precedentes brasileiro instituído pelo atual Código de Processo Civil tem seus objetivos claramente traçados. Contudo, a funcionalidade do sistema, especialmente a formação dos precedentes, poderia ter sido melhor disciplinada.

2.5. As reformas realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho e a valorização da jurisprudência

A onda de valorização dos precedentes não se limita apenas ao processo civil, sendo também encontrada no processo do trabalho. Com efeito, as primeiras alterações mais relevantes nesse sentido remontam ao ano de 1998, com a inclusão do §3º do art. 896 na CLT, por meio da Lei nº 9.756/98, a qual instituiu a obrigatoriedade de uniformização da jurisprudência, conforme procedimento previsto no art. 476 do Código de Processo Civil de 1973.

Conforme assinala ESTEVÃO MALLET, na esteira da experiência civilista, a adoção desse procedimento não era frequente no âmbito dos Tribunais Regionais, sob a

premissa de que se tratava de um incidente facultativo²¹⁵, relegando a eventual uniformização ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio de recurso de revista.

Para induzir à prática desse procedimento de uniformização em segunda instância, em 2014, foi promulgada a Lei nº 13.015, de modo a exigir a correção da divergência jurisprudencial, ainda em segunda instância, sem exame do mérito do recurso de revista.

Além disso, foi expressamente instituído o regime de recursos repetitivos no âmbito da Justiça do Trabalho, de modo a permitir o julgamento, em uma única oportunidade, de uma multiplicidade de recursos de revista fundada em idêntica questão de direito, na esteira do quanto já instituído para o recurso extraordinário – até então, em sede de repercussão geral – e para o recurso especial. Inclusive, indo além das reformas anteriores no âmbito do processo civil, a legislação trabalhista passou a prever expressamente hipóteses de distinção e superação, as quais foram posteriormente incorporadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Em 2017, por sua vez, em nova alteração legislativa (Lei nº 13.467/17), amplamente denominada Reforma Trabalhista, parte das alterações introduzidas pela Lei nº 13.015/14 foi revogada, notadamente a obrigatoriedade de uniformização jurisprudencial em segunda instância, tendo em vista a dificuldade prática de ser implementada. Porém, a reforma trabalhista ainda manteve, no aspecto processual, a tendência de valorização da jurisprudência, disciplinando expressamente o procedimento necessário para estabelecer ou alterar uma súmula de jurisprudência.

Evidenciando a aplicabilidade das regras gerais instituídas pelo Código de Processo Civil de 2015²¹⁶, especialmente os arts. 926 e 927, a Reforma Trabalhista disciplinou rigoroso procedimento para as súmulas de jurisprudência dominante, o que apenas se justifica sob a égide de um sistema de precedentes obrigatórios, com ampla valorização da jurisprudência.

²¹⁵ MALLET, Estevão. *Reflexões sobre a Lei 06 n. 13.015/2014*, Disponível em: <http://mallet.adv.br/artigo-2-lei-n-13015-revista-do-tst/> - Acessado em 05.01.2018.

²¹⁶ Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia assinala que os precedentes previstos no NCPC são aplicáveis na Justiça do Trabalho, tendo em vista o disposto no art. 769 da CLT e art. 15 do NCPC. (Reforma trabalhista restringe atuação da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Disponível em: <http://gustavogarcia.adv.br/> - Acessado em 05.01.2018).

Sem ingressar no mérito dos critérios legais para que as súmulas sejam instituídas ou alteradas, embora se reconheça que os parâmetros estipulados sejam demasiadamente rigorosos e restrinjam a possibilidade de criação de novas súmulas, é certo que, uma vez adotado o procedimento, o enunciado de súmula dele decorrente terá ampla legitimidade na própria Corte em que for instituída e nos órgãos inferiores, por ser aprovado pelo voto de pelo menos 2/3 dos membros, após a matéria já ter sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, 2/3 das Turmas em pelo menos 10 sessões diferentes em cada uma delas.

Além disso, valorizou-se o contraditório efetivo para os procedimentos, tendo em vista a previsão de que qualquer discussão para estabelecimento ou alteração de súmulas deve ser divulgada com, pelo menos, 30 dias de antecedência, com expressa possibilidade de participação e sustentação oral do Procurador-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Advogado Geral da União e pelas confederações sindicais e entidades de classe com representação nacional.

A reforma trabalhista também trouxe, no art. 896-A, §1º da CLT, contornos mais definidos para a aplicação do critério de transcendência para o exame do recurso de revista, como relevância econômica, política, social ou jurídica, entre outros a serem casuisticamente verificados no exame dos recursos. O exame desse pressuposto recursal incumbirá exclusivamente ao Tribunal Superior do Trabalho, servindo como filtro recursal, permitindo que a Corte se debruce apenas sobre os casos mais relevantes para a coletividade e consequentemente proferindo decisões mais importantes.

Com isso, além de valorizar as atividades do Tribunal Superior do Trabalho e a sua jurisprudência, o legislador conferiu meios efetivos para que a jurisprudência da Corte seja valorizada pelos destinatários (jurisdicionados e operadores do direito), possibilitando que a sociedade tenha conhecimento das discussões, participe da definição das normas e, uma vez finalizado tal procedimento, que as normas sejam legitimamente aplicadas, inclusive com delimitação temporal de sua eficácia, protegendo os interesses legítimos dos envolvidos.

CAPÍTULO 3 – O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

3.1. A formação dos precedentes judiciais no Brasil

A valorização da decisão judicial é um dos meios de combate à instabilidade existente para viabilizar a unificação da interpretação do ordenamento jurídico, permitindo que os jurisdicionados, ao decidirem como se comportar diante de determinada situação, consigam antever o resultado de suas condutas. Com isso, é assegurada maior segurança jurídica, estabilidade ao sistema e racionalidade ao Poder Judiciário.

Partindo dessa premissa e a fim de enfrentar a divergência jurisprudencial e o acúmulo e processos, o legislador importou para o Brasil a sistemática dos precedentes, especialmente desenvolvida nos países da *common law*, embora também existente em países da *civil law*, ainda que sem igual profundidade ou eficácia normativa. Ainda que não se trate da primeira oportunidade no ordenamento jurídico brasileiro em que decisões judiciais são dotadas de maior efetividade, é nova a importância dada pelo Código aos precedentes.

Muito se critica, porém, quanto à importação do sistema de precedentes, seja pelo fato de que não foi feita a importação apropriada (valendo-se o legislador, na verdade, de modelos de padronização decisória), seja pelo fato de que o Brasil não é habituado a trabalhar com precedentes.

Quanto ao primeiro aspecto, não é possível desconsiderar que, de fato, os precedentes brasileiros são profundamente distintos daqueles existentes na *common law*, a começar pelo fato de que os precedentes brasileiros já nascem dotados dessa qualidade²¹⁷, formados em “foros especiais” legalmente enumerados pelo Código de Processo Civil. Nesse sentido, há uma enorme distância da *common law*, onde qualquer decisão pode vir a se tornar um precedente, desde que assim seja considerada por decisão posterior.

²¹⁷ O que, segundo Edward D. Re, citando o Professor Brumbaugh, não existe no sistema da *common law*: As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. (RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em 05.01.2018, p. 283).

É natural que existam diferenças entre os precedentes desenvolvidos no Brasil, decorrentes de criação legislativa, e aqueles existentes nos países da *common law*: os precedentes judiciais brasileiros não são decorrentes da evolução do ordenamento jurídico pátrio (Inglaterra) ou da colonização sofrida pelo Brasil (Estados Unidos da América), sequer fruto de séculos de discussão e aperfeiçoamento.

Os precedentes brasileiros foram desenvolvidos com inspiração nos modelos da *common law*, para que fossem enfrentados os problemas específicos existentes no direito aqui praticado, acima indicados, os quais existem, em grande parte, pelo fato de que não há respeito às decisões dos Tribunais de Cúpula ou sanções pela litigância desenfreada.

Ao Brasil falta a cultura do precedente e do respeito²¹⁸ às decisões das instâncias superiores e da própria Corte²¹⁹, a qual, se existente, já solucionaria, juntamente com outras políticas públicas, em parte o volume de casos no Poder Judiciário, especialmente em vista de que parte considerável dos processos em curso envolve os mesmos litigantes repetitivos²²⁰.

Como assinala MARCELO ABELHA RODRIGUES²²¹, os precedentes brasileiros foram concebidos para tratamento das consequências, não das causas. Apesar deste não ser o método adequado para solução dos problemas institucionais brasileiros, não se pode desconsiderar que o uso dessa técnica auxiliará no enfrentamento da crise atualmente vivida pelo Poder Judiciário.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 495.

²¹⁹ Nesse sentido, é famosa a passagem do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar a inobservância, pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte constitucionalmente competente para uniformizar a jurisprudência nacional, de suas decisões prévias: Corte Especial – Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432 – Relator Ministro Humberto Gomes de Barros – Publicado em 18 de março de 2.002: “*O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós — os integrantes da Corte — não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.*”

²²⁰ Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, 15 (quinze) litigantes são responsáveis por 95 (noventa e cinco) milhões de processos existentes no Brasil.

²²¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças*. In: Revista de Processo, vol. 259, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 7.

De todo modo, embora existam diferenças que permitam tratar dos precedentes brasileiros como uma categoria à parte, a importação completa de um modelo estrangeiro, exceto em casos excepcionais, não é factível, seja pelo porte das mudanças legislativas e constitucionais envolvidas, seja por se ignorar as particularidades do país receptor, o que, no caso do Brasil, envolve justamente os fins para os quais se importou o precedente²²².

Assim, sem prejuízo da inspiração nos sistemas estrangeiros e na importação das técnicas que sejam oportunas (como a distinção, superação, entre outros)²²³, o sistema de precedentes brasileiro necessita ser interpretado à luz de sua efetiva função: padronização decisória para redução do número de litígios e/ou da dispersão jurisprudencial²²⁴, valendo-se de eficácia normativa para atingimento desse escopo.

A função criadora dos precedentes brasileiros, na sistemática concebida pelo legislador, nos parece, é apenas subsidiária, própria para a solução dos casos que fujam dos limites do direito legislado. Frise-se que essa limitação decorre da própria especificidade de o Brasil possuir um sistema de *civil law*, de modo que a atividade judicial deve observar “a literalidade dos textos normativos (não se trata de criação contra legem), bem como as normas constitucionais e suas diferentes eficácias (sem que seja possível ‘concretizar’ princípios cuja eficácia depende de lei)”²²⁵.

Mesmo sob essa perspectiva, não faltam críticas ao método adotado pelo legislador, como, por exemplo, a sistemática de formação concentrada dos precedentes

²²² SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 207 – Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927> - Acessado em 05.01.2018, p. 218.

²²³ Frise-se que, como assinala Rodolfo Sacco (*Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, Volume 39, Issue 2, p. 1-34.) há possibilidade de importação de apenas parte dos elementos de um ordenamento jurídico que se pretende imitar, de modo a adaptar as técnicas importadas à realidade do país: “The imitation of foreign legal models need not take form of a global reception, the effect of a widespread political movement, such as the reception of the French Models in Europe following 1806. It can also take the form of a selective adoption of particular legal institutions or rules”

²²⁴ ZUFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108; LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor, p. 3-4.

²²⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27–28.

judiciais, na qual os precedentes são formados em um único processo²²⁶, eventualmente em uma única instância, e não de forma difusa, por meio de vários processos e em diversos graus. Da mesma forma, é criticada a tentativa de prevenção da divergência jurisprudencial, por meio da instauração de técnicas de formação de precedentes de forma antecedente à efetiva discussão jurídica²²⁷. Critica-se, ainda, a concentração da formação de parcela dos precedentes em órgãos de cúpula, sediados em Brasília, de modo que aos demais tribunais caberá apenas repetir o quanto decidido pelos Tribunais Superiores²²⁸.

A crítica à formação concentrada do precedente, porém, não procede. Caso assim não fosse, não seria recomendável a realização do controle concentrado de constitucionalidade, pelos mesmos motivos pelos quais não se poderia decidir uma tese de direito em única instância para fins de formação de precedente.

Além disso, a possibilidade de formação em última instância é decorrente da característica hierárquica do Poder Judiciário, sendo que incumbe àquelas Cortes a definição da interpretação adequada das leis e da Constituição no Poder Judiciário nacional (destacando-se que não caberia, ou deveria caber, divergência das Cortes inferiores se não fosse o entendimento com o qual concordam). Esse ponto também é aplicável para a crítica da concentração das decisões em Brasília. Eventual participação da sociedade poderá ser veiculada pelos meios próprios, a fim de democratizar o debate.

Por fim, a antecipação do debate em discussões envolvendo litigância repetitiva, embora possível, dependerá da postura do Tribunal. De fato, por falta de maturação do debate, não é recomendável que os Tribunais antecipem as discussões que ainda virão a ser instauradas na forma de macrolide, na medida em que a potencialidade dos inúmeros

²²⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157

²²⁷ NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276.

²²⁸ TESHEINER, José Maria. *Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc> - Acessado em 05.01.2018

processos ou da divergência pode não se verificar²²⁹. Nesse momento, sequer todas as partes poderão estar cientes da existência daquele potencial conflito.

Porém, a crítica em questão não deve ser dirigida aos precedentes, mas sim ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao incidente de assunção de competência, técnicas que permitem tal prevenção (Arts. 976, II e 947, §4º do Código de Processo Civil de 2015).

3.2. O rol de técnicas de formação de precedentes

Na esteira do raciocínio do tópico 3.1, verifica-se que o legislador optou por criar um regime próprio do precedente judicial, a fim de tutelar situações jurídicas e características próprias do Poder Judiciário nacional, como, por exemplo, o excessivo volume de processos, a divergência jurisprudencial e a extensão territorial do país.

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que, ao disciplinar, no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, quais seriam os precedentes a serem observados, o legislador coloca na mesma categoria técnicas distintas. Igualmente, ao disciplinar a sua aplicação (Art. 489, §1º, V e VI do Código de Processo Civil de 2015), o legislador se refere às técnicas existentes na *common law*, (fundamentos determinantes/razão de decidir, distinção e superação) e que se aplicariam indistintamente para qualquer uma das hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, seja a hipótese precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula. Ao assim proceder, porém, o legislador incorreu em grave erro conceitual²³⁰, com repercussões práticas, na medida em que são distintas e dotadas de formas de aplicação próprias²³¹.

Com efeito, como exposto no tópico 1.1.1, o precedente judicial é a decisão pretérita que tem potencial para balizar e orientar as decisões presentes e futuras, por meio

²²⁹ Para Ada Pellegrini Grinover (*Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 134), o “alcance do precedente judicial somente pode ser inferido aos poucos, depois de decisões anteriores”.

²³⁰ SALLES, Carlos Alberto. *Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias?* In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015; LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor; TUCCI, José Rogério Cruz. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

²³¹ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, in Revista de Processo, vol. 199, São Paulo, Revista dos Tribunais.

da extração da *ratio decidendi*. Por sua vez, jurisprudência é “o conjunto de decisões provindas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante”²³².

Enunciados de súmula, por fim, como indicado no tópico 2.3, foram concebidos como indexadores de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, destinados a otimizar os trabalhos da Corte, sem a necessidade de indicar repetidamente os inúmeros julgados de referência, com verbetes que aludem ao conteúdo geral da decisão referenciada.

Ora, tecidos esses conceitos, pergunta-se: como é possível definir a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) de um enunciado de súmula? Ou delimitar os fatos materiais que justificam aquela decisão e exigem conclusão equivalente em caso de reiteração apenas pelo exame do verbete e sem esmiuçar a linha jurisprudencial que o enunciado representa?

Ainda mais: como definir o que se entende por jurisprudência dominante? Afinal, como assinala CARLOS ALBERTO SALLES²³³, falta métrica para aferição da efetiva existência da maioria dos julgados num determinado sentido.

À evidência, portanto, as técnicas são distintas e possuem tratamento distinto, de modo que deveriam ter sido assim tratadas e dotadas de regulamentação específica. Para os enunciados de súmula, por exemplo, seria preferível que se exigisse o exame dos casos concretos que a embasaram (e os quais, a rigor, o enunciado faz referência), de modo a permitir a exata aferição das razões de decidir e dos fatos concretos.

Sem prejuízo das distinções entre precedente, jurisprudência e enunciado de súmula, o rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 funciona como norte para a aplicação dos precedentes, devendo ser, a partir dele, estudados os precedentes brasileiros.

Frise-se, porém, que o legislador deixou de disciplinar de forma clara o funcionamento de diversas técnicas. A lacuna prejudica a própria aplicabilidade dos

²³² PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5.

²³³ SALLES, Carlos Alberto. *Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias?* In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80.

precedentes, na medida em que não deixa claro como será possível atingir sua plena potencialidade, com a formação de precedentes sólidos.

Nesse sentido, merece destaque que, embora determinadas técnicas de formação de precedentes estejam bem delineadas, com diversas previsões específicas, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, para outras não foi dedicada especial atenção, como a assunção de competência e a orientação do plenário.

Conforme será visto a seguir, o incidente de assunção de competência não contém sequer a indicação de como se dará o julgamento ou a possibilidade de participação de *amici curiae*²³⁴.

Por sua vez, o incidente de demandas repetitivas é bem detalhado, com a previsão de publicidade ampliada, participação de terceiros, designação de audiências públicas e exigência de motivação exauriente no acórdão que vier a ser proferido. Contudo, considerando que ambas as técnicas são dotadas de vinculação forte, sendo possível o manejo de reclamação, qual a diferença que não autoriza igual disciplina procedimental para ambas? A nosso ver, nenhuma.

Seria conveniente, com isso, que o legislador tivesse adotado um procedimento geral, unificando aqueles existentes para as ações constitucionais, a formação dos enunciados de súmula vinculante e as demais hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, com regras mínimas que deveriam ser observadas e poderiam ser aplicadas para as diversas hipóteses de formação de precedentes (a despeito de suas diferenças), já prevendo de forma clara como se dará a formação do precedente, a motivação das decisões, sua aplicação nos casos (e eventual não aplicação, por meio de distinção), a participação de terceiros, a sua eventual revisão, entre outros. Eventuais particularidades decorrentes das características específicas de cada uma das técnicas poderiam ser tratadas no âmbito da regulamentação específica de cada uma destas, à luz de sua função ontológica.

Na ausência dessa regulamentação, é possível a aplicação analógica, no que for cabível, dos atos processuais específicos de determinadas técnicas de formação de

²³⁴ Havendo vozes no sentido de que a intervenção não seria cabível, conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre o incidente de assunção de competência*. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

precedentes, de modo a permitir a integração das técnicas enumeradas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 e sua adequada formação.

3.2.1. A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional brasileira é fruto de longo processo evolutivo, tendo recebido influências diversas ao longo de sua construção, o que acabou resultando num sistema peculiar, que reúne, ao mesmo tempo, características dos modelos estadunidense (difuso) e austríaco (concentrado), com maior preponderância do segundo²³⁵.

Apesar da existência de ambos os modelos, ao disciplinar o sistema de precedentes no art. 927, o legislador fez referência apenas ao modelo abstrato (Art. 927, I), relegando ao modelo difuso apenas a vinculação caso venha a ser julgado pelo órgão especial ou plenário (Art. 927, V). Por esse motivo, nesse momento, será abordado apenas o controle abstrato, sem prejuízo de maiores considerações posteriores a respeito do modelo difuso.

O controle de constitucionalidade judicial concentrado se caracteriza pelo exame da conformação de leis ou atos normativos à Constituição, por meio da utilização de ações próprias. Essas ações possuem, em comum, sua natureza objetiva, com rol limitado de legitimados, pedido e causa de pedir aberta, defluindo em coisa julgada dotada de efeitos excepcionais, decorrentes – naturalmente – da excepcionalidade da jurisdição constitucional abstrata.

Trata-se de processos de natureza objetiva na medida em que a pretensão reside na busca do interesse público de defesa da Constituição da República, afastando-se do conflito intersubjetivo²³⁶. Inclusive, é recorrente a afirmação de que nos processos constitucionais objetivos a existência de parte se dá em sentido meramente formal²³⁷.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1471. Frise-se, contudo, que a afirmativa não é imune de críticas: RAMOS, Elival da Silva. *O controle de constitucionalidade*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

²³⁶ Conforme pode se inferir, por exemplo, do princípio da indisponibilidade da ação e da expressa proibição à intervenção de terceiros, amos previstos na Lei nº 9.868/99

²³⁷ Nesse sentido: PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 120

A Constituição de 1988 trouxe grande evolução acerca da legitimidade para a propositura das ações constitucionais, tendo em vista que, no regime anterior, somente o Procurador Geral da República poderia “representar” pela inconstitucionalidade de uma Lei.

Atualmente, admite-se a propositura da ação em controle concentrado por 9 (nove) atores distintos, os quais são usualmente classificados em “legitimados universais” e “legitimados especiais”. Na primeira categoria se enquadram as entidades e autoridades públicas que desempenham papel institucional, o qual autoriza a defesa da Constituição (e da ordem jurídica) em qualquer situação (Presidente da República; Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da OAB; Partido Político com representação no Congresso). Na segunda estão incluídas entidades e órgãos cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre a sua esfera jurídica ou sobre a de seus afiliados (Governador do Estado ou do Distrito Federal, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional)²³⁸.

As leis regulamentadoras do tema²³⁹ apenas repetem o rol constitucional. Frise-se que um dos incisos do art. 2º da Lei 9.882/99, que pretendia ampliar o rol acima ao permitir que “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” apresentasse arguição, foi vetado pela Presidência da República justamente para não inviabilizar a jurisdição constitucional²⁴⁰.

²³⁸ Idem, p. 121

²³⁹ Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99

²⁴⁰ “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a

Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade de julgamento com base em outros fundamentos constitucionais, além dos invocados pelo autor da causa, naquilo que se convencionou chamar de causa de pedir “aberta”. Tal denominação decorre do alargamento conferido à Corte Constitucional no espectro de cognição, a fim de poder acolher o pedido deduzido (o qual deve ser determinado, frise-se²⁴¹). Tal abertura decorre da premissa de que, para manter a integridade do ordenamento jurídico à luz da Constituição, a Corte deve ter a liberdade para identificar os motivos que conduzem à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ainda que não tenham sido indicados pela parte²⁴².

Frise-se que, segundo relata ALESSANDRA APARECIDA CALVOSO GOMES PIGNATARI, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem impondo determinados limites para abertura da causa pedir, de modo a impedir o exame de inconstitucionalidade material na hipótese de, na petição inicial, somente terem sido deduzidos fundamentos indicando a inconstitucionalidade formal; e o exame com base em normas constitucionais que tenham sido revogadas, ressalvada a ação de descumprimento de preceito fundamental²⁴³.

promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm - Acessado em 05.01.2018.

²⁴¹ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.136-142

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 176-177; STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 565-569.

²⁴³ Embora haja quem defenda (BOULOS, Cristhiane. *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 77-78) que esse raciocínio não se aplica para a ação de descumprimento de preceito fundamental, entendimentos que encontra opositores (RAMOS, Elival da Silva. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, Tese (Professor Titular de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005 apud PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009)

Uma vez proferida a decisão nas ações de constitucionalidade, esta produzirá efeitos vinculantes e *erga omnes* (tendo em vista a característica de processo objetivo), de modo que os Juízes são obrigados a observar a decisão e aplicá-la nos casos concretos²⁴⁴.

Destaque-se que muito já se discutiu a respeito do âmbito da vinculação das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, a chamada Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Supremo Tribunal Federal vinha negando²⁴⁵ a possibilidade de a vinculação ultrapassar o âmbito do dispositivo, atingindo também os motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado, ou seja, na acepção de LUÍS GUILHERME MARINONI, vinculando a *ratio decidendi*²⁴⁶. À evidência, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a discussão tende a ser restaurada, em que pese a teoria ser distinta da sistemática dos precedentes e ter maior amplitude subjetiva – eis que também vincularia a administração pública aos motivos determinantes – já que a maior profundidade do estudo a respeito das razões de decidir pode levar a concepções diversas também no que tange à referida teoria²⁴⁷.

Além disso, transitada em julgado, é impedido que a matéria seja rediscutida em outras ações similares, ressalvando-se apenas que esse efeito impeditivo é relativizado na hipótese de a Corte ter entendido pela constitucionalidade da norma²⁴⁸ ou de a nova ação se basear em fundamentos diversos do que aqueles discutidos na primeira ação, desde que posteriores ao julgamento anterior.

²⁴⁴ Sob pena de ações cíveis e administrativas em face do Juiz, conforme assinala RAMOS, Elival da Silva. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, Tese (Professor Titular de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005 apud PIGNATARI. Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

²⁴⁵ Como se infere, por exemplo, dos acórdãos a seguir: Rcl 2.475-AgR/MG, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO; Rcl 3.249-AgR/RN, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; Rcl 6.204-AgR/AL, Rel. Min. EROS GRAU; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. EROS GRAU; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Rcl 11.831 - AgR/CE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; Rcl 14.098/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; Rcl 14.111/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; Rcl 14.391/MT, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 15.225/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 271.

²⁴⁷ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 171, p.. 34.

²⁴⁸ Hipótese em que sequer se aplicaria a autoridade da coisa julgada material.

A eficácia da decisão proferida em sede de controle concentrado, porém, poderá ser modulada, de modo a respeitar a segurança jurídica e a confiança depositada pelos jurisdicionados. Com isso, assim como ocorrido no âmbito da *common law* (tópico 1.1.2), a modulação pode ser prospectiva ou fixar um termo, a partir do qual vigerá normalmente. Não havendo modulação, a decisão é dotada de ampla eficácia, retroagindo ao momento em que a norma inconstitucional foi concebida, de modo a retirá-la do ordenamento jurídico.

Por fim, destaque-se que o controle concentrado poderá ser operado por meio de 4 (quatro) ações com finalidades distintas, abaixo discriminadas. Considerando os escopos desse estudo, tal qual realizado para as técnicas de formação de precedentes, serão feitas apenas as considerações mais relevantes, sem prejuízo de posteriores estudos a respeito de cada um dos respectivos temas:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade: visa impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional
- b) Ação Declaratória de Constitucionalidade: tem por finalidade confirmar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo, a respeito do qual surgiram divergências, eliminando, assim, a insegurança jurídica a respeito. Frise-se que, para que seja admitida, deve haver divergência relevante, a ponto de gerar incerteza a respeito do significado da norma;
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: objetiva sanar a omissão do legislador diante da violação de sua obrigação constitucional de legislar.
- d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: visa impedir que condutas ou normas contrariem preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, comprometendo a supremacia constitucional.

3.2.2. Os enunciados de súmula

Os enunciados de súmula correspondem a uma das mais características técnicas existentes no processo civil brasileiro, com ampla aceitação na prática jurídica, tendo sido

concebidas originalmente (conforme exposto no tópico 2.3) como indexadores da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e posteriormente elevadas à categoria de “precedentes vinculantes” (primeiro pela Emenda Constitucional nº 45, posteriormente pelo Código de Processo Civil de 2015), ainda que não se tratem propriamente de precedentes, como já mencionado.

Pode-se definir enunciado de súmula como sendo “o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem”²⁴⁹. Por esse motivo, uma vez citado o enunciado de súmula, é dispensada a referência a outros julgados no mesmo sentido.

Apesar dessa definição, o enunciado de súmula nem sempre representa a jurisprudência consolidada do Tribunal²⁵⁰ ou os fatos do precedente que a embasaram, podendo deles se distanciar. Objetivando combater essa característica, o Código de Processo Civil de 2015 previu que, ao editar seus enunciados de súmula, os tribunais devem se ater às circunstâncias fáticas que motivaram sua criação (Art. 926, §2º).

Da mesma forma, dos enunciados de Súmula não representam a *ratio decidendi* dos acórdãos a que fazem referência: a *ratio decidendi* deve ser extraída diretamente dos próprios acórdãos, mediante o exame dos fatos e das razões para decidir pelo respectivo Tribunal²⁵¹. Desse modo, a aplicação dos enunciados de súmula, sejam persuasivas, sejam vinculantes, não deveria se dar de modo mecânico.

Justamente por se considerar o enunciado de súmula como a melhor interpretação legal para um determinado caso, abstraindo seu viés de indexador de jurisprudência e atribuindo-lhe sentido quase normativo (e mecânico), que a aplicação dos enunciados de Súmula no Brasil passou a se dissociar da linha jurisprudencial que a embasou, tomando efeitos ampliativos.

²⁴⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Sobre a súmula vinculante*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51-64, 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/r133-06.PDF?sequence=4> – Acessado em 05.01.2018.

²⁵⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 215.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

Nesse sentido, merece destaque a interpretação ampliativa que sofreu o enunciado de Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Segundo relatam GEORGES ABOUD, GUILHERME LUNELLI e LEONARD ZIESEMER SCHMITZ²⁵², o enunciado foi editado com base em precedentes que, em função de aditivos aos contratos originais, reconheceram a impossibilidade de imputação de responsabilidade ao fiador nas locações quando, sem a sua anuência ou participação: (i) o contrato foi modificado em audiência no processo de despejo (REsp 151071/MG); (ii) ocorrer novação contratual (REsp 64019/SP e REsp 74859/SP); (iii) for celebrado aditamento contratual alterando o valor da locação (REsp 61947/SP, REsp 64273/SP e REsp 34981/SP); (iv) o valor da locação foi modificado em ação revisional de aluguéis (REsp 50437/SP e REsp 62728/RJ).

Apesar desse relevante aspecto concreto da linha jurisprudencial indexada pelo enunciado de súmula (aditivos, sem a participação do fiador, que modificaram disposições do contrato original), as Cortes passaram a entender, sem exame dos fatos concretos, da *ratio decidendi* e, muito menos, sem a necessária fundamentação, a interpretação até então existente também para os casos em que há prorrogação automática do contrato²⁵³, em razão da construção gramatical do enunciado de súmula. Ou seja: interpretaram o enunciado de súmula como se fosse artigo de lei.

Após divergência jurisprudencial a respeito da questão (frise-se: decorrente de um enunciado de súmula, cujo objetivo no Código de Processo Civil de 2015 é justamente prevenir a divergência), o Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento de

²⁵² *Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmula no Brasil: Um acerto de paradigmas*, In: Direito Jurisprudencial, vol. II, Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 645-687.

²⁵³ Nesse sentido, por todos, o REsp 575.659, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julg. em 21.10.2004, com a seguinte ementa: “*LOCAÇÃO. FIANÇA. EXONERAÇÃO DO FIADOR QUE NÃO ANUIU, EXPRESSAMENTE, COM A PRORROGAÇÃO DO CONTRATO PELAS PARTES. ART. 1500 DO ANTERIOR CC, CUJO SÍMILE É O ART. 835 DO ATUAL CC. 1. A despeito de o fiador haver-se comprometido com as obrigações do locatário até a devolução do imóvel, tal não deve prevalecer se ele não concordou, expressamente, com a prorrogação do contrato – Súmula 214/STJ –, ante a natureza benéfica dessa garantia, cuja interpretação deve ser restritiva. 2. O termo inicial de exoneração do fiador, em ação declaratória com esse objetivo, deve coincidir com a data da citação, conforme, aliás, dispôs a sentença. 3. Recurso Especial conhecido e provido, nos termos do voto condutor.*”

que o enunciado nº 214 não é aplicável para as hipóteses de prorrogação automática do contrato, mas apenas para aquelas em que há efetivo aditamento²⁵⁴.

Além do caso em tela, os referidos autores ainda indicam que similar interpretação gramatical ampliativa se deu com o enunciado nº 304 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a inexistência de coisa julgada material em caso de decisão denegatória (ainda que de mérito) em mandado de segurança, servindo para fundamentar decisões completamente antagônicas.

Logo, é de se verificar que os enunciados de súmula devem ser interpretados à luz dos precedentes que os motivaram e, nesses, após a análise dos fatos concretos que justificam aquela linha jurisprudencial, o que não é feito na praxe judiciária.

Essa ressalva, inclusive, deve ser aplicada também no que diz respeito às súmulas vinculantes. Embora não se possa equiparar as duas modalidades de enunciados, haja vista as qualificadoras que elevam o *status* de mera súmula para súmula vinculante, também essa última pode vir a sofrer com os vícios relativos à sua forma de interpretação, de modo que também a seu respeito deve ser considerada a necessidade de apreciação dos motivos que embasaram sua edição para garantir a atribuição correta de significado ao enunciado.

Se essa forma de aplicação mecanizada dos enunciados de súmula já era preocupante na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sob a novel legislação se torna preponderante que o real significado dos enunciados de súmula seja revisitado, a fim de que, dentro do contexto da argumentação jurídica, passem os operadores do direito a justificar sua aplicação ou afastamento, não se prendendo apenas à (incorreta) interpretação gramatical do enunciado.

Além da mudança de cultura necessária aos operadores do direito, de rigor também que os enunciados passem a ser redigidos com a menor abertura possível e de

²⁵⁴ LOCAÇÃO. FIANÇA. EXONERAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO Nº 214/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. Na linha da atual jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de nº 214 de nossa Súmula. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1164633, Min. Haroldo Rodrigues, 6ª Turma, julg. em 06.10.2009).

forma suficientemente clara, como assinalado pela Min. ELLEN GRACIE²⁵⁵, reduzindo o âmbito de interpretação, impossível de ser extirpada por se tratar de um texto jurídico²⁵⁶.

3.2.2.1. Procedimento para criação, alteração ou revogação de enunciados de súmula

A criação ou modificação de enunciados de súmula persuasivos está prevista no âmbito do próprio regimento interno dos Tribunais Superiores (Arts. 102 e 103 no Supremo Tribunal Federal e Arts. 122 a 127 no Superior Tribunal de Justiça), competindo, em ambos os casos, aos Ministros a iniciativa para tanto.

Uma vez proposta qualquer medida, estas devem ser deliberadas no plenário, na Corte Especial ou na Seção, com a presença de, no mínimo dois terços de seus integrantes,

²⁵⁵ *Verbis*: “Plenário edita 14.^a Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso”. Por 9 votos a 2, o STF aprovou na tarde desta segunda-feira (2) súmula vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. O texto a 14.^a Súmula Vinculante diz o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. A questão foi levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), instituído no STF no ano passado. Essa foi a primeira PSV julgada pela Corte. Dos 11 ministros, somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie foram contra a edição da súmula. Para os dois, a matéria não deve ser tratada em súmula vinculante. A maioria dos ministros, no entanto, afirmou que o verbete trata de tema relativo a direitos fundamentais, analisado diversas vezes pelo Plenário. Eles lembraram que a Corte tem jurisprudência assentada no sentido de permitir que os advogados tenham acesso aos autos de processos. “A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais”, afirmou Celso de Mello. O ministro Marco Aurélio destacou que “a eficiência repousa na transparência dos autos praticados pelo Estado”, reiterando que precedentes da Corte revelam que a matéria tem sido muito enfrentada. Ele afirmou que há pelo menos sete decisões sobre a matéria no STF. “Investigação não é devassa”, observou a Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Min. Peluso lembrou que a súmula somente se aplica a provas já documentadas, não atingindo demais diligências do inquérito. “Nesses casos, o advogado não tem direito a ter acesso prévio”, observou. Ou seja, a autoridade policial está autorizada a separar partes do inquérito que estejam em andamento para proteger a investigação. Ellen Gracie concordou com o entendimento dos demais ministros quanto ao direito dos advogados de ter acesso aos autos dos processos, mas afirmou que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação” (PORTAL STF (2009). “*Plenário edita 14.^a Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso*). *Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmula no Brasil: Um acerto de paradigmas*, In: Direito Jurisprudencial, vol. II, Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 645-687.

²⁵⁶ ABBoud, Georges; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; LUNELLI; Guilherme. *Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmula no Brasil: Um acerto de paradigmas*, In: Direito Jurisprudencial, vol. II, Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 645-687

e aprovadas por maioria absoluta. A fim de evitar qualquer confusão, os enunciados de súmula que venham a ser cancelados manterão sua numeração.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça também prevê que, verificando não haver divergência na interpretação do direito pelas Turmas, os Ministros poderão remeter os feitos para instituição de novos enunciados, perante os respectivos órgãos competentes. Por fim, sendo avocado um processo para julgamento na Seção ou na Corte Especial, de modo a prevenir divergência jurisprudencial, ao final do julgamento poderá ser apresentado projeto de enunciado de súmula.

Por sua vez, no âmbito dos enunciados de súmula vinculante, o procedimento para criação, alteração ou cancelamento está previsto em Lei e tem suas premissas fixadas na Constituição Federal, incorporados pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Com efeito, o art. 103-A, §2º da Constituição prevê que, sem prejuízo da regulamentação infraconstitucional, serão legitimados para instaurar o referido procedimento os mesmos atores que são legitimados para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. A Lei 11.417/06, ao regulamentar o tema, foi além da previsão constitucional e também conferiu legitimidade ao Defensor Público-Geral da União e aos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares.

Com isso, retirou-se do Poder Judiciário o monopólio do controle sobre os enunciados, ainda que a decisão final seja deste, o que é amplamente benéfico, especialmente considerando a vinculação existente no âmbito desses enunciados. Como assinalado no relatório do Deputado MAURÍCIO RANDS:

A ampliação do rol de legitimados para pleitear a edição, revisão e cancelamento de enunciados da súmula vinculante, tal qual proposta no projeto, é de todo recomendável, pois democratiza o instituto e afasta dele a pecha de autoritarismo. Com efeito, é extremamente salutar a iniciativa de legitimar os tribunais, os procuradores-gerais de justiça e os defensores públicos-gerais, pois são eles os personagens mais próximos dos jurisdicionados e da realidade

pulsante dos fatos, de modo que terão melhores condições de iniciar um movimento pela modificação da jurisprudência sumulada pelo Supremo.²⁵⁷

Uma vez instaurado o procedimento, é possível a intervenção de terceiros interessados na questão, na qualidade de *amicus curiae*, de modo a instruir o procedimento e ampliar democraticamente o debate. A relevância dessa intervenção será melhor abordada adiante, no tópico 4.3.1 desse estudo.

Diferentemente dos enunciados de súmula persuasiva, que dependem de maioria absoluta, a edição, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante depende da aprovação de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo o debate realizado em sessão plenária.

Por fim, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal terminou o ano de 2016 com 35 (trinta e cinco) procedimentos em estoque para julgamento, o que representa aproximadamente 0,06% (seis centésimos por cento) do número total de processos em estoque naquela Corte. A maior alta dessa classe processual, segundo o relatório Supremo em Ação, foi no ano de 2013, quando o ano judiciário foi encerrado com 57 (cinquenta e sete) procedimentos em estoque num universo de 66.171 (sessenta e seis mil cento e setenta e um) processos, ou seja, aproximadamente 0,08% (oito centésimos por cento).

3.2.3. As técnicas de julgamento coletivo: litigância repetitiva

A experiência internacional. Diante da crise do Poder Judiciário e, principalmente, das características de grande parte dos processos ajuizados (seriais, com questões similares e litigantes habituais), uma das soluções encontradas no direito estrangeiro para fazer frente à litigância repetitiva foi o desenvolvimento de incidentes de coletivização, tratando do tema não do ponto de vista da tutela coletiva, mas por meio da coletivização de ações individuais²⁵⁸, cujo gatilho seria a própria multiplicidade da

²⁵⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *A experiência brasileira com a vinculação das decisões judiciais e a atual súmula vinculante introduzida pela EC 45/2004*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, 2007, p. 1.393

²⁵⁸ Como indicado José Eduardo Berto Galdiano (GALDIANO, José Eduardo Berto. *Técnica de julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 136) em seu estudo, no

discussão individual. Entre os sistemas, podem ser citados os processos-pilotos e as causas modelos²⁵⁹.

Nos processos-piloto, uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento por amostragem e a solução deliberada será adotada em todos os demais processos que envolvam questões similares. Com isso, há unidade cognitiva, uma vez que o mesmo órgão que julga a questão comum aos processos repetitivos também julga concretamente o processo originário²⁶⁰.

Por sua vez, no processo-modelo, verificada a repetição de causas, é instaurado um incidente coletivo em que será proferida decisão a respeito das questões comuns que vinculará todos os demais casos que ficaram sobrestados aguardando o julgamento do incidente²⁶¹. Nessa segunda hipótese, há cisão decisória, na medida em que a decisão proferida no incidente (a qual pode vir a ser proferida pelo Tribunal, por exemplo) será aplicada (ou não) pelo respectivo órgão competente para julgamento da ação repetitiva, inclusive primeira instância, à luz dos fatos concretos²⁶².

Brasil essa técnica também foi estudada: *“Dinamarco relata que, já há algum tempo, sob a iniciativa de Ada Pellegrini Grinover, formou-se um grupo com o fim de buscar uma forma de preservar o quadrimônio igualdade-segurança- economia-respeitabilidade das ameaças do tratamento indevidamente atomizado de demandas repetitivas. A ideia era elaborar um anteprojeto de lei que instituisse “um incidente de coletivização da tutela jurisdicional, a ser suscitado em processos individuais sempre que se tratasse de causa dependente da solução de questão significativamente reiterada nos tribunais ou, de todo modo, causa envolvendo direitos ou interesses de membros de algum grupo ou categoria ou um número grande de pessoas”. O autor esclarece que se tratava de uma proposta “mais ligada às premissas das class actions”, mas que se identificava com a da súmula vinculante no sentido de se buscar uma solução “capaz de impedir que o trato de questões potencialmente portadoras de um impacto de massa prosseguisse no plano puramente individual e sem consideração do interesse coletivo que lhes está à base”. Isso porque o grupo tinha “consciência da inadequação de uma insistência pela tutela individual, fragmentária e contraditória, em tempos de coletivização da tutela jurisdicional e em clima de um direito de massa, inerente à sociedade de massa deste fim de século”*

²⁵⁹ Embora Leonardo José Carneiro da Cunha (*Causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio*, Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=40&volume= - Acessado em 05.01.2018) mencione uma nova modalidade de tratamento de processos repetitivos, existente no direito português, denominada agregação, por meio da qual é realizada a associação transitória de várias ações, permitindo a prática conjunta de vários atos processuais em um único processo, a fim de evitar a multiplicação desses atos entre todos os processos.

²⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo. Vol. 231, p. 201, São Paulo: Ed. RT, maio/2014, p. 2 e 3.

²⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio*, Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=40&volume= - Acessado em 05.01.2018.

²⁶² A respeito do tema, SOFIA TEMER (*Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*, Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 65/69) assinala que *“A definição da natureza do incidente é tarefa complexa, porque a lei não é clara a respeito de um aspecto essencial para determiná-la: saber se o incidente compreenderá julgamento da ‘causa’, ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração, ou se apenas haverá*

Entre os modelos internacionais que inspiraram o legislador brasileiro, merecem destaque as técnicas existentes na Alemanha, Espanha e Inglaterra.

O modelo alemão, denominado *Musterverfahren*, é uma das principais fontes dos incidentes de coletivização brasileiros. Instituído na Alemanha após elevados número de impugnações de projetos estatais, principalmente com relação às usinas nucleares, derivou originalmente da prática do Tribunal Administrativo de Munique, o qual diante de 5.724 (cinco mil setecentos e vinte e quatro) reclamações, resolveu selecionar 30 (trinta) casos considerados representativos da controvérsia, com a suspensão dos demais até o julgamento do procedimento modelo.

Embora a iniciativa tenha gerado grande controvérsia na época, principalmente pelo fato de inexistir previsão legal, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) reconheceu a constitucionalidade do procedimento adotado, de modo que o *Musterverfahren* foi incorporado ao Estatuto da Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung) em 1991 (Parágrafo 93a).²⁶³

Após, no ano de 2005, para disciplinar disputas de Investidores em Mercados de Capitais, tendo em vista a pouca tradição alemã na regulamentação da tutela coletiva²⁶⁴, o *Musterverfahren* foi trazido para o âmbito privado e previsto inicialmente por uma lei experimental com vigência até 01.01.2010 e sucessivamente prorrogada até 31.10.2012, oportunidade em que foi tornado definitivo pela Lei Federal nº 50, de 19.10.2012.

Nesse âmbito, o caso mais representativo envolveu a empresa de telecomunicações Deutsche Telekom, a qual, por ter deixado de prestar informações aos

resolução pontual da questão de direito, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a resolução de conflitos subjetivos (...) Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa tese jurídica, sem resolver a 'lide'. Permeia tal discussão a referência aos modelos da 'causa piloto' e do 'procedimento-modelo', empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou a sua cisão, respectivamente (...) Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de 'causa-piloto', mas que será formado um procedimento-modelo".

²⁶³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. *Precedente e IRDR: algumas considerações*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575.

²⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, Vol. 147. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 130,

seus investidores, deu ensejo à propositura de aproximadamente 2.200 (duas mil e duzentas) ações por mais de 14.000 (quatorze mil) autores.²⁶⁵

No referido incidente, é operada uma verdadeira cisão cognitiva e decisória, sendo apreciadas somente as questões comuns (de fato e de direito) a todos os casos similares e sendo proferida, ao final, uma tese de direito. A tese proferida no incidente é aplicada posteriormente pelo juiz de cada um dos processos individuais, à luz de suas peculiaridades fáticas (aumentando o âmbito da distinção).

A instauração do incidente depende de requerimento de uma das partes, sendo vedada a sua instauração de ofício, com a indicação dos pontos litigiosos que se pretende que sejam tratados coletivamente e a repercussão do processo que justifica o sue deferimento.

Com o reconhecimento da admissibilidade do incidente, os seus dados essenciais²⁶⁶ são inseridos em um cadastro público e gratuito, gerido pelo Ministério da Justiça. Superadas essas etapas, o procedimento será efetivamente instaurado se, em até 4 (quatro) meses, contados da publicação do primeiro registro, houver outros 9 (nove) requerimentos de instauração, de modo a totalizar 10 (dez) requerimentos.

O incidente é julgado pelo tribunal hierarquicamente superior ou, caso envolva diversas cortes estaduais, pelo Tribunal Superior. O tribunal, antes de realizar o julgamento do recurso, escolherá discricionariamente um líder para representar os autores e um líder para representar os réus, cabendo a estes líderes a interlocução com a corte e sendo vedado às demais partes contrariar a posição do líder, embora seja autorizado que os interessados participem do julgamento do processo modelo.²⁶⁷ Uma vez designados os líderes, os processos que tratam de idênticas questões são suspensos por decisão irrecurável. Essa suspensão somente afeta os processos já ajuizados quando da publicação da decisão do tribunal que instaura o incidente.

²⁶⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923690> - Acessado em 05.01.2018, p. 3

²⁶⁶ Partes, pedido, objetivo do incidente, etc.

²⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, Vol. 147. São Paulo: Ed. RT, 2007., p. 135.

Da mesma forma, a decisão final proferida no incidente atinge apenas os processos já ajuizados quando da publicação da instauração do procedimento, não afetando processos futuros. As partes dos processos sobrestados são consideradas partes intervenientes do processo-modelo, de modo que podem, inclusive, interpor recursos, se entenderem pertinente.

Desse modo, como assinala JOSÉ EDUARDO BERTO GALDIANO, há uma extensão da eficácia da decisão e da coisa julgada às partes dos processos repetitivos envolvidos diretamente no incidente, e não um efeito vinculante da *ratio decidendi* em relação a casos futuros, aproximando o incidente da tutela coletiva e não dos precedentes judiciais.

No direito espanhol, a técnica – inspirada nos processos-piloto – consiste na extensão dos efeitos da sentença proferida no julgamento de recursos semelhantes, desde que voltados à impugnação do mesmo ato. Exclusiva do contencioso administrativo, é regulamentada pelos artigos 37.1 e 37.2 da Ley 29/1998 e permite ao tribunal selecionar um recurso ou parte deles para julgamento, suspendendo o processamento dos demais. Ao final, as partes cujos recursos foram suspensos são notificadas, podendo então optar pela desistência, pela extensão ao seu caso da decisão proferida ou até pelo prosseguimento do seu processo.

Por fim, no direito inglês, merece destaque a técnica do *group litigation* do direito inglês, prevista na *Civil Procedure Rules* de 1998 e pelas emendas nela realizadas no ano 2000 (*Part 19*, seção III, *rules 19.10 a 19.15*). Em suma, por meio dessa técnica, permite-se que um conjunto de partes reunidas em um só bloco atue durante todo o processo para fins de análise conjunta da multiplicidade de questões idênticas ou semelhantes, de modo que os membros do grupo sejam todos tratados como parte.

Frise-se que um ou mais processos do grupo podem ser nomeados como casos-teste (*test claims*) para julgamento ou, ainda, podem ser nomeados os advogados de uma ou mais partes para atuarem como líderes do bloco de interessados.

As decisões proferidas são vinculantes (Rule 19.12) e têm eficácia em relação a todas as partes que aderiram ao grupo do processos, inclusive retardatários. Esse efeito, porém, pode vir a ser modificado por decisão do tribunal e todos os prejudicados podem interpor recurso, nos termos da legislação inglesa.

A experiência brasileira. Ciente da necessidade de tratar da litigância repetitiva de forma diferenciada²⁶⁸, o direito brasileiro importou originalmente o modelo dos processos-piloto, adaptando-o à realidade nacional, com a instituição da repercussão geral e dos recursos repetitivos. O segundo formato, dos processos-modelo, serviu de inspiração ao incidente de resolução de demandas repetitivas²⁶⁹

A instituição dessas técnicas de padronização decisória decorreu da necessidade de reduzir de volume de trabalho e de número de ações pelos Tribunais de cúpula, especialmente considerando que 15 (quinze) litigantes concentram parcela significativa dos processos em curso no país²⁷⁰, entre os quais o Poder Público se destaca. Da mesma forma, buscava-se a uniformização da jurisprudência, de modo que as decisões proferidas nas demandas pseudoindividuais se mantivessem condizentes entre si.

Em razão da eleição desses modelos teóricos, é possível verificar as diversas consequências na forma de processamento dos respectivos incidentes, inclusive no que tange à legitimidade e forma de instauração. Ambas as técnicas formam conjuntamente o microsistema de solução de casos repetitivos, juntamente com as ações coletivas.

3.2.3.1. Recursos extraordinário e especial repetitivos

Considerando o modelo teórico eleito pelo legislador brasileiro, uma vez identificada questão²⁷¹ com multiplicidade de recursos²⁷², podem ser iniciadas, pelas Cortes ou pelos Tribunais, as técnicas para que seja instaurado o procedimento de recursos repetitivos.

²⁶⁸ Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça, p. 159

²⁶⁹ Em que pese ter maior proximidade com o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, prevista no art. 333 do Código de Processo Civil e que foi vetado pela Presidência da República.

²⁷⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças*. In: Revista de Processo, vol. 259, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 7.

²⁷¹ Frise-se que, nos moldes da legislação, não há necessidade de ser causa, podendo ser *questão* de direito repetível. Logo: há possibilidade de ser fixado repetitivo sobre questão processual, aspectos formais ou capítulos menores da sentença, como termo inicial de juros. Nesse sentido, destaca-se o tema 925 do Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre o termo inicial de juros de mora nas ações indenizatórias por danos morais extracontratuais.

²⁷² Por meio de relatórios gerenciais, por exemplo.

Nesse momento, ainda que não se tenha definido com precisão a questão de direito que virá a ser objeto de julgamento (a qual será delimitada na afetação), os seus contornos já estão bem delineados, de modo que é possível solicitar para o Tribunal *a quo* ou selecionar e enviar para o Tribunal *ad quem* os recursos que serão propostos como representativos de toda a controvérsia. Se aceitos, toda a discussão do caso será feita com base nos referidos recursos e, a decisão neles tomada, espriará para todos os demais casos com idêntica questão de direito.

Desse modo, verifica-se que existem dois momentos cruciais na fase preparatória do processamento do recurso repetitivo. O primeiro momento seria o da definição de quais seriam as questões de direito que devem ser resolvidas pela Corte para julgamento da macrolide – ou seja: quais são as questões de direito centrais da controvérsia. O segundo momento é o da escolha do recurso paradigma, na medida em que o recurso eleito deve conter, o quanto possível, argumentação suficientemente abrangente para contemplar as variadas facetas da discussão.

Considerando seu modelo teórico de processo-piloto, o recurso repetitivo tem ínsita a regra de que, uma vez escolhido o *leading case*, os demais recursos com idêntica questão de direito serão sobrestados e aguardarão o seu julgamento. Trata-se de técnica voltada, nas palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS, "à homogeneização da jurisprudência e à aceleração e simplificação do julgamento dos recursos pelo STJ"²⁷³.

Segundo era previsto no Código de Processo Civil de 1973, cabia ao presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos considerados representativos de controvérsia, que traziam integralmente a questão controvertida na multiplicidade de recursos, que eram encaminhados à instância superior, com a suspensão dos demais recursos. Na eventualidade de não ser adotada tal providência pelo respectivo Tribunal de origem, o Ministro Relator do recurso paradigma poderia determinar a suspensão dos processos – nos Tribunais de segunda instância – nos quais a controvérsia já estivesse estabelecida.

²⁷³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. *Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau*. Revista de Processo. vol. 191. p. 187. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

O Código de Processo Civil de 2015 não alterou profundamente tal sistemática, tendo previsto apenas que o presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem admitirá 2 (dois) ou mais recursos, suspendendo os demais. Consignou ainda o legislador que a escolha feita pelo Tribunal *a quo* não vincula as Cortes Superiores, que poderão eleger outros representativos de controvérsia e, tal qual existente na legislação anterior, que as Cortes Superiores também podem afetar recursos por iniciativa própria.

Uma vez feita a escolha, cabe ao Relator realizar a afetação do recurso, delimitando com clareza a questão controvertida e que se repete na multiplicidade de recursos. Embora o procedimento já existisse sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 o positivou em seus artigos, inclusive a obrigatoriedade da precisão na descrição da questão a ser submetida a julgamento.

Após o julgamento do recurso paradigma, a tese de direito fixada pela Corte seria aplicada aos demais casos, especialmente aqueles que foram sobrestados. Assim, verifica-se que a suspensão dos processos se justificava como medida para racionalizar o processamento de recursos nos Tribunais Superiores, desafogando-os e evitando que julgassem inúmeras vezes as mesmas questões, as quais seriam devidamente decididas em uma única oportunidade.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a suspensão abrangia, segundo entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, apenas os recursos especiais pendentes de Juízo de Admissibilidade prévio, sem abarcar os recursos especiais já em trâmite na Corte na data da afetação. Tal posicionamento se justificava por uma interpretação restritiva e literal do disposto no antigo art. art. 543-C, §1º e, ainda que houvesse forte crítica desse entendimento, não foi alterado até a revogação do Código de Processo Civil de 1973.

O Código de Processo Civil de 2015 alterou a previsão legal, ampliando-a, dispondo expressamente que a suspensão atingirá todos os “processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”²⁷⁴, de modo que, na vigência da novel legislação, não só os recursos especiais em trâmite

²⁷⁴

Parte final da redação do art. 1.037, II do Novo Código de Processo Civil.

perante as Cortes Superiores serão sobrestados, mas também todos os processos nas instâncias ordinárias, a fim de uniformizar em todo o país a questão.

Uma vez publicado o acórdão paradigma, caso o processo sobrestado esteja aguardando exame de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário e o acórdão proferido em 2ª instância esteja em dissonância daquele fixado pela respectiva Corte de vértice, deve ser reaberta oportunidade para que o órgão profira novo acórdão, adequando-o ao precedente. Não havendo retratação, nos termos do art. 1.041 do Código de Processo Civil de 2015, o recurso especial ou extraordinário será remetido à respectiva Corte para julgamento.

Por fim, já havendo acórdão proferido na sistemática dos recursos repetitivos e interposto recurso especial ou extraordinário pela parte interessada para rediscussão da questão, notadamente pela inaplicabilidade do precedente fixado em razão de distinção do caso concreto com aquele, este recurso poderá ser inadmitido pela Presidência do respectivo Tribunal em 2ª instância, nos termos do art. 1.030, V do Código de Processo Civil.

Nesse caso, não seria cabível recurso direcionado aos Tribunais Superiores, mas apenas agravo interno direcionado para o próprio Tribunal em 2ª instância demonstrando a distinção, de modo a afastar tal atribuição e reduzir o acúmulo de trabalho das Cortes.

Destaca-se, acerca dessa sistemática, que o Código de Processo Civil de 2015 criou mecanismos que praticamente impedem a rediscussão do tema julgado pela via dos recursos repetitivos, o que não se coaduna com a ideia de manutenção, em qualquer hipótese, de meios para distinção ou superação do precedente.

Ao impedir o acesso aos Tribunais Superiores, relegando aos Tribunais Locais a apreciação de recurso interposto contra a inadequada aplicação do precedente, o Código de Processo Civil de 2015 impede que aquelas Cortes tenham acesso a acórdãos que interpretaram e aplicaram seus julgamentos, de modo tal que não podem realizar controle sobre a forma como suas decisões vêm sendo utilizadas pelos aplicadores do Direito.

A questão pode não parecer relevante na medida em que os recursos repetitivos apresentam teses fixadas há pouco pelas Cortes. Contudo, a se concretizar o mecanismo em nosso ordenamento, é evidente que alterações culturais e sociais passarão a ocorrer a fim de justificar a adaptação dos julgamentos, quando então será imprescindível a criação

de um mecanismo – para além da reclamação ou de eventual ação rescisória – que permita levar aos Tribunais Superiores as dissonâncias entre o precedente e a prática.

3.2.3.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas

Além da técnica de recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 também positivou incidente mais amplo, que pode ser suscitado em qualquer instância e até mesmo pelas partes, não dependendo de decisão estratégica do Poder Judiciário ou recursos excepcionais nas mais altas Cortes do país²⁷⁵.

Por se tratar de um modelo de julgamento de processos repetitivos, a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe a “efetiva repetição de processos” em que se discuta “a mesma questão unicamente de direito”. Logo, diferentemente das previsões existentes nos anteprojetos de Código de Processo Civil, a mera potencialidade de multiplicação de processos não permite a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva. Essa multiplicidade deve ser contemporânea à sua instauração.

Também de forma distinta ao modelo do *Musterverfahren*, não é autorizado que se discutam fatos no incidente, mas apenas questões exclusivamente de direito, de modo que a repetição deve ser de uma questão essencialmente jurídica²⁷⁶. Por questão de direito pode se compreender tanto as questões de mérito, para as quais haverá, de certo modo, repetição fática, como questões processuais.

Além do requisito acima, também deve estar presente o risco de violação da isonomia e da segurança jurídica, o que será verificado na hipótese de a mesma questão repetitiva estar recebendo soluções distintas pelos Tribunais. Frise-se que na hipótese de, apesar da repetição, inexistir divergência nos julgamentos, não se justifica a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas

Da mesma forma, a questão de direito não deve ser objeto de recurso repetitivo perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a

²⁷⁵ O que poderia dificultar o exame de questões a respeito das quais as Cortes não se manifestam, como discussões jurídicas com base em fatos e provas ou a interpretação de cláusulas contratuais.

²⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, Vol. 147. São Paulo: Ed. RT, 2007.

competência daquelas Cortes em todo o território nacional, ao passo que as decisões proferidas nos incidentes são vinculantes no âmbito da competência dos respectivos tribunais, e a tendência das decisões proferidas nos recursos repetitivos à definitividade, uma vez que comportam menos recursos do que a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas.

São legitimados para pleitear a instauração do incidente de resolução de demandas de repetitivas o juiz ou relator²⁷⁷, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Estes dois últimos poderão requerer a instauração do incidente mesmo que não sejam parte no processo originário, desde que no âmbito de suas funções institucionais²⁷⁸. O Ministério Público, mesmo quando não requerer a instauração, intervirá no incidente e assumirá sua titularidade em caso de desistência ou abandono.

Segundo assinalam EDUARDO CAMBI e MATEUS VARGAS FOGAÇA, a legitimidade pressupõe a existência de prévia relação entre o demandante e o objeto demandado, de modo que a parte deverá demonstrar sua pertinência temática e subjetiva no requerimento de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O requerimento de instauração deverá ser protocolado diretamente no Tribunal competente para julgamento do incidente, sendo instruído com os documentos necessários para comprovar os requisitos de cabimento. Caso não seja admitido, não há impedimento para que o incidente seja suscitado posteriormente, após o preenchimento de seus requisitos (Art. 976, §3º do CPC/15).

Uma vez protocolado, o incidente será registrado e distribuído para um relator, o qual submeterá o incidente para que seja realizado o exame de admissibilidade pelo órgão apontado pelo respectivo regimento interno dos Tribunais, o qual também será competente para o julgamento de mérito.

O deferimento do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é de grande relevância no procedimento previsto no Código, na medida em que,

²⁷⁷ De modo que, diferentemente do modelo alemão, o incidente brasileiro poderá ser instituído de ofício pelo magistrado.

²⁷⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. São Paulo, RT, 2014, p. 300 apud MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. *Precedente e IRDR: algumas considerações*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575

nesse momento, o relator poderá suspender as ações, individuais ou coletivas, que versem a respeito de idêntica questão de direito. A referida suspensão não impede a propositura de novas ações e será encerrada após o julgamento do incidente.

Da mesma forma, a partir do deferimento, é iniciado o prazo (impróprio) de 1 (um) ano para que o incidente seja julgado, com preferência sobre os demais processos, com exceção dos pedidos de *habeas corpus* e dos processos envolvendo réu preso. Após esse prazo, não sendo o incidente de resolução de demandas repetitivas julgado, cessam os efeitos da suspensão dos processos envolvendo idêntica questão de direito, a menos que o Relator estenda o prazo de suspensão em decisão fundamentada.

Por fim, após o deferimento, o incidente será amplamente divulgado, com registro em cadastros públicos, e serão adotadas medidas instrutórias pelo Relator, com a participação de terceiros, *amici curiae* ou técnicos, que contribuirão para que a decisão que venha a ser proferida seja a mais completa e embasada possível.

Após a instrução e julgamento do incidente, observadas as oportunidades para manifestação das partes e demais interessados, será proferido acórdão com ampla e abrangente fundamentação a respeito da questão jurídica repetitiva.

Contra o acórdão, além da natural oposição de embargos de declaração, poderá ser interposto recurso especial ou extraordinário por qualquer das partes, inclusive *amici curiae*, conforme expressamente autorizado pelo art. 138, §3º do Código de Processo Civil. Por expressa disposição legal, o recurso extraordinário, se interposto, terá sua repercussão geral presumida, de modo que precisaria suprir apenas os demais pressupostos recursais.

Como indicado anteriormente, a tese definida no incidente e resolução de demandas repetitivas será aplicável a todas as ações, individuais ou coletivas, que envolvam idêntica questão de direito, já ajuizadas ou que ainda venham a ser propostas, desde que estejam inseridas no âmbito de competência do respectivo tribunal prolator da decisão.

Caso uma das partes, porém, interponha recurso especial ou extraordinário e esses recursos venham a ter seu mérito julgado pelos Tribunais Superiores, a tese fixada será aplicável em todo o território nacional, independentemente da origem do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Após a fixação da tese, será possível a sua revisão apenas pelo próprio tribunal que a fixou, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Por fim, na hipótese de o precedente não vir a ser aplicado, a parte prejudicada (e que pretende a sua aplicação) poderá apresentar reclamação, objetivando a observância da tese.

3.2.4. O incidente de assunção de competência

A assunção de competência foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2001, por meio da Lei 10.352, como técnica de uniformização de jurisprudência, sendo positivada no art. 555, §1º do Código de Processo Civil de 1973. Nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁷⁹, tratava-se "de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos arts. 476 e ss. do CPC", o qual era preterido pela prática judicial em razão de seu procedimento burocrático²⁸⁰.

Havia, de fato, parcial sobreposição entre a assunção de competência e o incidente de uniformização de jurisprudência, sendo que a primeira chegou até mesmo a ser denominada uniformização de jurisprudência intra muros. Segundo a previsão legal, a assunção de competência tinha por finalidade "prevenir ou compor divergência" interna da jurisprudência do tribunal no tocante a relevantes questões de direito de "interesse público"²⁸¹.

O Código de Processo Civil de 2015, porém, trouxe nova mudança no âmbito da assunção de competência: além de ter suprimido o inoperante incidente de uniformização de jurisprudência, a elevou à condição de uma das técnicas de formação de precedentes,

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 5, p. 653.

²⁸⁰ Rodrigo Barioni (*As unpublished opinions do direito norte-americano: contribuição para a assunção de competência*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 389-413, nov. 2016) relata que, quando de sua promulgação, a assunção de competência foi recebida com grande entusiasmo pela doutrina e pelos Tribunais.

²⁸¹ BENETTI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*, Revista de Processo, vol. 171, Maio, 2009, p. 2.

cujas decisões deverão ser observadas pelos órgãos fracionários do respectivo Tribunal por aqueles que lhes sejam inferiores.

Segundo a leitura do caput do art. 947 e do respectivo §4º, será possível instaurar o incidente de assunção de competência na hipótese de um julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária envolver relevante questão de direito, *(i)* com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos; ou *(ii)* em que seja conveniente prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas²⁸².

A respeito do cabimento, faz-se necessário desenvolver algumas ponderações. A primeira delas diz respeito à locução, comum às duas hipóteses de cabimento, de "relevante questão de direito". Para definir relevante questão de direito, a doutrina tem adotado dois critérios distintos: o referencial interno e o referencial externo²⁸³.

Do ponto de vista interno, é considerada relevante a questão que seja essencial para o desfecho do debate desenvolvido no processo, ainda que não concernente ao mérito da causa²⁸⁴. Logo, não pode haver apenas o desejo de se fixar o precedente, deve haver também necessidade de se resolver a questão de direito para a adequada solução do processo.

Para definir o que se entende por relevante questão de direito sob o ponto de vista da sociedade, é possível emprestar os conceitos desenvolvidos no âmbito da repercussão geral, positivados no parágrafo primeiro do art. 1.035 do Código de Processo Civil de 2015, segundo os quais será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico se estes ultrapassarem os interesses subjetivos do processo.

Logo, a decisão a ser proferida no incidente de assunção de competência deve ter impacto extraprocessual e repercutir na sociedade, ou seja, ter "repercussão social".

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

²⁸³ BARIONI, Rodrigo. The Unpublished Opinions in the American System: Contributions to the "Assunção de Competência. In: Revista de Processo, volume 261. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 7.

²⁸⁴ Idem, p. 5-7.

Seja a repercussão de menor ou maior grau, a discussão deve transcender os limites da causa em julgamento²⁸⁵.

Frise-se ainda que a indicação, no caput do art. 947 do Código de Processo Civil de 2015, de que a assunção de competência é cabível para enfrentar questões sem repetição em múltiplos processos é necessária para que o incidente conviva, sem sobreposição, com as técnicas do microsistema de processos repetitivos.

Por esse motivo, a questão a ser decidida na assunção de competência poderá ser verificada em mais de um único ou de um grupo de processos, desde que estes não integrem uma macrolide, no conceito massificado apresentado no tópico anterior, ou esteja presente em um número desproporcional de casos. Inclusive, se tratando de relevante questão de direito, sequer há necessidade de as ações em que são discutidas serem idênticas, bastando existir a questão – eventualmente processual ou de cláusulas gerais de direito material – pendente de julgamento²⁸⁶.

A interpretação acima é consentânea com a possibilidade de a assunção de competência ser instaurada para prevenir ou compor divergência entre turmas e câmaras, o que denota a possibilidade de a questão ser discutidas em diversos processos²⁸⁷. Da mesma forma, a divergência jurisprudencial que se pretende encerrar pode ser presente (compor) ou futura (prevenir)²⁸⁸.

Segundo o parágrafo primeiro do art. 947 do Código de Processo Civil de 2015, a legitimidade para requerer a instauração do incidente é de qualquer uma das partes do processo, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou, até mesmo, do próprio relator. Formulado o requerimento, o relator remeterá a possibilidade de instauração do incidente para apreciação pelo órgão que seria originalmente competente para julgá-la. Segundo assinala LUIZ GUILHERME MARINONI, somente esse órgão, o juiz natural, poderá admitir a

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre o incidente de assunção de competência*. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.

²⁸⁶ Idem, p. 10.

²⁸⁷ BARIONI, Rodrigo. *The Unpublished Opinions in the American System: Contributions to the “Assunção de Competência*. In: Revista de Processo, volume 261. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 9.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre o incidente de assunção de competência*. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 10-11.

remessa dos autos para um outro órgão judicial, indicado no regimento interno do respectivo Tribunal, apreciá-la²⁸⁹.

Essa observação ganha especial relevo caso se considere que, diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas, não há cisão decisória, de modo que o novo órgão julgará a questão de direito e, sucessivamente, o caso concreto.

Recebidos os autos pelo órgão competente para apreciação do incidente, será realizado novo exame de admissibilidade, o qual verificará, além da presença dos requisitos acima indicados, a eventual presença de interesse público no julgamento da assunção de competência, conforme exigido pelo parágrafo segundo do art. 947 do Código de Processo Civil de 2015²⁹⁰.

Admitido o incidente, passa-se ao seu julgamento e a decisão que vier a ser proferida será vinculante verticalmente (considerando os Tribunais e Juízos hierarquicamente inferiores) e horizontalmente (considerando os órgãos fracionários do respectivo Tribunal). Reitere-se que o incidente de assunção de competência pode ser suscitado tanto em segunda instância, quanto nos Tribunais Superiores.

Por fim, consigne-se que, embora existam posições no sentido de que não seria admissível a intervenção do *amicus curiae*, uma vez que a decisão não tem relação com pessoas, grupos ou classes determinadas²⁹¹, considerando que se trata de questão com repercussão social, dotada de interesse público, parece-nos que, assim como para as demais hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, deve ser admitida a intervenção de *amici curiae*, inclusive para que a decisão (vinculante) seja proferida à luz do contraditório, com maior qualidade e legitimidade.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 8-9.

²⁹⁰ Frise-se que, para Luiz Guilherme Marinoni, o interesse público não consiste em novo requisito, mas apenas de outra denominação para “repercussão social”, na medida em que, para o mencionado autor, onde há repercussão social, há interesse público.

²⁹¹ Idem, p. 2

3.2.5. Os julgamentos em plenário ou no órgão especial

Por fim, consignou o legislador que também é vinculante a orientação do órgão especial ou do plenário. Não disciplinou, porém, quais hipóteses serão vinculantes, fazendo referência apenas ao “foro privilegiado” de julgamento. Assim, as hipóteses específicas serão regidas, além da própria Lei, pelo regimento interno dos Tribunais nacionais.

A intenção do artigo, em princípio, seria dotar os precedentes de eficácia horizontal, no âmbito de suas respectivas Cortes de origem. Há também, contudo, inegável eficácia vertical, na medida em que os magistrados subordinados ao Tribunal também são vinculados ao teor daquele precedente.

Nesse sentido, por exemplo, se o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidir uma questão, não apenas os Desembargadores estão vinculados a este julgamento, como também o estarão os magistrados de primeiro grau. Igualmente, sendo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, as demais instâncias também estarão vinculadas.

Frise-se, ainda, que a eficácia vinculante conferida pelo Código de Processo Civil de 2015 somente atingirá as decisões proferidas no exercício da jurisdição, afastando dessa hipótese os julgamentos realizados como órgão administrativo do Tribunal de Justiça²⁹².

Sem a intenção de exaurir todas as hipóteses que podem vir a se enquadrar nesse inciso, podem servir de exemplo o incidente de arguição de inconstitucionalidade (Art. 948 e seguintes do Código de Processo Civil) e os embargos de divergência (Art. 1.043 e seguintes)²⁹³. Há clara compatibilidade de ambas as hipóteses com os demais incisos do art. 927, na medida em que, no primeiro, é exercido o controle difuso de constitucionalidade, devendo ser observadas as regras específicas²⁹⁴ para tanto, aproximando-se do controle concentrado mencionado no inciso I do art. 927. O segundo, por sua vez, tem a função institucional de uniformizar a jurisprudência e reconstruir o

²⁹² Nesse sentido, por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, compete ao Órgão Especial, entre outros, instaurar e decidir os processos disciplinares contra magistrado e o afastamento preventivo da jurisdição.

²⁹³ Ressalvando apenas que os embargos de divergência podem vir a ser julgados pela Seção, hipótese em que não seriam vinculantes.

²⁹⁴ Como o art. 97 da Constituição Federal, por exemplo.

sentido da Lei²⁹⁵, especificamente em caso de divergência, com função próxima daquela desempenhada pelo incidente de assunção de competência.

Com relação ao mandado de injunção, de competência atribuída ao órgão especial no regimento interno de diversos tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁹⁶, entre outros, há, igualmente, relevante interesse na vinculação das decisões que venham a ser proferidas.

Afinal, sendo o sistema de precedentes justificado pela necessidade de observância da isonomia, devem ser vinculantes os fundamentos das decisões que reconheçam o estado de mora legislativa e supram as lacunas, de modo a garantir para toda a população igualdade de condições, conforme previsto pelo parágrafo segundo do art. 9º da Lei 13.300/16, o qual permite que os efeitos da decisão sejam estendidos para casos análogos por decisão monocrática do relator, ainda que a eficácia da decisão proferida no mandado de injunção seja dotada de expressa limitação subjetiva (Art. 9º da Lei 13.300/16).

Outras hipóteses, por fim, têm menor aderência ao sistema de precedentes concebido pelo legislador. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, são também são julgados pelo órgão especial, de modo que dotados de eficácia vinculante, os Conflitos de Competência entre órgãos pertencentes a seções (direito público, privado ou criminal) diversas, os dissídios coletivos por greve, entre outros.

Não houve expectativa, por parte do legislador, de que tais incidentes pudessem ser dotados colateralmente de vinculação, não sendo relevantes para os fins a que se destina o art. 926 do Código de Processo Civil.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.

²⁹⁶ Respectivamente: Art. 13, I, c do Tribunal de Justiça de São Paulo, Art. 11, parágrafo único, f do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Art. 33, I, e do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

3.3. A vinculação aos precedentes previstos no art. 927 do Novo Código de Processo Civil

Muito se discute ainda acerca do alcance da obrigatoriedade de observância aos precedentes, bem como o grau de sua vinculação pelos Juízes e Tribunais. Afinal, haveria real impedimento para se divergir do posicionamento adotado nos precedentes? Quais as consequências disso no plano concreto? Qual seria o grau de vinculação existente?

Em primeiro lugar, merece destaque a discussão a respeito da existência de graus de vinculação distintos²⁹⁷. Para THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE²⁹⁸, por exemplo, o precedente pode ser persuasivo, vinculante em sentido fraco (“obrigação de levar em conta o precedente”) ou vinculante em sentido forte (“obrigação de decidir segundo o precedente”), sendo que a principal diferença consiste na impossibilidade, no último cenário, de o Juiz divergir do precedente.

Por sua vez, para ALEKSANDER PECZENIK²⁹⁹, a vinculação do precedente pode ser assim sistematizada:

1. Vinculatividade formal (*formal bindingness*): uma decisão que não respeite um precedente é ilícita e, por isso, deve ser revertida em recurso. Essa categoria pode ser subdividida em:
 - a. Vinculatividade formal não sujeita a *overruling*:
 - i. Estritamente vinculante (*strictly binding*): o precedente deve ser aplicado em qualquer caso; e

²⁹⁷ Nesse sentido, Hermes Zanetti Jr. (*O valor vinculante dos precedents: teoria dos precedents normativos formalmente vinculantes*. 2ª Ed. Rev. e atual. Salvador, Juspodium, 2016), p. 325-326), Edward D. Re (RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em 05.01.2018.), entre outros.

²⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012..

²⁹⁹ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, p. 461-480. No mesmo sentido, traduzindo a classificação em tela para a língua portuguesa: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 37.

- ii. Vinculante derrotável (*defeasibly binding*): o precedente deve ser aplicado em todos os casos, a não ser que se apliquem razões excepcionais (exceções podem estar bem definidas ou não).
 - b. Vinculatividade formal (com ou sem exceções): que está sujeita a *overruling* ou modificação
2. Não formalmente vinculante, mas dotado de força (*not formally binding but having force*): uma decisão que não respeite a força de um precedente, embora lícita, é sujeita a críticas por não respeitá-la e pode ser revertida por isso. A categoria pode ser subdividida em:
 - a. Força derrotável (*defeasible force*): o precedente deve ser aplicado, a não ser que haja exceções (exceções podem estar bem definidas ou não); e
 - b. Força superável (*outweighable force*): o precedente deve ser aplicado, a não ser que haja razões concorrentes para não aplicá-lo.
 3. Não formalmente vinculante e sem a força definida no item 2 [acima], mas oferecendo suporte adicional à decisão: um julgamento que não menciona o precedente continua sendo lícito e pode continuar justificando-se, mas não tão bem justificado se o precedente fosse invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão alcançada está em harmonia com o precedente.
 4. Meramente ilustrativo ou outro valor (*mere illustrativeness or other value*).

Considerando a previsão do Código de Processo Civil de 2015 de que os Tribunais – em qualquer instância – devem manter sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (Art. 926 do NCPC), bem como que esses mesmos Tribunais observarão – imperativamente – as teses jurídicas reconhecidas pelos provimentos enumerados no art.

927, parcela significativa da doutrina³⁰⁰ reconhece a existência de efetiva vinculação às decisões.

Além do comando imperativo de observância aos precedentes do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, é fundamento para a vinculação o reconhecimento de que o art. 926, ao exigir coerência e integridade da jurisprudência, exige nada menos do que a manutenção das decisões já proferidas, seja por Cortes hierarquicamente superiores, seja pela própria Corte.

Logo, já havendo uma decisão – proferida nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil – a respeito de determinado tema, caberia aos magistrados seguir aquela orientação, a fim de que a sua decisão, que integra a jurisprudência, colabore com a manutenção da integridade e coerência desta, sob pena de reforma por meio do respectivo meio de impugnação, imediato ou não³⁰¹.

Frise-se que eventual discordância pessoal poderá ser manifestada por meio da ressalva de entendimento³⁰² no âmbito da fundamentação, não no dispositivo, permitindo que a parte interessada busque dialeticamente a alteração da posição consolidada no precedente por meio dos recursos próprios, obtendo, se o caso, o *overruling*. Assim, o Código de Processo Civil de 2015 é estruturado de modo a conferir vinculação aos seus precedentes.

Importante destacar, porém, que o Código de Processo Civil de 2015 somente estabelece formas de se exigir a observância dos precedentes em algumas das hipóteses dos art. 927, de modo que nem todos os precedentes podem ser considerados formalmente vinculantes (vinculatividade formal derrotável), mas somente aqueles que são dotados de reclamação para impugnação pelo interessado³⁰³.

³⁰⁰ Nesse sentido, por exemplo: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil: De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁰¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor..

³⁰² CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 740-748.

³⁰³ WAMBIER, Teresa et. Al, *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1315-1318 e 1413-1421.

Há, com isso, como parte da doutrina já assinala³⁰⁴, precedentes com diferentes graus de vinculação, decorrentes dos diferentes instrumentos de que as partes são dotadas para exigir a sua aplicação (mais imediatos ou menos imediatos, como a reclamação ou um recurso, respectivamente).

Logo, a vinculação estrita aos precedentes existentes no Código de Processo Civil de 2015, ressalvados os casos que dispõem de instrumentos para imediato³⁰⁵ *enforcement*³⁰⁶, se situa no campo do dever ético-moral³⁰⁷ do magistrado de tratar com isonomia situações jurídicas análogas, mantendo a integridade institucional do Poder Judiciário.

Há outra vinculação, porém, aplicável indistintamente a todas as hipóteses de precedentes. Uma das principais alterações do Código de Processo Civil de 2015, nos parece, não se funda propriamente na obrigatoriedade de aplicação, mas sim na obrigatoriedade de menção do precedente, seja para aplicá-lo, seja para afastá-lo. Ou seja: a vinculação está no plano da argumentação jurídica (vinculatividade fraca, conforme definido por THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE³⁰⁸).

Com efeito, segundo previsto no art. 489, §1º, VI do Novo Código de Processo Civil, a decisão judicial não será considerada fundamentada se “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”. Com isso, o Código aplica a lógica de que “quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”³⁰⁹.

³⁰⁴ Idem, p. 433–436.

³⁰⁵ Tendo em vista as possíveis repercussões que a disciplina dos precedentes e as divergências aos entendimentos consolidados terão nas ações rescisórias ajuizadas por violação de Lei.

³⁰⁶ Expressão utilizada por José Carlos Baptista Puoli em *Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da lei n. 13.256/16*. In: *Processo em Jornadas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 506.

³⁰⁷ Ainda que o sistema esteja estruturado para reformar a decisão em caso de recurso, cumpre ao magistrado zelar para que sua decisão não seja reformada.

³⁰⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 254.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation* (tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva: *Teoria da argumentação jurídica*), 2ª edição, São Paulo: Landy Livraria e Editora Ltda., 2005, p. 267 e 267 apud MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito*

O precedente judicial, então, deixa de ser apenas reforço argumentativo (questão acessória ou satélite) e se dirige para o centro da discussão jurídica (em razão do aumento de sua força gravitacional, conforme definição cunhada por RONALD DWORKIN³¹⁰), se aproximando da Lei, para que se identifique o exato sentido da norma inserida nesta. Trata-se de um amadurecimento da legislação brasileira e que poderá redundar na vinculação de direito de todas as hipóteses de precedentes³¹¹.

Caberá às partes e ao Juiz a demonstração de aplicabilidade do precedente ao caso concreto e, na hipótese de não aplicação, as razões para que seja feito o *distinguishing* ou que se divirja do entendimento fixado na forma do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015³¹², reforçando o processo dialético de formação de precedentes. A vinculação ao precedente, com isso, se dá em razão do ônus argumentativo imposto àquele que pretenda divergir³¹³.

Portanto, caberá ao respectivo magistrado, ao proferir sua decisão, adequá-la ao precedente existente, formado à luz do art. 927 do Novo Código de Processo Civil. Na eventualidade de não o aplicar, se faz obrigatório ao magistrado ao menos esclarecer os motivos para tanto, nos termos do art. 489, §1º, VI da novel legislação processual. Desse modo, a vinculação do precedente se dá na necessidade de seu enfrentamento, seja para aplicá-lo, seja para afastá-lo.

processual civil brasileiro, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 151.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174 e ss APUD VOJVODIC, Adriana de Moraes. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 60.

³¹¹ ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 343.

³¹² Nas palavras de THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (*A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*). In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 296) o Novo Código de Processo Civil “*contém um conjunto de regras que consagram na legislação brasileira as principais exigências tanto da racionalidade do modelo de precedentes existentes nos sistemas de common law, como, na mesma medida, das teorias mais importantes sobre a argumentação jurídica e sobre a fundamentação das decisões judiciais*”.

³¹³ ABOUD, Georges. *Do genuíno precedente ao stare decisis brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 405; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 433–436 DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: *uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015. FILHO, Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, p. 308.

3.3.1. A reclamação constitucional como instrumento de vinculação

Em consonância com o quanto abordado no tópico anterior, verifica-se que o maior grau de vinculação aos precedentes decorre diretamente da possibilidade de ser utilizada reclamação constitucional como forma de exigir a sua aplicabilidade ao caso concreto. Ao passo que o Brasil desenvolve cada vez mais a cultura do respeito aos precedentes, tal medida se mostra necessária para assegurar os objetivos pretendidos pelo legislador.

A reclamação constitucional é definida por parcela significativa da doutrina como sendo representativo do direito de ação³¹⁴. Trata-se de instrumento, na acepção que atualmente se faz dela, sem paralelo no direito comparado³¹⁵, desenvolvida de forma casuística pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, para garantir o cumprimento das decisões da Corte em um dado processo e para preservar a competência desta. Posteriormente, após décadas de uso, foi regulamentada no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, sendo admitido o seu cabimento apenas naquela instância³¹⁶.

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe em seu próprio texto a previsão da reclamação (Arts. 102, I, I e 105, I, I), conferindo-lhe status constitucional e ampliando as cortes competentes para dela conhecer, tendo em vista a possibilidade de ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal e o então recém-criado Superior Tribunal de Justiça³¹⁷. As hipóteses de cabimento, naquele momento, permaneciam as mesmas: preservação de competência e garantia de autoridade às decisões judiciais.

Com a nova disciplina conferida às ações que discutiam o controle de constitucionalidade, especialmente a eficácia erga omnes, a reclamação passou a ser utilizada também para garantir a autoridade das decisões proferidas nessa sede, inclusive com a possibilidade de ser manejada por terceiros que não participaram da relação

³¹⁴ Não se ignora a profunda discussão a respeito da natureza jurídica da reclamação, contudo, para os fins a que se destina esse estudo, será adotada a posição majoritária atualmente aceita. Para exame das diversas correntes a respeito do assunto, confira: LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

³¹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111

³¹⁶ Neste sentido: STF, Rp 1092, Rel. Djaci Falcão, Pleno, julg. em 31.10.1984.

³¹⁷ Sendo que, posteriormente, a reclamação foi prevista em diversas constituições estaduais e foi admitido seu manejo em outras instâncias.

jurídico-processual que se pretendia implementar, mas para os quais a respectiva decisão vinculante não foi aplicada. A superação da fronteira dos limites subjetivos representou estímulo ao uso da Reclamação Constitucional³¹⁸ e demonstrou claramente os reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a reclamação também passou a ser utilizada como forma de assegurar a observância dos enunciados de súmula vinculante fixados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo passíveis de impugnação os atos administrativos e as decisões judiciais que não os apliquem ou apliquem-nos indevidamente.³¹⁹

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe nova alteração, ampliando as hipóteses de cabimento para assegurar que decisões proferidas por meio de determinadas técnicas processuais, indicadas legalmente como precedentes, fossem impugnáveis por meio de reclamação. A intenção, como visto acima, era assegurar a vinculação em caso de desobediência por meio da possibilidade de se exigir, de forma imediata, a aplicação do precedente no caso concreto, diretamente à Corte que o proferiu.

Entre as novas hipóteses, positivou-se expressamente o cabimento da reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade (Art. 988, III) e para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (Art. 988, IV).

Essa ampliação do precedente não passou imune às críticas. Entre outros, alegava-se que haveria autoritarismo³²⁰, pois haveria a concentração das atividades decisórias nas instâncias superiores, além de impedir a formação democrática do precedente, com a sua delimitação ao longo das sucessivas instâncias. Em suma, defendia-se que fosse aplicável no Brasil a sistemática da *common law*, na qual a inobservância ao

³¹⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

³¹⁹ Embora se reconheça a reclamação concebida para impugnar as decisões proferidas pelos Colégios Recursais em caso de divergência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a ser processada e julgada por essa Corte, esta não será mencionada por ter função de sucedâneo recursal na sistemática processual brasileira.

³²⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. Revista de Processo, v. 238, p. 413–434, 2014, p. 8.

precedente tivesse a mesma consequência que a inobservância da lei: passível apenas de recurso, discutindo sua aplicabilidade.

Contudo, como já visto anteriormente, optou o legislador pela concentração da formação dos precedentes em determinados Tribunais. Tal prática decorre das diferenças existentes no modelo desenvolvido pelo Brasil em relação ao modelo da *common law*: no Brasil, o precedente não é fonte primária de direito, mas sim fonte de revelação, servindo de vetor de interpretação do direito posto e impedindo a divergência jurisprudencial. Assim, havendo a possibilidade de ampla discussão quando da formação do precedente, permitindo que a norma a ser fixada seja dotada de representatividade, não há autoritarismo, mas apenas racionalização do Poder Judiciário.

Independentemente dessas ponderações, parecia óbvio que a formatação do precedente no Código de Processo Civil de 2015 acabaria gerando um novo gargalo no exercício da jurisdição, na medida em que os Tribunais Superiores se tornariam instância originária de diversas reclamações por descumprimento de precedentes (ainda que sem fundamento no mérito), especialmente considerando que o manejo da reclamação não impede a propositura do respectivo recurso.

Diante desse cenário, por meio da Lei nº 13.256/16, foi excluída a hipótese de cabimento de reclamação em caso de descumprimento de recurso repetitivo. Além disso, foi exigido (Art. 988, §5º, I), de forma contraditória, que a reclamação nessa hipótese (não mais cabível, repita-se) somente fosse proposta após o esgotamento das instâncias ordinárias, mas desde que antes do trânsito em julgado.

Com isso, como visto acima, considerando-se que eficácia verdadeiramente vinculante depende de instrumentos para que se possa exigir o imediato *enforcement*³²¹, o regime de precedentes vinculantes originalmente concebido pelo legislador foi sensivelmente modificado.

Embora inexistam dados, nesse momento, para apurar eventual crescimento do número de reclamações ajuizadas (ainda que em segunda instância, após o julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas) em razão da inobservância aos precedentes listados no Código de Processo Civil de 2015, é seguro afirmar que haverá aumento no

³²¹ PUOLI, José Carlos Baptista. *Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da lei n. 13.256/16*. In: *Processo em Jornadas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 496-507.

número em trâmite nos Tribunais, especialmente após o julgamento de casos sensíveis e repetitivos.

De todo modo, será também por meio das reclamações que a sistemática dos precedentes será operacionalizada, seja com a limitação do âmbito de aplicação de um determinado precedente, afastando-o expressamente na hipótese de estarem presentes determinados fatos, ou ainda a indicação de que é necessária a superação do entendimento plasmado na decisão anterior, entre outros.

Consigne-se apenas que seria recomendável que o cabimento das reclamações por inobservância aos precedentes fosse limitado às hipóteses em que *(i)* há expressa divergência do seu conteúdo; ou *(ii)* o precedente não é mencionado (apesar das tentativas da parte de fazê-lo). Admitir o cabimento de reclamação em casos de distinção, nos quais o magistrado, embora considere a relevância do precedente, entendeu pela sua inaplicabilidade em decorrência de diferenças concretas, nos parece, se mostra açodado, pois parte da premissa de uma aplicação mecanizada do precedente e desconsidera as inúmeras possibilidades de interpretação.

Passados pelos demais pontos desse estudo, cumpre assinalar apenas que a reclamação deve ser proposta por meio de petição inicial, instruída com todos os documentos que comprovem o que se pretende proteger (como, por exemplo, cópia da decisão em que há desobediência), não havendo fase instrutória. A autoridade à qual se imputa o ato que deu ensejo à reclamação deverá prestar informações, assim como a parte contrária, beneficiária do ato, será citada para apresentação de defesa.

Ao final, a reclamação terá eficácia cassacional, determinando-se que o magistrado desobediente profira nova decisão em seu lugar. Por esse motivo que JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI³²² indica haver didática dose de contrangimento com o acolhimento da reclamação, a qual se mostra muito superior àquela decorrente de eventual reforma da decisão no âmbito de recurso.

³²² Idem, p. 506.

3.4. A posição do precedente judicial: fonte de direito?

Embora seja notadamente difícil a construção de uma teoria das fontes, tendo em vista a dificuldade de se definir o que é direito como direito³²³, cumpre examinar se os precedentes judiciais, de fato, constituem fonte de direito. Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, a ciência jurídica tradicional designa como fonte de direito formal o modo como o direito se manifesta, “ou seja, as formas de expressão do direito”³²⁴.

Essa questão, como indica ALEX Y, é objeto de profunda discussão na doutrina. Tendo em vista os limites desse estudo, porém, o tema será enfrentado à luz da sistemática do Código de Processo Civil de 2015, sem aprofundamento quanto às diversas posições teóricas existentes a respeito das teorias das fontes.

Para o exame que ora se propõe, cumpre verificar se os precedentes instituídos no Código de Processo Civil de 2015 são precedentes normativos ou jurisprudenciais. E, nesse sentido, como exposto anteriormente no tópico 3.3, os precedentes brasileiros são dotados de eficácia normativa, na medida em que devem ser obrigatoriamente observados e ponderados pelos magistrados no julgamento dos casos concretos, conforme se infere dos arts. 927 e 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Sendo elementos obrigatórios da argumentação jurídica, capazes de influir no resultado do julgamento, os precedentes brasileiros são, segundo definição de ALEKSANDER PECZENIK e AULIS AARNIO, fonte de direito, na medida em que esta pode ser conceituada como “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação jurídica”³²⁵. Para ALF ROSS, por sua vez, por fontes do direito, deve-se entender o conjunto de fatores ou elementos que exerçam influência na formulação da regra, pelo juiz, na qual ele funda sua decisão. Essa influência pode variar e compreender desde aquelas fontes que conferem

³²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 21

³²⁴ *Idem*, p. 20.

³²⁵ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, p. 461-480.

ao juiz uma norma jurídica já elaborada, que deve ser aceita, até aquelas que lhe oferecem nada mais do que ideias para o próprio Juiz formule a regra que necessita³²⁶.

Para CARLOS ALBERTO SALLES, porém, os precedentes não são fonte de direito, na medida em que não são dotados de vinculação³²⁷. Com isso, os precedentes seriam jurisprudenciais. Contudo, para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES³²⁸, os precedentes enumerados no art. 927 (e apenas estes) constituem fontes de direito justamente em razão de sua eficácia:

No novo Código, seu art. 926 constitui um suporte dessa reorganização das fontes do direito, ao estatuir que 'os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente'. Mantê-la estável, íntegra e coerente significa prestigiá-la mediante sua observância sistemática, o que passa a ser imposto logo no art. 927, segundo o qual 'os juízes e tribunais observarão' os precedentes ali indicados (...) Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros.

ADA PELLEGRINI GRINOVER reconhece os precedentes como fonte de direito considerando a possibilidade destes criarem normas jurídicas que ultrapassam os limites do direito objetivo, surgindo o “direito jurisprudencial típico dos *ius praetorium*”³²⁹. Essa característica decorre do reconhecimento de que o ordenamento jurídico, por mais completo que seja, não é capaz de prever todas as circunstâncias da complexa vida da sociedade. Por isso, nem todas as respostas para os casos concretos estão na legislação, de

³²⁶ ROSS, Alf, *Direito e justiça*, 2000, p. 103 apud MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12

³²⁷ SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 42–44

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 88.

modo que o raciocínio judicial não pode necessariamente decorrer da simples subsunção dos casos concretos à lei.

3.5. A constitucionalidade do art. 927 do Novo Código de Processo Civil

Passados pelos pontos em tela, cumpre analisar se o sistema de precedentes, especialmente a vinculatividade, previsto no Código de Processo Civil de 2015 é constitucional. Frise-se que o exame desse ponto foi propositadamente deixado para o último tópico do terceiro capítulo, a fim de permitir o enquadramento de suas propostas à luz da sistemática existente com maior fluidez.

Alegam os autores que defendem a inconstitucionalidade³³⁰ do sistema de precedentes que não seria autorizado atribuir vinculação por meio de norma infraconstitucional, sendo certo que a emenda constitucional foi utilizada para as ações do controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante. Além disso, defendem que a vinculação aos precedentes, estatuída por lei ordinária viola a independência funcional dos magistrados, que são subordinados apenas à lei, conforme pode se inferir do conjunto de garantias estabelecidas para a magistratura pela Constituição Federal³³¹.

Em primeiro lugar, assinale-se que devem ser excluídas do debate de constitucionalidade as técnicas de formação de precedentes previstas nos incisos I e II do art. 927, na medida em que o Código de Processo Civil apenas reafirmou (para fins de sistematização) expressa previsão constitucional ao tratar dos temas. Afinal, não se discute que as decisões proferidas em controle concentrado e as súmulas vinculantes tenham, com o perdão da redundância, vinculação obrigatória.

Logo, o exame é limitado às demais hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, bem como aos artigos correlatos, e à possibilidade de vinculação. Porém,

³³⁰ Por todos: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1837); NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges, “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016-> Acessado em 05.01.2018; TESHEINER, José Maria. *Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc> - Acessado em 05.01.2018

³³¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor., p. 15-16

como exposto anteriormente, o Código de Processo Civil não previu o manejo de reclamação nas hipóteses dos incisos IV e V, de modo que, não havendo possibilidade de a parte prejudicada exigir a aplicação do precedente, não há vinculação efetiva às técnicas previstas nos incisos IV e V, afastando também dessas hipóteses a discussão de inconstitucionalidade, que se funda na vinculação³³².

Assim, de plano, a discussão de inconstitucionalidade em razão da vinculação aos precedentes é limitada às hipóteses do inciso III do art. 927 do Código de Processo Civil, quais sejam, incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos.

Nesses limites, porém, verifica-se que não prospera a afirmação de que não seria possível a vinculação por norma infraconstitucional, na medida em que, diferentemente dos exemplos citados (decisões tomadas no âmbito do controle concentrado e súmula vinculante) há uma distinção fundamental com as hipóteses sob exame: naqueles casos, a vinculação ultrapassa os muros do Poder Judiciário e atinge também a administração pública, o que justificaria a emenda constitucional³³³.

No caso do incidente de assunção de competência, do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, a vinculação se restringe apenas aos órgãos do Poder Judiciário, os quais já são subordinados às Cortes que proferiram as decisões e que devem aderir ao que foi decidido pelas instâncias superiores. E, como assinala RICARDO DE BARROS LEONEL³³⁴, essa vinculação interna às decisões proferidas por instâncias hierarquicamente superiores já existe no sistema processual há décadas, desde a introdução do incidente de uniformização de jurisprudência e do incidente de declaração de inconstitucionalidade no Código de Processo Civil de 1973, tendo ganhado novo fôlego em 2006 e 2008, com as leis que previram a repercussão geral e os recursos repetitivos, sem qualquer decisão reconhecendo sua inconstitucionalidade nesse período.

³³² Idem, p. 14.

³³³ Idem, p. 16-17

³³⁴ Idem, p. 18-19

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER³³⁵, por sua vez, a vinculação, mesmo de outros Poderes, como a administração pública, prescindiria de emenda constitucional, podendo estar prevista apenas na legislação infraconstitucional. Para a autora, a vinculação se trataria de uma hipótese de norma constitucional formal, de modo que sua previsão constitucional se deu apenas por opção legislativa, a fim de reforçar a vinculação que era instituída.

Inclusive, a autora indica que se houvesse inconstitucionalidade da vinculação por afronta ao princípio da independência funcional da magistratura, também as emendas constitucionais que instituíram a vinculação para as decisões proferidas em sede de controle concentrado e para as súmulas vinculantes, por se tratarem de normas constitucionais formais, seriam inconstitucionais.

No mérito, o referido argumento de afronta à independência funcional também não prospera. Como indicado anteriormente, há muito o Código de Processo Civil prevê a vinculação das instâncias hierarquicamente inferiores às decisões e orientações das instâncias superiores. A independência funcional não significa inobservância da hierarquia do Poder Judiciário³³⁶, prevista na própria Constituição (sendo, essa sim, norma constitucional material) e das orientações das Cortes Superiores dentro do âmbito de suas respectivas competências, as quais, inclusive, teriam competência para reformar a decisão dissonante.

O postulado da independência funcional deve ser interpretado, como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER, à luz de outros princípios constitucionais, como o da igualdade (dos jurisdicionais, para que recebam igual prestação jurisdicional), para que todos sejam igualmente observados.

Além disso, como já explicitado anteriormente, os precedentes são textos argumentativos e, por esse motivo, não há como se afastar a sua necessária interpretação (por meio de distinções, por exemplo), de modo que sempre haverá espaço para liberdade e independência argumentativa dos magistrados e dos demais atores da prática judicial.

³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 159-160.

³³⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor, p. 19.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI³³⁷ afirma, ainda, que haveria inconstitucionalidade, do ponto de vista garantista, na vinculação aos precedentes formados sem a participação daqueles que serão influenciados pelo julgamento. Embora, de fato, exista risco à cláusula do *due process of law*, o sistema confere os meios, ainda que esparsos e tímidos, para que haja participação das partes na formação de precedentes. O risco de inconstitucionalidade é aumentado na hipótese de sequer se facultar tal possibilidade de manifestação. Assim, todas as oportunidades de manifestação e de ser exercitado o direito de influência na formação do precedente devem ser asseguradas para que não haja qualquer risco de inconstitucionalidade da sistemática.

Por fim, cumpre consignar dois outros argumentos pela inconstitucionalidade do sistema de precedentes, indicados (e afastados) pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, no sentido de que o sistema de precedentes violaria a separação de poderes, a garantia do contraditório e o princípio da legalidade.

Com relação à separação de poderes, frise-se que os precedentes não criarão normas abstratas, em detrimento do Poder Legislativo. Os precedentes são, como já exposto, fonte de revelação de direito e fixam o vetor de interpretação da legislação para aplicação integrada e uniforme pelo Poder Judiciário. Tratam-se, assim, de um sistema de racionalização dos julgamentos, porém sempre no âmbito das atribuições conferidas ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, não há vinculação direta e obrigatória dos demais poderes, notadamente da administração pública: estes somente estarão vinculados caso se submetam ao Poder Judiciário, o qual, no exercício da jurisdição, assume função de controle daqueles.

Justamente por esses motivos que não há violação ao princípio da legalidade: a atribuição do precedente se fixa apenas no âmbito de revelação do direito, com a aplicação das leis. Além disso, como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER, o regime de precedentes foi instituído por lei.

Com relação à alegada violação à garantia do contraditório, igualmente não há violação, na medida em que esta é duplamente observada, de forma próxima e no remota:

³³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. *Contra o processo autoritário*. In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277-278.

no âmbito do caso concreto, pela possibilidade de as partes argumentarem e tentarem afastar a aplicação do precedente por meio de técnicas processuais – reiterando-se que o precedente é passível de interpretação judicial – e no seio da técnica de formação de precedentes, pela possibilidade de ampla participação popular.

Por tais motivos, verifica-se a constitucionalidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, na medida em que, além de não confrontar com os princípios e garantias constitucionais, tem sua vinculação (naquilo que não tem exposto amparo constitucional) limitada aos órgãos do Poder Judiciário, tal qual há muito já existe no ordenamento jurídico pátrio e decorre da própria estrutura judicial.

CAPÍTULO 4 – MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

4.1.A formação dos precedentes como microcosmos do Estado Democrático de Direito

Emprestamos a célebre expressão cunhada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³³⁸, utilizada usualmente para o processo civil como um todo, a fim de demonstrar que os princípios constitucionais também devem estar fortemente presentes na formação de precedentes, especialmente considerando sua vinculação erga omnes e a ausência de legitimação, pelo Poder Judiciário, para conceber normas para a sociedade. Deve ser observado o modelo constitucional do processo civil.

Segundo assinala CÁSSIO SCARPINELLA BUENO³³⁹, GILMAR FERREIRA MENDES, ao formular o sistema de controle de constitucionalidade, indica que HANS KELSEN acentuou a característica do sistema de mecanismo de proteção das minorias. Por sua vez, DIERLE NUNES³⁴⁰, ao comentar a obra de RONALD DWORKIN, reconhece que a falsa concepção de democracia, como sendo o governo da maioria, conduzia ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão política ou eleitoral.

Assim, para GILMAR FERREIRA MENDES³⁴¹, a jurisdição constitucional é “elemento inerente ao exercício da democracia”, por meio da qual é realizada a defesa de direitos de parcela da população. Frise-se, porém, que essa conclusão merece ser ampliada. Os precedentes brasileiros, de formação concentrada, estão inseridos na mesma categoria do controle concentrado de constitucionalidade e suas decisões, assim como aquelas, terão eficácia em toda a sociedade.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 27.

³³⁹ MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 2ª ed., São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 499 apud BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-94.

³⁴⁰ NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276

³⁴¹ MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 2ª ed., São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 499 apud BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

Como se não bastasse, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, embora legitimado pela criação constitucional³⁴², não tem legitimação popular, pelo voto e escolha direta (assim como os membro daquele Poder) de modo que sua atuação na fixação de normas deve ser legitimada.

Para tanto, deve haver uma abertura interpretativa³⁴³, autorizando-se que a população integre o processo decisório, o participe e influencie, independentemente de se tratar de um caso repetitivo (hipótese que poderia parecer mais fácil o reconhecimento de necessidade de abertura) ou não: para fixação da norma no âmbito de um único processo, todos aqueles que potencialmente poderiam vir a se sentir prejudicados, deverão ser autorizados a participar, desde que contribuam com o aprimoramento da decisão.

4.2.A aplicação das técnicas de formação de precedentes

O legislador positivou expressamente que, uma vez fixada a tese no precedente, ela somente será revista por meio de fundamentação adequada e específica (Art. 927, §4º), podendo a alteração ser precedida de longo debate com a sociedade (Art. 927, §2º), além da modulação dos efeitos da superação (Art. 927, §3º). Tais previsões decorrem da concretização do preceito abstrato positivado no art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Assim, como já indicado no tópico 3.1, o Código de Processo Civil importou os conceitos de superação e distinção, algumas das técnicas de trabalho da sistemática dos precedentes, conferindo *status* excepcional à superação. Como assinala MICHELE TARUFFO, em um ordenamento jurídico que valoriza as decisões judiciais dos Tribunais Superiores, surgem problemas quando as variações de entendimento se tornam “muito frequentes, arbitrárias, aleatórias e desprovidas de uma justificativa séria”³⁴⁴. Nesse ponto, “o regime

³⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.126.

³⁴³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

³⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Civilistica.com. A.3, n.2, 2014

de precedentes representa o direito observando a si próprio”³⁴⁵, sendo que o respeito ao passado jurisprudencial é muito mais complexo e delicado do que meramente uma obediência ou vinculação dos julgadores aos precedentes.

Contudo, também como forma de prestigiar passado, deveria o legislador ter previsto que a observância das rígidas regras de superação (Art. 927, §§2º a 4º, especialmente o parágrafo segundo) deveria ser exigida desde a fixação da tese (ou seja: desde a formação do precedente presente), de modo a garantir a qualidade dos precedentes judiciais e, conseqüentemente, a maior dificuldade de superação do decidido.

Tal observância impactaria na própria vinculação ao precedente, na medida em que, na linha do pensamento de NEIL MACCORMICK, "a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos fundamentos da decisão, aos princípios que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do direito"³⁴⁶.

Nesse sentido, considerando que os precedentes são vinculantes do ponto de vista argumentativo, devendo ser considerados e ter sua não aplicação devidamente justificada pelo magistrado, quanto mais sólidos os fundamentos da motivação, maior será a vinculação em razão da dificuldade de afastá-lo e, para o Tribunal que o proferiu, superá-lo. Contudo, o que se entende por qualidade do precedente judicial? Adotando a linha da argumentação jurídica, a qualidade do precedente se verifica pela extensão de argumentos examinados e profundidade do exame, de modo a exaurir a questão ali julgada³⁴⁷.

Logo, um precedente qualificado é aquele que examinou determinada questão sob diversas óticas, enfrentando todos os argumentos existentes no estado da técnica. Nesse sentido, DIERLE NUNES aponta que ao formar o precedente o Tribunal deverá levar

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63.

³⁴⁶ *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante (et al); Alice Gontijo Santo Teixeira (et al); colab. Gláucio Ferreira Maciel (et al). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015., p. 140.

³⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 287-288

em consideração “todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática”³⁴⁸.

Ao final desse processo, ter-se-ia um precedente formado em observância aos princípios constitucionais, notadamente o contraditório, com vasta amplitude de argumentos e, conseqüentemente, solidez para garantir a segurança ao ordenamento jurídico.

4.3.A participação popular na formação dos precedentes

Uma das formas de garantir a qualidade do precedente judicial é por meio da abertura do processo de formação para que dele participem todos aqueles que tenham representatividade e possam contribuir com a decisão que será proferida, de modo a ampliar os argumentos a serem examinados e a própria legitimidade da decisão.

Segundo assinala LUIZ GUILHERME MARINONI, “para que não seja violado o *due process*, exige-se que os litigantes excluídos sejam representados adequadamente”³⁴⁹. Valendo-se desse formato participativo e policêntrico³⁵⁰, é garantido o foro de discussão antes da definição do sentido da norma que será aplicada de forma coletiva para a sociedade. A respeito do tema, OLÍVIA FERREIRA RAZABONI³⁵¹ assinala que:

Os processos nos quais se discutem matérias de interesse coletivo, com natural ênfase aos que envolvem controle de constitucionalidade, devem ser nutridos da mais ampla gama de argumentos e experiências das diversas áreas profissionais, para que, deste modo, alcancem inegável legitimidade social, conferindo-se grande valor às decisões nesses termos proferidas.

³⁴⁸ NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 264.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. In: *Revista de Processo*, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.

³⁵⁰ NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. **Revista de Processo**, ano 36, vol. 199, set/2011, p. 45-48.

³⁵¹ RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009., p. 136

Assim, nas hipóteses em que a decisão é proferida com debate, o uso dos recursos e a chance de reforma é reduzida. Garante-se, assim, que técnicas de julgamento abreviado, ou de executividade imediata da sentença, não inviabilizem a obtenção da tutela pela parte interessada³⁵².

Frise-se que, embora GUILHERME JOSÉ BRAZ DE OLIVEIRA³⁵³ defenda que, tratando-se de caso repetitivo, poderiam participar, no *leading case*, todos aqueles que tiveram seu processo sobrestado, nos parece que o tema deve ser tratado à luz da tutela coletiva, emprestando o conceito de representatividade adequada (previsto igualmente no caput do art. 138 do Código de Processo Civil, que disciplina o *amicus curiae*), a fim de evitar (i) tumultos processuais; e (ii) a inviabilizar a própria adoção da técnica processual.

Importante consignar que, tratando-se de técnicas de formação de precedentes, todas as hipóteses do art. 927, não apenas aquelas que tratam de litigância repetitiva, devem ser dotadas de abertura, a fim de garantir o contraditório, compreendido como o direito das partes de influenciarem as decisões judiciais que serão aplicadas ao seu caso.

4.3.1. A figura do *amicus curiae*

O *amicus curiae*, ou amigo da Corte, é o sujeito processual que não integra nenhum dos polos da demanda, mas que colabora com a prestação da atividade jurisdicional, fornecendo informações e subsídios ao julgador. Trata-se de figura conhecida em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive ordenamentos supranacionais³⁵⁴.

³⁵² BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf> - Acessado em 05.01.2018, p. 86.

³⁵³ OLIVEIRA, Guilherme José Braz. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do Novo Código de Processo Civil: O incidente de resolução de demandas repetitivas* (Tese) - Doutorado em direito, Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 216.

³⁵⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111 e seguintes.

A origem do *amicus curiae* é objeto de profunda controvérsia. Enquanto parte da doutrina defende que seria um instituto da família da *common law*³⁵⁵, há também vozes que defendem que o *amicus curiae* teria surgido no direito romano³⁵⁶. Segundo essa corrente, no ordenamento romano, o *amicus curiae* funcionava como um colaborador neutro, agindo por provocação, auxiliando os juízes na tomada de decisões que envolvessem conhecimentos alheios à esfera jurídica³⁵⁷.

É certo, contudo, que ainda que tenha surgido no direito romano, foi nos países da *common law* que a figura do *amicus curiae* sofreu maior desenvolvimento e utilização, com especial atenção para os Estados Unidos³⁵⁸ em razão de seu sistema federativo³⁵⁹.

Originalmente, nos Estados Unidos, a função do *amicus curiae* consistia em exercer um *oral shepardizing*, ou seja, trazer para a discussão casos alheios ao conhecimento dos julgadores, de modo a evitar imprecisões ou equívocos nos julgamentos, contribuindo para a qualidade da decisão, de modo que, como assinala SAMUEL KRISLOV, a permissão para a participação do *amicus curiae* nesse período inicial seria mais uma questão de boa vontade do que de direito³⁶⁰. Com o passar dos anos, porém, a atuação dos *amici curiae* passou a ser oficialmente direcionada a uma das partes, num movimento

³⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

³⁵⁶ Sinalizando a origem romana do instituto, confira-se ANTONIO DO PASSO CABRAL (Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de direito administrativo, vol. 234, p. 111-141, out/dez 2003), SAMUEL KRISLOV (The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. The Yale Law Journal, vol. 72, n. 4, p. 694-721, mar/1963), LINDA SANDSTORM SIMARD (An empirical study of *amicus curiae* in Federal Court: a fine balance of access, efficiency, and adversarialism. Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, p. 07-34, set/2007) e ERNEST ANGELL (The *amicus curiae*: American development of English institutions. International and Comparative Law Quarterly, vol. 16, p. 1017-1044, out/1967).

³⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

³⁵⁸ O instituto não tem tamanha importância no direito inglês, na medida em que a atuação do *amicus curiae* se limita aos casos em que o Attorney General, posição similar à do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, defende interesses públicos ou da Coroa. Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

³⁵⁹ Idem, p. 111. No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de direito administrativo, vol. 234, out/dez 2003, p. 114.

³⁶⁰ KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. The Yale Law Journal, vol. 72, n. 4, mar/1963, p. 695.

“*from neutral friendship to positive advocacy and partisanship*”³⁶¹, com foco maior no problema da representação dos interesses de terceiros.

No Brasil, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, não havia referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae*, embora houvesse diversas referências a figuras similares, comumente equiparadas³⁶², em alguns textos legais³⁶³.

Entre todas as figuras, para os objetivos desse estudo, merecem destaque as previsões constantes do art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, a qual disciplina a intervenção de órgãos ou entidades em todos processos de controle de constitucionalidade³⁶⁴, e art. 3º, §2º da Lei 11.417/06, que previa a participação de terceiros nos procedimentos de edição, alteração ou cancelamento de súmula vinculantes.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a positivação da matéria expressamente em seu art. 138 e de forma esparsa no art. 950, §3º, ao tratar do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais, art. 983, referente ao incidente de demandas repetitivas, art. 1.035, §4, ao tratar da análise da repercussão geral em recurso extraordinário e art. 1.038, I, que trata dos casos de recursos extraordinário e/ou especial repetitivos.

Embora não haja previsão específica no Código de Processo Civil de 2015, a intervenção do *amicus curiae* nas demais técnicas de formação de precedentes também é

³⁶¹ Idem, *ibidem*.

³⁶² CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de direito administrativo, vol. 234, out/dez 2003, p. 124-126; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

³⁶³ No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, artigo 31 da Lei nº 6.385/76, com redação dada pela Lei nº 6.616/78; do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, artigo 89 da Lei nº 8.884/94; d ordem dos Advogados do Brasil, art. 49 da Lei 8.906/94; do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, artigos 57 e 75 da Lei nº 9.279/96; e do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, artigo 31 da Lei nº 9.784/99; Processos objetivos de controle de constitucionalidade, Lei nº 9.868/99; no âmbito dos incidentes de inconstitucionalidade, art. 482, §3º, inserido no CPC/73 pela Lei 9.868/99; nos pedidos de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais, art. 14, §7º da Lei 10.259/2001; no procedimento de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, art. 3º, §2º da Lei 11.417/2006; no âmbito da repercussão geral e dos recursos repetitivos, arts. 543-A, §6º e 543-C, §4º do CPC/73.

³⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147-155.

possível, considerando a regra geral do art. 138, a qual derogou as limitações que eventualmente poderiam ser compreendidas nas previsões anteriores³⁶⁵.

Com a previsão legal, alguns (ainda que não todos) aspectos do instituto foram, enfim, sedimentados. Merece destaque, por exemplo, a inserção do *amicus curiae* como uma forma de intervenção de terceiros, a possibilidade de a intervenção ser feita mesmo por pessoas físicas, em qualquer grau de jurisdição e a definição do prazo de 15 (quinze) dias para manifestação.

Para os fins que se destina o presente estudo, na esteira do quanto abordado no tópico anterior, merecem destaque a representatividade adequada e a pertinência temática exigidas pelo legislador³⁶⁶ (caput do art. 138 da Lei Processual) para que o *amicus curiae* seja admitido, de modo a legitimar e aprimorar qualitativamente a decisão judicial que formará o precedente e afetará terceiros que não viriam a ser ouvidos no âmbito do julgamento se não fosse o instituto ora examinado.

Frise-se que, como abordado no tópico antecedente, terceiros que eventualmente sejam afetados pela técnica de formação de precedentes não têm legitimidade para intervirem, ressalvada contribuição relevante para o julgamento. Igualmente, não se enquadram na figura de *amicus curiae*, uma vez que não possuem interesse institucional, mas interesse direto e imediato, independentemente da verificação dos requisitos do art. 138 do Código de Processo Civil.

Uma vez admitido o ingresso, o *amicus curiae* poderá apresentar suas informações a respeito da discussão tratada nos autos por memorial, admitindo-se, inclusive, a juntada de documentos³⁶⁷. Da mesma forma, ainda que sem expressa previsão no Código de Processo Civil de 2015 (o qual apenas previu a sustentação no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme art. 984, II, b), autorizou-se que os *amici curiae* realizem sustentação oral, conforme previsão do art. 131, §1º do Regimento Interno do STF e art. 160, §8º do Regimento Interno do STJ.

³⁶⁵ No sentido de que terceiros não poderiam se manifestar nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas órgãos e entidades, conforme art. 7º, §2º da Lei 9.868/99.

³⁶⁶ Embora respeitadas as vozes em sentido contrário, indicando a desnecessidade de tais requisitos para se admitir o *amicus curiae*, tendo em vista a distinção do instituto para as ações coletivas.

³⁶⁷ Conforme informativo nº 331 do STF, de 24 a 28 de novembro de 2003.

Por fim, previu-se que, com exceção do incidente de resolução de demandas repetitivas, os *amici curiae* não poderão interpor recursos, mas poderão apenas opor embargos de declaração, de modo a tornar os precedentes mais completos e exigir que determinadas questões suscitadas em seus memoriais sejam apreciadas pelos respectivos órgãos julgadores.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, sem justificativa e de forma distinta das outras técnicas de formação de precedentes tipificadas no Código de Processo Civil de 2015, previu-se expressamente a possibilidade de os *amici curiae* recorrerem também da decisão de mérito, de modo a adequá-la aos interesses institucionais do interveniente.

4.3.2. As audiências públicas

Trazendo para o âmbito do processo judicial previsão já existente no processo legislativo e na Lei 9.868/99³⁶⁸, o Código de Processo Civil de 2015, positivando regra regimental do Supremo Tribunal Federal³⁶⁹, incluiu em seu texto a realização de audiências públicas no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos repetitivos (Arts. 983, §1º e 1.038, II do CPC³⁷⁰). O Superior Tribunal de Justiça, em seu regimento interno, também previu que, além dos casos de fixação ou alteração de tese repetitiva, as audiências públicas também poderão ser marcadas para fixação ou alteração de enunciado de súmula de jurisprudência dominante.

³⁶⁸ Art. 9º, § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

³⁶⁹ Instituída pela Emenda Regimental nº 29/2009, com a inclusão dos seguintes incisos:

Art. 13. São atribuições do Presidente: XVII - convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

Art. 21. São atribuições do Relator: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

³⁷⁰ Art. 983, § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Art. 1.038. O relator poderá: II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

Segundo relata GUILHERME JOSÉ BRAZ DE OLIVEIRA³⁷¹, essa previsão já havia sido experimentada tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça antes mesmo de expressa previsão legal autorizando-a. No Supremo Tribunal Federal, até 2015, haviam sido designadas 4 (quatro) audiências públicas em âmbito estritamente cível: no Recurso Extraordinário RE 581.488/RS, de relatoria do Min. Dias Toffoli, para discutir a internação hospitalar, custeada pelo Poder Público, com "diferença de classe" no Sistema Único de Saúde - SUS, que permite a melhoria de acomodação do paciente e a contratação de profissionais de sua preferência, mediante pagamento da respectiva diferença; RE 586.224/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, para debater queima da palha da cana-de açúcar; RE nº 627.189/SP, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, para discutir as consequências da radiação eletromagnética e os efeitos que decorreriam para o sistema de fornecimento de energia em caso de redução do campo; e RE 597.285/RS, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, para discussão da política de cotas. No Superior Tribunal de Justiça, até 2015, segundo relata o autor, havia sido designada uma audiência pública, para discussão do sistema de pontuação (*scoring*) utilizado para aprovar crédito dos consumidores.

Tais audiências têm por finalidade a instrução do processo, mediante a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, de modo a trazer para o Tribunal elementos relevantes para o debate e para a formação do precedente por meio de um contraditório aberto e participativo com a sociedade.

Ao comentar a realização de audiências públicas no âmbito da administração pública (Poder Executivo), ANTÔNIO DO PASSO CABRAL assinala que estas têm função legitimante das ações empreendidas pelo administrador, papel conscientizador e de fornecer transparência e participação ao processo decisório³⁷².

Além disso, trata-se de uma forma de realizar vigoroso contraditório, permitindo "que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a

³⁷¹ OLIVEIRA, Guilherme José Braz. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do Novo Código de Processo Civil: O incidente de resolução de demandas repetitivas* (Tese) - Doutorado em direito, Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 208-209

³⁷² CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. In: *Revista de Direito de Estado*. Vol. 2, p. 199, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 213.

atividade de seus representantes. A busca pela legitimidade das decisões estatais perpassa então a noção de democracia deliberativa, exercida por meio do debate público entre os diversos setores sociais envolvidos".³⁷³

À evidência, há possibilidade de se confundir a atuação dos *amici curiae* com aqueles que venham a participar das audiências públicas convocadas pelos Presidentes ou Relatores dos processos, especialmente tendo em vista que a função primordial de ambas as figuras processuais é a de fornecer subsídios para que a Corte tome a decisão da forma mais abrangente e fundamentada possível.

Essa possibilidade decorre da falta de previsão e posituação da forma de atuação dos *amici curiae* e da forma como será conduzida e realizada a audiência pública (inclusive, a respeito da eventual participação dos *amici curiae* já admitidos no respectivo processo).

De todo modo, ambos os institutos são complementares e, mediante a adequada regulamentação pelo Relator, poderão ser realizados adequada e conjuntamente³⁷⁴, com a finalidade de se obter decisões judiciais com maior qualidade e legitimação para aplicação em processos futuros.

4.3.3. A divulgação das ações: publicidade ampliada

Por fim, entre as técnicas que asseguram participação democrática na formação de precedentes, pode-se mencionar a previsão específica do incidente de resolução de demandas repetitivas de que a instauração do incidente será sucedida da mais ampla divulgação e publicidade (Art. 979 do Código de Processo Civil de 2015).

Ao positivar essa previsão, pretendia o legislador garantir que o conhecimento a respeito do incidente fosse propagado, de modo a viabilizar a participação dos interessados

³⁷³ Idem, p. 200.

³⁷⁴ Nesse sentido, merece destaque o recurso especial repetitivo nº 1.599.511, no qual, juntamente com outros, foi julgado, pelo Superior Tribunal de Justiça, os temas referentes à Corretagem e à taxa "SATI". No âmbito do recurso especial, foi admitida a participação de diversos *amici curiae*, com a designação de audiência pública. Vedou-se, apenas, a realização de sustentação oral pelos *amici curiae*, sob a premissa de que a manifestação destes havia sido colhida ao longo da audiência pública.

e permitir que houvesse efetivo debate da questão a ser decidida no seio da sociedade civil, superando as fronteiras do debate jurídico.

Da mesma forma, essa publicidade permitirá que entidades que defendem interesses institucionais monitorem de forma efetiva a existência de incidentes em cada um dos Tribunais brasileiros, estaduais e federais, a fim de que possam participar do procedimento, se for necessário. Trata-se, assim, de previsão que potencializa o contraditório.

Frise-se que o momento da publicidade é a principal distinção dessa regra para aquela prevista no art. 927, §5º do Código de Processo Civil de 2015, a qual obriga os Tribunais a manterem cadastro público de seus precedentes já julgados, organizados por questão jurídica decidida. A regra do art. 979 do Código de Processo Civil obriga o respectivo Tribunal a dar publicidade ao incidente logo após a sua instauração e antes da formação final do precedente, permitindo a intervenção de eventuais interessados legitimados.

Embora seja possível argumentar que essa previsão seria justificável apenas no âmbito de processos repetitivos, de lides pseudoindividuais³⁷⁵, posição da qual se discorda, conforme se verá a seguir, não há justificativa para que similar disposição não fosse reproduzida no âmbito dos recursos repetitivos, na medida em que também nesse formato atenderia à finalidade de potencializar o contraditório.

À evidência, o monitoramento dos recursos repetitivos é menos complexo e trabalhoso do que dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, especialmente pelo fato de as discussões estarem concentradas nos 2 (dois) Tribunais de cúpula brasileiros e por esses manterem relação atualizada do andamento dos repetitivos³⁷⁶. Contudo, a fim de garantir a efetiva potencialização do contraditório, seria conveniente similar previsão.

³⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: Revista de Processo, vol. 139.

³⁷⁶ Por força, por exemplo, do disposto no parágrafo único do art. 256-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, embora se trate de disposição louvável, que permitirá a participação mais efetiva da sociedade, a sua positivação foi descuidada, sem previsão expressa em todas as técnicas de formação de precedentes. Além disso, segue sem cumprimento pelos próprios órgãos da administração do Poder Judiciário, o que poderá contribuir para que seja letra morta no Código de Processo Civil de 2015.

4.4.A motivação no precedente judicial

Passados pelos demais pontos desse estudo, cumpre examinar o resultado final do processo de formação de precedentes: a decisão judicial proferida em uma das hipóteses enumeradas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, especificamente no que tange à sua motivação, ponto de especial relevo para a funcionalidade do sistema proposto. Afinal, será à luz da motivação que o precedente será analisado pela sociedade e, futuramente, aplicado, distinguido ou superado.

A motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Democrático de Direito. Na medida em que o exercício da jurisdição é o exercício de um poder, as decisões tomadas devem ter suas razões expostas de forma ordenada, lógica, clara e coerente, de modo a impedir arbítrio e parcialidade³⁷⁷. Motivação, assim, pode ser compreendida como uma forma de controle da decisão judicial pelas demais instâncias do Poder Judiciário, pelas partes e pela sociedade³⁷⁸.

Da mesma forma, é por meio da motivação que a decisão judicial se legitima, constituindo diálogo a respeito da forma de aplicação de direito. Como assinala RODRIGO RAMINA DE LUCCA³⁷⁹, considerando que o Poder Judiciário, no Brasil, não é eleito pelo povo, diferentemente do que ocorre com os demais poderes, a legitimação de seus atos decorre do exercício procedimentalizado do poder, assegurando o contraditório

³⁷⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 79

³⁷⁸ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros, 2007, p. 74.

³⁷⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 125

(procedimento participativo) e, como consequência, com a exposição racional dos fundamentos pelos quais determinada posição é prevalecente em relação à adversária³⁸⁰.

A fim de propiciar o adequado diálogo, a motivação deve, com isso, valorizar o contraditório, levando em consideração todos os argumentos relevantes suscitados pelas partes. Nas palavras de GIUSEPPE TARZIA, a motivação e o contraditório andam em conjunto, impondo restrições ao convencimento e ao processo decisório³⁸¹.

A motivação das decisões judiciais ganha especial relevo ao se considerar a prática judicial de utilização de precedentes, especialmente pelo fato de que as decisões posteriores serão fundamentadas naquela³⁸². No Brasil, considerando o formato do sistema de precedentes – definidos por lei e com caráter antecedente, na medida em que são vinculantes desde o nascedouro – a motivação tem importância ainda maior, tendo em vista a necessidade de tentar esgotar os argumentos a respeito do tema, seja para fins de legitimação (notadamente nos casos repetitivos, considerando a decisão concentrada), seja para fins de fortalecimento, para reduzir a chance de superação.

Inclusive, considerando o contraditório como direito de influência, bem como a abertura que deve ser conferida, na formação dos precedentes, aos terceiros que venham contribuir com a decisão, todos os argumentos suscitados nos autos devem ser enfrentados pelos magistrados na fixação do acórdão. A motivação, especialmente nessas hipóteses, deve ser um retrato do contraditório exercitado no caso concreto, como assinala DIERLE NUNES: “ao formar o precedente o Tribunal (...) deverá levar em consideração todo o

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 156-157

³⁸¹ Nesse sentido: “*I vincoli, che il principio del contraddittorio e l’obbligo della motivazione congiuntamente impongono al giudice, nel momento della formazione del suo convincimento in fatto e pertanto della decisione. Si trova qui, come la nostra recente dottrina ha acutamente illustrato, degli aspetti forse più insoddisfacenti della prassi giudiziaria*” (TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989, p. 372 Apud: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar e como (não) fundamentar no CPC/15* - Disponível em: https://www.academia.edu/32255593/Por_que_fundamentar_o_que_fundamentar_e_como_n%C3%A3o_fundamentar_no_CPC_15 - Acessado em 05.01.2018, p. 8).

³⁸² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar e como (não) fundamentar no CPC/15* - Disponível em: https://www.academia.edu/32255593/Por_que_fundamentar_o_que_fundamentar_e_como_n%C3%A3o_fundamentar_no_CPC_15 - Acessado em 05.01.2018, p. 29-30.

histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática”³⁸³.

É necessário, então, fazer a leitura do art. 489. §1º do Código de Processo Civil com especial rigor no âmbito das técnicas de formação de precedentes, independentemente da hipótese do art. 927 versada, tendo em vista a natural característica de influenciar decisões futuras.

Essa preocupação, inclusive, foi enfrentada pelo legislador, que previu, especificamente no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, a obrigatoriedade de que todos os “todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”, sejam enfrentados (Art. 984, §2º do Código de Processo Civil de 2015).

À evidência, como já exposto anteriormente, essa regra deveria ser prevista em uma “parte geral” do sistema de precedentes, sendo comunicável com todas as demais hipóteses de formação de precedentes, sendo integralmente aplicável para qualquer de suas técnicas.

Importante consignar, ainda, que a previsão acima se faz necessária na realidade do Poder Judiciário brasileiro. Com efeito, conforme constatado (ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973) em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça³⁸⁴, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos repetitivos têm baixo índice de responsividade, se limitando a enfrentar principais argumentos suscitados pelas partes, sem sequer ingressar nas considerações trazidas pelos *amici curiae* que eventualmente tenham integrado o debate³⁸⁵.

³⁸³ NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 264.

³⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante (et al); Alice Gontijo Santo Teixeira (et al); colab. Gláucio Ferreira Maciel (et al). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

³⁸⁵ Conforme trecho a seguir: “*A principal constatação obtida nessa fase de análise dos processos é a de que o Superior Tribunal de Justiça raramente utiliza os argumentos aduzidos por terceiros para fundamentar suas decisões. Nos 50 acórdãos analisados, somente observaram-se duas menções claras aos argumentos trazidos ao processo por terceiros interessados. Dessa forma, com referência ao universo de análise*

Assim, mesmo na formação de uma decisão cujos efeitos se espalharão para diversos outros casos, sejam análogos ou não, o Superior Tribunal de Justiça não se via obrigado a examinar a questão de forma exauriente. Essa prática, porém, merece ser revista à luz da nova sistemática dos precedentes.

Para tanto, a regra prevista no art. 984, §2º do Código de Processo Civil de 2015 deve ser aplicada em todos os casos de formação de precedentes, como regra geral da sistemática, obrigando os magistrados a, nessas hipóteses, enfrentarem todas as questões.

Frise-se que não há diferenças ontológicas entre as técnicas enumeradas no art. 927 do Código de Processo Civil que justifiquem a motivação exauriente apenas para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Nem se diga que se trata de uma decorrência da existência de macrolides, na medida em que outras hipóteses, como a assunção de competência, por exemplo, terão equivalente eficácia.

Para o âmbito das súmulas, técnicas que, por não se tratarem propriamente de precedentes, contêm as diferenças mais significativas ao tratar de motivação, igualmente a necessidade de uma motivação completa, adequada e, especialmente, exauriente, também se verifica. Como visto anteriormente, o enunciado de súmula indexa a jurisprudência da Corte, servindo de forma de dispensar a indicação de inúmeros julgados.

Na medida em que o enunciado de súmula é aprovado após o julgamento de casos concretos, nos quais serão exaustivamente discutidos os argumentos que justificam os verbetes (que passarão a demonstrar a pacificação da jurisprudência em um determinado sentido), nada impede que, nos acórdãos que precederem o enunciado, especialmente os imediatamente anteriores, seja dada especial atenção à motivação, como forma de robustecer e justificar a opção da Corte.

considerado, a conclusão à qual se chega é a de que, apesar de provocados a apresentar seus argumentos no processo, a participação de terceiros parece ter pouca influência sobre a formação do precedente jurisprudencial da Corte” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante (et al); Alice Gontijo Santo Teixeira (et al); colab. Gláucio Ferreira Maciel (et al). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015., p. 95).

À evidência, a motivação será mais facilmente aferível no procedimento para criação, alteração e cancelamento de enunciados de súmula vinculante, no qual há, ao final, um acórdão com as manifestações dos Ministros³⁸⁶, motivo pelo qual, inclusive, se sugere a adoção de um procedimento equivalente para os Enunciados de Súmula dotados de eficácia persuasiva.

De todo modo, pelas considerações acima, verifica-se que não há óbice para a regra do art. 984, §2º do Código de Processo Civil de 2015 seja aplicada para todas as hipóteses de formação de precedentes e não apenas para o incidente de resolução de demandas repetitivas, exigindo-se o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos nos processos de formação de precedentes.

Frise-se que, com a adequação exposição de todos os argumentos, as Cortes terão uma fotografia do estado da técnica no momento em que o precedente foi fixado, permitindo, inclusive, a eventual discussão de superação em caso de novos argumentos ou de profundas alterações sociais, econômicas, jurídicas, entre outros.

Por sua vez, com relação aos fatos, estes devem estar, na medida do possível e especialmente em casos de litigância repetitiva, devidamente delineados, permitindo a adequada aplicação do precedente para casos análogos, evitando indevida distinção em casos iguais, tal qual pode ser verificado em países que são familiarizados com a utilização da técnica de precedentes.

Em verdade, esse problema já começa a ser sentido no direito processual civil brasileiro. Como é sabido, o Superior Tribunal de Justiça julgou, no âmbito de recurso especial repetitivo, a validade da cláusula, utilizada em aquisições de unidades autônomas na planta, diretamente da incorporadora, que transfere o ônus financeiro da corretagem para os consumidores, tendo ao final reconhecido a validade de tal disposição, mesmo à luz do Código de Defesa do Consumidor, conforme tese fixada: “Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que

³⁸⁶ Ainda que essas motivações sejam curtas e sem enfrentar argumentos, conforme se infere da Proposta de Súmula Vinculante nº 35, que gerou o Enunciado de Súmula Vinculante nº 31.

previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.”

Entre os leading cases desse julgamento, está o REsp nº 1.599.511, em que são partes Persil Santana Empreendimentos Imobiliários, Roseli de Souza Marques Crestoni e Marco Aurélio Crestoni. Especificamente nesse recurso, a cláusula que era discutida (e que foi examinada concretamente pelo Superior Tribunal de Justiça após a fixação da tese) era da Corretora Lopes, de renome no mercado e ampla atuação, a qual foi reconhecida como válida, por ser suficientemente clara, à luz da tese firmada.

Por se tratar de uma cláusula padrão e considerando que a tese fixada era passível de diversas interpretações, tendo em vista suas cláusulas abertas, a aplicação casuística (especialmente dos recursos sobrestados) passou a demandar o exame da própria cláusula. E, nesse exercício, houve Tribunais que entenderam que a cláusula da empresa Corretora Lopes, exatamente aquela que havia sido examinada pelo Superior Tribunal de Justiça para fixação da tese e que foi reconhecida como válida, não era suficientemente clara e, portanto, inválida³⁸⁷.

Assim, verifica-se a importância da adequada circunscrição dos fatos, principalmente dos fatos materiais, nas palavras de ARTHUR L. GOODHART, para fixação dos precedentes. À evidência, não se sugere aqui que o Superior Tribunal de Justiça tivesse adotado grau tão elevado de detalhamento em seu acórdão, chegando até a indicar as partes. Porém, poderia ter sido mais claro a respeito dos fatos materiais que justificaram a tese, indicando *exemplos* de clareza na cláusula examinada, conferindo maior concretude ao exame, inclusive para viabilizar o eventual manejo de reclamação constitucional em caso de inobservância do precedente, conforme visto anteriormente.

Com a adequada exposição racional dos principais fatos, é possível aos Tribunais, futuramente, rediscutirem a ratio decidendi, estendendo a interpretação para

³⁸⁷ Nesse sentido: Reexame. “Apelação. Compromisso de venda e compra. Comissão de corretagem. Validade da cláusula que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a despesa. Tese firmada pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo, para os efeitos do art. 1040 do CPC. Hipótese fática em que não se comprovou a anterioridade do ajuste, condição assentada no julgado da Corte superior. Abusividade configurada. Resultado de acórdão” (TJ-SP, Apelação nº 1071661-62.2013.8.26.0100, Rel. Des. Augusto Rezende, 1ª Câmara de Direito Privado, julg. em 24.10.2017).

casos análogos, nos quais não estejam presentes apenas parte das características existentes no precedente, entre outros.

Verifica-se, assim, que o detalhamento dos fatos no precedente deve ser suficiente para não tornar o precedente demasiadamente abstrato (passível, portanto, de diversas interpretações), mas não deve ser exaurientemente detalhado, a fim de facilitar a distinção.

Com relação à decisão proferida no caso concreto, a qual aplica ou afasta o precedente, a fundamentação adequada exige que o magistrado cumpra seu ônus argumentativo e esclareça as razões pelas quais o precedente é ou não aplicável a um determinado caso, tal qual exige o art. 489, §1º, V do Código de Processo Civil de 2015. A aplicação de precedente ao caso concreto não pode ser mecanizada, devendo-se demonstrar as etapas do raciocínio jurídico que justificam aquela determinação.

Esse ônus argumentativo ganha especial força em caso de não aplicação do precedente por discordância de seu conteúdo, o que exigirá o enfrentamento de todas as questões postas no próprio acórdão que gerou o precedente. De forma pragmática, essa fundamentação facilitará a interposição de recurso pela parte prejudicada, colaborando para que o processo seja julgado no próprio mérito.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a sistemática de precedentes prevista pelo Código de Processo Civil de 2015 impõe novos parâmetros de motivação para as decisões judiciais, variáveis conforme o contexto: *(i)* sendo no âmbito da formação do precedente, é imperativo que a motivação (como decorrência do contraditório) seja exauriente, enfrentando todos os argumentos existentes, de modo a permitir a legítima aplicação daquela interpretação nos casos futuros, estendendo a regra do art. 984, §2º do Código de Processo Civil de 2015 para todas as técnicas enumeradas no art. 927 do mesmo diploma legal; e *(ii)* sendo no âmbito da aplicação do precedente, a decisão deve demonstrar as razões pelas quais o precedente será ou não aplicado (em caso de distinção e, principalmente, de divergência), reduzindo riscos de aplicação mecânica e viabilizando que as partes discutam a adequação de tal medida pela decisão.

4.5.As lacunas do Código de Processo Civil e 2015 e integração das técnicas para formação de precedentes

Superados os aspectos em tela, bem como o quanto abordado ao longo desse estudo, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 deixou de prever pontos relevantes para a concepção de um sistema de precedentes, tendo em vista a experiência *(i)* internacional (no que é aplicável); *(ii)* acumulada ao longo das sucessivas décadas de valorização dos precedentes e da jurisprudência; e *(iii)* das outras áreas análogas, como o processo do trabalho.

Assim, passa-se a verificar as alterações que poderiam vir a ser adotadas no sistema de formação dos precedentes concebido pelo Código de Processo Civil de 2015, de modo a ampliar o contraditório, legitimar os precedentes e, por fim, otimizar a qualidade das decisões que venham a ser proferidas no âmbito de cada uma das técnicas enumeradas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, de rigor ter em mente que, como abordado no tópico 3.1, o sistema de precedentes brasileiro é essencialmente distinto daquele concebido pela *common law*, de modo que deve ser tratado à luz de suas peculiaridades e das características do direito pátrio, sendo de destaque a tentativa de padronização decisória decorrente da sistemática dos precedentes.

Frise-se ainda que, embora algumas dessas técnicas dependam de alteração legislativa para se consolidarem, para outras não haverá necessidade de tal disposição para que sejam incorporadas à sistemática de formação de precedentes.

4.5.1.Positivção de atos processuais mínimos para a formação dos precedentes judiciais

Considerando que o Brasil positivou um rol de técnicas que são considerados precedentes judiciais, disciplinando a questão de forma distinta daquela que é usualmente atribuída aos precedentes da *common law*, criando uma sistemática própria de precedentes concebidos de forma antecedente e no âmbito de “procedimentos próprios”, se mostra

oportuna a positivação de atos processuais mínimos a serem observados na formação dos precedentes, assegurando a observância do contraditório, entre outros princípios constitucionais, para os precedentes com eficácia erga omnes. Como assinala CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁸⁸:

Não se compatibiliza com o espírito do Estado-de-Direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório; ou seja, não se compatibiliza com ele a emissão de provimentos sem a realização do processo adequado. Onde o exercício do poder não conduz a decisões que sob a forma de provimentos interfiram na esfera jurídica das pessoas, a ordem social e política tolera os procedimentos sem contraditório.

Nesse sentido, como exposto no tópico 3.2.3.2, algumas das técnicas de formação de precedentes, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, são amplamente regulamentadas, ao passo que outras não contêm previsões a respeito do procedimento a ser observado, muito menos a observância do contraditório ampliado, relegando a disciplina da forma de proceder da respectiva técnica ao regimento interno de cada Tribunal.

Frise-se, porém, que atribuir ao regimento interno o regramento da formatação da criação do precedente, ainda que sejam regras procedimentais³⁸⁹, é expandir demasiadamente as atribuições do Poder Judiciário, já atribuído de fixar o sentido da norma.

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 157-158.

³⁸⁹ Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni: A definição que fez mesmo história no direito brasileiro foi a de João Mendes de Almeida Júnior, citado por quase todos aqueles que se dedicam ao estudo do procedimento. Para ele, o processo é uma direção no movimento, enquanto que o procedimento é o modo de se mover e a forma em que é movido o ato. O processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é o mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se releva aos nossos sentidos. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual* (Tese). Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007).

Enquanto os enunciados de súmula apenas serviam de referência a respeito do entendimento prevalecente nos Tribunais, enquanto a assunção de competência se destinava a julgar processos inter partes, sem eficácia vinculante e possibilidade de ser proposta reclamação, era cabível atribuir ao regimento interno a disciplina do procedimento, sem maiores preocupações a respeito dos princípios constitucionais, uma vez que se tratavam de meras etapas do julgamento, sem vinculação e efeitos exoprocessuais.

Contudo, ao passo que se amplia a eficácia dos precedentes, devem ser ampliadas as garantias em torno de sua formação, na medida em que as decisões passam a ter efeitos coletivos, atingindo a íntegra da sociedade, inclusive as minorias, cuja voz deve ser ouvida no Estado Democrático de Direito.

Assim, conviria ao Código de Processo Civil ter disciplinado quais atos comuns devem ser praticados em todas as técnicas de formação de precedentes, garantidores da observância dos princípios constitucionais do processo civil. Entre os atos a serem obrigatoriamente observados, podem servir de exemplo a possibilidade (i) de intervenção de *amicus curiae*³⁹⁰; (ii) de designação de audiências públicas; (iii) de constarem os precedentes (proferidos ou ainda em formação) em cadastros públicos, de modo a ampliar o acesso a essas informações.

Além disso, também pode servir de exemplo a obrigatoriedade de que a motivação, nesses casos que não se limitam ao interesse subjetivo, seja exauriente, enfrentando todos os argumentos a respeito do tema, de modo a permitir sua adequada distinção, superação e vinculação nos casos futuros, além da reconstrução daquele raciocínio judicial nos casos futuros.

4.5.2. Os procedimentos para criação, revogação e revisão de enunciados de súmulas de jurisprudência dominante

³⁹⁰ Evitando questionamentos doutrinários, conforme MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

Tal qual previsto para as súmulas vinculantes e recentemente introduzido para as súmulas persuasivas na Justiça do Trabalho, se mostra adequada e conveniente a criação de um procedimento para criação, revogação e revisão dos enunciados de súmula de jurisprudência dominante, prevendo os respectivos requisitos para tanto, como quórum, recorrência do entendimento e participação de terceiros, como especialistas e, principalmente, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público Federal.

À evidência, não há a intenção de burocratizar a edição e/ou revisão de súmulas, apenas de conferir o foro adequado para que o assunto seja amadurecido, considerando a eficácia que decorrerá de sua edição.

Importante destacar que a instituição de um procedimento nesse sentido, que já era necessário e adequado anteriormente, se mostra ainda mais conveniente com a importância que foi atribuída aos enunciados de súmula após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015: com as devidas proporções, mesmo as súmulas meramente persuasivas, à luz da novel legislação e no âmbito de sua respectiva matéria³⁹¹, vinculam do ponto de vista argumentativo.

Nesse contexto, não há mais lugar para enunciados de súmula que não sejam mais aplicáveis em razão da evolução da jurisprudência da Corte ou em razão de mudanças legislativas, apenas com revogação tácita do enunciado. Conferindo legitimidade para terceiros, além dos próprios Ministros (conforme previsto nos arts. 7º. VII, 11, III e 102, §1º do Regimento Interno do STF³⁹² e nos arts. 11, 12, 14, 16, 125 e 126 do Regimento Interno do STJ³⁹³), será aumentado o controle a respeito dos enunciados vigentes,

³⁹¹ Os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e os enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

³⁹² Art. 7º Compete ainda ao Plenário: VII – deliberar sobre a inclusão, alteração e cancelamento de enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: III – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

³⁹³ Art. 11, Parágrafo único. Compete, ainda, à Corte Especial: VII - sumular a jurisprudência uniforme comum às Seções e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de suas súmulas;

Art. 12, Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções: III - sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmulas

excluindo do ordenamento todos aqueles que já foram revogados ou superados. Além disso, os novos enunciados que venham a ser aprovados serão forjados no contraditório, com participação de atores externos, além dos próprios integrantes do respectivo Tribunal, conferindo representatividade e legitimidade aos enunciados de súmula.

Na esteira desse pensamento, o Superior Tribunal de Justiça já previu, por meio da Emenda Regimental nº 24, ainda que de forma tímida, alguns requisitos, como o número de vezes que a matéria já foi julgada favoravelmente, a existência de unanimidade (Art. 122, §1º do Regimento Interno³⁹⁴) e o quórum para aprovação (Art. 125, §3º do Regimento Interno³⁹⁵).

Além disso, dispôs que, no que for cabível, esse procedimento observará a assunção de competência (Art. 271-B do Regimento Interno³⁹⁶), embora não seja possível

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

Art. 16. As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial: II - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela Corte Especial;

Art. 125. § 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário. § 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal. § 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes. § 4º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.

Art. 126. Qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito. § 1º Na hipótese referida neste artigo, dispensam-se a lavratura de acórdão e a juntada de notas taquigráficas, certificada nos autos a decisão da Turma. § 2º O processo e o julgamento observarão, no que couber, o disposto nos arts. 271-B e seguintes deste Regimento. Parágrafo único. No julgamento de matéria constitucional, intervenção federal, ação penal originária, sumulação de jurisprudência e alteração ou cancelamento de enunciado de súmula e incidente de assunção de competência, será exigida a presença de dois terços de seus membros.

³⁹⁴ Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

³⁹⁵ Art. 125, § 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

³⁹⁶ Art. 271-B. O relator ou o Presidente proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, na forma preconizada pelo Capítulo II-B do Título IX da Parte I do Regimento Interno, mediante decisão irrecorrível, a assunção de competência de julgamento de recurso, de remessa

definir, de forma clara, se os legitimados para requerer a instauração do incidente de assunção de competência também o são para requerer a criação, revogação ou revisão de um enunciado de súmula. É justamente esse grau de incerteza que, em um efetivo sistema de precedentes (no qual se prima pela previsibilidade), se deve procurar evitar.

Inclusive, esse procedimento se mostra interessante para garantir a adequada fiscalização exigida pelo art. 926, §2º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual os enunciados de súmula devem se ater às circunstâncias fáticas, ao caso concreto, que lhes embasou, de modo a não serem criadas normas abstratas, análogas à legislação, mas sim repositórios de jurisprudência (verdadeira acepção dos enunciados de súmula, conforme tópico 3.2.2).

Com isso, assim como previsto para as súmulas vinculantes (consoante Lei nº 11.417/06), seria conveniente, à luz do novo papel conferido aos enunciados de súmula de jurisprudência dominante, que a omissão do Código de Processo Civil de 2015 a respeito de um procedimento para criação, alteração ou cancelamento fosse suprida.

4.5.3. Publicidade ampliada e participação popular para fixação da tese

O Código de Processo Civil de 2015 previu, no parágrafo 2º do art. 927, que a alteração da tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou cristalizada em enunciado de súmula poderá ser precedida por “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão”.

Como abordado no tópico 4.2, porém, a leitura do dispositivo demonstra que o legislador reduziu demasiadamente a adoção desses atos processuais que reforçam a qualidade do precedente que virá a ser proferido. Em primeiro lugar, a redução se verifica na indicação de que tais medidas devem ser adotadas apenas em recursos repetitivos ou súmulas. Em segundo, a previsão de que os atos devem ser adotados em caso de alteração da tese, ou seja, apenas em discussão de superação da tese já anteriormente firmada. Por fim, a indicação de que se trata de uma faculdade da Corte que fixar o precedente.

necessária ou de processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Porém, considerando os valores que motivaram o legislador a conceber a sistemática de precedentes, positivados no art. 926 da legislação processual, bem como a expectativa de que um número reduzido de teses seja revisto, tais medidas deveriam ser adotadas para qualquer técnica de formação de precedentes e desde a primeira discussão, para fixação da interpretação a ser observada, garantindo decisões mais completas, robustas e, conseqüentemente, estáveis.

Logo, a preocupação para que o precedente fixado seja o mais sólido possível deve estar presente desde o primeiro julgamento da tese, não surgindo apenas na sua revisão – a qual, frise-se, pode vir a ser necessária e fruto de estudos da doutrina especializada, seja jurídica ou não. Assim, poderia o legislador ter previsto a prática de tais atos para qualquer uma das técnicas de formação de precedentes positivadas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, independentemente de o precedente já ter sido fixado ou não.

Pode ser ainda acrescida ao cenário em tela a previsão específica do incidente de resolução de demandas repetitivas, no sentido de que, após a afetação do tema, será realizada ampla divulgação e publicidade, em qualquer das hipóteses de precedentes, inclusive por meio do Conselho Nacional de Justiça.

Essa previsão, benéfica para ampliação do debate para a sociedade civil e eventual incentivo para ingresso de novos *amici curiae*, é válida e aplicável para todas as técnicas de formação de precedentes previstas no art. 927 do CPC. A limitação dessa publicidade ao incidente de resolução de demandas repetitivas não se justifica (especialmente se considerada a sistemática dos recursos repetitivos), sendo que seus efeitos poderiam ser aproveitados em qualquer das hipóteses de formação de precedentes enumeradas no Código de Processo Civil de 2015.

4.5.4. Critérios para a escolha de processos piloto

A escolha do processo-piloto é determinante para que o acórdão a ser proferido e que se tornará precedente tenha qualidade e, principalmente, legitimidade perante os

demais processos, eis que enfrentará a questão controvertida da forma mais ampla possível, irradiando seus efeitos para os demais processos.

Consoante o parágrafo primeiro do art. 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça³⁹⁷, deve ser selecionado o recurso que *(i)* contenha o maior número de fundamentos no acórdão recorrido e no próprio recurso especial; *(ii)* a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; e *(iii)* a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto. Previsão similar (ainda que menos detalhada) foi contemplada no Código de Processo Civil de 2015, no art. 1.036, §6º. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal não disciplina expressamente a questão, apenas indicando que a instância a quo selecionará o representativo de controvérsia (Art. 328, parágrafo único do Regimento Interno³⁹⁸).

Importante consignar, porém, que o Código não contém critérios objetivos para que seja feita a seleção. Da mesma forma, pela análise das diferentes versões do Código enquanto estava em discussão no âmbito das casas legislativas, também não houve preocupação em serem estabelecidos critérios nesse sentido³⁹⁹.

³⁹⁷ **Art. 256, § 1º.** Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente: I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.

³⁹⁸ Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil

³⁹⁹ ANTÔNIO DO PASSO CABRAL traz interessante análise das diversas versões do projeto em seu texto: *“Segundo as disposições originárias do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas, e também na versão aprovada no Senado Federal, não havia definição de qual deva ser a causa-piloto nos recursos especial e extraordinários repetitivos. Na redação apresentada no “Relatório Barradas” ao PL 8.046/2010, elaborada por Comissão da Câmara dos Deputados e aprovada naquela casa do Congresso Nacional, vemos alguma preocupação com uma diretriz mínima acerca de qual processo deva ser o escolhido. Sem embargo, na disciplina dos recursos excepcionais repetitivos, dizia o Projeto de novo Código de Processo Civil, no então art. 1.059, § 1.º, que: “Considera-se recurso representativo da controvérsia aquele originado de processo em que tenha havido completa e diversificada argumentação e discussão em torno da questão objeto do incidente. (...)”. Na atual versão do Projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, afirma o art. 1.049, § 6.º que: “§ 6.º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”. Ambas as disposições permitem-nos extrair algum norte sobre o que o legislador compreende*

Diante disso e considerando que os processos podem ser escolhidos discricionariamente tanto pelos Presidentes dos Tribunais de origem, quanto pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a completude esperada dos processos-piloto não é observada em todos os casos, havendo possibilidade de serem eleitos recursos com menor representatividade, adequação ou que não mantenham o necessário equilíbrio entre as partes para o julgamento do recurso repetitivo.

Nesse sentido, ainda que anterior à sistemática dos recursos repetitivos (no âmbito de assunção de competência do Código de Processo Civil de 1973), merece destaque o voto do Min. Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial nº 911.802, em que se discutia a legalidade da chamada cobrança da “assinatura básica” da telefonia⁴⁰⁰: em seu voto-vencido, o Ministro destaca que o recurso afetado, a despeito de inúmeras ações coletivas tratando do tema, era de uma consumidora triplamente vulnerável, sem recursos para fazer frente à parte superpoderosa, representada pelos melhores escritórios de advocacia do país.

Com isso, houve, no entendimento do Ministro, desproporção da representação das partes perante a Corte (o Ministro denominou os consumidores de “litigantes-sombra”, eis que não são vistos defendendo seus direitos), o que afeta na amplitude da discussão entabulada na Corte e, conseqüentemente, no precedente que será formado e afetará uma multidão de outros processos similares.

Além dele, pode ser citado o recurso especial repetitivo nº 973.827, afetado para julgamento em 5 de outubro de 2009 e envolvendo discussões de direito bancário, notadamente a possibilidade de capitalização de juros mensais em contratos bancários após a Medida Provisória nº 2.170/2001.

como sendo o processo originário mais adequado para afetação ao julgamento como processo repetitivo. Relevante lembrar também que, na redação dada pela Comissão da Câmara dos Deputados ao projeto, o legislador não se preocupou em definir critérios para escolha do processo-modelo no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se percebe do art. 988 e seguintes. Em conclusão, se hoje não vemos de lege lata, qualquer parâmetro, no novo Código de Processo Civil anunciam-se poucas referências legislativas. Caberá, sobretudo, à doutrina e à jurisprudência resolver a questão”.

⁴⁰⁰ Recurso Especial nº 911.802, Voto-Vista Min. Herman Benjamin (Vencido), Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, julg. em 24.10.2007

Nesse caso, em um universo de mais de 21.000 (vinte e um mil) recursos envolvendo a mesma temática, foi escolhido como processo-piloto um recurso interposto por instituição financeira e no qual não foram ofertadas contrarrazões, de modo que o polo dos litigantes ocasionais (ou, na expressão do Ministro Herman Benjamin, litigantes-sombra) simplesmente não tinha tido oportunidade de apresentar suas considerações no recurso que resolveria a integralidade do processo⁴⁰¹, a despeito de os litigantes repetitivos terem ampla oportunidade de fazê-lo.

Por esse motivo, parece-nos que se faz necessário o estabelecimento de critérios objetivos para a escolha dos recursos, a fim de permitir que sejam selecionados os recursos representativos de controvérsia com a argumentação mais abrangente possível ou para que seja sanada eventual ausência de profundidade ou extensão na discussão havida nos processos selecionados.

As medidas adotadas até o momento pelo Superior Tribunal de Justiça, como o parágrafo primeiro do art. 256 do Regimento Interno, citado no início desse tópico, embora confirmam alguns critérios, não teriam o condão de reequilibrar eventual desproporção decorrente da má escolha de processo piloto, suprimindo a falta de representatividade ou participação na fase de formação de precedente dos litigantes-sombra⁴⁰² e propiciando uma decisão democrática e completa.

⁴⁰¹ DE SOUZA, Michel Roberto Oliveira. Recurso Especial Repetitivo: análise crítica do julgamento por amostragem (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁴⁰² Recurso Especial nº 911.802, Rel. Min. Herman Benjamin, Voto-Vista (Vencido): *É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada erga omnes, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (in casu o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma*

Diante desse cenário, ainda que a novel legislação tenha avançado ao disciplinar o tema, parece-nos que o seu silêncio é prejudicial à própria sistemática dos recursos repetitivos, sendo certo que seria recomendável que o legislador tratasse também dos critérios de seleção do recurso-piloto, prevendo critérios objetivos e claros para a respectiva seleção⁴⁰³, bem como maior rigor com a fundamentação da decisão de afetação.

4.5.5. A aplicação de regras diferenciadas de ética

No âmbito das lacunas deixadas pelo legislador, pode-se verificar a ausência de previsão específica de regras de ética tratando da atuação das partes e de terceiros diretamente nos procedimentos de formação de precedentes.

Com efeito, as técnicas de formação de precedentes configuram foro de debates qualificado, no qual o interesse na fixação da tese é público e não particular de uma das partes. Esse entendimento pode ser verificado, desde a legislação anterior, pela reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de desistência da parte do processo piloto do recurso especial repetitivo⁴⁰⁴. No Código de Processo Civil de 2015, inclusive, tal entendimento foi expressamente positivado no artigo 976, §1º⁴⁰⁵.

consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de três bilhões e meio de reais com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007).

⁴⁰³ Sobre o tema: CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo. Vol. 231, p. 201, São Paulo: Ed. RT, maio/2014; WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos*. Revista de processo. vol. 163. p. 28. São Paulo: Ed. RT, set. 2008; TOFFOLI, Vitor. *Recursos especiais repetitivos: Critérios de seleção dos recursos paradigmas*. Revista de processo. vol. 197. São Paulo: Ed; RT, Jul: 2011, entre outros.

⁴⁰⁴ Conforme se verifica do trecho abaixo, extraído do voto da Min. Nancy Andrighi, relatora do acórdão: *“Evidenciada a natureza jurídica dos interesses, é mediante a ponderação das normas aplicáveis que se verifica que o conflito entre eles é meramente aparente. Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves conseqüências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão*

Assim, considerando que não há, nesse momento, interesse na decisão individual, devem as partes, representadas por seus advogados, agir de forma diferenciada, com ampla cooperação (na esteira dos arts. 6º e 378 do Código de Processo Civil de 2015), propiciando que a melhor decisão possível seja atingida pela respectiva corte para a formação do precedente.

Para tanto, é possível fazer um paralelo com o dever de sinceridade (*duty of candor*) existente nas *Model Rules of Professional Conduct*, elaborado pela American Bar Association, o qual obriga que as partes informem se há decisões anteriores em sentido contrário da própria corte que formará o precedente ou das cortes hierarquicamente superiores, adotando total transparência perante o órgão julgador.

No sistema estadunidense, o advogado é obrigado a informar as decisões desfavoráveis que são de seu conhecimento, regra que poderia ser reproduzida no direito brasileiro, desde que seja igualmente previsto o limite do dever de diligência do advogado (a fim de localizar as decisões que sejam desfavoráveis).

Caso essa obrigação não seja observada, o respectivo advogado da parte sofrerá as consequências disciplinares perante a Ordem dos Advogados do Brasil, podendo sofrer

de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país. Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado. Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide. Não se pode olvidar outra grave consequência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os amici curiae, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência. A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus pólos. Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos". – Questão de Ordem no REsp nº 1.063.343, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julg. em 17.12.2008.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, ainda, por todos: GALDIANO, José Eduardo Berto. Técnica de julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, PEREZ – 303 e FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27102/Desist%C3%A4ncia_Recursal_Recursos.doc.pdf – Acessado em 25.06.2016

as sanções que podem variar entre censura e expulsão (Art. 35 da Lei 8.906/94). Valoriza-se, com isso, a função pública do advogado, prevista no art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, tal qual ocorre nos Estados Unidos da América.

A preponderância da função pública do advogado em determinadas situações também ocorre na França. Segundo a sistemática daquele país, a capacidade postulatória perante os órgãos de cúpula não é outorgada a cada advogado inscrito na *Ordre des avocats*, mas apenas a um pequeno número de aproximadamente 108 (cento e oito) advogados em 2014. Além da função de filtro recursal, é reconhecido pela doutrina francesa que esses advogados exercem função pública, inclusive desestimulando recursos⁴⁰⁶.

Frise-se que tal obrigação não viola a função do advogado prevista pela Constituição Federal, a qual relega ao plano infraconstitucional a regulamentação do exercício da profissão, como os ônus e sanções das atividades do advogado.

Da mesma forma, não há violação ao princípio da ampla defesa ou ao princípio da vedação da produção de prova contra si (*nemo tenetur edere*), eis que a discussão se limita ao campo da argumentação jurídica, sem prejuízo da exposição dos motivos pelos quais o referido entendimento desfavorável é inaplicável no caso concreto (*distinguishing*) ou deva ser revisto (*overruling*), com a fixação de uma nova tese prevalecente.

Reitere-se que o objetivo da regra seria a contribuição para que o precedente seja fixado com amplo contraditório e com menor a influência possível das condições das partes. Afinal, com a existência de regra ética exigindo a transparência, ainda que existam litigantes-sombra se defrontando com litigantes repetitivos, as vantagens de parte a parte seriam reduzidas, uma vez que seriam ao menos citadas as decisões favoráveis aos hipossuficientes, se existentes.

⁴⁰⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A capacidade postulatória dos advogados perante as Cortes Supremas: perspectivas de direito comparado no Brasil, na França e na Itália. In: Direito Processual Constitucional (Coord: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. LEONEL, Ricardo de Barros. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, 133-134.

Ainda que não seja prevista aos advogados das partes, a referida regra deve ser prevista ao menos para os advogados que representam os interesses dos *amici curiae*, tendo em vista que estes não defendem (em tese) um polo processual, mas sim uma determinada posição institucional.

Segundo assinala CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁴⁰⁷, o Código de Processo Civil não detalhou se os *amici curiae* devem ser representados por advogados ou não para defesa de seus interesses. Assim, sendo representados por advogados, considerando que sua função precípua é aperfeiçoar a decisão que virá a ser proferida por meio da ampliação do contraditório, há que se impor também que apresentem as decisões desfavoráveis aos seus interesses e as razões pelas quais tais decisões não devem prevalecer, reforçando a força gravitacional atribuída aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, embora seja possível também conjecturar esse dever de sinceridade também nos processos comuns, recebidos pelos Tribunais diuturnamente, e não apenas nos procedimentos específicos para formação de precedentes, nos parece que a regra seria relegada a um segundo plano. Ainda que a regra represente um paralelo com o dever de os magistrados mencionarem os precedentes – sob pena de a decisão não ser considerada fundamentada – sua observância seria complexa, quiçá utópica, inclusive no que tange à aplicação de penas pelo Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 499 e seguintes.

CONCLUSÕES

Passados por todos os pontos desse estudo, foi possível examinar a forma de aplicação dos precedentes nos países da *common law*, as regras rígidas de vinculação aos precedentes, bem como os problemas que são enfrentados na hipótese de os Juízes não concordarem com a decisão a ser aplicada. Igualmente, foi possível examinar outros sistemas jurídicos da *civil law* que também atuam com precedentes, ainda que não vinculantes, e o movimento global de convergência, com adaptações específicas nas peculiaridades próprias de cada um dos países.

Da mesma forma, foi possível verificar que o manejo de precedentes, no Brasil, não é uma novidade, sendo que desde o período do Império há regras jurisprudenciais que devem ser observadas pela sociedade. À evidência, há profundas mudanças de paradigma entre os precedentes antigos e os atuais, notadamente com relação à sua autoridade, sendo que tal evolução decorre, naturalmente, da própria evolução da sociedade. O processo civil brasileiro, da mesma forma, valoriza cada vez mais os precedentes, de modo a conferir estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Com esse mote, o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado com a intenção de reduzir a divergência jurisprudencial e enfrentar o absurdo número de ações judiciais em curso.

Porém, à luz da experiência estrangeira, é possível afirmar, com segurança, que os precedentes não conferem, por si só, estabilidade ao sistema. Os precedentes apenas mudam a forma de argumentação jurídica que usualmente era realizada no Brasil, sendo que os operadores do direito também deverão estar a par dos precedentes que venham a ser proferidos. Contudo, os precedentes permitem interpretação e, por esse motivo, também permitem uma dose de subjetivismo. Como assinala NEIL DUXBURY, a doutrina de precedentes vinculantes é apenas uma ilusão⁴⁰⁸.

Os precedentes, embora tornem mais difícil a divergência jurisprudencial, não solucionam o caso. É a cultura do precedente que deve ser instituída no país e do

⁴⁰⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 79;

enfrentamento dos litigantes repetitivos, de modo a tornar desvantajosa economicamente a manutenção de milhões de ações no Poder Judiciário, congestionando-o.

Não se espera, porém, que essa cultura se desenvolva sozinha. A instituição do regime dos precedentes é salutar por ser uma tentativa de solucionar a crise. Contudo, a formação dos precedentes deveria, a nosso sentir, ter sido melhor concebida para o fim de trazer maior legitimidade às decisões que serão proferidas em cada uma das técnicas.

Dentro do modelo constitucional de processo adotado pelo Brasil, no parece que a forma mais efetiva para tanto seja a possibilidade de participação democrática da população nas técnicas de formação de precedentes, de modo a fixar normas plurais, com a influência do maior número de atores possível.

Considerando que a motivação é resultado do contraditório, se este for valorizado, o precedente será legítimo (em razão da participação) e sólido (em razão da motivação exauriente), conferindo a estabilidade que tanto se busca.

Dadas as características do país, bem como a inexistência, de fato, de um modelo federalista, não se acredita na viabilidade de que a formação dos precedentes seja feita caso a caso. A dispersão de entendimentos, nesse cenário, seria ainda maior e agravaria a situação jurídica vivida no país.

Assim, resta examinar formas de, no rol previsto pelo legislador, possibilitar a participação da sociedade, tal qual já é feito nas ações mais sensíveis do controle de constitucionalidade, como o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade aborto de fetos anencéfalos.

Seria inocência imaginar que tal participação se daria em todos os julgamentos, inclusive naqueles de menor interesse. Contudo, deve ser conferida a possibilidade de participação, aqui compreendida como ônus da sociedade. Para que tal ônus seja atribuído à sociedade, esta deve ter ciência de que o julgamento está em andamento e que poderá afetá-la. Da mesma forma, sua participação não deve ser complexa e mereceria ser viabilizada pelas audiências públicas ou, desde que demonstrada a representatividade adequada, por meio da intervenção de *amicus curiae*.

Por fim, ao final desse estudo foram apresentadas propostas de desenvolvimento da formação democrática do precedente, de modo a garantir igualdade de armas e isonomia entre os participantes. Na medida em que os precedentes vincularão, as partes devem estar em igualdade de condições para poderem influenciar o seu resultado.

Não se deve admitir, sob a égide de precedentes normativos, a existência de litigantes-sombra. O processo civil, nas célebres palavras de Cândido Rangel Dinamarco, deve servir de microcosmo da democracia, tendo em vista se tratar de exercício de poder, potencializado nos casos de vinculação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*. In: *Revista de Processo*, volume 165. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Do genuíno precedente ao stare decisis brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015,

_____; SCHMITZ, Leonard Zieseemer; LUNELLI; Guilherme. *Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmula no Brasil: Um acerto de paradigmas*, In: *Direito Jurisprudencial*, vol. II, Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ABRAMOWICZ, Michael. *Defining dicta*. in: George Washington University Law School, 57 Stan, L. Rev. 853, 2005, p. 104.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation* (tradução de Hutchinson Schild Silva: *Teoria da argumentação jurídica*), 2ª edição, São Paulo, Landy Livraria e Editora Ltda., 2005.

_____; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 24

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*.

ANDREWS, Neil. *Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha*, in *Revista de Processo*, volume 195, ano 36, maio de 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Recursos repetitivos*, in *Revista de Processo*, volume 185, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ANGELL, Ernest. The *amicus curiae*: American development of English institutions. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16, p. 1017-1044, out/1967

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros, 2007.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, Reforma do Judiciário – Primeira reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 63 a 99.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*, in *Direito Jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Súmulas e inadmissibilidade da apelação, Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Obra coletiva organizada por Adriano Caldeira e Rodrigo da Cunha Lima Freire, Salvador, Editora Podvm, 2007.

_____. *Precedentes e evolução do Direito* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

_____ ; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos*, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 49, set-out/2007, p. 38 a 45.

_____ ; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. *Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau*. Revista de Processo. vol. 191. p. 187. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011

_____ e outros. *A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros*. Revista do Advogado, nº 92/2007, Associação dos Advogados de São Paulo.

_____ et. Al, *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os assentos no direito processual civil in Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, nº 74, São Paulo, jul./set. 1971.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. *Tendências de padronização decisória no PLS 166/2010: o Brasil entre o civil law e o common law e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, in Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros; José Luiz de Moraes (coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____ ; _____..*Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na américa latina: alguns apontamentos*
Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf> - Acessado em 05.01.2018, p. 86.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Emenda Constitucional n. 45 e o processo*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *A revolução processual inglesa*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?*, in Temas de direito processual, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 239-251.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *Dois cientistas políticos, três economistas e a Justiça Brasileira*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001.

_____. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, in *Revista de Processo*, volume 92, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de Direito Processual Civil (nona série), São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001

BARIONI, Rodrigo. The Unpublished Opinions in the American System: Contributions to the “Assunção de Competência. In: Revista de Processo, volume 261. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 176-177; STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BASIL, S. Markensis. *Foreign law and comparative methodology: a subject and a thesis*. Hart, Oxford, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. in *Revista de Processo*, volume 171, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux; Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: Editora RT, 2006.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1933.

BORNKAMM, Joachim. *O Recurso Especial (Revision) e as novas tendências na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Bundesgerichtshof)*, in *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários*, volume 26, pp. 22-23. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadernoscej26brasil-alemanha.pdf>>. Acessado em: 05.01.2018.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A capacidade postulatória dos advogados perante as Cortes Supremas: perspectivas de direito comparado no Brasil, na França e na Itália. In: *Direito Processual Constitucional* (Coord: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. LEONEL, Ricardo de Barros. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, 133-134.

BOULOS, Cristhiane. *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5 recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais; técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012

BUZAID, Alfredo. *Uniformização da jurisprudência*. Sidney Sanchez (autor). São Paulo: Editora RT, 1975.

CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. *Revista de Processo*. Vol. 231, p. 201, São Paulo: Ed. RT, maio/2014

_____. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In: *Revista de Processo*, volume 221. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Os efeitos processuais da audiência pública*. In: *Revista de Direito de Estado*. Vol. 2, p. 199, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *Revista de Processo*, Vol. 147. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 130,

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Súmula vinculante*. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, janeiro de 2002. Disponível em www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf, Acesso, 13 de outubro de 2014.

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

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*, in *Revista dos Tribunais*, volume 90, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira do original *Giudici legislatori?* Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____ e GARTH, Bryant. *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report* (trad. de Ellen Gracie Northfleet: *Acesso à Justiça*), Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil*.
CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEGEM, R. C. van. *Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes*, in Instituto de História do Direito e do Pensamento Político. *O perfil do juiz na tradição ocidental: Seminário Internacional*. Lisboa: Almedina, 2007.

CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus, *Assentos da Casa da Suplicação*, in *Revista do Advogado*, nº 84, São Paulo: AASP, 2005.

CHEIM JORGE, Flávio. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In *Revista de Processo* 190. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____ ; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforça processual civil: comentários às leis n. 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante (et al); Alice Gontijo Santo Teixeira (et al); colab. Gláucio Ferreira Maciel (et al). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____, *Justiça em números 2015: ano-base 2014*, Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

COLE, Charles D. *Precedente Judicial: a experiência norte americana*, in *Revista de Processo*, volume 23, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *A experiência brasileira com a vinculação das decisões judiciais e a atual súmula vinculante introduzida pela EC 45/2004*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*, in *Revista de Processo*, vol. 179, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A ‘repercussão geral’ como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*, São Paulo, in *RePro 848*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Anotações sobre a ‘repercussão geral’ como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*, Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Obra coletiva organizada por Adriano Caldeira e Rodrigo da Cunha Lima Freire, Salvador, Editora Podvm, 2007.

_____. (Coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. (Coord). *Direito processual civil americano contemporâneo* São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. *Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro*, in *Revista do Advogado*, nº 78, São Paulo, AASP, set. 2004.

_____. *Precedente judicial como fonte de direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio*, Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=40&volume= -
Acessado em 05.01.2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.* In: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015

_____. *Transformações do recurso extraordinário, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, volume 10. Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). São Paulo: Editora RT, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *A reforma da reforma*. 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009

_____. *O relator, a jurisprudência e os recursos*, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil: De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire* (tradução de Jefferson Luiz Camargo: *O império do Direito*), São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Manins Fontes, 2002

FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, Minnesota Law Review 90, n. 5, 1173-203, May 2006.

FERNANDES, Ernesto. RÊGO, Anibal. *Súmula das lições proferidas pelo Marcelo Caetano ao curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa : Imprensa Baroeth, 1941.

FERRAZ, Ricardo de Barros Falcão. *Motivação política no precedente judicial*, in *Revista de Processo*, volume 200, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A regra do precedente no direito inglês*, in *Revista de Direito Civil*, volume 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

FLOYD, Daisy Hurst. *Candor versus Advocacy: Court's use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal*, *Georgia Law Review*, 1035, 1994-1995. Disponível em: <https://ttu-ir.tdl.org/ttu-ir/bitstream/handle/10601/556/dfloyd5.pdf?sequence=1> - Acessado em 05.01.2018.

FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. Disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27102/Desist%C3%Aancia Recursal Recursos.doc.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27102/Desist%C3%Aancia%20Recursal%20Recursos.doc.pdf) – Acessado em 25.06.2016

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Predicados da súmula vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos*, in *Revista de Processo*, volume 207, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

GALDIANO, José Eduardo Berto. *Técnica de julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista restringe atuação da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Disponível em: <http://gustavogarcia.adv.br/> - Acessado em 05.01.2018).

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. *Super Precedent*, *Minnesota Law Review* 90, nº 5, 1204-31, May 2006.

GOODHART, Arthur L. *Three cases on possession*. The Cambridge Law Journal, n. 3, 1928, p. 195-208.

_____. *Three cases on possession*. The Cambridge Law Journal, n. 3, 1928

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HARRIS, J.W. *Towards Principles of Overruling—When Should a Final Court of Appeal Second Guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies, Volume 10, Edição 2, Julho de 1990.

HERTEL, Christian. *Legal systems of the world. An overview*. Notarius International. 1-2/2009. Disponível em: http://www.notarius-international.uinl.org/database/2009/notarius_2009_01_02_hertel_en.pdf - Acessado em: 05.01.2018

JULIANI, Cristiano Reis. A nova redação do art. 555, do CPC e a uniformização de jurisprudência. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Cristiano_rev73.htm Acesso em 14 de outubro de 2014.

GILMORE, Angela. *Self-Inflicted Wounds: The Duty to Disclose Damaging Legal Authority*, 43 Cleveland Law Review, 303, 1995.

KERN, Christoph; STÜRNER, Rolf. *Processo civil comparado – Tendências recentes e fundamentais*, in *Revista de Processo*, volume 200, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

KOMÁREK, Jan. *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*. LSE Legal Studies Working Paper No. 8/2012, p. 170.

KRISLOV, Samuel. *The amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, vol. 72, n. 4, p. 694-721, mar/1963

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. Ed. Tradução de José de Souza Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1969.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In: *Revista de Processo* 186. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2010.

LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, *Forense*, v. 208, 1964.

_____. *Passado e futuro da súmula do STF*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, *Renovar*, n. 145, p. 1-20, jul-set, 1981

LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Civil Francês* in: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 139-140

_____. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC*. Artigo no prelo, cedido pelo autor.

_____. *Reclamação constitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORD WOOLF. *Access to Justice – Final Report (Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales)*. Disponível em www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm Acesso em 12 de outubro de 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 125.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial in Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Júnior (organizador). 5. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction, in: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*, in DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

_____. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, v. 238, p. 413–434, 2014

MALLET, Estevão. *Reflexões sobre a Lei 06 n. 13.015/2014*, Disponível em: <http://mallet.adv.br/artigo-2-lei-n-13015-revista-do-tst/> - Acessado em 05.01.2018

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. Processo e Constituição. Obra coletiva coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2006.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. *Questões controvertidas sobre a súmula vinculante*, in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Coordenação: José Miguel Garcia Medina et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*, p. 18. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf> - Acessado em 22.06.2015.

_____. (Coord.) *Código de Processo Civil interpretado*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017

MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *A Força dos Precedentes*. Editora Jus Podivm, 2012.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. in: Revista dos Tribunais, volume 101, n. 918, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril de 2012

_____. *Sobre o incidente de assunção de competência*. In: Revista de Processo, volume 260. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016

_____. *Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores*, p. 17. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242857>. Acessado em 05.01.2008

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 2007.

_____; _____. *O projeto do novo CPC*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p.170.

MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Recursos no processo civil – 6. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Editora RT.

_____; _____. *Repercussão geral e súmula vinculante – Relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004, in Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier et. al. (coordenação). São Paulo: Editora RT, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedente e IRDR: Algumas considerações*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. In *Direito Jurisprudencial*, vol. 2.

Coordenação: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____ ; SILVA, Larissa Clare Pochmann. *Precedente e IRDR: algumas considerações*. In: Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1471.

_____ ; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*, Reforma do Judiciário, Obra coletiva coordenada por Sérgio Rabelo Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, São Paulo, Saraiva, 2005.

MENEZES MARCATO, Ana Cândida. *Contornos da repercussão geral*, o novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Obra coletiva coordenada por Carlos Alberto Carmona, São Paulo, Atlas, 2007.

MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. *A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes*. Reforma do Judiciário analisada e comentada. Obra coletiva coordenada por André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo, Editora Método, 2005.

_____. *Uniformização de jurisprudência – Segurança jurídica e dever de uniformizar*, São Paulo, Atlas, 2003.

MERRYMEN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Franciso J. *Precedent in Spain*. In: Interpreting precedents. A comparative study. New York: Routledge, 1997

MITIDIERO, Daniel. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*, in *Revista de Processo*, volume 199, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Primeiras aplicações do art. 285-A do CPC*, in *Revista de Processo*, volume 157, ano 33, março de 2008.

_____. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*, in *Direito Jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmulas vinculantes*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Teoria dos recursos repetitivos: Tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ*. 1ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NAVES, Nilson Vital. *O Supremo, o Superior Tribunal e a reforma*. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/bitstream/2011/1885/1/> Acesso 10 de outubro de 2014.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (colaboração). *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* – Coleção Estudos de Direito de Processo Civil Professor Enrico Tullio Liebman; 21. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____ ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

_____ ; NERY. Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1837);

_____ ; ABBOUD, Georges, “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>- Acessado em 05.01.201

NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. **Revista de Processo**, ano 36, vol. 199, set/2011

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do Novo Código de Processo Civil: O incidente de resolução de demandas repetitivas* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. *A força das decisões judiciais*. In: Revista de Processo, Volume 216, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos*, in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência – Da divergência à uniformização*. Coleção Atlas de Processo Civil, coordenação de Carlos Alberto Carmona, São Paulo, Atlas, 2006.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge

PEREZ, Bruno Leandro Palhares. *Análise crítica do modelo brasileiro de acesso aos Tribunais Superiores: A admissibilidade dos recursos excepcionais no Direito Processual Civil brasileiro* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Estudos de Direito Processual Civil. Obra coletiva coordenada por Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução por Mariana Mota Prado. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

_____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da lei n. 13.256/16*. In: *Processo em Jornadas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016

RAATZ, Igor. *Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law*. Reflexos iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro, in *Revista de Processo*, Ano 36, vol. 199, setembro de 2011.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *O controle de constitucionalidade*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RE, Eduard D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense* 327/38, Rio de Janeiro: Forense, junho-setembro de 1994.

RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. in: UCLA School of Law Research Paper No. 15-51.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2004

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Sobre a súmula vinculante*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51-64, 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/r133-06.PDF?sequence=4> –
Acessado em 05.01.2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças*. In: Revista de Processo, vol. 259, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923690> - Acessado em 05.01.2018.

ROSA, Renato Xavier da Silveira Rosa. *Precedentes Judiciais em perspectiva: Contribuição para a análise econômica dos precedentes na ciência processual civil brasileira*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, volume 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade* (Dissertação) - Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROSS, Alf. *On Law and Justice* (tradução de Edson Bini: *Direito e Justiça*), São Paulo, EDIPRO, 2000.

ROSSI, Júlio César. *O precedente à brasileira: Súmula Vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*, in *Revista de Processo*, vol. 208, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, Volume 39, Issue 2.

SALLES, Carlos Alberto. *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: Novas Técnicas Decisórias?* In: *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCHES, Sydney. *Arguição de relevância da questão federal*, in: *Revista dos Tribunais*, volume 627, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. *Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais*, Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Obra coletiva coordenada por José Adaércio Leite Sampaio, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SHANNON, Bradley Scott. *May Stare Decisis Be Abrogated by Rule?* Ohio State Law Journal 67, nº 3, 645-92, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. in: Stanford Law Review. Vol. 39, nº. 3, Fevereiro/1987.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar e como (não) fundamentar no CPC/15* - Disponível em: https://www.academia.edu/32255593/Por_que_fundamentar_o_que_fundamentar_e_como_n%C3%A3o_fundamentar_no_CPC_15 - Acessado em 05.01.2018

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito Processual Civil Espanhol* in: Direito processual civil europeu contemporâneo. José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). São Paulo: Lex Editora, 2010

SIMARD, Linda Sandstorm. An empirical study of *amicus curiae* in Federal Court: a fine balance of access, efficiency, and adversarialism. Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, p. 07-34, set/2007

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito* (Tese) - Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common law – Introdução ao Direito nos EUA*, São Paulo, RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: RT, 1963

SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 207 – Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927> - Acessado em 05.01.2018.

SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent*. Disponível em <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=6752&context=expresso> - Acessado em 05.01.2018.

SOUZA, Arthur César. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *Recurso especial repetitivo: Análise crítica do julgamento por amostragem* (Dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica*. Constituição e democracia – Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. Obra coletiva coordenada por Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. *Súmulas no direito brasileiro. Eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63.

¹ *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante (et al); Alice Gontijo Santo Teixeira (et al); colab. Gláucio Ferreira Maciel (et al). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

TARUFFO, Michele *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: *Revista de Processo*, nº 181, trad.: Hermes Zanetti Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Institutional factors influencing precedents*. In: *Interpreting precedents: a comparative study* (obra coletiva), org. D. Neil MacCormick e Robert S. Summers, Aldershot e Vermont, Dartmouth e Ashgate, 1997.

_____. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. In: *Revista de Processo*, volume 110, trad: José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Precedente e jurisprudência*, in *Revista de Processo*, vol. 199, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do Juiz*. In: *revista Forense*, vol. 355, trad. port. Cândido Rangel Dinamarco, rev. Luiz Felipe Duarte Martins Costa, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

_____. *Il Vertice Ambiguo*. Il Mulino, 1991.

TAVARES, André Ramos. *A repercussão geral no recurso extraordinário*. Reforma do Judiciário analisada e comentada. Obra coletiva coordenada por André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo, Editora Método, 2005.

_____. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo, Editora Método, 2007.

_____. *Regime da Súmula vinculante*, São Paulo, Carta Forense, ano II. Nº 20, dezembro/janeiro, 2004/2005.

_____; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: Interpreting precedents. A comparative study. New York: Routledge, 1997

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Da jurisprudência predominante, da uniformização da jurisprudência uniforme*, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*, volume 6, número 21, janeiro-fevereiro de 1984.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*, Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

TESHEINER, José Maria. *Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>. Acessado em 04.07.2016.

THE NATIONAL LAW JOURNAL. Estados Unidos da América: Aaron S. Bayer, 01.11.2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil. Obra coletiva organizada por Adriano Caldeira e Rodrigo da Cunha Lima Freire, 1ª edição, Salvador, Editora Podvm, 2007..

_____. *Alguns reflexos da emenda constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. In: Revista de Processo, volume 125, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O novo artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672, de 08.05.2008)*, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., São Paulo, nº 53, maio/junho 2008.

_____. *Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417)*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda., São Paulo, nº 48, jul/ago 2007.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: Interpreting precedents. A comparative study. New York: Routledge, 1997.

TOFFOLI, Vitor. *Recursos especiais repetitivos: Critérios de seleção dos recursos paradigmas*. Revista de processo. vol. 197. São Paulo: Ed; RT, Jul: 2011.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização da jurisprudência, in Revista de Processo*, volume 104, ano 26, outubro-dezembro de 2011.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. *A motivação dos julgamentos dos Tribunais de 2º grau na visão do Superior Tribunal de Justiça: acórdão completo ou fundamentado?*, in *Revista de Processo*, volume 162, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro, in Direito Jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante, in Revista de Processo*, volume 100, ano 25, outubro-dezembro de 2000.

_____ ; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos*. Revista de processo. vol. 163. p. 28. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: Revista de Processo, vol. 139.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Recursos no Direito Processual Civil norte-americano*, in Revista de Processo, volume 221, julho de 2013.

ZACLIS, Lionel. *Direito Processual Civil Estadunidense*. in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*, São Paulo: Lex Editora, 2010.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, rev. e atual. Salvador: JusPodium, 2015.

_____. *Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, volume 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015