

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: FORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E DESAFIOS DA
PRÁTICA NA ADVOCACIA MODERNA**

MATEUS SANTOS DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2019 / SEGUNDO SEMESTRE

MATEUS SANTOS DA SILVA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: FORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E DESAFIOS DA
PRÁTICA NA ADVOCACIA MODERNA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann**.

RIO DE JANEIRO

2019 / SEGUNDO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

S586p Silva, Mateus Santos da
PRECEDENTES JUDICIAIS: FORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E
DESAFIOS DA PRÁTICA NA ADVOCACIA MODERNA / Mateus
Santos da Silva. -- Rio de Janeiro, 2019.
109 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Precedentes Judiciais. 2. Direito Processual
Civil. 3. Impactos. 4. Advocacia. I. Hartmann,
Guilherme Kronenberg, orient. II. Título.

MATEUS SANTOS DA SILVA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: FORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E DESAFIOS DA
PRÁTICA NA ADVOCACIA MODERNA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / 2019.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019 / SEGUNDO SEMESTRE

Dedico este gênero de tinta e papel à minha amada mãe, Maria da Penha, que mesmo não concordando com tudo, me apoiou nos momentos em que mais precisei nessa vida.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por ter me fornecido toda a base que precisei como pessoa;

À minha escola, pública e estadual, Domingos José Martins, pelo ensino de qualidade que me entregou, mesmo em meio a tantos descasos do governo estadual, que até hoje insiste em querer demonstrar que as escolas do interior não importam. Marataízes continua a resistir, portanto, continuaremos a ser Polivalentes, sempre!

À Valdecira das Neves, mulher, negra, professora e advogada, quem muito me ensinou em suas aulas e muito me inspirou a escolher cursar uma faculdade de direito;

Às Defensoras Públicas Renata Affonso, Mônica Brito e Georgia Cabeços, pelo aprendizado e pela experiência humana que pude desfrutar em ajudas os mais necessitados no NUDECON/DPE-RJ;

Aos mestres Márcia Cristina Xavier de Souza e Leonardo Ribeiro da Luz Fernandes, por terem, respectivamente, despertado em mim a paixão pelo Direito Processual Civil e pelo Direito Civil;

Aos irmãos que a vida me deu, Djalma Gerk e André de Castro Costa, pela irmandade, amizade e bons momentos de sempre;

Às competentes Yasmin Soares, Isadora Loretti e Thayná Costa, por serem a equipe que qualquer um desejaria trabalhar e por tornarem o ambiente de trabalho mais leve. À Antonella Marques Consentino, a chefe, por ter me ensinado os ônus e bônus do que é advogar, assim como me alertou sobre a importância de escolhermos bem as nossas batalhas;

Às Marias da minha vida, Maria Soares e Maria Eduarda Sá, pela amizade e cumplicidade de sempre;

Por fim, ao grande mestre e meu orientador, Guilherme Kronenberg Hartmann, pela paciência, pelo aprendizado que tive ao longo dos anos como seu monitor, por confiar no meu trabalho e por ser, para mim, um exemplo como profissional e como pessoa.

Enquanto amar um igual for impróprio,
sejamos rebeldes.

RESUMO

Este estudo objetiva analisar os impactos do sistema precedentalista na advocacia privada a partir de sua instituição, por meio do Novo Código de Processo Civil, buscando encontrar e justificar as razões pelas quais levou o legislador a produzir um novo código e seus impactos. Sendo certo de que a sistemática dos precedentes é de origem anglo-saxônica, portanto, de origem na tradição jurídica do *Common Law*, evidentemente alguns impactos foram gerados na advocacia. Além disso, chama a atenção o fato de que o Brasil, sendo um país de *Civil Law*, de cultura totalmente diferente, escolheu por implementar modelo estrangeiro de precedentes. O presente estudo, por sua vez, é baseado em análises de obras jurídicas, propondo-se a demonstrar tanto a existência de benefícios do sistema de precedentes, como o desafogamento do judiciário e segurança jurídica, como também malefícios, em virtude da excessiva onerosidade atribuída ao trabalho dos advogados, que desde então passaram a ter um papel de protagonistas na criação e superação dos precedentes judiciais, ao passo em que aos tribunais ficou incumbida uma desmedida concentração de poderes.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Direito Processual Civil. Impactos. Advocacia.

ABSTRACT

This study aims to analyze the impacts of the precedent system on private law from its institution, through the New Code of Civil Procedure, seeking to find and justify the reasons why the legislature to produce a new code and its impacts. Given that the precedent system is of Anglo-Saxon origin, and therefore of origin in the *Common Law* legal tradition, of course some impacts have been generated in advocacy. Moreover, it is striking that Brazil, being a country of *Civil Law*, of a totally different culture, chose to implement a foreign model of precedents. This study, in turn, is based on analyzes of legal works, proposing to demonstrate the existence of benefits of the precedent system, as well as the unburdening of the judiciary and legal certainty, as well as harm, due to the excessive burden attributed to it the work of lawyers, who have since played a leading role in the creation and overcoming of judicial precedents, while the courts have been given an inordinate concentration of powers.

Keywords: Judicial Precedents. Civil Procedure Code. Impacts. Advocacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. MODELOS JURÍDICOS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	03
1.1. Sistema Jurídico de “ <i>Common Law</i> ”	04
1.2. Sistema Jurídico de “ <i>Civil Law</i> ”	08
1.3. Sistema Jurídico Brasileiro.....	12
2. SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC COMO FORMA DE UNIFICAÇÃO DAS DECISÕES	18
2.1. Bipartição Teórica dos Precedentes.....	22
2.1.1. <i>Ratio Decidendi</i>	22
2.1.2. <i>Obiter Dictum</i>	24
2.2. Técnicas de confronto e superação do precedente.....	26
2.2.1. Competência para criação e superação de precedentes.....	26
2.2.2. Superação explícita, implícita e a (in)admissibilidade da transformação dos precedentes.....	28
2.2.3. <i>Overruling</i>	30
2.2.4. <i>Distinguishing</i>	33
2.3. Deveres institucionais dos tribunais na pacificação da jurisprudência.....	37
3. FORMAÇÃO DE PRECEDENTES E SUA RELAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE	41
3.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	48
3.2. Enunciados de Súmulas Vinculantes do STF.....	49
3.3. Incidente de Assunção de Competência.....	51
3.4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	53
3.5. Recurso Extraordinário e Recurso Especial Repetitivos.....	62
3.6. Enunciados de Súmula do STF e STJ.....	69
3.7. Decisões dos Órgãos de Cúpula dos Tribunais.....	70
3.8. Reclamação Constitucional.....	71

4. IMPACTOS E NOVOS DESAFIOS DA ADVOCACIA MODERNA NA ATUAL SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	78
4.1. A excessiva delegação de poder aos Tribunais.....	82
4.2. A oralidade no Processo Civil brasileiro.....	84
4.3. A advocacia como elemento essencial na formação e superação de precedentes.....	88
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo, inicialmente, a análise acerca da nova sistemática de precedentes judiciais implementada pelo novo Código de Processo Civil, em vigência desde 2016. Após, pretende uma análise acerca dos mecanismos de formação, distinção e superação dos precedentes, uma análise bastante procedimental. Por fim, pretende identificar os impactos ocasionados por essa nova sistemática, de origem na tradição jurídica de *Common Law*, no Direito Processual Civil brasileiro.

Dessa forma, uma análise história deve ser feita, para que não se comece sem um ponto histórico essencial, de onde podemos determinar um ponto inicial da nossa discussão, e então poder traçar a sua linha evolutiva até chegar ao Brasil, onde continuou a desenvolver-se. Sendo certo de que o Brasil é um país de *Civil Law*, e agora acabou por unir ambas as tradições nessa sistemática precedentalista, faz-se necessário explicar ambas as tradições jurídicas, para só então conseguirmos entender a opção brasileira e porque, apesar de possuir conteúdos de tradições de *Civil Law* como de *Common Law*, não trata-se de tradição “mista”, mas de verdadeiro implante jurídico.

No *primeiro capítulo* abordaremos os tradicionais sistemas jurídicos de *Common Law* e de *Civil Law*, e a partir do entendimento de que há uma certa cisão entre esses sistemas, mas que, em muitos pontos, acabam se aproximando, é que passaremos a entender a evolução do sistema precedentalista no Brasil.

Como será visto, a ideia do que entendemos hoje por “precedente” não era tão estranha ao nosso ordenamento antes da vigência do novo Código de Processo Civil, como a súmula vinculante, os enunciados de súmulas vinculantes do STF, etc. A propósito, há previsão de decisões com efeito de precedente vinculante fora do Código de Processo Civil, como nos casos previstos na Constituição Federal de 1988.

No *capítulo dois*, passaremos a entender o precedente em si, analisando a sua estrutura, sua bipartição teórica – e as grandes divergências doutrinárias existentes acerca dessa bipartição –. Ainda, analisaremos as técnicas de confronto dos precedentes, como a distinção

(*distinguishing*), superação (*overruling*) e os deveres instituições dos tribunais na pacificação da jurisprudência, na atual ótica do novo Código de Processo Civil.

No *terceiro capítulo*, estudaremos as novas técnicas de formação de precedentes prevista no novo Código de Processo Civil, bem como as existentes em outros diplomas legais, como a Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, estudaremos o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Incidente de Assunção de Competência (IAC), as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, as súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais e as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda neste capítulo, abordaremos acerca da Reclamação, meio adequado para fazer com que os tribunais observem os precedentes vinculantes, bem como algumas implicações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, como a exigência de exaurimento das vias ordinárias para que uma Reclamação seja, de fato, admitida.

No *quarto capítulo*, abordaremos os impactos gerados na sistemática do novo Código de Processo Civil e os impactos gerados à advocacia.

Sendo assim, analisaremos de forma mais aprofundada a delegação excessiva de poderes aos tribunais – cancelada pelo novo Código de Processo Civil – e o desconforto gerado à advocacia por dispender esforços para adaptar-se a esse novo sistema precedentalista. A oralidade, por sua vez, fora também privilegiada na atual sistemática de precedentes vinculantes, contudo, ainda apresenta algumas problemática ainda não evoluídas pelo novo Código de Processo Civil.

Por fim, será abordado o papel protagonista que ocupa a advocacia no atual sistema de precedentes, que deverá não apenas observar os precedentes já firmados perante os tribunais para orientar seus clientes e avaliar viabilidade das demandas futuras, como deterá papel importante em fiscalizar e atuar ativamente na formação e superação desses precedentes.

1. OS MODELOS JURÍDICOS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Considerando que o direito pode ser entendido como uma manifestação cultural, visto que, criado por nós, seres humanos, e por possuir natureza intrínseca ao indivíduo, o também pode ser influenciado pelos valores sociais da época em que surgiu. Esses valores servirão como base regulamentadora da sociedade ou grupos sociais, bem como à sua tradição jurídica.

Dentre a multiplicidade de tradições jurídicas, as tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, estão entre as que mais influenciaram o modelo jurídico brasileiro, mas esta que aquela. Essas tradições, por sua vez, nasceram em circunstâncias políticas, jurídicas, sociais e econômicas distintas, sendo a formação histórica da Inglaterra e da França fatores decisivos para o desenvolvimento dessas tradições.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo já haviam traçado tal conceito de tradição jurídica, o que se faz essencial citar:

“A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.”¹

Uma tradição jurídica, como o termo implica, não é um conjunto de regras legais sobre contratos, corporações e crimes, embora essas regras quase sempre sejam, de certo modo, um reflexo dessa tradição, mas um conjunto de atitudes profundamente arraigadas, historicamente condicionadas sobre a natureza da lei, sobre o papel da lei na sociedade e o governo, sobre organização e operação adequadas de um sistema jurídico e sobre a maneira como a lei é ou deveria ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada. A tradição jurídica relaciona o sistema legal com a cultura na perspectiva cultural da qual ele é, em parte.” (tradução nossa)

Nesse sentido, antes de começar a discorrer sobre o sistema de precedentes judiciais e sua relação com o Novo Código de Processo de Civil, é essencial fazer uma abordagem histórica e crítica das tradições jurídicas de *Common Law* e *Civil Law*, desde o seu surgimento até sua chegada ao Brasil e como se operam nos dias atuais.

¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin American*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 2.

No presente capítulo, o que se pretende é analisar como o sistema de precedentes obrigatórios se entrelaça como as tradições jurídicas apresentadas, e conseqüentemente, a sua influência na jurisdição brasileira, ressaltando, ainda, a influências dessas tradições nas Faculdades de Direito, onde uma determinada tradição visa muito mais a prática e outra muito mais a parte teórica, mesclando com uma parte prática que, atualmente, é exercida no Brasil por meio de estágios forenses e pelos núcleos de prática jurídica das universidades.

1.1. Sistema Jurídico “*Common Law*”

O *Common Law*, como tradição jurídica, surgiu no país onde hoje conhecemos como Inglaterra. Em termos históricos, apesar da vasta expansão do Império Romano sobre a Inglaterra dentre outros países do continente europeu, no território da Inglaterra, o Império não obteve êxito em conseguir exercer o mesmo domínio de forma ampla. Sendo assim, com a queda do Império Romano, essas terras foram abandonadas pelos romanos e se tornaram alvo de múltiplas invasões de povos bárbaros, em especial os anglo e saxões, os quais dominaram a região entre 597 até o início do século XI.

Em 1066, os Normandos, comandados por Guilherme I, Duque da Normandia, de origem saxônica, invadiu a região inglesa, onde estabeleceu o sistema feudal inglês e organizou o governo do país ao separar o Estado da Religião, ao mesmo tempo em que fortalecia o poder do rei. Como consequência da concentração do poder estatal na figura do rei, foram criadas as cortes reais – *royal courts* -, e as cortes locais – *hundred courts* e *manorial courts* – as quais passaram a julgar os casos que lhes eram submetidos. Mas não foram só esses os grandes e importantes efeitos da reforma dos Normandos. Além do estabelecimento do sistema feudal, houve um melhoramento e fortificação da organização e política fiscal; fora retirada a ingerência da Igreja Católica sobre o Estado, separando os tribunais canônicos dos tribunais estatais; feita a organização e registro de terras por condados e vilas, um por um; e a definição dos recursos tributáveis, rigorosamente, sedimentando os direitos da coroa real.²

As cortes locais eram localizadas em cada feudo, e a elas cabiam o julgamento dos casos locais, utilizando como norma os costumes de cada local. As cortes reais, por sua vez,

² MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 2. Ed – rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40.

funcionam como uma espécie de jurisdição especial, onde era aplicado o que era chamado de “direito dos comuns”. Os tribunais canônicos, por sua vez, estavam incumbidos de resolver as questões eclesiásticas. Em regra, os casos eram submetidos primeiramente às cortes locais e, após, às cortes reais. Apenas quando o assunto era relacionado ao rei é que a questão era levada diretamente às cortes reais.

O pensamento atual de que uma sociedade plural é algo a se buscar, certamente, não era algo que favorecia as pessoas naquela época. Com a conquista dos Normandos, dois grupos étnicos absolutamente diferentes começaram a coexistir no mesmo lugar, bem como dois sistemas jurídicos, em virtude de uma carta régia expressamente mantendo a aplicação do direito anteriormente vigente para os nativos, e múltiplos tribunais, para tratar o que era “direito dos comuns”, os direitos da coroa e os direitos canônicos. A insegurança jurídica, por sua vez, era a verdadeira rainha da Inglaterra, não sendo raras as intervenções do rei de fato, ordenando ou proibindo condutas por meio dos *royal writs*.³

Sucessões após Guilherme I, os reis Henry I e Henry II foram os responsáveis por gerar um movimento de centralização e especialização, que no século XIII, culminou na criação do Tribunal Real de Justiça (*King's Court* ou *Curia Regis*), vulgarmente designado *Court of Westminster*, que obteve esse nome por conta do lugar onde se concentravam seus juízes, após a decadência dos “juízes de deslocamento” (*justices in eyre*).⁴

Com essa concentração, passou-se a entender que seria necessário as ramificações e especializações no Tribunal Real de Justiça. Assim, o *Exchequer* (mais velho departamento governamental) passou a cuidar das finanças do reino; a atividade legislativa fora atribuída especialmente ao Parlamento; a jurisdição fora confiada aos tribunais, a *Court of Common Pleas* e a *Court of King's Bench*; e os deveres administrativos ao Conselho. Contudo, é importante que, embora possa parecer, essa separação fora meramente administrativa, portanto, nem de longe deve ser entendida como alguma espécie de separação de poderes. Dessa forma, com o término do reinado de Henry III e o início do reinado de Edward I, a Inglaterra já possuía todos os elementos configuradores da tradição de *Common Law*, que fora desenvolvida através da criatividade jurisprudencial.

³ MACÊDO, Lucas Buril de. op. cit., p. 41.

⁴ Idem ibidem, p. 42

No início do século XII, Henry de Bracton, juiz da *Court of King's Bench*, escreveu um tratado de cinco volumes (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*), que comenta casos julgados, criando estilo doutrinário que viria a ser uma das mais fortes características do *Common Law*, ao mesmo tempo em que impulsionava o desenvolvimento do *case law*. Tal obra, a qual servia como um guia para os juristas, já se afirmava a importância de se seguir os precedentes das cortes. Por influência do seu livro, tornou-se hábito das cortes inglesas a citação de julgados anteriores que já tivessem enfrentado caso semelhante, e mesmo que tal citação não tivesse caráter vinculante, servia para mostrar que deveria ser seguida.⁵

No século XV, apesar da ampliação de sua competência, as cortes reais ainda eram, essencialmente, uma jurisdição de exceção, para a qual havia a obrigação de atendimento de determinados requisitos para que a demanda pudesse ser recebida nessas cortes. É dessa situação que surge o brocardo "*remedies precede rights*", que consagrou a prevalência do processo sobre o direito, sendo necessário primeiro verificar o cabimento da ação, para somente após ser possível julgar o direito. Essa ideia das cortes reais como tribunais de exceção, por sua vez, só foi superada no século XIX.⁶

É preciso descrever, ainda, em que tipo e momento de sociedade tal sistema judicial estava a se desenvolver, qual seja, uma comunidade inglesa com valores religiosos e calvinistas, e, ao mesmo tempo que era berço econômico do sistema capitalista, demandava uma organização mais previsível de percepção dos resultados que seus atos judiciais e administrativos produziram. O resultado foi a produção de um direito mais racional e previsível, que visava conceder aos sujeitos maior segurança jurídica.

Por influência do livro de Bracton, e em resposta às demandas da sociedade capitalista, as cortes inglesas passaram a utilizar a citação de casos julgados para chegar à conclusão de como uma determinada questão deveria ser decidida.⁷ Note-se que, tais decisões ainda não detinham caráter vinculante, apenas servia para demonstrar que tal questão já havia sido debatida anteriormente, de forma que pela semelhança dos casos a forma mais coerente de se revolver o litígio era com base na decisão que já foi tomada.

⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 17.

⁶ Idem ibidem, p. 15

⁷ Idem ibidem, p. 17.

Com o intuito de auxiliar os magistrados e advogados, surgiram os *Yearbooks* (publicados entre 1268 e 1535), que durante esse tempo fora a principal ferramenta para que os advogados conseguissem pronunciamentos favoráveis perante as cortes reais.⁸ Assim, os *Yearbooks* tornaram-se a principal fonte de citação de precedentes, consolidando o sistema de *Common Law*. Sobre os *Yearbooks*, leciona Ronaldo Cramer:

“Ainda que os *Yearbooks* tenham contribuído para a formação do *case law*, ao tempo deles, os precedentes não eram obrigatórios. Muito embora não tenham sido sempre vinculantes, os precedentes forma, desde o início do *Common Law*, respeitados, em alguma medida, pelas cortes reais”.⁹

O caráter vinculante dos precedentes somente foi estabelecido – de forma genérica –no caso *Beamish x Beamish*, julgado pela *House of Lords* (atualmente conhecida como *Supreme Court of the United Kingdom*) em 1861, onde foi fixado a regra de que os precedentes daquela casa vinculavam em suas próprias decisões, assim como das decisões tomadas pelas cortes inferiores, conforme decisão de Lord Campbell L.C.:

“A decision of this House, occasioned by the Lords being equally divided, is as binding upon this House itself and upon all inferior courts, as if it had been pronounced nemine dissentiente.”¹⁰

“Uma decisão desta Casa, prolatada pelos Lords, ainda que individualmente, é tão vinculativa para esta própria Casa quanto para todas as cortes inferiores, como se tivesse sido prolatada de forma unânime.” (tradução nossa)

O modelo que hoje amplamente conhecemos como *stare decisis*, por sua vez, apenas foi confirmado posteriormente, em 1898, na hipótese do julgamento do caso *London Tramways Company x London Country Council*.

Contudo, apesar de vinculantes, os tribunais não tinham o poder, nem a liberdade de superar seus próprios precedentes, o que tornava o modelo de *stare decisis* demasiadamente rígido. Apenas em 1966, cem anos após o *stare decisis* ter sido adotado pelos tribunais ingleses, o poder de se superar seus precedentes foi outorgado por meio de um ato da *House of Lords*, chamado *Practice Statement (Judicial Precedent)*, em brilhante decisão de Lord Gardiner L.C., que considerou que:

“Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development

⁸ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 18.

⁹ Idem.

¹⁰ House of Lords: *Beamish x Beamish*. Disponível em: <<http://uniset.ca/other/th/9HLC274.pdf>>. Consultado em: 10.06.2019.

of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.”¹¹

“Seus Lordes, no entanto, reconhecem que uma adesão muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei. Eles propõem, portanto, modificar sua prática atual e, embora tratem as decisões anteriores desta casa como normalmente vinculativas, afastar-se de uma decisão anterior, quando parecer correto fazê-la.” (tradução nossa)

Note-se que, o modelo de *Common Law* e *stare decisis*, apesar de semelhantes, não são a mesma coisa. Enquanto o *Common Law* surgiu como um sistema onde não existia direito legislado, com as normas jurídicas sendo produzidas exclusivamente das decisões das cortes – as reais, em especial –, enquanto o *stare decisis* se vale tanto dos precedentes como fontes de produção do direito, como considera que estes constituem regra a ser seguida pelos tribunais.

Como o que se busca no presente trabalho é, também, apontar os efeitos do sistema de precedentes na prática da advocacia, é importante chamar atenção para o fato de que a formação dos juristas nos países de *Common Law* é marcadamente prática, e não teórica, o que difere, e muito, da formação de juristas nos países de *Civil Law*, onde a matriz escolástica das universidades predomina. Sendo assim, tendo a consciência de que o sistema de precedentes é, em seu âmago, um sistema de origem no *Common Law*, os impactos na cultura jurídica brasileira são, no mínimo, alarmantes.

1.2. Sistema Jurídico “*Civil Law*”

Com declínio do Império Romano, no século V, os povos bárbaros foram aos poucos dominando os espaços europeus, impondo aos antigos habitantes seus costumes e tradições. Com a expansão do feudalismo, surgiu a necessidade de criar uma forma organizada de governo para administrar as relações privadas.

O *Civil Law*, como tradição mais antiga e influente do ocidente, tem origem romano-germânica, com nome que deriva do *jus civile*, o direito civil da república romana e do império romano. Em Roma, com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano I, o imperador bizantino, já era possível identificar o início dessa tradição. A grande obra de Justiniano é constituída da

¹¹ OXFORD UNIVERSITY: The Queen’s College. House of Lords: *Practice Statement (Judicial Precedent)*. Disponível em: <<https://www.queens.ox.ac.uk/sites/www.queens.ox.ac.uk/files/Law18-Reading4-Practice%20Statement%20%5B1966%5D1WLR1234.pdf>>. Consultado em 01.08.2019>

compilação de um grande complexo de textos jurídicos, determinada em 528 d.C., com o intuito de renovar o direito romano, à época, em decadência.

Em sentido contrário, por entender que, até o século XIII, seria prematuro dizer que havia sistema jurídico e talvez até mesmo direito, René David, acompanhado de Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti, afirmam que a tradição jurídica de Civil Law se inicia com o renascimento dos estudos sobre Direito Romano nas universidades.¹²

No contexto das universidades medievais, sendo a Universidade de Bologna, fundada em 1088 e a grande protagonista da época, encontrava-se a figura dos glosadores, que trabalhavam a partir do *Corpus Iuris Civilis*, os quais ficaram conhecidos pelos comentários postos entre as linhas e nas margens dos livros pesquisados, com o intuito de explicar o sentido original das leis romanas, com sentido de construir um novo sistema jurídico.

Além do *Corpus Iuris Civilis*, o Digesto (ou *Pandectas*) também foi um dos livros mais importantes da época, formado por 50 volumes que continham fragmentos das obras dos principais juristas. Toda essa base jurídica criada pelos romanos fora, paulatinamente, absorvida pelos demais países da Europa, iniciando-se na Itália do século XII, e partindo para a França, Espanha, Portugal, Holanda e Alemanha, o que resultou no tão conhecido “*jus commune*”, ou seja, o direito comum reconhecido pelos países da Europa continental, em contraposição ao direito costumeiro local.

Apesar do estudo do Direito Romano nas universidades, o mesmo só veio a influenciar os ordenamentos jurídicos com o advento do Renascimento. Assim, com a retomada da valorização das referências culturais da Antiguidade clássicas, promovida pelo Renascimento, o Direito Romano que já estava sendo fonte de estudo nas universidades passou a ser percebido pelos governos como fonte mais segura e propícia a criar um novo sistema jurídico que abrangesse, principalmente, os ideais humanitários e se afastasse dos valores puramente religiosos, inspirando grande parte dos países continentais da Europa.

Muito embora se conheça os acontecimentos extremamente criticáveis da Igreja Católica na época medieval, a filosofia católica continua a influenciar fortemente o pensamento

¹² MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., p. 29.

continental, ainda que de forma velada. Durante todo o medievo, a Igreja exerceu grande influência, sobretudo no que tange a valores morais e éticos. Ainda assim, a Igreja foi de grande importância para a tradição de *Civil Law*, vez que muitos aspectos de direito canônico foram incorporados ao direito romano, especialmente nas áreas de direito de família e sucessões, direito penal e direito processual, através do *jus commune* e de seus imperadores cristãos.¹³

Ressalte-se, a Inglaterra não aderiu a essa tendência. Apesar de também ter se dedicado ao estudo do direito romano em suas universidades, o país não serviu como solo fértil ao Direito Romano para que pudesse adotá-lo como direito vigente. Isto se deu pelo fato de que o rei não era, exatamente, soberano, pois seu poder coexistia com o poder dos barões. Essa dualidade, por sua vez, impossibilitou a construção de um Direito uniforme.¹⁴

Como herança do Iluminismo, movimento iniciado no século XVIII, a elaboração de códigos escritos teve um aumento exponencial no século XIX nos países da Europa continental, buscando uma maior racionalização do direito ao compilar as normativas legais entre particulares e entre estes e o Estado em um único documento.

Outro fato social que teve forte impacto no sistema de *Civil Law* foi a Revolução Francesa de 1789, que vale a pena dizer, uma revolução essencialmente baseada em ideias iluministas. Apesar de todas as evoluções que aconteceram nos últimos séculos, é assustador o fato de que antes da revolução, os juízes pertenciam as classes mais ricas, e isso continua a se sendo uma realidade ainda nos dias de hoje. À época, também mantinham relações com a aristocracia, sendo fundamentais para a manutenção do poder e dos privilégios da classe, julgando sem o menor compromisso com a boa-fé, e, permita-se a crítica, no Brasil atual, em que pese discordâncias, esses (des)valores foram muito bem apropriados pelos juízes da polêmica “Operação Lava-Jato”.

Sobre a quebra que o sistema jurídico determinou entre os poderes do Estado e os poderes do Clero, à época em que o juiz era conhecido como a “boca da lei”, leciona Ronaldo Cramer:

“Valendo-se da tese de Montesquieu, os revolucionários separaram os poderes do Estado, deixando para o Judiciário apenas o poder de julgar. O poder de julgar deveria se restringir a declarar a lei no caso concreto, nada mais do que isso. O juiz deveria ser a boca da lei (*bouche de la loi*) e de modo nenhum poderia criar o direito, que

¹³ MACÊDO, Lucas Buril de. op. cit., p. 31.

¹⁴ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 25.

cabia somente ao poder Legislativo. O judiciário não poderia nem mesmo executar suas decisões.”¹⁵

Por sua vez, o Código Civil Francês, também conhecido como Código Napoleônico (*Code Napoléon*) de 1804 é o marco da codificação do Direito para a tradição de *Civil Law*. A codificação das leis, por sua vez, está estreitamente ligada ao racionalismo, na medida em que se buscava dar trato científico, sistemático e exato ao direito.¹⁶

A codificação das leis marca o *Civil Law* como sistema jurídico, onde as normas estão dispostas em leis, estão codificadas e reunidas em um único documento – perceba-se aqui como o papel do legislativo ganha mais representatividade e poder na estrutura social -, enquanto aos juízes, apenas incumbiria a tarefa de proferir as decisões. Ao longo dos anos, o poder de juízes se expandiu, e os magistrados passaram a fazer também a interpretações das normas jurídicas para aplica-las ou afastá-las do caso concreto.

Outro fato histórico e social importante que nos ajuda a entender mais como o sistema de *Civil Law* é como entendemos hoje é a Segunda Guerra Mundial. Com o fim da guerra e os tratados de paz, ocorreu o surgimento das ditas “cláusulas de caráter geral”, assim como os princípios jurídicos ganharam força normativa. Devido ao fato dessas cláusulas e princípios possuírem natureza genérica, o espaço para interpretação das normas pelos juízes tornou-se ainda mais amplo, tendo sua aplicação variada de caso a caso.

Com os códigos, as universidades que antes haviam reestruturado o Direito Romano, passam a posição de coadjuvantes na formação do Direito, perdendo espaço para os parlamentos, onde os códigos passaram a ser produzidos, o que se mantém até os dias atuais.

Tendo sido o Brasil colônia de exploração de Portugal, não é difícil perceber que a tradição de *Civil Law* chegou ao país através de seus exploradores.

Hoje, o *Civil Law* é conhecido como o sistema em que a norma jurídica não vem das decisões judiciais – como ocorre nos países que adotaram o sistema de *Common Law* –, mas sim da lei promulgada pelo parlamento, sendo papel do juiz tão somente interpretar a lei para

¹⁵ CRAMER, Ronaldo. op. cit., 26.

¹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. op cit., p. 32.

aplica-la ao caso concreto. Esse sistema foi adotado principalmente pelos países da Europa continental, Ásia, África e toda América Latina, e isso incluiu o Brasil – que como já dito anteriormente, mas não custa nada frisar, foi colônia de exploração de Portugal durante 322 anos, durante o período de “descobrimento”, em 1500, até 1822, com a independência do Brasil.

1.3. Sistema Jurídico Brasileiro

Conforme discutido ao longo do presente capítulo, cada tradição jurídica surgiu em contextos políticos e sociais diferentes, e conseqüentemente se desenvolveram com características singulares, muito distintas que, em um primeiro momento, podem parecer bastante incompatíveis entre si, contudo, essa incompatibilidade não é tão radical quanto parece.

O *Civil Law* se desenvolveu em uma sociedade revolucionária, principalmente por conta dos movimentos iluministas, berços das primeiras eras dos Direitos Humanos, que reconhecemos como “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” (*Liberté, Égalité, Fraternité*), que se espalhou pela Europa continental. Ainda, era fundamental a contenção do abuso de poder por parte da classe dominante (e do flerte dos juizes com os aristocratas), buscava-se um modelo jurídico onde a lei seria aplicável de forma horizontal aos cidadãos, de forma a tentar prever o máximo de relações jurídicas possíveis com o intuito de alcançar a igualdade entre as pessoas. Previa, assim, um sistema tradicionalmente racionalista, ligado ao pensamento teórico, ao apriorismo, que se utiliza do método dedutivo para solução dos litígios.

O modelo jurídico desenvolvido na Inglaterra (*Common Law*), por sua vez, buscava a equidade ao analisar o caso concreto e aplicar a mesma solução dada a casos anteriores sobre a mesma matéria. Destaca-se, então, que diferente do *Civil Law*, no *Common Law*, o direito processual é mais importante, sobremaneira, ao direito material. Desse modo, não é difícil perceber que o *Common Law* é marcado pelo método indutivo, de cunho empirista, antidogmático (razão pela qual não se via a necessidade de codificação das leis), extremamente marcado pelos costumes, pela prática e, sobretudo, pelo respeito aos precedentes. Sobre os precedentes, inclusive, é importante dizer que também é um traço forte dessa tradição jurídica

a previsão do *stare decisis*, que prevê a eficácia vinculante da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais aos casos futuros e análogos.

Contudo, o que se observa é que, apesar dos contrastes entre essas tradições jurídicas em relação à metodologia, fonte de direito e à estruturação procedimental, vem ocorrendo uma crescente mitigação entre as distinções entre esses dois sistemas, com uma mútua influência entre eles; enquanto países do *Common Law* têm sido incentivados a produzir mais legislações codificadas, os países que adotaram o sistema de *Civil Law* são cada vez mais estimulados a fortalecer seus precedentes judiciais.

Antes que possa ser gerada qualquer confusão acerca dessas convergências, é importante lembrar do alerta feito por Cramer sobre a situação:

“Não estou me referindo às chamadas jurisdições mistas (*mixed jurisdictions*). Nesse caso, por motivos culturais, políticos ou geográficos, jurisdições de determinados países são concebidas originariamente com elementos e características de ambas as tradições jurídicas, *Common Law* e *Civil Law*.”¹⁷

Adotando os conceitos trazidos por Cramer, tem-se que *convergência* é a incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente, os problemas práticos do sistema jurídico local, sem descaracterização da tradição originária”,¹⁸ ou seja, estamos aqui a falar de verdadeiras hipóteses de transplantes jurídicos, o que quer dizer, basicamente, transportar determinado mecanismo de uma cultura jurídica diferente e transplantar em outra sem, contudo, transformá-la essencialmente. A *hibridização*, por sua vez, constituiria uma mistura, por opção ideológica, de elementos estruturais das duas tradições, o que resultaria numa tradição mista, sem a preponderância de características de uma ou de outra.¹⁹

O sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, é verdadeira hipótese de convergência, vez que foi transportado para o ordenamento pátrio (codificado e de tradição jurídica de *Civil Law*), o próprio *stare decisis*, que prevê a vinculação desses precedentes aos casos futuros e semelhantes, que como já visto, possui origem na tradição jurídica do *Common Law*.

¹⁷ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 29.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

H. Patrick Gleen (*Legal traditions of the world*) afirma que o direito estadunidense não é, apropriadamente, um sistema de *Common Law*, mas resultado de uma combinação entre o sistema federal norte-americano e a ampla recepção da legislação nos Estados Unidos, inclusive de códigos como o de processo civil e o de direito criminal, que passam a ser interpretados propriamente como se faz em países de *Civil Law*.²⁰

No tocante à formação dos juristas, nas diferentes tradições, Macêdo aponta que “a diferença é realmente muito sutil”, conclusão esta que, *data vênia*, não concordamos.²¹

Fato é que, por tudo que já fora exposto, não é mais aceitável que as tradições de *Civil Law* e *Common Law* sejam – simploriamente – distinguidas através da forma de produção do direito, pois isto seria minguar o pensamento crítico e jurídico desenvolvido ao longo dos séculos, resumindo tradições jurídicas em codificações para determinar o *Civil Law* e a aplicação de costumes e precedentes em *Common Law*.

Entretanto, é inegável que atualmente a convergência entre esses dois sistemas foi intensificada, e diversos motivos foram apontados por Cramer explicar esse fenômeno. A primeira causa apontada por Cramer foi a globalização. Para que fosse possível uma circulação mais fácil e eficaz das mercadorias entre os diferentes países ao redor do globo, é imperativa a necessidade de que os sistemas jurídicos entre os países seja o mais similares o possível.²²

Por sua vez, a evolução dos precedentes no Brasil se deu de forma bastante particular. Na época em que ainda era colônia de exploração de Portugal, os precedentes aplicados eram os chamados “*assentos*”, que eram dotados de eficácia vinculante produzidos pela Casa de Suplicação, criada no Brasil em 1808, após a transferência da corte português para o país. Por força do Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875, os antigos assentos foram ratificados e a Casa de Suplicação fora substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, criado já após a independência do Brasil, sendo competência deste expedir novos assentos, também com eficácia vinculante. Com o advento da República, os assentos com eficácia vinculantes foram extintos, a mais alta corte, então, passou-se a se chamar Supremo Tribunal Federal, como até

²⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., p. 61

²¹ Idem.

²² CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 29.

hoje o é, bem como criou-se o recurso extraordinário, com a finalidade de realizar o controle das leis federais (hoje competência do recurso especial, perante o STJ) e da Constituição.²³

O Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, criou o *prejulgado*, que nada mais era que um mecanismo de uniformização da jurisprudência, exatamente criado para dirimir a divergência de entendimentos entre órgãos fracionários da Corte de Apelação do Distrito Federal. Há doutrina, inclusive, que aponta os prejulgados – previstos no Código de Processo Civil de 1939 – como o ascendente da uniformização de jurisprudência, da assunção de competência e do incidente de julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos do Código de Processo Civil de 1973.²⁴

Por sua vez, o Código de Processo Civil abandonou a previsão do *prejulgado*, contudo, manteve mecanismos parecidos, como a uniformização de jurisprudência e o incidente de assunção de competência. Anos mais tarde, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, houve a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ação de controle concentrado de constitucionalidade), que determinava que alguns legitimados (art. 103, CRFB), pudessem impugnar determinado ato normativo que violasse a CRFB diretamente no STF.²⁵

A EC 3/1993, incluiu a ADC, ratificou a previsão da ADPF e previu que as decisões tomadas nessas ações fossem dotadas de eficácia vinculante. Posteriormente, a Lei 9.868/99 regulamentou as ações de controle concentrado de constitucionalidade, principalmente a ADPF. Por sua vez, a EC 45/2004 (reforma do judiciário), determinou que o efeito vinculante decorre das decisões de mérito nas ações de controle concentrado; a capacidade das decisões nessas ações vinculem não só os órgãos jurisdicionais, como também a Administração Pública direta e indireta; a previsão das súmulas vinculantes do STF.²⁶

Reformas a fio, o CPC/1973 passou a prever, por exemplo, as hipóteses de julgamento liminar de improcedência de pedido que contrarie precedente do próprio juízo e a previsão do relator em negar seguimento ao recurso nos casos em que a pretensão recursal for contrária ao precedente, dentre tantas outras. E após quase cinco anos de tramitação do projeto de novo

²³ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 42-43

²⁴ Idem Ibidem, p. 43-44.

²⁵ Idem Ibidem, p. 46.

²⁶ Idem Ibidem, p. 46-47.

código de processo civil no Senado Federal, este fora aprovado pelo Congresso, entrando em vigor no dia 18 de março de 2016, trazendo consigo todo um sistema – muito particular – de precedentes.

Com o advento da novel legislação processual, os precedentes passam a ser previstos expressamente, ou melhor, quais mecanismos são capazes de criar precedentes vinculantes. Nesse mesmo sentido, ao tratar da temática dos precedentes no direito brasileiro, leciona Marinoni que:

“Os precedentes no direito brasileiro têm particularidades. Embora as decisões proferidas em recurso especial e recurso extraordinário sejam tomadas em casos concretos, esses recursos são restritos à valoração de "questões de direito". Tanto as decisões proferidas em recurso especial como aquelas tomadas em recurso extraordinário interpretam questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente.

Não há dúvida que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isso, muitas vezes terão de ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos subsequentes. Isso significa que, embora a função das Cortes Supremas seja interpretativa, o sentido atribuído à lei ou à Constituição só pode ser compreendido a partir da moldura fática do caso em que se insere a questão de direito resolvida.”²⁷

Dessa forma, atualmente, principalmente em relação aos juristas que se aliam à tese da “análise econômica do direito”, no sistema precedentalista almeja-se, sobretudo, resolver a atual sobrecarga Poder Judiciário, sugerindo a promoção e aprimoramento de técnicas que levam as partes a uma postura mais racional em relação ao ajuizamento de ações e interposição de recursos, ideia esta, não é difícil perceber, intimamente ligada aos princípios da economia processual e da cooperação.

Com o advento do CPC, houve expressa previsão legislativa quanto aos mecanismos e decisões capazes de formar precedentes. Contudo, novas divergências doutrinárias surgiram sobre o tema.

Sobre esses artigos do CPC e outros que também preveem a eficácia vinculante de determinadas decisões no ordenamento jurídico brasileiro é que passaremos a estudar daqui em diante.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. Ed – rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Cap. IV, p. 186.

Sendo assim, necessário apontar os arts. 926²⁸, 927²⁹ e 928³⁰ do Novo Código de Processo Civil. Dessa forma, sua análise pormenorizada ficará detida aos próximos capítulos do presente trabalho, utilizando desse recurso didático para que não fiquem as informações fragmentadas.

²⁸ Dispõe o art. 926 do CPC:

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

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

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

²⁹ Dispõe o art. 927 do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ Dispõe o art. 928 do CPC:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

2. SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC COMO FORMA DE UNIFICAÇÃO DAS DECISÕES

O sistema de precedentes, no direito brasileiro, foi, sem dúvidas, encampado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC), ao trazer expressa previsão legal de tal sistemática. Por sua vez, essa previsão, como toda mudança, não foi bem recebida por parte da comunidade jurídica – principalmente a mais antiga, já acostumada com outra sistemática processual –. Contudo, importante dizer que já havia outros instrumentos com eficácia vinculante antes mesmo dessa previsão legal, como, por exemplo, as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF), o que houve, então, além da previsão expressa no texto legal, foi a ampliação de mecanismos capazes de gerar precedentes vinculantes aos casos futuros.

Importante dizer que o sistema de precedentes judiciais está previsto no direito processual civil, contudo, como se sabe, por sua aplicação subsidiária e complementar aos demais ramos do direito, o mesmo sistema de precedentes estende-se ao processo penal, trabalhista, tributário e tantos outros.

De acordo com Alexandre Câmara, “precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”.³¹

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais – os superiores, em especial – fez com que o estudo sobre a temática dos precedentes extrapolasse a academia e tornasse um problema para os próprios operadores do direito. Teresa Arruda Alvim Wambier justifica que tal preocupação se deu por três razões: **a)** o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos tribunais; **b)** muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem questões de massa. Nesse caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; **c)** passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto.³²

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 431.

³² ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.) et al. *CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 619-620.

Marinoni, por sua vez, a fim de elaborar uma justificativa para a existência de um sistema de precedentes, apresentou questões sobre valor e comportamento; unidade e desenvolvimento; clareza e generalidade; promoção da igualdade; fortalecimento institucional; limitação do poder estatal; previsibilidade; racionalidade econômica e respeito ao direito e responsabilidade pessoal. Para o autor, tudo que possa comprometer a uniformidade do trato dos casos é bem-vindo por aqueles que têm interesse na prevalência das relações pessoais, apontando a crítica de que a máxima “casos similares devem ser tratados da mesma forma” é insuportável àqueles que se acham no direito de ter as suas reivindicações tratadas de forma particular³³. Aponta, ainda, que a cultura do “homem cordial” – o sujeito do jeitinho, especialista em manipular e destituído de qualquer ética comportamental – não é apenas desinteressada, mas, sobretudo, receosa a um sistema precedentalista.

A igualdade e outras consequências que se esperam de um sistema precedentalista, por sua vez, deriva da instituição de precedentes dotados de autoridade; a unidade do direito resulta de um sistema de precedentes obrigatórios.

Um das críticas feitas – majoritariamente pelos juristas de longa data – é que o sistema de precedentes engessa o direito, o sistema processual, as causas. Em sentido diverso, grande parte dos processualistas – diga-se de passagem, grande parte da doutrina escrita por aqueles que exercem a magistratura – defendem o sistema de precedentes. Marinoni, por sua vez, entende que “o sistema de precedentes não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade”, entendendo também que o “o sistema de precedentes oportuniza o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo e sofisticado”.³⁴

No mesmo sentido, Teresa Wambier considera como negativa a afirmação de que a jurisprudência estável (art. 926, CPC) irá engessar o direito brasileiro³⁵. E apenas para que não se confunda, mas também não se adiante tema que será abordado posteriormente no presente trabalho, é importante dizer que “precedente” e “jurisprudência” são institutos absolutamente distintos.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

³⁴ Idem Ibidem, p. 105.

³⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.) et al. *CPC em foco temas essenciais...* op cit., p. 627.

Sendo certo de a unidade do direito promove a clareza, a segurança e a previsibilidade do direito, a falta destes atributos é eliminada pelos precedentes. E em crítica ácida de Marinoni, “isso desfavorece o emprego do jeitinho, a participação do advogado travestido de lobista e a parcialidade do juiz”.³⁶ A eficácia obrigatória dos precedentes, por sua vez, nas entender do autor acima citado, é uma decorrência da própria igualdade e trata-se de algo imprescindível num país que realmente acredita – e se cansou de demagogicamente proclamar – que todos devem ser igualmente tratados perante o direito.³⁷

Acertadamente, se os precedentes garantem a aplicação uniforme do direito e isso valoriza a instituição, o que, certamente, também a fortalece. A atual multiplicidade de entendimentos judiciais sobre a mesma matéria cria verdadeiro colapso, aumentando a insegurança jurídica, e o sistema de precedentes vem, exatamente, para tentar resolver esse impasse, que prejudica a previsibilidade das decisões judiciais.

Segundo Marinoni, “a previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal podem ser extraídas várias interpretações ou normas jurídicas”,³⁸ e que esta permite a confiança nos direitos. Contudo, uma outra citação carece de singular atenção:

“A previsibilidade, além de evitar surpresas, permite ter confiança nos direitos. Sabe-se, dessa forma, que a opção por uma conduta não só não acarretará algo imprevisto, como também se tem a garantia de que diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido.”³⁹

A pergunta é: E a atividade advocatícia? Ela estaria engessada e resumida em apenas observar os precedentes? Ora, se não pode ser contestado, o que resta ao advogado? E ao poder judiciário? Aplicar instintivamente o precedente? Essa conclusão, especificamente, configura-se um tanto quanto radical.

No que tange à racionalidade econômica, também haverá discordâncias, vez que Marinoni defende que “a previsibilidade sempre foi indispensável à vida dotada de racionalidade e também para o desenvolvimento do capitalismo”,⁴⁰ e que a afronta à previsibilidade das decisões judiciais conspira contra a economia. Ora, se o Processo Civil, com

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes... op. cit., p. 107.

³⁷ Idem Ibidem, p. 108.

³⁸ Idem Ibidem, p. 110.

³⁹ Idem Ibidem, p. 111.

⁴⁰ Idem Ibidem, p. 112.

o advento do fenômeno da constitucionalização do processo avoca para si valores constitucionais, a economia deve ser resguardada, é claro, mas a defesa de um sistema capitalista, reconhecidamente explorador e que serve para a manutenção das desigualdades sociais criaria um contrassenso, um verdadeiro disparate, e nem de longe esse deve ser o foco de um sistema de precedentes que, na verdade, deveria se prestar a apaziguar os reiterados conflitos sociais, ditos “conflitos de massa”.

De outro modo, há se de concordar com a afirmação de que “ninguém pode orientar a sua vida com base num direito que não ser identificado ou é aplicado de modo contraditório pelos tribunais”⁴¹. A segurança – e não só a jurídica – é um dos sentimentos que o ser humano mais preza na vida e, absolutamente, deve ser tutelada.

Há de se ressaltar que o estudo do direito processual desenvolveu-se, tradicionalmente, a partir da análise de litígios individuais,⁴² dessa forma, há tantos prós quanto contras da nova sistemática dos precedentes introduzida pelo CPC, e como se verá a seguir, a técnica dos precedentes é estruturalmente diferente das ações coletivas que possui o direito brasileiro hoje, pois enquanto o microssistema de resolução de casos repetitivos se preocupa com a formação de precedentes vinculantes, as ações coletivas buscam a coisa julgada coletiva, que por sua vez, envolve outra problemática, qual seja, as liquidações e execuções individuais da sentença coletiva.⁴³ Para que fique melhor evidenciada a diferença, melhor valer-se da didática do grande mestre, Fredie Didier Jr., demonstrada no quadro⁴⁴ abaixo:

	Ação coletiva	Julgamento de casos repetitivos
Legitimidade	Art. 5º da Lei n. 7.347/1985: entes públicos, associações civis, Ministério Público, Defensoria Pública etc.	Art. 976, CPC: parte em processo em que se discuta a questão repetitiva, órgão julgador, Ministério Público e Defensoria Pública
Objeto	Questões de direito coletivo material, ressalvadas aquelas previstas no art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985	Qualquer questão de direito coletivo material ou processual, sem restrições
Resultado	Coisa julgada coletiva	Julgamento de processos pendentes e formação de precedente obrigatório

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes... op. cit., p. 115.

⁴² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Vol. 3. 16. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 706.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 483.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 710.

Evidentemente, importante ressaltar a importância da fundamentação na sistemática dos precedentes, vez que, para aplicar ou afastar um precedente, a decisão deve ser, necessariamente, bem fundamentada, sob pena de nulidade da decisão (Art. 489, § 1º, VI, do CPC).

De forma muito inspiradora (diria até que poética), Nunes e Horta apontam que “nesse contexto [sistema de precedentes], o CPC/2015 busca se alinhar ao modelo democrático e constitucional de processo, reforçando, em seu capítulo introdutório, seu aspecto principiológico”⁴⁵, e acrescentaria mais, pois o capítulo introdutório do CPC é, na verdade, a concretização do que muitos doutrinadores chamam de “neoprocessualismo” ou “constitucionalização do processo”, que são, em essência, sinônimos que visam explicar o mesmo fenômeno.

Sendo assim, introduzida a temática dos precedentes, passemos a analisar essa sistemática de forma mais aprofundada.

2.1. BIPARTIÇÃO TEÓRICA DOS PRECEDENTES

2.1.1. *Ratio Decidendi*

A *ratio decidendi* ou razão da decisão, adianta-se, é a parte da decisão que vincula os casos futuros semelhantes, todo o resto é o que chamamos de *obiter dictum*, que são apenas razões que podem influenciar o aplicador do direito no caso concreto, são razões persuasivas, mas que, repita-se, não vinculam os casos posteriores. É da *ratio decidendi* do julgado que surge o precedente, o entendimento que deverá ser aplicado aos casos futuros que tratem da mesma matéria.

Nesse sentido, é importante dizer que nem toda decisão judicial é um precedente. É, a propósito, a inteligência do Enunciado 315 do FPPC.

⁴⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 332.

Conforme leciona Câmara, há dois tipos de precedentes no Direito Brasileiro: os *vinculantes*, como a própria denominação indica, são de aplicação obrigatória, e os precedentes *não-vinculantes*, que é apenas persuasivo ou argumentativo.⁴⁶

Por sua vez, Câmara, também chama atenção para o cuidado que os magistrados devem ter na fundamentação de suas decisões, salientando que é fundamental que em todos os votos haja expressa manifestação sobre todos os argumentos suscitados, de modo que se possa identificar quais foram os argumentos efetivamente acolhidos pela maioria dos integrantes do órgão julgador⁴⁷. Portanto, um cuidado que se deve ter ao analisar, de acordo com os argumentos acolhidos pela maioria dos julgadores, quais foram as razões determinantes (*rationes decidendi*) para a fixação da tese jurídica que vinculará os casos futuros.

A natureza jurídica da *ratio decidendi* (direito inglês) ou *holdings* (direito norte-americano) é controversa. Inclusive, os métodos de identificação dessas razões determinantes são das mais variadas, de acordo com o estudo de Karl Llewellyn, que apontou um alarmante número de sessenta e quatro formas de encontrar a *ratio decidendi* de um julgado⁴⁸.

Macêdo faz observação bastante interessante ao criticar a utilização da máxima “eficácia transcendente dos motivos determinantes” por reiteradas vezes pelo STF. Em sua exposição, o autor aponta que a Corte induz o leitor a interpretação errônea sobre a questão, pois passa a ideia de que é o próprio texto da fundamentação que vincula, o que é falso, vez que a vinculação é a norma do precedente, construída a partir da fundamentação, mas que com ela não se confunde.⁴⁹

Por sua vez, o autor apresenta também interessantes métodos desenvolvidos por outros estudiosos para que se possa alcançar a *ratio decidendi*, e dentre estes, o de Arthur Goodhart chama bastante atenção ao prever que, para que se possa descobrir a *ratio decidendi* de um julgado (chamada por ele de “princípio de caso”), é imprescindível determinar quais foram os fatos sustentados como materiais e quais os fatos foram reconhecidos pelo tribunal como

⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 439.

⁴⁷ Idem ibidem, p. 562.

⁴⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 223.

⁴⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. “Contributo para a definição de *ratio decidendi*...” op. cit., p. 218.

relevantes para a decisão, pois a definição da *ratio* de um determinado precedente judicial é guiada pela identificação dos fatos substanciais para a prolação da decisão.⁵⁰

O autor, ainda, aborda a perspectiva cética de Michael Moore do “*treat like cases alike*”, ou seja, de tratar casos análogos de forma análoga – que vai de encontro a concepção de Câmara⁵¹ – que considera improvável a possibilidade de que o tratamento igual seja realmente fornecido pelos precedentes, pois para a sua aplicação, torna-se indispensável a categorização de quais são os seus fatos substanciais, o que, por sua vez, só é realizado nas decisões posteriores, reconhecendo, todavia, que o problema de se determinar os fatos substanciais do precedentes é, em suma, determinar sua norma.⁵²

Macêdo, de forma bastante razoável, conclui que extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentados pelo novo caso, não sendo possível, portanto, estabelecer um único método de definição da *ratio decidendi* como superior ou correto.⁵³

Para todos os efeitos, é possível utilizar-se da concepção de Arthur Goodhart e Alexandre Câmara, vez que complementares e suficientes para se investigar a *ratio decidendi* das decisões judiciais, pois considerar que estas são praticamente impossíveis de se retirar do substrato dos provimentos judiciais é, na verdade, ferir de morte o sistema de precedentes. Inclusive, seria abusivo manter um sistema precedentalista no qual o advogado de uma das partes, por exemplo, não pudesse conseguir extrair as razões determinantes da decisão utilizada como precedentes para, no caso concreto, aplicá-la adequadamente ao caso; distingui-la do caso ou até mesmo apontar que suas razões foram, em virtude de decisões posteriores em sentido contrário, superadas. Contudo, se falará sobre a temática da distinção e superação dos precedentes em capítulo oportuno para tal.

2.1.2. Obiter Dictum

⁵⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. “Contributo para a definição de ratio decidendi...” op. cit., p. 220-221.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 442.

⁵² MACÊDO, Lucas Buri de. “Contributo para a definição de ratio decidendi...” op. cit., p. 221.

⁵³ Idem ibidem, p. 227.

Como já dito anteriormente, o *obiter dictum* consiste nas razões persuasivas ou argumentativas dos precedentes judiciais, são argumentos “de passagem”, são as razões que não possuem o condão de vincular o processo subsequente, não servindo como precedente de fato.

Da mesma forma que existem razões que não vinculam, existem precedentes que não vinculam, como é o caso dos enunciados de súmula (não vinculante) do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, CPC) e as orientações do plenário do órgão especial dos tribunais (art. 927, V, CPC), são meramente argumentativos ou persuasivas.

Segundo Macêdo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é essencial para o *stare decisis*⁵⁴. Ao apresentar suas concepções sobre MacCormick, destaca do próprio autor alguns argumentos que podem ser considerados *obiter dictum*, quais sejam, os que tratem de princípios jurídicos; os que valorem outros comandos; ou os que valorem as consequências da norma favorecida e suas alternativas.⁵⁵

Cramer, por sua vez, parece ter uma opinião até um pouco mais radical e abrangente quanto ao que é o *obiter dictum*, contudo, apesar de não parecer (ao menos não essencialmente) errada sua concepção, ilustra que até mesmo a opinião pessoal do relator⁵⁶, por exemplo, pode ser concebida como tal, como um argumento que é dispensável para determinar a norma do precedente, tendo fim meramente elucidativo, formando, por vezes, conexão lógica entre os argumentos e a tese jurídica firmada.

Não obstante, Horta e Nunes apresentam argumento muito válido de Thomas Bustamante, de que a multiplicidade de significados que parcela da doutrina atribui à *ratio decidendi*, parte do equivocado pressuposto de que existe apenas uma única *ratio decidendi* em cada decisão, e que todo o resto seria dispensável⁵⁷, sendo assim, vê-se certa preocupação, também, com os argumentos não-vinculantes das decisões que geram precedentes.

⁵⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. “Contributo para a definição de ratio decidendi...” op. cit., p. 216

⁵⁵ Idem Ibidem, p. 221

⁵⁶ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 107.

⁵⁷ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. “Aplicação de precedentes e distinguishing...” op. cit, 315.

Marinoni, por sua vez, e nos parece, de forma bastante abalizada, valora o que é *ratio decidendi* como aquilo que é materialmente relevante para a decisão, enquanto os argumentos irrelevantes, classifica-os como *obiter dicta*. Saliencia, também, que é possível que a *ratio decidendi* expresse a tese jurídica que qualifica a decisão, sendo todas as demais considerações jurídicas, não imprescindíveis a tomada da decisão, *obiter dicta*.⁵⁸

Como não é difícil perceber, o conceito de *obiter dictum*, é, na verdade, residual da própria análise da decisão judicial. Analisada a decisão e definida suas razões fundantes, ou seja, a *ratio decidendi*, todo o resto é *obiter dictum*, é persuasivo, meramente argumentativo, é caminho lógico que passa à margem daquela decisão, é, metaforicamente falando, um capítulo de uma série que, sem ele, haveria um furo no roteiro, o que poderia prejudicar a conclusão do telespectador.

2.2. Técnicas de confronto e superação do precedente.

2.2.1. Competência para criação e superação de precedentes

Eis um ponto delicado da temática, pois não se discute tão somente as normas do Código de Processo Civil (CPC), mas da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). A Carta Magna prevê, dentre muitas outras coisas, as competências dos poderes da República, por conseguinte, as competências atinentes ao Poder Judiciário.

Por sua vez, o Poder Judiciário brasileiro tem divisão estrutural própria, qual seja, a justiça comum (estadual e federal) e a especializada (trabalhista, militar e eleitoral). Os tribunais de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE), por sua vez, cumprem papel importante como uniformizadores do entendimento sobre a Constituição Federal e sobre a legislação federal, dentro da sua esfera de competência.

Aos tribunais estaduais, em regra, compete a fixação de precedentes acerca de interpretação do direito municipal e estadual. No tocante às discussões relativas a constitucionalidade da norma prevista na Constituição Estadual – quando não for norma de mera repetição da CRFB – caberá, quando houver, ao Órgão Especial a fixação da tese jurídica.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 144-145.

Sendo assim, fica perceptível que o alcance do precedente varia de acordo com o órgão jurisdicional que fixará a sua tese. Sendo assim, os precedentes fixados pelos tribunais estaduais (TJ e TJM) e regionais (TRF, TRT, TRE) – de acordo com a sua especialidade e amplitude geográfica – serão capazes de vincular todos os órgãos subordinados.

Pouco se fala sobre os tribunais militares, e aqui vale apenas uma breve consideração, pois pode haver confusão, e para que não ocorra, é importante saber que os Tribunais de Justiça Militar – quando existirem – são competentes para julgar as demandas atinentes à polícia militar e ao corpo de bombeiros daquele estado, servindo, é bem verdade, apenas para uma concentração de processos sobre aquela matéria dentro do próprio Tribunal de Justiça Estadual, não diferindo, essencialmente, do mesmo. O Tribunal de Justiça Estadual, essa figura intermediária entre a 1ª instância e os tribunais superiores não existe na justiça especial militar, pois os recursos contra as decisões tomadas nas Auditorias Militares (1ª instância) serão remetidos diretamente ao STM (última instância), além do fato de que a competência dessa justiça especializada é voltada aos militares federais, ou seja, aos que pertencem às forças armadas e aos civis.

Apenas que aproveitemos a breve explicação sobre a jurisdição militar, é importante fazer a provocação sobre a evidente a inconstitucionalidade quanto a sua competência para julgar civis que cometem crimes militares, evidentemente porque (1) a 1ª instância é formada por cinco juízes, sendo apenas um juiz de direito e outros quatro juízes militares; e (2) o STM é formado por quinze ministros, sendo quatro do Exército, três da Marinha, três da Aeronáutica, três advogados de notório saber jurídico e com mais de dez anos de carreira e outros dois, paritariamente divididos entre os juízes auditores e membros do Ministério Público Militar. Obviamente, a discussão é muito mais profunda do que essa breve exposição, contudo, não podíamos nos omitir sobre o fato de que se trata de uma justiça essencialmente corporativa, sendo, *data vênia*, impensável que ainda se mantenha tal competência para julgar crimes militares cometidos por civis. Todavia, não iremos nos alongar muito mais no tema, até porque não é esse o objetivo.

Os precedentes formados pelo STJ, por sua vez, vincularão todo o território nacional, sendo que as decisões do STJ vinculam apenas a justiça comum (TJs e TRFs), ficando a cargo

dos precedentes criados pela justiça superior especializada (TST, TSE e STM) vincular, obviamente, os seus órgãos subordinados (TRT, TRE e Auditoria Militares).

Os precedentes formados no STF, sem nenhuma surpresa, vinculam todos os órgãos jurisdicionais, sem exceção, inclusive, vinculam a Administração Pública direta e indireta, como já fora dito no decorrer deste trabalho.

Dessa forma, é possível concluir que a competência para criação do precedente dependerá de vários requisitos, que são cumulativos. Primeiramente, o requisito da **(1) disponibilidade**, que está intimamente ligado a ideia de hierarquia existente entre os órgãos jurisdicionais, ou seja, só poderá ser instaurado mecanismo de criação de precedente se a matéria já não estiver sendo debatida pelos tribunais superiores; **(2) da legitimidade**, que assim podemos compreender como a competência jurisdicional do órgão em relação àquela matéria, bem como se a(s) parte(s) que suscitaram o mecanismo são legítimas para tal; e seus efeitos serão avaliados de acordo com a **(3) abrangência geográfica** do órgão jurisdicional, que também podemos entender como o limite da competência territorial de cada órgão, se estadual, regional ou se suas decisões vinculam todo o território nacional.

2.2.2. Superação explícita, implícita e a (in)admissibilidade da transformação dos precedentes

Entendendo o Direito como uma técnica que, necessariamente, precisa e está sob constante evolução, logicamente seria necessária a criação de mecanismos que tornassem o sistema de precedentes flexível, até para que não houvesse engessamento dos entendimentos e a mecanização da aplicação dos precedentes. Majoritariamente, cumpre lembrar, a doutrina não enxerga o sistema de precedentes como engessamento do Direito.

Uma das técnicas é a superação do precedente (*overruling*), mas que será propriamente tratada em capítulo próprio para tal. Neste, iremos apresentar algumas problemáticas acerca da superação expressa, implícita e a transformação dos precedentes.

A superação expressa, por sua vez, não tem grandes impactos negativos, vez que é expressa, ou seja, dá ciência a todos os órgãos jurisdicionais e jurisdicionados a ciência de que determinado entendimento fora superado, não gerando, assim, qualquer dúvida às partes se continuará sendo aplicado futuramente. O problema, na verdade, está nas outras formas de superação do precedente.

Ravi Peixoto aponta que superação implícita carrega consigo várias problemáticas como a falta de clareza na decisão que buscar superar o precedente, dificultando a interpretação das cortes inferiores em interpretar o novo entendimento do precedente, faltando clareza no momento de decidir pela sua aplicabilidade ou não ao caso concreto. Ressalta, ainda, que esse é um método que deve ser rechaçado, pois não se atenta ao dever de justificação expressa e ampla para superação de um precedente, bem como não se atenta ao dever de autorreferência.⁵⁹

O autor ainda explica a diferença entre superação implícita e transformação (*transformation*) do precedente. Para ele, na transformação, o novo precedente é efetivamente incompatível com o anterior⁶⁰, mesmo havendo esforços na tentativa de compatibilizar os resultados, o que não se dá na superação implícita do precedente, pois nesta há a criação de um outro precedente, em outro sentido. Para Peixoto, a técnica de transformação é ainda mais nociva do que a superação implícita, pois a entende como inadequada, apontando que a técnica de “sinalização” (*signaling*) como mais adequada nesses casos.

Sobre a criticável técnica da transformação, leciona Marinoni:

“Mediante a *transformation*, a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente, através do *overruling*. Ou seja, no *overruling* a Corte expressamente anuncia a revogação do precedente, enquanto na *transformation* isso não acontece.”⁶¹

De fato, assiste razão a Peixoto, pois a sinalização consiste em *técnica preparatória de superação do precedente*; os tribunais, por sua vez, ao identificarem que o precedente já se encontra obsoleto ou teve processo de formação deficitário, e, por isso, merece ser superado,

⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. “Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 541

⁶⁰ Idem Ibidem, p. 542

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 245

avisam que o precedente poderá ser modificado futuramente, mas não tocam, imediata e substancialmente, no precedente já firmado.

Fazendo um diálogo entre as conclusões de Peixoto e Marinoni, é nítido que ambos concordam com Eisenberg, o que quer dizer que concordam que a artificialidade a que se propõe a técnica de transformação em “não perturbar o precedente” consiste, na verdade, na velha “técnica” de varrer a sujeira para debaixo do tapete, criando uma falsa noção de segurança jurídica, razão pela qual as técnicas de sinalização e superação do precedente seriam, logicamente, as melhores alternativas. Veja-se:

“Adverte Eisenberg que as desvantagens da transformation constituem o lado obscuro das suas vantagens. A principal delas está na dificuldade de os tribunais inferiores compreenderem o real significado da decisão em que se fez a transformation. Isso é ocasionado exatamente pela sua artificialidade, expressa na tentativa de o julgador "esconder" o que está implícito em seu raciocínio.”⁶²

Dessa forma, a aplicação do precedente tende a perder consistência e a ser menos invocado pelos órgãos jurisdicionais, preparando os jurisdicionados para as possíveis futuras modificações do entendimento firmado pelo precedente sinalizado.

2.2.3. Overruling

Como já visto neste trabalho, em 1966, cem anos após o *stare decisis* ter sido adotado pelos tribunais ingleses, a capacidade de superar precedentes foi outorgada por meio de um ato, o *Practice Statement (Judicial Precedent)*, emanado da *House of Lords*.

Conceitualmente, *overruling* é a revogação de um precedente por outro precedente proferido pela mesma corte que criou o anterior ou por uma corte hierarquicamente superior⁶³. Contudo, alerta Câmara que, a superação dos precedentes deve ser, essencialmente, excepcional, pois guarda consigo certa noção de segurança jurídica e confiabilidade.

Sobre em quais hipóteses deveríamos aplicar a técnica da superação, se manifesta Marinoni no seguinte sentido:

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 246.

⁶³ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 145.

“Além disso, realiza-se o *overruling* quando, independentemente de decisões anteriores que revelem a fragilidade do precedente, percebe-se com nitidez o seu erro e nada justifica a opção pela estabilidade.”⁶⁴

Há, contudo, uma realidade nos tribunais ainda hoje: a estabilidade da jurisprudência é verificada de acordo com os seus membros, se maioria dos membros pensavam X no ano de 2019, e essa maioria deixa aquele colegiado em 2020, sendo substituídos por outros, a jurisprudência também muda, não para adequar-se ao melhor direito, mas para adequar-se aos novos integrantes. Obviamente, não haveria problema algum em mudanças repentinas na jurisprudência se elas sempre evoluíssem, fossem melhoradas, mas não é o que ocorre, pelo menos não no Brasil.

É, de não outra forma que não seja assustadora, perceber que o limite para uma jurisprudência permanecer íntegra é, na verdade, a composição dos membros do órgão jurisdicional. Isso, na verdade, tornou-se cultura jurídica.

Note-se que, da mesma forma com que a jurisprudência é instável, acaba que a superação dos precedentes caminha no mesmo sentido, criando um colapso generalizado de insegurança jurídica. Também por isso, talvez, tentando mascarar a aberrante mudança repentina de entendimentos e constatações de erros grosseiros pelos tribunais é que a modulação dos efeitos da superação se opera, deixando o cenário mais “equilibrado”, dando ao novo entendimento apenas aplicação daquele momento em diante (efeito *ex tunc*).

Em regra, defende Cramer que os efeitos da superação do precedente, total ou parcial, tem efeitos retroativos (*ex nunc*), contudo, também chama atenção para o fato de que a aplicação retroativa gera surpresa aos indivíduos⁶⁵, ou seja, mais uma hipótese em que a segurança jurídica fica em cheque.

Digna de nota, a superação parcial (*overriding*), que por grande parte da doutrina é vista como mais próxima do *distinguishing*, encontra divergência por parte de Cramer, que entende que, sendo um tipo de superação, o *overriding* possui as mesmas regras da superação total

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 93.

⁶⁵ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 153.

(*overruling*), especialmente no tocante à possibilidade de modulação dos efeitos da alteração, em respeitando à segurança jurídica⁶⁶, a proteção da confiança e a isonomia.⁶⁷

Nesse sentido, Câmara faz uma breve abordagem acerca da superação do julgamento e os efeitos em relação aos casos para os quais aquele precedente fora considerado válido e, certamente, também aplicado:

“Perceba-se, porém, que a superação do precedente não acarreta a rescisão do julgamento. Em outras palavras, aquela decisão que servia como precedente vinculante era, também, o julgamento de um caso concreto. Superado o precedente, não será mais aquela tese aplicada no julgamento de casos futuros, mas o caso concreto que através daquela decisão se julgou continuará submetido àquela mesma decisão. É que não se confunde a eficácia vinculante (para outros processos) de um pronunciamento judicial com sua eficácia decisional (para o caso concreto que tal pronunciamento resolve).”⁶⁸

Dessa forma, embora o precedente superado possa ter sido formado com diversas deficiências, o mesmo é considerado válido para os casos em que fora proposto a resolver anteriormente. Aos casos futuros, todavia, estes podem vir a ter melhor sorte, pois nada garante (embora seja esse o esperado) que o novo precedente, que revoga o anterior, seja melhor estruturado e sem deficiências, na medida do possível, já que estamos a tratar aqui de uma atividade humana, logo, eivada de muitas falhas.

Como se vê, a doutrina caminha no sentido de que o sistema de precedentes, de forma alguma engessa a prática do Direito. Nesse sentido, sobre o *overruling*, leciona Câmara:

“A superação (muito conhecida pela designação inglesa *overruling*) evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles continuar a ser aplicados.”⁶⁹

Sendo assim, em virtude da tutela da segurança jurídica e da confiabilidade, as superações devem ser, na medida do possível, evitadas, principalmente por motivos de erros nos julgamentos anteriores, o que é bem diferente da superação de um precedente porque o mesmo tornou-se obsoleto, ultrapassado.

Contudo, há de se dizer que não deve o Poder Judiciário temer a quebra de confiança ao superar um precedente por motivos de erro nos julgados anteriores, pois isso seria atitude

⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 153.

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p. 443.

⁶⁸ Idem Ibidem, p. 445.

⁶⁹ Idem Ibidem, p. 444.

narcisista e deveras descompromissada com os jurisdicionados. Pelo contrário, deve ter a humildade de promover a superação do precedente defeituoso e, de forma pedagógica, reforçar a importância da renovação do Direito e do cuidado que se deve ter no bojo do processo de formação do precedente, principalmente, os precedentes vinculantes.

2.2.4. *Distinguishing*

No mesmo sentido do que já defendido no início do capítulo anterior, ao entender que o Direito é uma técnica que precisa e está sob constante evolução, é importante ter em mente que todo sistema fundado em precedentes precisa, para funcionar de forma adequada e compatível com a exigência da constante evolução do ordenamento jurídico, reconhecer a possibilidade de distinções e superações.⁷⁰

Conceitualmente, “o *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente”.⁷¹

Fixado o precedente, os casos futuros podem, por vezes, se sujeitarem ao precedente anteriormente fixado, contudo, não raras as vezes, o precedente é aplicado de forma errada ao caso concreto, que devido as suas peculiaridades, não comporta solução ideal para a controvérsia.

Na atual sistemática, a técnica da distinção (*distinguishing*) é a forma ideal de se afastar a aplicação do precedente. Importante alerta é feito por Câmara, que salienta que o Direito Processual Civil, até agora, apenas se importou com a identidade de ações para identificar a existência de litispendência ou coisa julgada⁷².

Por *identidade absoluta*, entende Teresa Wambier, que são aquelas que apresentam identidade de fatos e de questões jurídicas, enquanto *identidade essencial* são aquelas que têm fatos completamente diferentes.⁷³ Cramer, de forma bastante didática, demonstra as hipóteses

⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 444.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 232.

⁷² CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 142.

⁷³ Idem Ibidem, p. 143.

de aplicação e distinção do precedente, considerando (F) como fatos, (FJ) como fundamentos jurídicos, (\approx) como similar, ($=$) como idêntico e (\neq) como possibilidade de se aplicar a técnica da distinção. Vejamos no quadro⁷⁴ abaixo:

caso concreto		caso do precedente		caso concreto		caso do precedente
F	\approx	F		F	\neq	F
FJ	$=$	FJ		FJ	\neq	FJ
(encaixe do precedente)				(distinção do precedente)		
caso concreto		caso do precedente		caso concreto		caso do precedente
F	\neq	F		F	$=$	F
FJ	$=$	FJ		FJ	\neq	FJ
(distinção do precedente)				(distinção do precedente)		

Como este trabalho também se desenvolve no intuito de elucidar os impactos que o sistema de precedentes tem na prática da advocacia nos dias atuais, é importante elucidar que, hoje, a técnica da distinção é uma das ferramentas mais importantes da advocacia. Vastamente utilizada para atravessar precedentes que estão sendo erroneamente aplicados, porque são mecanicamente aplicados de forma verticalizada, sem a devida observância de que o caso concreto possui muitos detalhes que afastam a aplicação automática daquele precedente.

Cumpra salientar, todavia, que a técnica da distinção pode ser exercida não só pelas partes e seus procuradores, como também pelo órgão jurisdicional, que ao analisar o precedente invocado pelas partes e as minúcias do caso concreto, em decisão necessariamente fundamentada, pode afastar a sua aplicabilidade. Deve ser lembrado, então, que os juízes possuem certa autonomia para julgar, então, de aplicar ou deixar de aplicar precedentes, vinculantes ou não, devendo ser lembrado, sempre, que o conceito de liberdade nem de longe pode ser confundido com arbitrariedade. Nesse sentido, alerta Marinoni:

“O sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, assim como proíbe o órgão jurisdicional de negar o que já decidiu. É claro que o fato de a decisão ser absolutamente vinculante não impede o juiz de fazer o *distinguished* do caso que lhe é submetido, ou seja, de evidenciar que a questão posta para julgamento é diferente ou que os fatos da causa que está para ser julgada tornam a questão de direito distinta da já decidida.

⁷⁴ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 144.

O que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de a Corte Suprema não poder revogar o precedente, ainda que tenha bons fundamentos para não o respeitar. Trata-se, aproximadamente, do sistema inglês da Câmara dos Lordes da primeira metade do século passado.”⁷⁵

Como se pode ver, Marinoni acaba de nos levar, também, à capítulos anteriores e introdutórios deste trabalho, aproximando a cultura jurídica brasileira de *Civil Law* à cultura inglesa de *Common Law*.

Há de ressaltar que a aplicação do precedente leva em conta não somente as minúcias do caso concreto, mas as condutas em si, os resultados práticos. Logo, não basta para que se afaste um precedente a alegação de que este se firmou acerca de uma discussão sobre dano moral em contrato de mútuo, por exemplo, e o caso concreto fala sobre outro tipo contratual. O que se deve verificar, portanto, é a similaridade dos fatos concretos e jurídicos, para que então possa se avaliar se o caso é, de fato, de distinção ou de incidência do precedente. Há doutrina, inclusive, que qualifica o *distinguishing* como uma modalidade de ruptura (*departures*).⁷⁶

Da aplicação da técnica de distinção podem gerar dois resultados: cria-se uma exceção à regra jurisprudencial estabelecida, reduzindo seu campo de incidência; ou se limita a aplicação dessa regra em razão da existência de especificidades que desautorizam o mesmo tratamento jurisdicional do caso precedente em relação ao caso concreto em discussão.⁷⁷

O que pode ser visto, sem muita dificuldade, é que a distinção do precedente ao caso concreto, na prática, é grande parte feito pela advocacia, vez que o Poder Judiciário, em si, fica prejudicado com o aumento desenfreado de processos, o que, não precisa de grande esforço para reconhecer, prejudica bastante a atuação dos magistrados.

Para a distinção, logicamente, não existe uma única forma correta para fazê-la, mas, certamente, existe uma etapa em que se deve identificar as razões fundantes do precedente, ou seja, identificar a(s) sua(s) *ratio(nes) decidendi*. Depois, então, se deve identificar as especificidades, as minúcias do caso concreto para que se possa, objetivamente, afastar qualquer vinculação à tese firmada no precedente, principalmente nos casos em que, por virtude

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 90.

⁷⁶ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. “Aplicação de precedentes e distinguishing...” op. cit., 332.

⁷⁷ Idem Ibidem, p. 314.

de uma decisão de afetação, os casos análogos acabam tendo seu trâmite e julgamento prejudicados, para que aguardem a fixação da tese jurídico, que será aplicada automaticamente aos casos sobrestados.

Macêdo, de forma muito pontual, nos traz interessante observação sobre o lastro de aplicação da norma jurídica quando se está analisando as particularidades do caso concreto. Sabendo que o *distinguishing* deve ser analisado caso a caso, “*where the reasons stops, there stops the rule*”⁷⁸, ou seja, a norma possui incidência até onde as razões determinarem o seu alcance.

Sobre a ótica do que defendem os processualistas, ou seja, de que o sistema de precedentes não irá engessar o processo, é importante observar que o *distinguishing* é, em sua essência, mecanismo essencial para esse não engessamento.

Por fim, e por óbvio, distinguido o caso concreto do precedente, ou seja, observado que não se está diante de uma hipótese de incidência daquele precedente, o mesmo continuará o seu regular processamento, e muito bem observa Marinoni:

“Com o *distinguished*, a solução respeitante à aplicação da *ratio* pode variar. Caso a questão que se formou em razão da nova alegação possa ser vista de maneira autônoma, sem prejudicar a análise daquela já enfrentada no precedente, existirão duas questões, devendo o precedente ser aplicado para permitir ao juiz dar à questão, idêntica ou semelhante à já definida, a mesma solução. No entanto, se a nova alegação não formar questão autônoma, mas estiver presa ao fundamento apreciado no caso que deu origem ao precedente, não haverá como aplicá-lo. Na última hipótese, a “nova” alegação (portanto de um fato substancialmente distinto), ao exigir o *distinguished*, não deixa espaço para que qualquer questão seja solucionada mediante a aplicação do precedente. Aqui, impõe-se o exame da mesma questão, mas a partir de outra perspectiva. Há um novo fato material ou fundamental, pouco importando se este fato estava ou não integrado na causa de pedir do caso primitivo. Isso simplesmente porque o princípio do deduzido e do dedutível apenas serve para se delimitar a coisa julgada material, que diz respeito à segurança jurídica entre as partes de um mesmo litígio, nada tendo a ver com a *ratio decidendi*, que releva ao assegurar a todo e qualquer jurisdicionado igualdade de tratamento perante o juiz.”⁷⁹

O que fica evidente é que, quando houver duas questões, por exemplo, uma vinculada ao precedente e outra se dispuser de forma autônoma, a que se vincula se resolve de acordo com o precedente já firmado e a outra irá ter sua solução com a continuidade do processo. No entanto,

⁷⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. op. cit., p. 268.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 193.

se a nova questão suscitada não se dispuser de forma autônoma, o precedente deve ser inteiramente afastado, pois aplicá-lo feriria o princípio da adequação.

Nesse sentido, fica evidente que a causa que pode ser resolvida com a fixação da tese no IRDR é, na verdade, aquela que for autônoma, pois, se vinculada, bem como configuraria verdadeira supressão de instância e afrontaria ao princípio da adequação.

Há, ainda, conforme apontado pela doutrina⁸⁰, uma outra técnica que se aproxima da técnica que já estudamos neste capítulo, o *distinguishing*⁸¹, entendida como uma “superação parcial” do precedente, conhecida como *overriding*, que nada mais é que uma espécie de controle sobre o precedente, determinando apenas sua parcial aplicação, e não a sua totalidade, na tentativa de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado.

“O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial. Mas no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a Corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, a sua aproximação é maior em relação ao *distinguishing*”.

Assim, a estruturação das técnicas de distinção é, no marco da convergência de tradições jurídicas de *Civil Law* e *Common Law* e da utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa, o retrato da concretização de um modelo constitucional de processo que possui a finalidade de garantir a manutenção de um ordenamento jurídico coerente e uniforme, atributos essenciais de qualquer nação que, minimamente, almeja a integridade do Estado e seu protagonismo como garantidor de um sistema jurídico único, isonômico, acessível e justo.

2.3. Deveres institucionais dos tribunais na pacificação da jurisprudência.

Como se sabe, a segurança jurídica é mais do que um princípio, é um desejo incessante da humanidade, é uma necessidade básica, consubstanciada em um direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 247.

⁸¹ Em sentido contrário: CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 152.

Sendo assim, o Código de Processo Civil (CPC) fez essencial previsão quanto ao dever dos tribunais em manter sua jurisprudência *estável, íntegra e coerente* (Art. 926, CPC). Nesse sentido, diz a doutrina:

“Resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízes e tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria. Consequência disso é que, por força do dever de integridade, ficam os órgãos Jurisdicionais obrigados a utilizar as técnicas de distinção e superação dos precedentes sempre que isto se faça necessário para adequar seu entendimento às características do caso concreto ou à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico (FPPC, enunciado 457).”⁸²

Note que, por escolha legislativa, os adjetivos não são considerados sinônimos, mas valores de distinta essência a serem preservados pelos tribunais.

Contudo, chama a atenção que, por vezes, a coerência pode estar a instruir os juízes a aplicar precedentes de forma injusta e incompatível com o caso concreto, sendo assim, aponta a doutrina que o juiz deve abandonar a coerência, em virtude da integridade⁸³, e para que não fique abstrato tal entendimento, basta ter em mente as hipóteses em que o juiz, de forma fundamentada, afasta o precedente, pois o mesmo não é capaz de resolver o caso concreto de forma justa.

Obviamente, manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente é, na verdade, garantir aos jurisdicionais um processo isonômico, com paridade de armas e tratamento, o que, por sua vez, nada mais é do que respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A todo tempo, na doutrina, quando se trata do assunto precedentes, o que mais chama atenção é a defesa de uma “previsão” da decisão futura. Alguns, inclusive, defendem que o desrespeito injustificado de decisões tomadas no passado acaba por negar às pessoas um status que em todas as sociedades está entre os mais valorizados e respeitados: a expectativa de comportamento⁸⁴.

A discussão sobre precedentes, como já dito no decorrer deste trabalho, também chama atenção para a possibilidade de “engessamento” do Direito, e nesse sentido, defende Teresa Wambier que:

⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 438.

⁸³ FREIRE, Alonso. “Jurisprudência íntegra”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. In: *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35

⁸⁴ Idem Ibidem, p. 25.

“A jurisprudência deve, sim, alterar-se porque é o termômetro mais sensível das mudanças que ocorrem na sociedade e o direito serve a ela. Mas mudanças na sociedade ocorrem em décadas, séculos e não em dias ou meses ou mesmo anos.”⁸⁵

Em que pese ser um argumento bastante abalizado, por vezes, uma sociedade pode mudar – e muito – o seu comportamento e forma de entender o Direito em pouquíssimo tempo, a depender do cenário político, social e econômico em que se encontra, logo, discorda-se aqui de que uma sociedade não possa mudar sua concepção tão rápido como em meses ou anos, ainda que mais rara, e isso pode ser visto através da opinião popular sobre o julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da prisão após a condenação em segunda instância, que antes de 2016 possuía entendimento de acordo com a Constituição; em 2016, entendeu-se como melhor uma interpretação *contra legem* do que dispõe o Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, autorizando a prisão em segunda instância; e em 2019, voltou a interpretar a norma de acordo com o estabelecido na Constituição (e não deveria ter sido diferente).

Câmara, por sua vez, defende que “a coerência garante a isonomia e é a chave para a integridade”⁸⁶, lembrando do Enunciado 455 do FPPC.

Didier, é importante lembrar, que em artigo sobre os deveres institucionais dos tribunais na uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, nos apresentou oito premissas para que possamos entender melhor o que o novo Código de Processo Civil quis, de fato, trazer ao impor tais deveres aos tribunais.⁸⁷

⁸⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.) et al. *CPC em foco temas essenciais...* op cit., p. 627.

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre. op. cit., p. 438.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. “Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 387-390. São as premissas:

Primeira premissa: a discussão muda de patamar; não se trata mais apenas de uma querela filosófica- que continuará existindo, é claro, até mesmo pela relevância da discussão. O problema da interpretação do que se entende por “coerência” e por “integridade” passou a ser dogmático;

Segunda premissa: para compreender o conteúdo dogmático do art. 926 do CPC é a seguinte: o uso de dois termos pelo legislador indica claramente a existência de dois deveres [coerência e integridade];

Terceira premissa: a necessária distinção dogmática entre esses deveres não impede que uma determinada conduta de vida pelo tribunal possa decorrer de ambos os textos normativos;

Quarta premissa: O dever de coerência e o dever de integridade servem ao atingimento de um fim: a jurisprudência há de ser consistente. É preciso extrair desse dispositivo do CPC o dever de o tribunal produzir uma jurisprudência consistente;

Quinta premissa: a condição mínima para que se possa considerar uma jurisprudência como íntegra e coerente é estar ela lastreada em precedentes bem fundamentados (art. 489, § 1º e art. 927, § 1º, CPC);

Lembremos, todavia, da lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, quando expõe que a divergência jurisprudencial não é, em si, um mal, pois a divergência é consideravelmente importante para a renovação do pensamento jurídico,⁸⁸ contudo, se deve ter especial atenção às decisões com desarrazoada discrepância em relação às demais, pois como já dito antes, esse tipo de decisão é um desserviço ao sistema jurídico brasileiro, pois além de afrontar princípios constitucionais, fomenta o colapso de insegurança jurídica.

Embora não seja o tema deste trabalho, no tocante à uniformização da jurisprudência, é importante ressaltar a funcionalidade dos “embargos de divergência”, que visam, como o próprio nome diz, sanar a divergência sobre a interpretação de determinada norma ou tese jurídica, ou seja, uniformizar, no âmbito dos recursos especial e extraordinário, o entendimento conflitante entre as turmas, sendo certo de que este pode ser suscetível por qualquer das partes ou de qualquer componente da turma julgadora.⁸⁹

Para isso, não é preciso dizer que, para que realmente se consiga chegar a uma jurisprudência tão pacífica, à uma realidade em que o processo seja, de fato, isonômico, haverá a necessidade de cooperação entre os órgãos jurisdicionais.

É certo que jurisprudência e precedentes são institutos absolutamente distintos, contudo, deve-se ter em mente que são complementares entre si, pois na sistemática adotada pelo Brasil, a opção brasileira prevê quais são os meios adequados para a formação concentrada de precedentes obrigatórios, e quais meios gerarão precedentes meramente elucidativos, porém, este é um assunto para o próximo capítulo.

Sexta premissa: o art. 926 do CPC consagra dois exemplos de postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária ao desenvolvimento judicial do Direito. Tanto na formação como na aplicação dos precedentes, os tribunais devem observar os postulados da coerência e da integridade;

Sétima premissa: a coerência e a integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. É da essência de um sistema de precedentes construídos de forma racional e não-autoritária que eles sejam universalizáveis. Não é legítimo universalizar o que não é íntegro ou coerente;

Oitava premissa: a verificação da integridade e da coerência da jurisprudência deve ser feita a partir da ponderação e do balanceamento de diversos critérios, que se relacionam entre si. Alguns desses critérios serão vistos a seguir. Na medida do possível, eles devem ser observados e não podem ser examinados isoladamente.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 366.

⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 450.

3. FORMAÇÃO DE PRECEDENTES E SUA RELAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE

Como já dito, o Brasil optou por um sistema precedentalista muito próprio, bastante distinto do sistema precedentalista que existe nos países de *Common Law*, um sistema no qual sabemos quais decisões e mecanismos criarão precedentes vinculantes e quais não. Nesse sentido, leciona Câmara:

“No direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. Assim, quando um tribunal vai exercer controle concentrado de constitucionalidade, vai decidir um incidente de assunção de competência ou vai julgar casos repetitivos, já se sabe, de antemão, que a decisão que ali será proferida será um precedente vinculante. Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado "para ser precedente vinculante". Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são "precedentes de propósito" (ou, como já tive oportunidade de dizer, em tom de brincadeira, em conferências que proferi sobre o ponto, "precedentes vinculantes dolosos", já que formados "com a intenção de serem precedentes vinculantes").”⁹⁰

Nessa esteira, surge uma primeira bipartição: o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios⁹¹. O *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*, por sua vez, é formado pelos recursos especial e extraordinário repetitivos e pelo incidente de assunção de competência, que tem por objetivo a própria formação do precedente, assim, tendo como um dos objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e do julgamento dos recursos repetitivos é a formação concentrada de precedentes obrigatórios.⁹²

“O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema.”⁹³

Sobre o *microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*, este é formado apenas pelos recursos especial e extraordinário repetitivos e o IRDR, descartando aqui o incidente de assunção de competência, pois nesses recursos há a escolha de pelo menos dois processos – escolhidos de acordo com a profundidade e qualidade argumentativa – para que sejam julgados e formem o precedente a ser aplicado aos demais casos, que ficarão sobrestados até o

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre. op. cit., p. 443.

⁹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 714.

⁹² Idem Ibidem, p. 731.

⁹³ Idem Ibidem, p. 715.

juízo destes. Essa técnica de escolha de dois ou mais processos para fixação de uma tese a ser aplicada aos demais também pode aparecer na doutrina como uma técnica de *juízo por amostragem*. Nesse sentido, leciona Didier:

“Os instrumentos que formam o microsistema de gestão e juízo de casos repetitivos são regidos por normas comuns, que se intercomunicam: garantindo, assim, unidade e coerência. Para a gestão dos casos repetitivos e a formação de precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esses microsistemas, como normas que se complementam e se interpretam conjuntamente.”⁹⁴

Vale lembrar que a sistemática dos precedentes se presta, principalmente, para desafogar o judiciário ao tentar resolver, através da técnica de afetação – que nada mais é que sobrestar os processos em curso que versem sobre a mesma matéria que está sendo discutida no juízo de casos repetitivos – e a fixação de uma tese jurídica para casos similares, os conflitos em massa. Logo, a obrigatoriedade de se seguir um precedente se faz necessária quando, ao verificar a adequação do precedente ao caso concreto, a hipótese for de clara incidência.

Sobre a técnica da vinculação, é importante ressaltar que pouco se fala de como essa técnica nos aproxima dos princípios gerais do direito. Ora, se os casos não são idênticos, mas são similares, nada mais é do que o uso da analogia para solucionar o caso concreto por aproximação. Mas, veja-se, não estamos tratando, necessariamente, de uma lacuna na lei – para a qual a analogia incidirá para garantir a completude do ordenamento jurídico –, mas de algo aparentemente mais avançado, pois já há uma resposta na lei, e para o caso concreto é preciso verificar a lógica e a adequação do precedente para que este possa ser aplicado, ou seja, para que possa realizar devidamente juízo de adequação.

Há de ressaltar, contudo, que o rol de mecanismos que podem gerar um precedente obrigatório prevista no Código de Processo Civil é *numerus apertus*⁹⁵, vez que há outros mecanismos e diplomas legais que preveem a obrigatoriedade dos precedentes de acordo com

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 716.

⁹⁵ Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais...* op cit., p. 338-340. Também assim Luiz Guilherme Marinoni, ao indicar “*não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivas que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário*” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.312).

o mecanismo em que ele foi criado, como, por exemplo, as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF).

Além das ações constitucionais de controle concentrado, deve ser lembrado que os enunciados de súmula vinculante do STF; os enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados também são capazes de gerar precedentes, sendo esta a inteligência do próprio art. 927 do CPC.

O STJ, por sua vez, por ter sua atuação tão abrangente, até pelo volume de questões de ordem federal, merece certo destaque nesse tema, até porque os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e das ações constitucionais são ainda mais complicados de se atender, pois demandar a Corte Suprema requer não só muita técnica processual, mas excelentes argumentos para tal, razão pela qual não será qualquer recurso que conseguirá chegar, de fato, ao Supremo. Assim fica claro que trabalhar com todas as leis federais exige um enorme dispêndio de tempo e eficiente de gestão e organização processual.

Atualmente, o STJ é dividido em três seções especializadas: Primeira Seção – Direito Público; Segunda Seção – Direito Privado; Terceira Seção – Direito Penal. E através dessa divisão podemos perceber mais uma hipótese de precedentes vinculantes, vez que as decisões dessas seções especializadas fazem com que o posicionamento do órgão hierarquicamente mais elevado do tribunal sobre o tema seja o dessas seções, dessa forma, há de se considerar que, embora não haja previsão expressa, as decisões tomadas por essas seções especializadas são, verdadeiramente, vinculantes, por uma interpretação extensiva do inciso V do Art. 927 do CPC. Há, todavia, quem pense de forma contrária, tese esta que acaba por ser amplamente criticada pelos defensores do sistema precedentalista, pois acabaria por criar um outro problema, que seria a necessidade dessas decisões serem sumuladas, para que só então pudéssemos lhes atribuir efeito vinculante.

Interessante trazer o dado de que o STJ, atualmente, tem diversas comissões, dentre elas, a Comissão Gestora de Precedentes, exatamente para que controlem esse novo sistema. E além dessas seções especializadas, é imprescindível comentar também a existência da Corte Especial e o fato de que é sua a competência para julgamento do Incidente de Assunção de Competência

quando a matéria for comum a mais de uma seção (Art. 11, VI), dos recursos especiais repetitivos (art. 11, XVI), bem como a competência para sumular a jurisprudência uniforme comum às Seções e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de suas súmulas (Art. 11, p. único, VII), todos do Regimento Interno do STJ (RISTJ).

Importante dizer que o não cumprimento do precedente por parte do órgão jurisdicional é hipótese de cabimento de Reclamação Constitucional, a depender do mecanismo, de acordo com os arts. 985, § 1º (IRDR); 988, IV (IRDR e incidente de assunção de competência); e 988, § 5º, II (recursos especial e extraordinário repetitivos – nos casos em que esgotadas as instâncias inferiores), todos do CPC.

Neste ponto, em específico, também veremos que há divergências doutrinárias, principalmente no tocante a quais mecanismos e órgãos jurisdicionais, de fato, podem criar um precedente vinculante. Nessa esteira, cumpre apontar a divergência entre Marinoni e Didier.

Marinoni, em uma interpretação *contra legem*, defende que no IRDR não há a formação de um precedente vinculante, pois estaria apenas a resolver casos idênticos, mas haveria formação de precedente nas hipóteses de julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos, pois as cortes superiores são, em verdade, cortes de precedentes. Didier, por sua vez, discorda da tese defendida por Marinoni, entendendo que tanto nos recursos repetitivos como no IRDR, há o julgamento da causa e a fixação do precedente, que deverá ser aplicado aos casos sobrestados e aos futuros que estiverem sob similar situação, enquanto não haja a superação deste. Para Didier, inclusive, há a possibilidade de instauração de IRDR perante os tribunais superiores⁹⁶, mas esse tema será abordado de forma mais pontual e profunda em capítulo próprio.

A arbitragem, é preciso dizer, não se trata necessariamente de processo, pois o que temos hoje como processo, de fato, é a entrega da lide ao poder estatal. Não sendo o caso da arbitragem, tem-se que esse modelo se trata de procedimento, exatamente pela ausência da figura do Estado, representado pelo juiz, para dirimir a controvérsia.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 714-715.

No procedimento arbitral, muito embora haja princípios processuais atinentes ao CPC que devem ser seguidos (como o da isonomia e devido processo legal), a autonomia da vontade é o princípio basilar desse procedimento, onde as partes podem, livremente e de comum acordo escolher: **(1)** quem será o árbitro que julgará a lide (o que não é permitido no processo estatal, pois violaria o princípio do juiz natural e da isonomia); **(2)** quais as leis serão aplicáveis ao caso concreto, inclusive, podendo optar pela aplicação de leis estrangeiras.

O procedimento arbitral se inicia com a assinatura da “Convenção de Arbitragem” (art. 3º, Lei 9.307/96), que compreende o *compromisso arbitral*, que nada mais é que um contrato firmado entre as partes que prevê tal obrigação para um conflito atual, e a *cláusula compromissória*, que nada mais é que a vontade expressa das partes em submeterem os conflitos futuros à arbitragem.

O compromisso arbitral, por sua vez, pode ser dividido em duas espécies: judicial e extrajudicial. O *compromisso arbitral judicial*, refere-se à controvérsia atual e já ajuizada perante a justiça ordinária, celebrando as partes o compromisso, o juiz estatal julgará o feito sem resolução do mérito e o mesmo será levado aos árbitros. Esse compromisso, no entanto, deverá ser assinado pelas partes ou por mandatário com poderes especiais (CC, arts. 851 e 661, § 2º; CPC, art. 38, com redação da Lei nº8.952/94; Lei nº9.307/96, art. 9º, § 1º). Por sua vez, o *compromisso arbitral extrajudicial* ocorre quando ainda não existir demanda ajuizada perante o poder judiciário. Sendo assim, deverá ser celebrado por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (CC. Art. 851; Lei nº9.307/96, art. 9º, § 2º).

Em um primeiro momento, numa causa envolvendo arbitragem, não parece errado perceber que, entre dois particulares, não há muitas questões polêmicas quanto a possibilidade de incidência dos precedentes judiciais, porquanto, de fato, não há mesmo.

Contudo, as polêmicas começam a surgir a partir do momento em que **(1)** entre dois particulares possa estar a controvérsia envolvida por matéria de ordem pública e, nesses casos, sobre a (im)possibilidade de escolha de aplicação de leis estrangeiras; **(2)** entre um particular e a Fazenda Pública, por ser a Fazenda Pública, haveria a incidência dos precedentes formados pela jurisdição estatal; **(3)** se poderia a Fazenda Pública escolher a aplicação de lei estrangeira,

por entender ser mais benéfica à sua situação no processo arbitral, ou, por ser a Fazenda Pública em juízo arbitral, estaria vedada essa aplicação.

Um primeiro problema, contudo, é o fato de que os procedimentos arbitrais são, em sua maioria, privados. Depois, que quem resolve os conflitos arbitrais são as próprias câmaras arbitrais, daí, por ser um instituto essencialmente privado, é importante notar que não há previsão de formação de precedentes no processo arbitral.

Além disso, os árbitros não possuem poder de constrição, busca e apreensão ou de mandar que determinada testemunha seja conduzida coercitivamente. Para isso, as partes deverão levar ao juiz estatal para que, concordando, possa promover os atos que o árbitro não possui competência. Da mesma forma, a tutela antecipada pode ser requerida ao juiz estatal, sem prejuízo ou violação ao procedimento arbitral, pois a questão pode ser tão urgente que não se possa esperar a instauração do procedimento arbitral.⁹⁷

Primeira situação que devemos notar é que os precedentes, no Brasil, são formados por mecanismos próprios e por tribunais hierarquicamente superiores. Não há nada superior à Câmara Arbitral. Forçosa, por sua vez, seria a interpretação analógica de que, a existência de norma prevendo que as sentenças arbitrais possam ser anuladas pelo poder judiciário, também fosse competente o Tribunal de Justiça local o competente para fixar precedentes arbitrais. E se assim o fosse, as Câmaras Arbitrais deveriam tomar para si todos os precedentes e súmulas daquele tribunal. E não só isso, se a Câmara Arbitral for vinculada ao Poder Judiciário local, logicamente ela também deveria ser vinculada a todos os seus superiores. E entraríamos em outro problema, se a Câmara Arbitral for vinculada aos precedentes dos órgãos jurisdicionais estatais, onde estaria a constitucionalidade na constituição do árbitro? Ou seria hipótese de mitigação do princípio do juiz natural? Todas essas questões nos parecem, certamente, afastar a sistemática da arbitragem do microsistema de julgamento de demandas repetitivas.

Segunda situação é que, quem geralmente procura a arbitragem, está buscando um processo mais célere, embora muito mais oneroso economicamente – razão pela qual, inclusive,

⁹⁷ YARSHEL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. “As interações entre o processo estatal e o processo arbitral: o novo código de processo civil e a reforma da lei de arbitragem”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254-255.

é absurdo pensar que seria cabível, através da ótica do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de se escolher a arbitragem para dirimir conflitos consumeristas –. Logo, essas pessoas estão a buscar meios mais elaborados, específicos e particularizados ao caso em concreto, um mecanismo que se molde às situações colocadas aos árbitros.

Sendo assim, paira outra dúvida: deveria ser criada um “Tribunal Arbitral” para que seja possível a aplicação dos precedentes aos conflitos levados à arbitragem? Esse Tribunal, teria caráter público ou privado? Caberia, talvez, a criação de um órgão regulamentador ao invés de um Tribunal em si? São questões complexas e de difícil resolução. Deveria haver a previsão desse órgão superior via alteração legislativa?

Para Cândido Rangel Dinamarco, contudo, a questão da incidência dos precedentes vinculantes na seara da arbitragem não parece guardar grande complexidade, pois o jurista defende da seguinte forma:

“[a]s normas jurídicas responsáveis pela autonomia da arbitragem, estando plantadas no plano infraconstitucional, não têm o poder de afastar essa vinculação, que constitui uma imposição da supremacia da Constituição Federal sobre toda a ordem jurídica nacional.”⁹⁸

No mesmo sentido, a renomada arbitralista Gabrielle Kaufmann-Kohler, professora da Universidade Genebra, reconhece a importância do respeito ao precedente, para que se possa conferir previsibilidade e consistência às decisões na arbitragem. Contudo, aponta que a adstrição do precedente à arbitragem pode variar de acordo com o tipo de arbitragem, se comercial, esportiva ou de investimentos.⁹⁹

São diversas as questões acerca dos precedentes e da arbitragem, contudo, da forma como está colocada a lei de arbitragem e sua composição, bem como os procedimentos previstos pelo CPC e pela CRFB para criação de precedentes, entendemos pela sua absoluta não aplicação aos procedimentos arbitrais entre particulares que não envolvam matéria de ordem pública.

⁹⁸ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 118 apud DINAMARCO, Candido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213.

⁹⁹ CRAMER Ronaldo, op. cit., p. 118-119 apud KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, v. 23, n. 3, Londres: The Official Journal of the London Court of International Arbitration, 2007, p. 378.

Entretanto, em relação às situações que envolvam matéria de ordem pública ou a própria Fazenda Pública, entende-se aqui pela (1) impossibilidade de aplicação de leis estrangeiras aos procedimentos arbitrais, bem como (2) defende-se a incidência dos precedentes quando diante de matéria de ordem pública ou a Fazenda Pública estiver em procedimento arbitral, razão pela qual, caso não haja observância dos precedentes (3) caberá reclamação ao STJ ou STF como cortes capazes de dirimir eventual não observância de seus precedentes vinculantes, dando melhor interpretação e sentido ao disposto na lei federal e a constituição federal, respectivamente, assim como (4) suscitar matéria de ordem constitucional romperia com o a natureza da arbitragem, devendo, a partir da verificação de existência de violação à matéria constitucional, ser levado o conflito imediatamente ao Poder Judiciário.

Sendo assim, para que fique mais clara a exposição dos mecanismos elencados do Art. 926 ao 928 do CPC, bem como outros que encontramos em legislação esparsa, passamos a estudá-los individualmente, trazendo aspectos singulares de cada um para a formação de precedentes.

3.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade

As decisões do Supremo, quando em sede de cognição exauriente, ou seja, definitivas de mérito, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – a eficácia é *erga omnes* e vinculante, não por força do que dispõe o art. 927, I, do Código de Processo Civil (CPC), mas por expressa previsão constitucional, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

Apenas para que nos lembremos, essas ações constitucionais só podem ser intentadas pelos legitimados (art. 103, CRFB), tendo como hipótese de cabimento a **ADI** quando ato normativo já editado violar a Constituição Federal, logo, não pode ser proposta contra Projeto de Lei (PL); a **ADC** é proposta quando se está diante de ato normativo já editado e que inspira controvérsias sobre a sua constitucionalidade, sendo assim, é usada para confirmar a sua

constitucionalidade, sendo forte mecanismo para manutenção da tão desejada segurança jurídica; a **ADO** pode ser proposta quando se está diante de uma norma constitucional de eficácia limitada e não regulamentada, ou seja, apesar de prevista na Constituição Federal, não tem eficácia enquanto não for devidamente regulamentada (como ocorreu na hipótese do julgamento conjunto do MI 4.733 e da ADO nº 26 – equiparação e adequação da homofobia à lei de racismo); e, por fim, a **ADPF**, que tem caráter residual, mas que também visa combater ato normativo já editado que viole a Constituição, pleiteando sua inconstitucionalidade, mas apenas quando não couber mais nenhuma outra das ações anteriormente citadas para resolver a controvérsia.

Contudo, há de se ressaltar uma pequena observação feita por Cramer, de que não se deve confundir a eficácia *erga omnes* e vinculante com a eficácia de precedente vinculante, pois a eficácia do precedente não abrange o dispositivo, mas a *ratio decidendi* da decisão definitiva de mérito tomada em sede de controle concentrado. Além disso, bem recorda o jurista, a eficácia do precedente é interna, ou seja, vincula tão somente o Poder Judiciário, enquanto a eficácia da decisão do Supremo vincula também a Administração Pública direta e indireta.¹⁰⁰

Sendo assim, deve-se ter em mente que, dentre os mecanismos capazes de formar precedentes, quando estamos das ações de controle concentrado de constitucionalidade, os precedentes formados por essas ações possuem grau de vinculação incontestavelmente superior, vez que estão aptos a vincular não só o Poder Judiciário, como também a Administração Pública direta e indireta.

3.2. Enunciados de Súmulas Vinculantes do STF

As súmulas, por sua vez, não devem ser confundidas com precedentes, mas há de se ressaltar que possuem, também, eficácia vinculante prevista no Art. 103-A, da Constituição Federal.

Contudo, há de se explicar melhor sua previsão como precedente no art. 927 do CPC, pois não quer dizer que a súmula, em si, seja o precedente, mas a decisão que a produziu, além de

¹⁰⁰ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 192-193.

que sua aplicação deve ser conforme a lógica do sistema precedentalista. Sendo assim, a mesma deve ser aplicada nos termos do seu precedente originário, e não de acordo com o que dispõe o seu texto.¹⁰¹

Câmara, ao comentar brevemente o rol do art. 927 do CPC, demonstra divergência na doutrina ao postular o seguinte:

“Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo.”¹⁰²

Embora genial, o nobre jurista tem uma característica muito peculiar: a de, *data máxima vênia*, argumentar *contra legem*. A título de exemplo, o mesmo já o fizera quando comentava sobre o Art. 334, § 4º, I, do CPC, defendendo que, para a não realização da audiência de conciliação, basta que apenas uma das partes se manifeste no sentido de que não possui interesse em sua realização, quando a lei diz que “ambas” as partes deverão se manifestar nesse sentido para que a audiência não seja realizada¹⁰³.

A posição de Câmara, contudo, é bastante razoável, vez que essa obrigação acabaria por ferir o princípio da voluntariedade, basilar dos métodos adequados de resolução de conflitos. Entretanto, aqui não se concorda com a sua posição, e não por sua justificativa bastante acertada, mas sim por um aspecto sociológico atinente à realidade brasileira, tendo em vista que o Brasil é um dos países mais litigantes do mundo e o brasileiro não é, culturalmente, disposto a conciliar. Portanto, essa “obrigatoriedade” acaba por servir, na realidade, a um estímulo – ainda que se possa entender forçado – a mudança dessa cultura essencialmente litigante.

Câmara, por sua vez, não está a fazer diferente agora, pois a lei determina quais os mecanismos serão vinculantes, sendo incabível entender diferente da vontade do legislador, que não fez qualquer distinção entre tais mecanismos.

Sendo assim, que ocorre nos incisos IV e V do art. 927 do CPC nada mais é do que uma repetição que já possui previsão constitucional, e estarem previstos no rol de precedentes

¹⁰¹ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 195.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre. op. cit., 440.

¹⁰³ Idem Ibidem, p. 205-206.

vinculantes de uma lei federal não lhes transforma em precedentes não-vinculantes, o que se pode concordar, por óbvio, é que sua eficácia não advém da lei federal que institui o CPC. E se assim não fosse, o desrespeito ao inciso V do Art. 927 do CPC, por exemplo, criaria verdadeira crise na eficácia das decisões das cortes superiores e na própria na hierarquia institucional, o que a doutrina classifica como *eficácia no plano horizontal* (interna aos órgãos que compõem aquele tribunal) e *eficácia no plano vertical* (em relação aos órgãos funcionalmente subordinados aos outros por relação de hierarquia e em virtude de sua especialidade em relação à matéria).¹⁰⁴

Segundo Marinoni, inclusive, o respeito a hierarquia é um os ideais almejados por este sistema precedentalista. Nesse sentido, leciona o jurista:

“Realmente, não há sistema que, estruturado em níveis, possa desprezar o respeito à hierarquia. As Cortes Supremas estão no topo da organização sistêmica do Poder Judiciário, incumbindo-lhes a profunda responsabilidade de "definir" - com todo o peso e a gravidade - a devida interpretação da lei federal e da Constituição. Portanto, as suas decisões devem ser respeitadas pelos tribunais e juízes. De maneira que, formada uma cultura precedentalista nas Cortes Supremas, não haverá como deixar de seguir os precedentes.”¹⁰⁵

Ainda, deve se chamar atenção para um ponto importante sobre as súmulas, pois o que deve ser adequado ao caso concreto são a(s) *ratio(nes) decidendi* do precedente originário que gerou a edição daquela súmula, lembrando, é claro, que o precedente da súmula vinculante do STF subordina, além do Poder Judiciário, a Administração Pública direta e indireta, sendo evidentemente dotada de eficácia *erga omnes*.

3.3. Incidente de Assunção de Competência

O incidente de assunção de competência (IAC), com previsão legal no art. 947, do CPC, tem como objetivo o deslocamento da competência e, essencialmente, a tutela da segurança jurídica, podendo ser instaurado em qualquer tribunal, inclusive os superiores, enquanto estiver *sub judice* a causa ou o recurso, desde que o processo envolva relevante questão de direito, com

¹⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 144-145.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. op. cit., p. 127.

grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, que será julgado por quem o regimento interno do tribunal indicar.

O relator do processo originário, por sua vez, antes ou durante o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, poderá, de ofício, propor o incidente de assunção de competência. Para alcançar seu fim, a doutrina aponta três fins específicos para este incidente. Primeiro, o incidente de assunção de competência tem por finalidade provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição; segundo, o fim precípua de atender ao art. 947, § 4º, do CPC, servindo para prevenir ou compor divergência interna no tribunal; e por fim, se presta à formação de precedente obrigatório, que vincula o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados.¹⁰⁶

Alerta a doutrina determinada particularidade do IAC em relação aos demais, pois enquanto os outros incidentes acabam por ser alvos de uma decisão de afetação – ou seja, que considera aquele recurso como paradigma e suspende o regular processamento dos demais sobre a mesma matéria –, todavia, ela não deve ser descartada, vez que se coaduna com a própria lógica do sistema de formação de precedentes. Nesse sentido:

“No IAC é difícil se imaginar uma decisão de afetação propriamente dita, nos mesmos moldes dos outros institutos formadores de precedentes, pelo fato de que um dos requisitos desse incidente passa pela ausência de multiplicidade de demandas sobre aquela questão de direito.”¹⁰⁷

Outra peculiaridade, inclusive, é apontada por Didier, que constata que o IAC não prevê a participação do Ministério Público. Contudo, o jurista interpreta de outra forma:

“Embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público. Esse silêncio deve ser suprido por uma solução dentro do microssistema: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro.”¹⁰⁸

Além disso, o IAC não prevê como ou se haverá sustentação oral, seja no julgamento sobre a admissibilidade, seja na sessão que julgará o seu mérito. Da mesma forma, devemos

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 804.

¹⁰⁷ LEMOS, Vinicius Silva. “Incidente de assunção de competência, a falta de procedimento definido e a proposta a proposta de sistematização - parte II: da afetação até o julgamento”. In: *Revista Brasileira de Direito Processual - RDPRO*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, Ano 27, n. 106, p. 318

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 808.

entender que o mesmo aplicado aos demais incidentes, naquilo que couber, deve ser aplicado também ao IAC. Contudo, juristas com posições mais legalistas poderiam defender a tese que não deve haver sustentação em virtude da ausência de previsão legal. Para esse tipo de posicionamento, inclusive, a doutrina já demonstrou solução, seja pela via regimental ou legal. Vejamos:

“Como funciona as manifestações de sustentação oral na sessão sobre o julgamento do próprio IAC, depois de encerrada a instrução? Não há uma procedimentalidade prevista sobre tal ponto, podendo, portanto, ser definida pelo regimento interno do Tribunal, principalmente os Superiores, ou, ainda, via lei estadual, para esses Tribunais.”¹⁰⁹

Além disso, como estamos a falar de incidente que pertence a um *microssistema de formação concentrada de precedentes*, alguns preceitos devem ser levados em conta, como a necessidade de haver ampla publicidade à instauração e ao julgamento do mecanismo de formação do precedente, em uma interpretação extensiva do art. 979, do CPC.

Os mecanismos destinados à formação de precedentes devem, ainda, garantir a ampla participação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, o que hoje conhecemos na figura dos *amici curiae*.

E além disso, de acordo com o art. 983, § 1º e 1.038, II, do CPC, o relator poderá designar audiências públicas para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria a ser discutida no incidente de assunção de competência.

Por fim, da decisão que julga o incidente de assunção de competência – que é um acórdão –, caberá recurso especial ou extraordinário, a depender do órgão jurisdicional que julgou a demanda.

3.4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Deste capítulo em diante, importante lembrar, estaremos tratando de um dos principais meios que compõem não só o microssistema de formação concentrada de precedentes, mas, também, do *microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*. Além disso, deve-se ter

¹⁰⁹ LEMOS, Vinicius Silva. op. cit., p. 332.

em mente, até porque já falamos neste trabalho sobre a influência do *Common Law* no sistema jurídico brasileiro, que o presente incidente possui procedimento muito semelhante ao existente no direito alemão (*Musterverfahren*), bem como se deve ter em mente que as normas atinentes aos recursos especial e extraordinário repetitivos, naquilo que couber, poderá ser aplicado ao IRDR.

Os legitimados a suscitar o incidente são as próprias partes, o juiz ou o relator (excluindo-se o presidente do tribunal, o presidente do colegiado do órgão colegiado e seus pares), inclusive de ofício, como também podem suscitar a Defensoria Pública e o Ministério Público. Este último, por sua vez, caso não tenha suscitado o incidente, deverá acompanhá-lo apenas como *custos legis*, e nos casos de desistência dos recursos afetados, assumirá a titularidade da demanda, configurando excepcional hipótese de julgamento do IRDR através de uma causa-modelo, tema que será melhor explicado mais a frente neste mesmo capítulo.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), segundo Sofia Temer, “destina-se às situações em que haja multiplicidade de processos que contenha controvérsia sobre idêntico ponto de direito, com o objetivo de fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos”¹¹⁰. Inclusive, há doutrina que considere que o IRDR “não se trata de mera técnica processual, mas sim da tentativa de uma construção de uma nova cultura judiciária”.¹¹¹

Primeiro, há a necessidade de conceituação do que seriam as ditas “demandas repetitivas”, para isso, basta se ter em mente que os fatos de uma causa em relação a outra podem (e geralmente são, em seus detalhes) ser sempre diferentes, já que determinada prática pode gerar diversos tipos de reação, mas sempre irão guardar alguma semelhança, e geralmente esta se pode verificar quando analisamos os fatos jurídicos, que acabarão por ser idênticos. Ou seja, pode se verificar que uma mesma conduta pode gerar danos em escalas diferentes às partes, a depender do caso concreto, porém, esses danos podem guardar certa semelhança, como por exemplo, resultarem de uma mesma prática (não cobertura de determinado tratamento por um plano de saúde), ainda que para um gere dano à integridade moral e, para outro, física.

¹¹⁰ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed. – rev., ampli. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 43.

¹¹¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. op. cit., p. 659.

O IRDR, como já bem salientado pela doutrina, não se integra ao ordenamento brasileiro imune de críticas, sendo tachado de inconstitucional por Julia César Rossi e acusado de tornar o precedente mais forte que a própria norma legal, violando o princípio da separação dos poderes e criar subordinação hierárquica entre juízes, prejudicando o princípio da independência do julgador por Marcelo Barbi Gonçalves.¹¹²

Data vênia, os argumentos trazidos pelos juristas acima citados parecem bastante corporativistas, e nem de longe é o olhar que aqui se defende, que visa, também, entender os impactos do IRDR enquanto meio de formação de precedentes na prática da advocacia.

Conforme o art. 927, III, do CPC, as decisões proferidas nos IRDRs são, em sua essência, vinculantes, portanto, precedentes, que devem ser igualmente aplicados aos casos futuros e análogos. O incidente, por sua vez, pressupõe o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito, material ou processual.¹¹³ Lembra Didier, ainda, que não será possível a instauração de IRDR – que tem natureza jurídica de incidente – sem que haja recurso pendente de julgamento no tribunal, que justifica esse pressuposto de admissibilidade:

“O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal. Se não houvesse caso em trâmite no tribunal, não se teria um incidente, mas um processo originário, com transferência ao tribunal de parte da cognição que deveria ser realizada pelos juízes de primeira instância.

Como se sabe, não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 1º, CF). O legislador ordinário pode - e foi isso que fez o CPC - criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal.”¹¹⁴

Dialogando no sentido contrário ao de Didier, o professor titular de Direito Processual Civil da UERJ, Aluísio Mendes, aponta que o parágrafo único do art. 978 do CPC¹¹⁵ estaria

¹¹² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. op. cit., p. 660.

¹¹³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575-576.

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 719.

¹¹⁵ Dispõe o art. 978 do CPC:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

formalmente contaminado por vício de inconstitucionalidade, vez que sua atual redação não estava em nenhuma das versões aprovadas inicialmente no Senado Federal ou na Câmara dos Deputados, sendo frontal violação ao art. 65 da Constituição Federal. Alude, ainda, que teria a norma vício material, em razão da invasão de competência legislativa interna privativa dos tribunais, afrontando o art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.¹¹⁶

A primeira crítica apontada por Aluísio Mendes é bastante razoável e pontual. A segunda, contudo, fica difícil concordar, pois, adotando o entendimento de Didier, não há qualquer afronta à competência interna privativa dos tribunais.

O presidente ou vice-presidente do tribunal (art. 977, CPC), ao receberem a peça que suscita o IRDR, inicialmente, deverá fazer o juízo de admissibilidade, que se negativo, será hipótese em que será possível o manejo de agravo regimental ao colegiado do órgão competente para julgar o incidente; ou positivo, e então determinará a remessa do incidente desde logo ao órgão competente para o seu julgamento – órgão este que deve estar previsto em seu regimento interno – e então o incidente ganhará um relator por meio de sorteio.

Competência fixada, deverá o relator requerer sua inclusão em pauta com antecedência mínima de cinco dias (art. 935, CPC) para que o colegiado realize o juízo de admissibilidade do IRDR, também podendo definir sua matéria de direito, lembrando que o IRDR não pode ser admitido monocraticamente, a menos que suscitado por parte ilegítima (como prevê o art. 368-C, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais) ou por ausência de pressupostos para instauração (art. 181-G do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso).¹¹⁷

Não admitido o IRDR pelo colegiado do tribunal, o Enunciado nº 556 do FPPC é categórico em dizer que “é irrecorrível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

¹¹⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 121.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. “A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal”. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 231.

admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento dos embargos de declaração”.

Admitido o incidente, deverá ser a definida a matéria de direito – o que parte da doutrina chama de “decisão de organização”¹¹⁸ – bem como poderão ser escolhidos os casos representativos da controvérsia através da quantidade e qualidade argumentativa –, tendo o relator um grande (e questionável) poder no processamento desse incidente, como o de decidir se haverá afetação (art. 1.037, II, do CPC) ou não de outros recursos que versem sobre a mesma matéria, que terão seus julgamentos suspensos em virtude dessa decisão. Importante dizer, desde logo, que a decisão que admite o IRDR não comporta recurso, apenas comportará recurso especial ou extraordinário – a depender do órgão jurisdicional e da natureza da questão decidida, se infraconstitucional ou se constitucional – contra o acórdão que decidir a questão de mérito.

A definição precisa da matéria de direito a ser debatida no IRDR é essencial, pois uma vez fixada, não pode o tribunal decidir sobre matéria alheia àquela que determinou, sob pena de afronta ao dever e princípio da congruência, configurando a clássica hipótese de decisão *ultra petita*. Além disso, é importante lembrar que o relator não estará vinculado ao processo de onde surja o ofício ou pedido para instauração do IRDR, nem à escolha da presidência do tribunal acerca das causas representativas da controvérsia (interpretação extensiva do art. 1.036, § 4º, CPC), sendo visível a margem de discricionariedade da atuação do relator, que poderá, ele próprio, escolher os casos representativos da controvérsia.

Cabe aqui uma crítica, pois nessa hipótese, em específico, fica muito evidente e palpável a quantidade assustadora de poder que o novo Código de Processo Civil delegou aos tribunais e à figura do relator, um único julgador que, sozinho, tem o condão de sobrestar absolutamente todos os processos no território de sua competência.

Afetado o recurso, a remessa necessária ou a ação de competência originária, o órgão inferior fica impossibilitado de decidir a demanda, mas, para isso, o órgão originário precisa ter ciência sobre a existência do IRDR e, conseqüentemente, sobre a impossibilidade do julgamento da demanda, o que, geralmente, é feito através de petição direcionada ao juízo

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização... op. cit., p. 233.

originário, pois o IRDR ganhará número específico no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vez que o julgamento de demanda principal (que é afeta ao IRDR), estando o julgamento do IRDR pendente de julgamento, será incontestavelmente nula. E aqui se diz respeito à demanda afeta ao IRDR, pois caso seja decidido hipótese afeta ao IRDR, não há razão para sua nulidade, conforme pode-se extrair do princípio de que não há nulidade se não há prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Por sua vez, a decisão de afetação, quando o IRDR for proposto perante o tribunal estadual ou federal só vinculará aquele estado/região, somente o IRDR perante o STJ que suspenderá todos os recursos, que versem sobre a matéria, em território nacional.

A decisão de afetação só afetará os processos, em regra, pelo prazo de um ano (art. 980 e 1.037, § 4º, do CPC), ressalvando as hipóteses que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*, bem como a hipótese prevista no parágrafo único do art. 980 do referido diploma legal que, por decisão fundamentada, permite o relator manter a suspensão dos demais processos em virtude do IRDR ainda não ter sido julgado. Importante dizer que, havendo mais de uma decisão de afetação, será prevento o primeiro relator que proferir a decisão que identificou com precisão a matéria a ser decidida, sendo certo de que este ficará prevento para os demais requerimentos (art. 1.037, I e § 3º, CPC).

Decretada a suspensão, deverá o relator do incidente comunicar, primeiramente, os órgãos competentes ao julgamento em primeiro e segundo grau, com ampla divulgação, cadastrando o incidente no Conselho Nacional de Justiça – CNJ (como garantia de publicidade), para as partes e demais interessados terem acesso às matérias afetadas, bem como possam acompanhar o incidente.

Não obstante o complexo processamento, o IRDR também traz consigo complexas questões, como a prevista no Art. 982, § 4º, do CPC, que permite que seja requerido ao STJ ou ao STF – a depender da natureza da questão debatida no incidente – que amplie os efeitos da suspensão para todo o território nacional, visando a suspensão de todos os processos (individuais ou coletivos) que versem sobre a demanda que é afeta ao incidente. É o caso, por exemplo, de uma mesma situação estar sendo debatida por dois tribunais de diferentes estados

ou regiões, o que faz com que as partes possam requerer ao STJ ou STF, a depender do caso, para que ampliem os efeitos da suspensão por todo o território nacional.

O IRDR, além da publicidade necessária, permite a participação da comunidade jurídica, prevendo a participação do Ministério Público, de terceiros interessados, de *amici curiae* e de audiências públicas para discutir sobre a temática afeta ao incidente, sendo, de certa forma, uma maneira democrática de criação das decisões judiciais, muito embora o conceito de “democracia” seja juridicamente aberto e, por muitos, deturpado.

Superada a questão do processamento do IRDR, devemos adentrar em mais uma polêmica e fruto de inúmeras divergências acerca do incidente, qual seja, se o IRDR se presta ao julgamento de uma *causa-piloto* ou uma *causa-modelo*.

Dessa forma, importante proporcionar o diálogo entre os entendimentos de Sofia Temer e Fredie Didier Jr. Sofia entende que o IRDR não julga a causa, mas tão somente fixa a tese, pois seu objeto está restrito às questões de direito – material ou processual – que se repetem em diversos processos¹¹⁹, portanto, entende a jurista que o julgamento do IRDR dá-se por *causa-modelo*, pois como próprio nome já diz, trata-se de “incidente”, razão pela qual não deveria julgar a causa. Por sua vez, Didier, divergindo da conclusão de Sofia, entende que, no sistema brasileiro, os recursos repetitivos são processados e julgados como *causa-piloto*.¹²⁰

Nesse contexto, nos permitimos concordar com Didier e discordar de Sofia Temer, pois o primeiro explica, de forma muito didática, que o processamento do IRDR como *causa-modelo* se dá em exceção à regra, apenas na hipótese de desistência da demanda ou do recurso afetado para julgamento, o que, conforme a lei, não impede a fixação da tese, tão somente a resolução do mérito da causa ou do recurso. Nesse sentido, leciona o grande mestre:

“Quando houver desistência, o IRDR ou o recurso repetitivo pode prosseguir para definição da questão comum. A propósito do IRDR, assim dispõe o § 1º do art. 976 do CPC: “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente”. Relativamente aos recursos repetitivos, enuncia o parágrafo único do art. 998 do CPC: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

¹¹⁹ TEMER, Sofia. op. cit., p. 70.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 718.

Nesses casos, ocorre uma exceção à regra geral, caracterizando-se uma hipótese de causa-modelo.”¹²¹

Chama atenção, ainda, para a raridade da hipótese de um julgamento de demanda repetitiva, vez que são afetados, no mínimo, dois casos. Na existência de apenas um deles, o julgamento permanece como causa-piloto, e tão somente na desistência dos dois casos é que haverá a fixação da tese geral por meio da causa-modelo.¹²²

Uma vez oportunizada a manifestação de todos os legitimados pelo relator, como os terceiros interessados, realizadas as audiências públicas e a oitiva dos *amici curiae* admitidos, o que podemos chamar de “contraditório ampliado e democrático”, o incidente estará pronto para ser julgado.

Com o julgamento do incidente e fixada a tese jurídica, a mesma será aplicada aos processos sobrestados, resolvendo, naquilo que alcançar, o seu mérito. Por sua vez, do acórdão que julga o IRDR caberá recurso especial ou extraordinário, a depender do órgão jurisdicional que determinou o precedente.

Contudo, quando, em sede de IRDR, a tese for fixada pelo STJ, haverá de ser observado se será caso de interposição de recurso extraordinário – em caso de matéria constitucional – ou recurso ordinário, devendo ser observada, então, as regras constitucionais previstas no art. 105, II, e suas alíneas.¹²³

Adentrando em seara mais específica, é imprescindível que se fale, também, do cabimento e dos efeitos do IRDR perante os juizados especiais.

Quando ainda estava sendo pautado o Novo Código de Processo Civil (CPC), no bojo do processo legislativo não havia qualquer menção à vinculação dos Juizados Especiais e suas respectivas Turmas Recursais às decisões proferidas em sede de IRDR.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 720.

¹²² Idem Ibidem, p. 721.

¹²³ MEIRELES, Edilton. “Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 132.

Sobre a questão, de forma bastante espirituosa, leciona a doutrina:

“Portanto, não houve uma reflexão adequada sobre o tema, partindo-se diretamente - sem tempo de namoro ou noivado - para um casamento cujas consequências ainda são imprevisíveis, tendo em vista a falta de detalhamento do NCPC sobre o ponto em estudo, limitando-se a determinar a aplicação do IRDR no âmbito dos juizados especiais.”¹²⁴

Apenas no momentos da votação no Plenário da Câmara dos Deputados é que se incluiu, expressamente, no texto de lei, que o IRDR seria aplicável aos Juizados Especiais, conforme art. 985, I, do CPC.¹²⁵ Sendo certo de que são nos Juizados Especiais que, em sua maioria, surgem as demandas repetitivas, não poderia ter sido diferente a opção do legislador em incluir os Juizados Especiais dentro desse microssistema. Entretanto, não houve ampla discussão sobre as peculiaridades do IRDR em relação as peculiaridades já existentes no sistema dos Juizados Especiais.

Dessa forma, é de se esperar que, futuramente, isso gere alguns problemas práticos, como o fato de que os processos afetados possam ficar sobrestados por um ano inteiro (ou mais), o que já se distancia da própria noção que se tem de uma justiça mais célere e simplificada atribuída aos Juizados Especiais.

Mancuso, ao abordar o tema do IRDR na seara do dissídio jurisprudencial, leciona que o incidente tem eficácia diferenciada e mais abrangente em relação aos demais mecanismos de formação concentrada de precedentes. Vejamos:

“[...] Fato é que a tese jurídica alcançada ao final do IRDR preordena-se a uma eficácia diferenciada e ainda mais abrangente do que aquela projetada pelas demais técnicas de uniformização da jurisprudência: (i) *endoprocessual*, ao ser aplicada (naturalmente), na resolução do processo donde se originou; (ii) *pan-processual*, ao servir de parâmetro ou paradigma para deslinde isonômico dos demais processos nos quais a mesma questão de direito venha agitada, assim no Estado (caso dos TJ's) como na região (caso dos TRFs);(iii) *extraprocessual*, como pode ocorrer por aplicação de tal tese nos procedimentos envolvendo a Administração Pública, nos moldes do § 2º do art. 985.”¹²⁶

¹²⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. op. cit., p. 661.

¹²⁵ Dispõe o Art. 985 do CPC:

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

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

¹²⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas...* op. cit., p. 144.

Há, ainda, quem defenda o manejo do IRDR de forma preventiva, pois a instauração do incidente nesta modalidade evitaria a propagação de causas massificadas estaria em harmonia com um dos objetivos do IRDR, qual seja, o de desafogar o Poder Judiciário de causas repetitivas¹²⁷. Contudo, aqui se entende que esse não é o melhor posicionamento, visto que o IRDR não deve se propor a criar uma padronização para os casos repetitivos, e sim resolver questões conflitantes sobre o mesmo tema, no sentido de, verdadeiramente, pacificar os entendimentos, após ter sido constatada a expressiva repetição de processos e decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

3.5. Recurso Extraordinário e Recurso Especial Repetitivo

O julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, diferentemente do IRDR proposto perante os tribunais estaduais e regionais federais, possuem efeito que abrange todo o território nacional, visto que, indiscutivelmente, são decisões advindas de cortes superiores que possuem abrangência nacional, uma em matéria federal, e outra em matéria constitucional.

Estamos, agora, a falar dos recursos que são capazes de gerar precedentes que vinculam todos os órgãos jurisdicionais do território nacional (arts. 1.036 a 1.041, CPC), por isso a criação de um capítulo somente para estes julgamentos se faz extremamente necessário, mas antes disso, devemos trazer os aspectos históricos das nossas Cortes Superiores.

O STF, como conhecemos hoje, tem essa denominação desde a Constituição Provisória de 1890, contudo, à época, era composto por quinze ministros. A atual composição, por onze ministros, vem desde o Governo Provisório, que em 1931, após a Revolução de 1930 (que culminou no golpe civil-militar e pôs fim à república velha) reduziu o número de Ministros para onze, o que foi mantido pelo Ato Institucional nº 6 (AI-6) de 1969, editado na mais sombria das épocas que Estado Brasileiro já viveu, o Golpe Civil-Militar de 1964 tentado pelo governo do então presidente Getúlio Vargas, revogando o AI-2 de 1965, que elevou o número de ministros para dezesseis.

¹²⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados*. In: FREIRE, Alexandre (Coord.) et al. *Novas tendências do Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III, p. 283.

O STJ, por sua vez, composto por 33 ministros, teve sua criação após a Constituição Federal de 1988, com a redação dos arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, inaugurou-se no Brasil uma nova etapa no controle da integridade do direito federal, fracionamento este proposto por José Afonso da Silva e implementado pela Constituição dava indícios de que a crise que afligia o STF seria definitivamente afastada. Fracionou-se, portanto, o recurso extraordinário, dividindo-o também no que conhecemos hoje como recurso especial, mantendo ao extraordinário tão somente as matérias constitucionais.

Por hipótese da EC 04/2004 (Reforma do Poder Judiciário), Marinoni faz coro ao entendimento de Teresa Wambier quando concorda que a criação do recurso especial não resolveu a crise do extraordinário. Veja-se:

“Isso porque a criação do STJ, em 1988, não foi acompanhada de instrumentos eficazes de controle do número de recursos a ele dirigidos, tornando-o, na prática, uma corte de terceira instância, à qual qualquer pessoa pode submeter seu caso. A votação da EC 45/2004, como bem observa Arruda Alvim, desperdiçou a chance de estender ao recurso especial, o requisito de admissibilidade da repercussão geral.”¹²⁸

Com esse entendimento, *data vênia*, não concordamos, pois muito embora se tente desafogar o judiciário como um todo, não faria qualquer sentido chamar o STJ de “tribunal cidadão” se houvesse o requisito de admissibilidade da repercussão geral, vez que um dos requisitos mais complicados de se comprovar na prática. Além disso, entender tal requisito como um avanço também não tem lógica, enxergando, neste trabalho, que tal exigência configuraria verdadeira afronta à garantia constitucional de acesso à justiça.

Tereza Wambier e Bruno Dantas nos trazem três graus de obrigatoriedade dos precedentes judiciais: (1) a *forte*, quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim – como a reclamação constitucional; (2) a *média*, quando o seu desrespeito pode gerar a correção por meios não concebidos necessariamente para esse fim, como, por exemplo, os recursos; e (3) a *fraca*; que diz ser (apenas) cultural, decorrendo do bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar, uma justa expectativa da sociedade que seu conflito, baseado em outro semelhante já julgado, será também julgado no mesmo sentido.¹²⁹

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 305.

¹²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 279.

E como já dito anteriormente neste trabalho, a *ratio decidendi* (item 2.1.1) é a parte da decisão que vincula, ou seja, é o que, verdadeiramente, torna-se precedente no direito brasileiro. Sobre a *ratio decidendi* nos recursos especial e extraordinário, Marinoni traz interessante e controverso ponto acerca dos dois recursos excepcionais:

“Frise-se, por oportuno, que no julgamento de recurso especial ou extraordinário só há *ratio decidendi* quando a maioria do colegiado sustenta um mesmo fundamento ou uma mesma solução para a questão de direito. Não basta prover o recurso por três votos a dois para se ter precedente. Há *ratio* apenas quando o fundamento que determina o (des)provimento do recurso é acolhido por maioria de votos. A *ratio decidendi* não se relaciona com o resultado do recurso, mas com o fundamento que foi resolvido para se chegar à solução do recurso.”¹³⁰

Há quem possa defender que somente as razões unânimes possam gerar precedentes judiciais vinculantes, o que, nem de longe, se concorda. Mais inquietante ainda seria pensar que, esse mesmo pensamento abriria espaço para outras questões como: **(1)** se as razões para o provimento ou desprovimento dos recursos especial ou extraordinário, quando houver ponto idêntico em todos os votos, em que alguns ministros entendam – de acordo com aquele argumento – pela procedência e outros pela improcedência, se essa razão poderia vir a criar precedente, sendo indiferente se os recursos terão ou não provimento; **(2)** se criaria precedente a decisão unânime no sentido do (des)provimento para que se crie, de fato, o precedente, sendo indiferente suas razões; e se **(3)** o julgamento unânime, mas com fundamentos diferentes, não poderia gerar precedentes, pois suas nenhuma de suas razões são unas e compartilhada entre todos os julgadores.

Essa posição radical está amplamente descartada neste trabalho, pois muito embora haja bons e robustos argumentos contrários ao sistema precedentalista, esse, em específico, parece desafiar o limite do razoável. Outrossim, parece ser uma tese interessante aos que são contra o sistema precedentalista, pois seria uma forma muito mais difícil de criação de precedentes, vez que só as decisões unânimes sobre determinado ponto poderiam gerar tal vinculação aos casos futuros, ou seja, concretizar-se como verdadeiro precedente vinculante.

Ao tratar das particularidades dos precedentes no Direito Brasileiro, principalmente em relação à (in)constitucionalidade da eficácia vinculante dos precedentes, leciona Teresa Wambier:

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 189.

“A crítica no sentido de que essa obrigatoriedade seria inconstitucional não se sustenta. É fruto de um raciocínio rígido que, como já disseram tantos, não se harmoniza com o fenômeno jurídico. Ao direito se afeiçoam outros "estilos" de raciocínio, diferentes da lógica clássica.”¹³¹

Câmara, sem muito mistério e de forma direta define a hipótese de incidência da técnica do julgamento de recursos repetitivos para os casos de recursos especiais e extraordinários que se encontrem em multiplicidade, perante o STJ ou STF, versando sobre a mesma matéria de direito, vejamos:

“[...] Sempre que se verifique a existência de multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento na mesma questão de direito, deverá aplicar-se esta técnica especial, através da qual se promove um julgamento por amostragem (art. 1.036).”¹³²

Por sua vez, como estamos a tratar de precedentes advindos de tribunais superiores – ou como próprio Marinoni costuma conceituar, criados por “verdadeiras cortes de precedentes”, e que têm o condão de vincular todos os órgãos jurisdicionais do território nacional, é preciso ter em mente o seguinte, segundo Teresa Wambier:

“Os precedentes dos Tribunais Superiores, por exemplo, evidentemente devem ser obrigatoriamente respeitados, já que a função e a razão de ser desses Tribunais é a de proferir decisões paradigmáticas, que sirvam de "modelo" aos demais órgãos do Poder Judiciário. Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade.”¹³³

Macêdo relembra, propriamente, das lições do saudoso professor Barbosa Moreira, quando este ressalta a diferença entre o mérito do processo e o mérito do recurso, identificado que não necessariamente o objeto do processo será objeto do recurso, que pode se limitar a impugnar apenas uma parte da decisão, limitando-se a algumas questões, e não todas.¹³⁴

O juízo de admissibilidade recursal está adstrito às questões referentes à viabilidade de processamento do recurso, ou seja, aos seus requisitos formais. Dessa forma, ao verificar sua irregularidade, deve o julgador entender se aquela irregularidade é sanável (e se assim for,

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial...* op. cit., p. 280

¹³² CÂMARA, Alexandre. op. cit., p. 557.

¹³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial...* op. cit., p. 278.

¹³⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. “A análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários: o pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 341.

determinar a intimação do requerente para que supra a necessidade formal) ou insanável (razão pela qual determinará o não seguimento do recurso).

O juízo de mérito, por sua vez, é etapa seguinte ao juízo de admissibilidade, e está adstrito à análise dos vícios – processuais ou materiais – que se foram ventilados no recurso, para, só então, decidir se deve ou não resolver o mérito daquele recurso.

Sem maiores diferenças quanto ao processamento do IRDR, por exemplo, os recursos especial e extraordinário, quando pela ótica do julgamento de casos repetitivos, também caberá ao Presidente do Tribunal de origem (TRF, TJ, TRT, TST, TSM, STJ, STF), nos termos do art. 1.036, § 1º, CPC, verificar a existência de multiplicidade de recursos excepcionais que versem sobre a mesma questão de direito, devendo selecionar dois (no mínimo) ou mais recursos representativos da controvérsia, e os encaminhar ao STF ou ao STJ para fins de afetação, determinando no mesmo ato a suspensão de todos os processos em trâmite em sua área de atuação (Estado, no caso de Tribunal de Justiça; Região, no caso dos Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho; ou em todo o território nacional, no caso dos Tribunais Superiores).

Essa decisão de afetação, como já observamos oportunamente, também pode também ser apresentada pela doutrina como “decisão de organização do processo”¹³⁵, pois quando chegamos à afetação, já passamos pela inclusão, pelo relator, do processo em pauta para que o colegiado possa admitir (ou não) o RE ou REsp repetitivos, bem como da limitação das questões de direito e de toda uma possível calendarização, a fim de que sejam organizadas e definidas as audiências públicas e como se dará o pedido de ingresso no feito como *amicus curiae* ou terceiros interessados.

Sobre a escolha dos processos que melhor representam a controvérsia por parte do presidente ou vice-presidente dos tribunais hierarquicamente inferiores, importante lembrar que essa remessa não vincula os julgadores pertencentes aos tribunais superiores, como já vimos antes. Nesse sentido:

“A escolha feita no tribunal de origem dos recursos representativos da controvérsia não vinculam as Cortes de superposição, podendo o relator do recurso extraordinário

¹³⁵ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização... op. cit., p. 233.

ou especial selecionar outros recursos que mais bem representem a questão de direito controvertida (art. 1.036, § 4º).”¹³⁶

Dessa forma, nos recursos excepcionais (RE e RESP), quando repetitivos, estamos, na verdade, tratando de uma futura fixação de precedente que vinculará todo o território nacional.

Cabe lembrar, todavia, que a hierarquia das normas é, em sua essência, um princípio constitucional, razão pela qual não faz sentido um precedente local vincular todo o território nacional, por exemplo, mas o contrário, um precedente formado por um tribunal superior que possua tamanha competência territorial, é absolutamente possível e praticamente inquestionável.

Aspecto delicado é o que pode ocorrer no julgamento do recurso extraordinário (não repetitivo) quando há declaração de inconstitucionalidade de determinada norma jurídica pelo STF, seja em sede de julgamento das ações de controle difuso de constitucionalidade ou em sede de ações originárias. Havendo essa declaração, deve o STF comunicar ao Senado, nos termos do art. 178 do seu Regimento Interno (RISTF), para que, nos termos do art. 52, X, da CRFB, possa suspender a execução – no todo em parte – daquela norma declarada inconstitucional, que, em linhas gerais, quer dizer atribuir eficácia *erga omnes* na hipótese de um julgamento que vincularia tão somente as partes.¹³⁷

Contudo, com o avanço, ampliação e criação de outros modelos essencialmente mais democráticos, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade, esse instituto acabou por se tornar obsoleto, até porque, na hipótese em questão, faria o Senado um juízo meramente político da decisão do Supremo, decidindo se a eficácia daquela decisão seria *erga omnes*, como requerido pelo STF, ou permaneceria tendo efeitos apenas *inter partes*.

Quanto ao art. 1.030 do CPC¹³⁸, aparentemente a doutrina não o acha muito feliz, apontando, dentre vários outros problemas, que sua redação é discrepante do resto do CPC, bem

¹³⁶ CÂMARA, Alexandre. op. cit., p. 558.

¹³⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 277.

¹³⁸ Dispõe o art. 1.030 do CPC:

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

I – negar seguimento:

como o excesso de uso de termos ambíguos. Ainda, há entendimento de que, pela leitura do referido artigo, ficam os tribunais superiores adstritos a tão somente “negar seguimento” ao recurso que violar as hipóteses previstas na lei, resumindo a sua atividade jurisdicional e sentido de existir. Macêdo, inclusive, apresenta crítica nesse sentido:

“Ora, se, de um lado, viabilizar o funcionamento prático das Cortes superiores brasileiras é uma prioridade, ela impõe, por outro lado, a preservação dessas mesmas funções, inclusive constitucionais, que se quer preservar, e não a sua supressão. Aliás, só faz sentido viabilizar o funcionamento do STF e do STJ na exata medida em que possam tais tribunais justamente realizar o seu mister constitucional. O que o art. 1.030 do CPC faz, a pretexto de tornar o papel dos tribunais superiores exercível, é, na verdade, mutilá-lo reduzindo significativamente a missão constitucional que lhes foi imputada.

Nenhuma Corte, em um sistema de precedentes, limita-se a consagrar um determinado entendimento jurisprudencial e, então, entregá-lo, mais do que como se fosse algo pronto e acabado, mas também como se essa fosse a resposta verdadeira e definitiva, imune às intempéries da evolução social e à própria possibilidade de erro.”¹³⁹

Dessa forma, há de se notar que o próprio sistema de precedentes não é imune de críticas, como também os recursos excepcionais repetitivos possuem maiores peculiaridades em relação aos demais mecanismos que se prestam à produção concentrada de precedentes vinculantes, possuem detalhes importante de serem notados, como ambos possuírem o condão de vincular todos os órgãos jurisdicionais a eles subordinados em território nacional.

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

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

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

¹³⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos Recursos Excepcionais... op cit., p. 350-351.

Não obstante, a função do STF, conforme aponta a doutrina, é formar precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição, o que fará, pela lógica, que a legislação infraconstitucional com ela se compatibilize. Não por mero capricho, um dos requisitos que devem ser atendidos pelo recursos extraordinários é a “repercussão geral”.¹⁴⁰ Sobre esse ponto, em específico, parece interessante notar que, se existisse o mesmo requisito para a admissibilidade do recurso especial no STJ, que este poderia, verdadeiramente, dar sentido ao direito e construí-lo a partir de uma questão que afeta todo o território nacional em matéria infraconstitucional.

Por fim, parece ser bastante contraproducente, conforme leciona Macêdo, a previsão contida no art. 1.041 do CPC.¹⁴¹ Ora, qual a necessidade ou noção de haver um artigo que prevê a remessa do recurso extraordinário ou especial à Corte superior competente para caso o tribunal de origem mantenha o acórdão divergente do acórdão firmado na hipótese do julgamento do paradigma? Nenhuma. É cancelar a desobediência pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Além disso, haverá uma repetição desnecessária de um trabalho que já fora realizado pelo tribunal superior, desconsiderando princípios valiosos como o da duração razoável do processo e da economia processual, basilares do microsistema de julgamento de demandas repetitivas.¹⁴²

3.6. Enunciados de súmula do STF e STJ.

O CPC determina o rol de precedentes vinculantes no art. 927, prescrevendo que os precedentes que deram origem às sumulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria federal) são vinculantes. Contudo, especial atenção merece o tema, pois como já fora abordado anteriormente neste trabalho, o que é vinculante não é o texto reduzido da súmula, mas os precedentes que lhe deram origem. Ainda, deve-se dizer, desde logo, que não são todas as súmulas que terão seus precedentes vinculantes, mas tão somente aquelas editadas durante a vigência do novo CPC.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. op. cit., p. 330.

¹⁴¹ Dispõe o art. 1.041 do CPC:

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

¹⁴² MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. op cit, p. 440-441.

Contudo, desde logo deve ser salientada a existência de divergência doutrinária acerca do poder vinculantes de tais súmulas. Nesse sentido, leciona Alexandre Câmara, em mais um entendimento *contra legem*, com o qual aqui não se concorda:

“Já os enunciados de súmula (não vinculante) do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e a orientação do plenário do órgão especial dos tribunais (art. 927, V) não são vinculantes, mas meramente argumentativos ou persuasivos.”¹⁴³

Quanto a aplicação do art. 927, CPC, aos demais modelos de processo existentes em nosso ordenamento pátrio, como o trabalhista e o penal, há entendimento de que não seria possível a aplicação supletiva do CPC nessas searas, vez que o sistema precedentalista, tal como posto no CPC, foi pensado conforme a sua própria estrutura, o que não permitiria com que mudasse o processo penal e o trabalhista, por exemplo.¹⁴⁴

No entanto, aqui entende-se pelo exato contrário, mas com ressalvas, vez que o CPC deve ser aplicado às demais normativas processuais naquilo que couber. Entretanto, havendo previsão específica sobre precedentes naquele código específico em matéria penal ou trabalhista, não caberia, pela lógica, a incidência do CPC, vez que a normativa estaria regulamentada.

Sendo assim, se a lei dispôs que tais súmulas (não vinculantes) – que são baseadas em outros precedentes – possuem eficácia vinculante, não caberia outra interpretação, senão àquela entendida como a vontade do legislador ordinário, sendo cabível, portanto, a suplementar aplicação do sistema precedentalista aos demais códigos processuais existentes, naquilo que couber, garantindo a completude do ordenamento jurídico.

3.7. Decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais

Conforme já apontado no capítulo anterior, Câmara entende que as decisões tomadas por essas estruturas concentradas (plenários, órgãos especiais, turmas especializadas e seções) não criam precedentes vinculantes, em argumento contrário ao disposto no art. 927, V, do CPC.

¹⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 442.

¹⁴⁴ CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 197.

Inicialmente, cabe crítica aos que usam o termo “orientações” no lugar de decisões, vez que os órgãos jurisdicionais não respondem a consultas. Sendo assim, esses órgãos de cúpula criam verdadeira hipótese de *precedente horizontal vinculante*,¹⁴⁵ o que quer dizer que apenas criam precedentes internos, ou seja, entre os seus subordinados.

Divergindo da doutrina,¹⁴⁶ aqui entende-se que, no caso dos tribunais superiores, em virtude da existência de turmas e seções especializadas em determinadas matérias, como é o caso do STJ, que divide suas seções em primeira (direito público), segunda (direito privado) e terceira (direito penal), o precedente criado não vincula tão somente os seus órgãos fracionários, mas também os demais a ele subordinados, em razão da estabilidade gerada pela hierarquia entre os tribunais, evitando um colapso de entendimentos divergentes em razão de uma dita “autonomia”. Da mesma forma, discorda-se quanto a aplicação desse entendimento tão somente ao Processo Civil, pelos motivos já indicados anteriormente, como o da primazia da completude do ordenamento jurídico.

3.8. Reclamação Constitucional

Logicamente, sendo alguns precedentes dotados de eficácia vinculante, certamente, desobedecer a essa ordem geraria, de alguma forma, um colapso no sistema jurídico e na tão sonhada segurança jurídica. Claro que não estamos aqui a falar das decisões que, fundamentadas, afastam o precedente em razão da aplicação da técnica da superação ou da distinção, mas dos precedentes afastados por decisões judiciais que não fundamentam seu afastamento, violando o princípio da congruência e que atentam, verdadeiramente, à ordem jurídica.

Dessa forma, prevendo os possíveis problemas que poderiam ocorrer com a não aplicação dos precedentes vinculantes é que a Reclamação Constitucional, ou somente Reclamação, foi pensada como meio próprio para se denunciar violações aos precedentes. No STF é prevista nos arts. 102, I, “1” e 103-A, § 3º, CRFB; no STJ é prevista no art. 105, I, “f”,

¹⁴⁵ CRAMER. Ronaldo. op. cit., p. 197.

¹⁴⁶ Idem Ibidem, p. 198.

CRFB; e no TST é prevista no art. 111-A, § 3º, CRFB. Além disso, há a previsão legal da Reclamação nos arts. 988 a 993 no atual CPC.

Sendo assim, o que fica muito evidente é que as hipóteses de cabimento da Reclamação são taxativas, diferenciando-se dos outros mecanismos. A legitimidade para sua propositura, todavia, não é tão restrita, vez que deve ser entendido que todo aquele que for prejudicado pela decisão que não respeitar aquele determinado precedente é legítimo para propor a Reclamação, seja ele parte no processo, terceiro interessado ou até mesmo terceiro prejudicado.

Sendo assim, para conceituemos a Reclamação, devemos tomar como base que esta “é um processo de competência originária de tribunais, que pode ter por finalidade a preservação de sua competência ou a garantia da autoridade de suas decisões”.¹⁴⁷ É importante dizer que muito embora o sistema de precedentes seja um transplante jurídico de países de Common Law e adequado para o modelo brasileiro, a Reclamação é um mecanismo originalmente brasileiro, como apontado em estudo pormenorizado de Navarro¹⁴⁸ sobre os ordenamentos estadunidense, alemão, austríaco, espanhol, francês, italiano, português e comunitário europeu, não encontrando qualquer mecanismo semelhante. Talvez, futuramente, essa possa vir a ser a nossa grande contribuição internacional ao direito processual de outros países pelo mundo.

Quanto a sua natureza, há de se concordar com a doutrina majoritária de que a Reclamação constitui verdadeira ação autônoma de impugnação, não devendo ser confundida com incidente ou recurso, principalmente porque será formada uma nova relação processual – até porque a parte agraciada com a decisão vergastada deverá ser citada para que, querendo, apresente contestação –, bem como haverá uma decisão de mérito apta a fazer coisa julgada formal e material. Nesse mesmo sentido:

“Diferencie-se que o instrumento ora analisado não constitui mero incidente processual, pois, como afirmado, guarda autonomia, além do que não depende necessariamente de um processo judicial em curso (v.g. cabimento em face do desrespeito por ato administrativo de sumula vinculante, conforme art. 103-A, § 3º, CRFB).

A reclamação também se distancia da natureza de recurso, já que está fora tanto do respectivo rol legal (art. 994, CPC), bem como da competência recursal do STF e STJ

¹⁴⁷ CÂMARA, Alexandre. op. cit, p. 491.

¹⁴⁸ MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. “Reclamação Constitucional”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 754.

(estando alocada na competência originária destes tribunais, conforme arts. 102, I; e 105, I, CRFB).”¹⁴⁹

Quanto ao cabimento da Reclamação, o STF já se manifestou no sentido de que não basta apenas que haja violação ao precedente, mas que as instâncias ordinárias tenham sido exauridas. Em que momento isso ocorre? O STF também definiu esse momento, decidindo que este configura após o julgamento do agravo interno interposto contra o juízo de admissibilidade de natureza extraordinária pela Presidência do tribunal de origem. Nesse sentido, é o entendimento do STF na Rcl 23.980/RS:

“[...]

Os entendimentos jurisprudenciais referentes aos instrumentos processuais disponíveis para fazer subir a matéria constitucional a esta Suprema Corte firmados sob a égide do CPC/73, tendo em vista a sistemática da repercussão geral introduzida pela EC nº 45/2004, permanecem atuais, porquanto corroborados pelas regras positivadas no Novo CPC (Lei nº 13.105/2015), com as alterações implementadas pela Lei nº 13.256/2016, quais sejam:

- a) Não cabimento de agravo em recurso extraordinário contra decisão do órgão de origem que aplica entendimento do STF firmado em sede de repercussão geral [...]
- b) O esgotamento da instância ordinária ocorre apenas em sede de agravo interno contra o juízo a quo de admissibilidade de recurso da competência do STF, sob a perspectiva objetiva de adequação entre o teor do provimento concedido pelo órgão de origem e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte [...]

II – O CASO DOS AUTOS

No caso concreto, observo que a presente reclamação foi ajuizada em face de decisão publicada quando já vigente o novel diploma processual, no qual:

- a) há ressalva quanto ao cabimento de recurso de agravo contra decisão do órgão de origem que, fundada em entendimento firmado em regime de repercussão geral, não admite recurso extraordinário (parte final do caput do art. 1.042 do Novo CPC);
- b) há previsão expressa quanto ao cabimento de “agravo interno” contra i) decisão que inadmitte, na origem, recurso extraordinário com fundamento em repercussão geral e ii) decisão que sobrestar o recurso consistente em controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 1.030, § 2º, do CPC/2015), cuja competência para julgamento é do órgão colegiado ao qual pertence o juízo prolator da decisão, conforme art. 1.021, caput, do Novo CPC.

Neste aspecto, o legislador ordinário editou o CPC/2015 em consonância com a jurisprudência do STF firmada em sede de agravo do art. 544 do CPC/73 e de reclamação constitucional regulamentada pela Lei nº 8.038/90, assegurando maior garantia de veracidade e segurança desse juízo mediante a possibilidade de provocação de órgão colegiado da instância a quo para fundamentação analítica da adequação do teor da decisão proferida no caso concreto e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte.

¹⁴⁹ HARTMANN, Guilherme Kronemberg. Reclamação no Âmbito do CPC/2015 e sua Faceta de Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes. *Revista da EMERJ*. Vol. 21/2019, n. 1, p. 157-158.

Assim, ainda que houvesse falar em erronia da decisão recorrida, caberia ao reclamante promover a distinção no órgão a quo para, acaso negado provimento ao agravo interno e efetivamente demonstrado o fundamento de admissibilidade da reclamação constitucional, instaurar-se, de forma válida, a competência originária desta Suprema Corte em sede reclamationária; não se valer da presente reclamação como atalho processual ou sucedâneo do recurso previsto no § 2º do art. 1.030 do Novo CPC.¹⁵⁰

No mesmo sentido, em outro julgamento também na vigência do novo Código de Processo Civil, a ministra Rosa Weber proferiu decisão no mesmo sentido da anteriormente mencionada, na hipótese do julgamento da Rcl 24.259/SP:

“[...]

2. O cabimento da reclamação proposta para garantir a autoridade de decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral está condicionado ao esgotamento da instância ordinária, consoante dispõe o inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, o qual se concretiza após o julgamento de agravo interno contra o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pela Presidência da Corte de origem.

[...]

3. Prematura, portanto, a provocação do Supremo Tribunal Federal por meio da presente reclamação, proposta contra acórdão que julgou recurso de apelação. Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte reputa inviável conferir à reclamação a natureza de sucedâneo recursal ou de meio ensejador do reexame do conteúdo do ato reclamado.¹⁵¹

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) não foi diferente, em decisão de lavra do Ministro Sérgio Kukina na Rcl. 32.171/PR¹⁵², o mesmo reforçou o argumento de que deve, necessariamente, haver o esgotamento das vias ordinárias para que, só então, se possa falar em admissibilidade da Reclamação, pois tal entendimento “evidencia a exegese que melhor compatibiliza a antiga e firme jurisprudência das Cortes Superiores com as disposições do vigente CPC/2015”.

Sobre esse o requisito de esgotamento das instâncias ordinárias, contudo, há juristas que entendem por outro viés crítico, que vale a pena citar:

“Todavia, alcança-se que a fixação de impeditivos à ação de reclamação devidamente ajustada às estritas hipóteses legais de cabimento debilita o próprio instituto processual e os fins repaginados de sua criação (v.g. servir de mecanismo de controle da aplicabilidade de decisões e súmulas vinculantes). O receio de sobrecarregar os

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília – DF. DJE: 30.06.2016.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília – DF. DJE: 22.06.2016.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília – DF. DJE: 10.08.2016.

órgãos de destinação da reclamação não sustenta a criação de obstáculos ao referido monitoramento, soando inclusive incoerente quando destacado que o sistema de precedentes judiciais visa propriamente a evitar a multiplicação de recursos cujo destino seriam os mesmos tribunais.”¹⁵³

Como já dito antes, a hierarquia das normas é um princípio constitucional, e não precisa de outra razão para que justifique que não deve ser desrespeitado. Nesse sentido, a Reclamação vem exatamente para impedir a usurpação de competência pelos órgãos de competência inferior dos órgãos superiores aos quais são vinculados.

A Reclamação, por sua vez, tem outras peculiaridades que fazem com que seu processamento seja mais complicado do que, efetivamente, pareça ser, principalmente no tocante à produção de provas. Nesse sentido:

“A sumariedade ritual e a cognição parcial ajustada para a reclamação encontra suporte na exigência de instrução da petição inicial mediante prova documental pré-constituída (v.g. cópia do julgado do tribunal que se alega desobedecido), mitigando a possibilidade de dilação probatória (art. 988, § 2º, CPC).”¹⁵⁴

Questão outra pode surgir sobre a possibilidade de cabimento – ou não – de Reclamação da decisão que resolve a Reclamação. Nesse sentido, a doutrina aponta que não cabe Reclamação por mero descumprimento da decisão proferida em Reclamação,¹⁵⁵ pois senão seria criado verdadeiro colapso. Em verdade, iria “chover” Reclamação nos tribunais.

Contudo, estamos a falar de um instrumento que é utilizado para que um precedente formulado por um tribunal hierarquicamente superior seja obedecido pelos seus órgãos jurisdicionais inferiores e vinculados. Sendo assim, caso precedente a Reclamação e a autoridade coatora continue a desobedecer a tese do precedente reclamado, a autoridade superior deverá valer-se de meios coercitivos ou sub-rogatórios para efetivar a decisão, seguindo a lógica do art. 139, IV, do CPC. A doutrina aponta, ainda, outros meios ainda mais invasivos para se combater a recalcitrância da autoridade coatora em seguir o precedente, como a busca e apreensão dos autos, a fixação de *astreintes* e a intervenção federal.¹⁵⁶

¹⁵³ HARTMANN, Guilherme Kronemberg. op. cit., p. 160.

¹⁵⁴ Idem Ibidem, p. 171-172.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Marco Antonio. op. cit., 368.

¹⁵⁶ Idem Ibidem., p. 369.

Na sistemática do microsistema de julgamento de demandas repetitivas, cabe ressaltar que, muito embora a Reclamação tenha natureza de ação autônoma de impugnação – e não de incidente como o IRDR e IAC; nem de recurso como o RE e REsp repetitivos – o STJ já admitiu, quando ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a instauração de *Reclamação Repetitiva*, quando na hipótese do julgamento da Rcl 12.062/GO, aplicou, por analogia, a sistemática do recurso especial repetitivo. Atualmente, alerta a doutrina, não é mais preciso recorrer à analogia para tal, vez que o IRDR pode ser suscitado em processos originários, nos recursos e em remessa necessária.¹⁵⁷

Deve ser apontada a divergência cirúrgica apontada pela doutrina¹⁵⁸ quanto ao Enunciado 363 do FPPC,¹⁵⁹ entendendo que a Reclamação Repetitiva não segue o rito dos recursos excepcionais repetitivos, até porque não é mais necessária a analogia, mas aplica-se o rito do IRDR. De todo modo, é importante dizer que, na verdade, o nome “Reclamação Repetitiva” é apenas elucidativo, pois trata-se, na verdade, de IRDR suscitado em virtude da existência de diversas Reclamações que possuem núcleo controvertido de direito em comum.

Por sua vez, no microsistema dos juizados especiais, pode ficar a dúvida quanto ao cabimento da Reclamação, vez que os juizados especiais contam com Turmas de Uniformização de jurisprudência, que possuem a competência para dirimir os entendimentos divergentes entre turmas de tribunais de estados e regiões diferentes, sendo certo que o pedido de uniformização de jurisprudência tem, essencialmente, natureza recursal.

O STJ, por meio da Emenda Regimental 22 e da Resolução STJ/GP 3/2016, determinou que o Tribunal de Justiça (juizados especiais estaduais) e o Tribunal Regional Federal (juizados especiais federais) daquela competência geográfica é o órgão competente para julgar as Reclamações que conflitam com o entendimento do STJ, passando a inadmitir o oferecimento direto de Reclamação perante o STJ, o que é elogiado pela doutrina, pois do contrário estaríamos a tratar, verdadeiramente, de uma atividade impugnativa *per saltum*.¹⁶⁰

¹⁵⁷ AZEVEDO, Gustavo. Reclamação e questões repetitivas. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 266

¹⁵⁸ Idem, p. 266

¹⁵⁹ Dispõe o Enunciado 363 do FPPC: “*O procedimento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos aplica-se por analogia às causas repetitivas de competência originária dos tribunais superiores, como a reclamação e o conflito de competência*”.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Marco Antonio. op. cit., p. 376.

Resumidamente, a Reclamação é uma ação autônoma de impugnação, que possui partes, causa de pedir e pedido, tendo o objetivo precípua de garantir a competência e hierarquia do órgão que formulou o precedente vinculante, somente sendo admitida após o esgotamento das vias ordinárias e se a decisão atacada não houver transitado em julgado (vez que não pode servir como sucedâneo da ação rescisória), devendo ser processada mediante o Presidente do Tribunal criador do precedente violado e sendo capaz de formar coisa julgada formal e material, razão pela qual é inevitável perceber que a decisão que resolve o mérito da Reclamação desafia ação rescisória.

4. IMPACTOS E DESAFIOS DA ADVOCACIA MODERNA NA NOVA SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Não poderia ser diferente, é claro, que a advocacia também seria alvo dos impactos gerados pelo sistema precedentalista e seu fortalecimento com o advento do novo Código de Processo Civil, que ampliou as hipóteses de criação de precedentes. A começar pela própria inovação de uma forma geral, que encontrou grande crítica e resistência por parte de advogados e de toda a comunidade jurídica, principalmente os de longa data.

Toda mudança gera estranhamentos, e isso é algo que a Sociologia já se deu ao trabalho de explicar, seja por parte de pessoas mais jovens ou não, sempre há algum estranhamento e falta de comodidade, exatamente porque é algo que nós teremos que nos adaptar, ou adaptar nossas ideias, rotinas, enfim, adaptar-se.

Nesse diapasão, é evidente observar que, sim, os mecanismos de julgamentos de demandas repetitivas são necessários para que o judiciário possa desafogar da quantidade absurda de processos que versam sobre a mesma situação jurídica. Por outro lado, é importante determinar o que pode ou não gerar um precedente e, logicamente, o seu procedimento. E é com foco no procedimento que recai, na maior parte das vezes, as reclamações acerca do sistema precedentalista por parte da advocacia, principalmente.

Muitos advogados defendem que o sistema precedentalista engessar o direito, o que no decorrer desse trabalho já se discordou. Por outro lado, a formação de precedente deficientes e a adoção de um método de superação ainda mais deficiente tende, sim, não a um engessamento do direito em si, mas da advocacia, que ficará, sim, com o seu campo de atuação limitado. Alguns, inclusive, com a atual sistemática de precedentes, podem alegar que o trabalho do advogado ficará resumido em tentar superar ou distinguir o caso concreto do precedente fixado pelo tribunal.

Dessa forma, ninguém mais do que os advogados estão preocupados com a qualidade dos precedentes que estão a ser formulados, vez que os precedentes podem – e vão – futuramente, e cada dia mais estão próximos disso, inviabilizar determinadas demandas, o que, logicamente, tem fortes impactos econômicos aos advogados. Nesse mesmo sentido, aponta a doutrina:

“Além de o sistema de precedentes estar entrelaçado com a previsibilidade, de forma a se poder dizer que o primeiro não tem razão para existir sem a segunda, é inocultável que, para se ter previsibilidade, há que se pensar na qualidade intrínseca ao precedente, a que se pode denominar, nesta perspectiva, de força ou autoridade. Torna-se fácil perceber, a partir daí a razão da grande importância devotada à classe dos advogados no sistema de *stare decisis*. Cabe aos advogados, em vista das necessidades de seus clientes, a análise do grau de força de um precedente em determinado momento histórico. Os jurisdicionados necessitam da orientação dos advogados para poder definir o modo de ser dos seus negócios e das suas atividades e, sem qualquer dúvida, os seus orçamentos, lucros e investimentos, o que se reflete diretamente sobre terceiros, especialmente vendedores de matérias-primas e prestadores de serviços, e, numa dimensão global, sobre toda a economia e a sociedade.”¹⁶¹

Os advogados passam a ter uma importância, com o perdão do trocadilho, sem precedentes nessa atual sistemática trazida pelo CPC/2015. Principalmente, por conta do alargamento das possibilidades de sustentação oral perante os tribunais, não mais adstritas ao recurso ordinário; extraordinário; especial; apelação; embargos de divergência; ação rescisória; mandado de segurança; reclamação; e agravo de instrumento (art. 937, CPC). Agora, além desses, os recursos especial e extraordinário repetitivos, o IRDR e o IAC, preveem, também, sustentação oral perante os tribunais.

A doutrina, mais uma vez, aponta sobre a derrubada do sistema precedentalista sobre as costas da advocacia, principalmente no que tange o dever de analisar o precedente para, ao ser consultado por um cliente, dizer-lhe se a causa é viável. É caro o preço da previsibilidade a que se propõe o sistema de precedentes. Nesse sentido, aponta Marinoni:

“A previsibilidade do jurisdicionado, portanto, está incondicionalmente ligada ao estado da doutrina e da jurisprudência, ou melhor, à influência da academia e dos tribunais sobre o precedente. São os advogados que, a partir da doutrina e das decisões dos tribunais, podem analisar um precedente, passando aos seus clientes o grau de confiança que está a merecer e, dessa forma, as perspectivas que se tem ao observá-lo.”¹⁶²

Nesse contexto, uma vez que se está posto o sistema de precedentes, tão somente criticá-lo não salvará a advocacia de quaisquer alegadas mazelas que trouxe e que ainda possa trazer. As críticas, é claro, devem ser bem-vindas, mas não construir nada a partir dessas críticas ou não as usar como meio de modernização e melhoramento ou até mesmo para destituir esse sistema precedentalista não resolverá o problema.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 239.

¹⁶² Idem Ibidem, p. 240.

O novo CPC, contudo, não apenas “prejudicou” a advocacia – como alguns juristas insistem em dizer –, mas também trouxe importante enaltecimento da figura do advogado, dando-lhe distinto protagonismo ao ter a profissão reconhecida como essencial à administração da justiça.

“A justiça é obra de toda a coletividade e espera-se que o advogado do século XXI contribua para uma mudança de mentalidade, com a cultura da pacificação prevalecendo sobre a cultura da sentença. Nesse aspecto particular, o Código de Processo Civil de 2015 expressivamente avançou em território que muito ainda há a percorrer.”¹⁶³

A advocacia, através dos tempos, teve grandes reviravoltas. Ainda hoje, em pleno 2019, ainda há quem criminalize a advocacia criminal (por defender os ditos “criminosos”) e Ministros do Supremo que “corrigem” advogados, na tribuna da mais alta corte do país, no momento de sua sustentação oral, interrompendo sua sustentação oral com intuito de corrigi-los, para que utilizem o termo “vossa excelência” para quando referirem-se aos ministros, em grande apego à “liturgia”.

A título do descrito acima, leia-se o art. 6º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB):

“Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.”

O disposto no artigo acima referido, na prática, nunca teve grande aplicabilidade. É uma das normativas de maior baixa densidade normativa existente no ordenamento pátrio, prova disso é que a advocacia continua tendo de subordinar-se aos juízes para que possam conseguir, até mesmo, uma simples expedição de ofício.

Problemas estruturais à parte, a advocacia foi brindada com a mais difícil das tarefas com o advento do novo CPC, principalmente no que tange à orientação jurídica de seus clientes acerca dos precedentes. Além de orientar os seus clientes, incumbe ao advogado, acima de qualquer outro agente jurisdicional, analisar a viabilidade das causas de acordo com a construção jurisprudencial e fixação de precedentes daquele tribunal. Nesse sentido:

¹⁶³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “A advocacia no CPC de 2015”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. In: *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

“O maior responsável pela orientação jurídica é o advogado. Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do judiciário.”¹⁶⁴

Dessa forma, não é difícil notar que a advocacia constitui, nesta nova sistemática precedentalista, importante papel não só na criação de precedentes, como também na fiscalização da qualidade dessa formação e na observação das situações fáticas, no intuito de observar se aquela causa pretende a superação daquele precedente ou deve ser distinguida dele. Nessa esteira, podemos observar que a má-formação de advogados (mas, na verdade, o de juristas em si) pode prejudicar – e muito – o desenvolvimento do sistema precedentalista. Focando na advocacia propriamente dita, devemos tomar a seguinte nota:

“O conhecimento da legislação e da doutrina, embora importantes, não permite ao advogado passar ao cidadão as informações que ele realmente precisa saber para decidir sobre a oportunidade de realizar um negócio, incrementar a sua atividade ou tomar qualquer outra decisão com repercussão jurídica. Ora, o cidadão necessita saber - obviamente que com determinado grau de previsibilidade - o que esperar do Judiciário.

[...]

Contudo, num sistema que respeita precedentes a orientação jurídica torna-se efetivamente factível. Os advogados têm como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar - ainda que com custosa e convincente argumentação - a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos o judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis.”¹⁶⁵

Além disso, com o aumento das possibilidades de sustentação oral dos advogados perante os tribunais diante da criação de mecanismos que julgam causas repetitivas, é importante também notar o impacto causado pelo sistema precedentalista na prática jurídica dos advogados nos países de *Civil Law* como o Brasil, em que a oralidade não é o grande foco, tanto é que, como já dito antes, há uma cultura de fomento ao ensino teórico, de matriz escolástica, muito mais do que o ensino prático como há nos países de *Common Law*.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 132-133

¹⁶⁵ Idem.

O que se pode perceber, portanto, é que a atual sistemática do novo CPC exigirá de todos os agentes jurídicos muita força de vontade e adaptabilidade à uma nova cultura processual e, conseqüentemente, de novos e mais modernos métodos de trabalho que sejam compatíveis com a prática jurídica forense.

Dessa forma, esses impactos e demais particularidades serão trabalhados daqui em diante, pontualmente, vez que se entende importante trabalhá-los de forma separada devido a sua importância e também para fins didáticos.

4.1. A excessiva delegação de poder aos tribunais

Com a implementação do sistema precedencialista no Brasil através do novo Código de Processo Civil, alguns aspectos negativos e positivos puderam ser observados. Os pontos positivos já foram trabalhados em outro momento, aqui, contudo, iremos apresentar crítica a essa nova sistemática, pois bem observado pela advocacia, houve um excesso de delegação de poder aos tribunais, que já detinham grande poder decisório.

Como já apresentado em outro momento neste trabalho, o poder que detém o relator dos recursos excepcionais repetitivos e dos incidentes (IAC e IRDR) são alarmantes, deixando muito evidente quantidade assustadora de poder que o novo Código de Processo Civil delegou aos tribunais e à figura do relator, um único julgador que, sozinho, tem o condão de sobrestar absolutamente todos os processos no território de sua competência.

Embora os advogados tenham papel muito importante na formação dos precedentes, como já dito anteriormente, nos parece que seus poderes ainda assim ficam limitados, vez que, no fim das contas, quem decide a petição atravessada pelo advogado alegando adequação, distinção ou superação do precedente ainda depende do entendimento de um magistrado sobre aquele tema. Mais uma vez, deveremos recorrer à segurança jurídica, à jurisprudência e, nos casos conflitantes, ao próprio microssistema de julgamento de demandas repetitivas. E, diga-se de passagem, nem é preciso dizer que o direito processual civil é um dos que mais possuem divergências doutrinárias no direito brasileiro, e quando não pela conclusão, pelo método.

Embora a tese de defesa do sistema precedentalista seja, obviamente, muito interessante por razões de segurança jurídica, simplificação e previsibilidade, por outro lado, detona com a dita “advocacia de causas em série”. O próprio nome é bastante problemático, vez que os advogados tendem a se especializar em determinada área e, por vezes, essa “série” nada mais é do que viver essa especialidade, acaba se tornando rotina porque o advogado escolheu trabalhar com aquela determinada área onde aquele tema “serial” acaba se tornando rotina, e geralmente esses problemas advêm de erros comuns e corriqueiros que, com o passar dos anos, embora tendam a diminuir, ainda acontecem esporadicamente, como uma negatização indevida do nome de uma pessoa no órgão de proteção ao crédito por parte de uma instituição financeira.

Marinoni, inclusive, entende que a estabilidade das decisões dos tribunais é importante também para organização da vida civil. Nesse sentido:

“A consciência de como os tribunais decidem é importante para que as pessoas possam estabilizar as suas vidas e, especialmente, para que os conflitos possam ser prontamente dissipados, a partir da simples intervenção dos advogados. A estabilidade pessoal e a dissolução de conflitos a partir da mera consulta do direito isto é, das decisões dos tribunais, é fonte propícia para a harmonia da vida social.”¹⁶⁶

Quando trabalhada a questão da *ratio decidendi* neste trabalho, foram apresentadas algumas problemáticas acerca de sua identificação e também acerca da possibilidade de pluralidade de *rationes decidendi* que formam um precedente. Se com a atual sistemática de precedentes estamos a nos aproximar da tradição jurídica do *Common Law*, por outro lado, diferente do que já fora apontado em capítulo próprio sobre o entendimento da doutrina brasileira acerca da *ratio decidendi* dos precedentes, o próprio *Common Law* comporta restrições acerca da possibilidade de se admitir mais de um fundamento vinculante.

Logo podemos ver que esse lastro imensurável de poder conferido aos tribunais e ao relator dos processos repetitivos, principalmente, acabou sendo chancelado pelo novo CPC. Nos sistemas de *Common Law*, essa é uma preocupação com a própria atividade exercida pelo juiz e sua capacidade de influir no processo, a qual, logicamente, também devem ter os agentes jurisdicionais brasileiros. Nesse sentido, aponta Marinoni:

“Porém, no sistema do *common law* há inescandíveis problemas em admitir uma decisão com duas *rationes*, ainda que cada uma delas possa constituir base suficiente para dar ao caso idêntica solução. Há preocupação em outorgar ao juiz urna latitude de poder que lhe permita indevidamente influir sobre o futuro desenvolvimento do direito. Note-se que, se um julgado pode se fundar em várias *rationes*, o juiz pode

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 134.

definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e consideradas pelas partes e pelos advogados.”¹⁶⁷

Dessa forma, é possível notar que, embora o sistema precedentalista seja ótimo no sentido de ter como sentido de existir a segurança jurídica, a previsibilidade e a integridade da jurisprudência, acaba por trazer questões outras que não haviam os agentes jurisdicionais, em especial os advogados, de se preocuparem, como a fiscalização da atuação dos magistrados; a qualidade dos paradigmas escolhidos; a identificação das *rationes decidendi* dos precedentes fixados; a qualidade dos precedentes fixados e a contribuição nessa formação; novas hipóteses de sustentação oral em virtude dos microssistema de julgamento de causas repetitivas; entre muitos outros.

4.2. A oralidade no processo civil brasileiro

Antes de propriamente falar sobre o princípio da oralidade e das sustentações orais, devemos, inicialmente, fazer um breve histórico e retornar ao Código de Processo Civil de 1939, onde, embora houvesse a possibilidade de sustentar oralmente, haviam juristas que entendiam que a sustentação oral fosse limitada ao recorrente, por exemplo, entendendo que seria impossível sustentação oral feita pelo recorrido. Contudo, era entendimento minoritário, tanto que, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, esse entendimento restou pacificado, pois o art. 554 expressamente apresentou a possibilidade de sustentação oral tanto para o recorrente, como para o recorrido.¹⁶⁸

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, essa discussão sequer existia mais, contudo, ainda existiam discussões acerca da possibilidade de sustentação oral perante os tribunais em determinados casos em que ainda não era prevista. Com novo CPC, inclusive, algumas continuaram sem possibilidade expressa. Entretanto, novas possibilidades de sustentação surgiram, como na hipótese da admissibilidade e do julgamento das demandas repetitivas.

O princípio da oralidade, tão defendido pelo grande *maestro* Giuseppe Chiovenda, jurista italiano de grande renome e importância para o direito processual brasileiro, deve ser entendido

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 175.

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 63

como a oportunidade de realização da vontade concreta da lei, abandonando os formalismos típicos inerentes à prática jurídica processual que insiste, mesmo após incomensuráveis defesas à “liberdade das formas”, em acabar dando mais importância à forma do que ao próprio conteúdo da lei, ao efeito concreto do pedido.

A oralidade, por sua vez, modernamente, acaba tendo outros contornos, já que o princípio passa por constantes mudanças através dos tempos, razão pela qual a oralidade não pode ser simploriamente resumida ao ato de sustentar oralmente perante um tribunal. Boa compreensão, inclusive, é bem apontada por outros juristas que aqui vale a pena citar:

“O princípio da oralidade compreende, didaticamente, quatro elementos assim identificados: I) a imediatidade no contato direto com o juiz da causa; II) a concentração dos atos processuais, de modo que os atores, no andamento processual, propiciem-lhe, com celeridade, condições de julgamento; III) irrecorribilidade das decisões que impulsionam o processo; IV) a identidade física do juiz.”¹⁶⁹

A identidade do juiz deve ser entendida como a garantia de que o processo seja sentenciado pelo juiz que, no momento do sorteio, fora considerado prevento. Contudo, há divergência sobre esse requisito ser ou não inerente ao princípio da oralidade quando pensado de forma isolada.

“Consoante os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, o princípio da oralidade propicia justiça de melhor qualidade, uma vez que permite o contato direto do juiz com as partes e as provas, de forma que se acaba por formar um “juízo” mais preciso sobre os fatos. Por isso, para o autor, um duplo juízo sobre o mérito anula a principal vantagem da oralidade. Todavia, pode-se entender que Chiovenda, de acordo com conclusão científica de Luppeti Baptista, ao defender o princípio da oralidade, não assegurou à identidade física do juiz, isoladamente, como responsável pela substância do princípio.”¹⁷⁰

Para a doutrina, inclusive, o princípio da oralidade eleva a qualidade da tutela jurisdicional. Por óbvio, devemos entender que, muitas das vezes, as palavras podem nos enganar, levar a entendimento diverso. Uma vírgula pode mudar todo o sentido de uma frase, assim como o excesso pode induzir a uma dificuldade de compreensão e lógica.

Da sustentação oral, inicialmente, o que deve ser observado é que esta é uma ferramenta do processo, portanto, deve estar ou ser adequada ao procedimento, faz parte dele. Logo, se o

¹⁶⁹ ANDREATINI, Livia Losso. “Princípio da Oralidade no Novo Código de Processo Civil: a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento que verse sobre decisão interlocutória de mérito”. In: *Revista de Processo*, Vol. 282/2018, Revista dos Tribunais OnLine, Thomson Reuters, p. 4.

¹⁷⁰ Idem Ibidem, p. 5.

procedimento ainda será criado (como ocorreu com o IRDR, por exemplo) e pretende a possibilidade de sustentação oral, ele deve ser moldado com estrutura adequada para que isso seja possível. O contrário, no entanto, também é possível, e pode ser facilmente vislumbrado nos casos em que, por determinada questão, possa ser cabível a sustentação oral onde comumente não é. É a hipótese das audiências prévias de justificação (arts. 300, § 2º e 562, todos do CPC), onde o advogado pode sustentar oralmente, justificando o pedido de tutela. Sendo assim, como é algo pontual, acaba por ocorrer o contrário, aquela sustentação, entendida como mecanismo e não prevista expressamente a sua possibilidade, passa a ser, tendo de adequar-se propriamente ao processo, ao procedimento.

E como já dito anteriormente neste trabalho, a oralidade no processo civil brasileiro é um tanto quanto negligenciada, o que não ocorre nos casos de júri no Processo Penal, por exemplo. Enquanto há 15 minutos de sustentação no processo civil, independentemente da complexidade do caso, no Processo Penal há a previsão de sustentação durante uma hora e meia, e de mais uma hora para réplica e tréplica, respectivamente.

“A oralidade – apesar de negligenciada pela prática forense – possui tanta relevância que se encontra prevista na lei que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, compondo o rol de direitos do advogado o de usar a palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal e reclamar, em qualquer instância, sobre a inobservância do preceito legal.”¹⁷¹

Inclusive, igual garantia não assiste aos advogados das outras áreas. Importante decisão fora tomada no processo nº 0008875-06.2013.8.07.0010 perante a 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), onde um advogado utilizou apenas nove minutos (de uma hora e meia) para defender o seu cliente. Recurso manejado ao tribunal, o mesmo fora provido e o tribunal determinou a anulação do julgamento que, diga-se de passagem, condenou o réu a 16 anos de reclusão. Vejamos o acórdão do TJDFT:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO À PENA DE 16 ANOS DE RECLUSÃO. NULIDADE ABSOLUTA. RÉU INDEFESO. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", garante aos réus, no contexto do Tribunal do Júri, a plenitude de defesa, que consubstancia uma defesa completa, perfeita e absoluta. Este princípio norteador do procedimento do Júri Popular se distingue da ampla defesa assegurada aos acusados de maneira generalizada, pois garante o emprego de todos os instrumentos necessários, inclusive não jurídicos, considerando-se, para isto, o fato de ser a decisão proferida sem qualquer fundamentação e por jurados leigos.

¹⁷¹ ANDREATINI, Livia Losso. op. cit., p. 5.

2. O fato de o advogado do réu ter utilizado somente 9 (nove) minutos para a sustentação da defesa em sessão plenária, deixando de desenvolver validamente qualquer tese absolutória, de forma proposital e sem prévio acordo com o réu - que restou condenado à pena de 16 (dezesesseis) anos-, conduz à anulação do julgamento pela configuração de nulidade absoluta, nos termos da primeira parte da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso provido para anular o processo desde o julgamento pelo Tribunal do Júri.¹⁷²

Muito embora a decisão tenha sido a mesma após a anulação, note-se que a oralidade, pelo menos no processo criminal, é muito mais valorizada do que no processo civil, e isso não tem bem um porquê, a não ser o fato de que estamos diante da dita “*ultima ratio*”, ou última alternativa do Estado em punir condutas tidas como criminosas, que envolve toda um contexto de direitos humanos, sociologia e antropologia sobre a liberdade (dos corpos, principalmente).

Muito embora a sustentação oral seja vista como um momento de o advogado demonstrar a sua capacidade de convicção de forma falada, forte impacto sofrem os jovens advogados, principalmente aqueles que, por inúmeras razões, não pertencem a grandes escritórios de advocacia.

Um desses impactos pode ser notado quando um advogado recém-formado se deparar com um recurso de sua autoria, por exemplo, sendo escolhido como paradigma para o julgamento de casos repetitivos. O que é cultural, nesses grandes escritórios, é que advogados de renome e com maior experiência – que também costumam ser os mais velhos por idade ou por tempo de carreira – sustentem perante os tribunais superiores. Contudo, melhor sorte não assiste a esses jovens advogados, que possuem tão pouco tempo de experiência prático-profissional, pois certamente serão eles mesmos que terão de sustentar perante o STJ ou STF, por exemplo, com menos de dois anos de prática.

Obviamente, o critério idade e tempo de carreira não são determinantes, até porque são amplamente questionáveis e variáveis de pessoa para pessoa, contudo, devem ser levados em conta quando estamos a falar do impacto do sistema precedentalista no direito processual brasileiro e suas consequências à prática da advocacia.

¹⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO À PENA DE 16 ANOS DE RECLUSÃO. NULIDADE ABSOLUTA. RÉU INDEFESO. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Apelante: David Dantas Barbosa. Apelado: Ministério público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos. Distrito Federal. DJE: 23 de março de 2018, p. 126/134.

Desse modo, embora os mecanismos processuais no direito processual civil brasileiro tenham evoluído bastante, é de se notar que a ampliação de hipóteses em que se permita a sustentação oral ainda não é suficiente, embora elogiável, vez que prestigia a possibilidade do advogado elucidar questões aos magistrados, se tem muito a desenvolver ainda.

4.3. A advocacia como elemento essencial na formulação e superação de precedentes

No decorrer deste trabalho muito se falou sobre a importância da advocacia e sua atuação, mas levando em consideração nobre (e árdua) arte de advogar, não poderia faltar um capítulo que trabalhasse propriamente a sua atuação na atual conjuntura do processo civil brasileiro, pois até aqui os advogados tiveram primordial importância. Aliás, nunca deixaram de ter.

Defender os interesses do cliente é entender o seu pleito não só juridicamente, mas também sob a ótica da ética, vez que defender o cliente não deve, nunca, estar acima do compromisso ético que possui qualquer advogado para com a sua profissão. Logo, não concordar com aquele pleito por opinião própria nem de longe deve ser confundido com atitudes antiéticas. Muito pelo contrário, entender ou ter pensamento contrário ao que está sendo requerido pelo cliente pode, e muito, ajudar a explicar a viabilidade de se propor uma ação ou manejar um recurso, exatamente por haver entendimentos divergentes sobre aquela demanda.

Marinoni nos alerta, muito propriamente, que a possibilidade de aconselhar um cliente num modelo precedentalista é muito mais prático do que de acordo com a lei, como ocorre nos países de *Civil Law*. Mais certo ainda, denuncia que o provimento do pleito pode variar “conforme o juiz sorteado para analisar o caso”. Certamente, um sistema de precedentes que não engesse o direito e atuação dos advogados e seja eficiente na produção de um precedente íntegro e de qualidade, acaba por afastar as arbitrariedades cometidas pelos magistrados. Nesse sentido, leciona a brilhante doutrina:

“O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado, porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode - conforme o juiz sorteado para analisar o caso - ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da

litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.”¹⁷³

Exatamente sobre a crítica da possibilidade de decisões divergentes de acordo com a “sorte” de ter o processo sido sorteado a um determinado juízo, a doutrina aponta esse sentimento “lotérico” como algo a ser extirpado, e o método escolhido para sanar esse defeito foi o microsistema de formação de precedentes.

“Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável.”¹⁷⁴

Sobre a importância dos advogados no sistema precedentalista, da qual já falamos, mas não custa lembrar, além de personagens importantes na criação dos precedentes, os advogados são verdadeiros e valiosos fiscais da qualidade desses precedentes. Além de força ou autoridade, como defende Marinoni, um precedente deve ser formado com a mais ampla participação da comunidade jurídica e com o menor número possível de defeitos. Não defenderemos aqui que sejam essas teses “sem quaisquer defeitos”, pois estamos tratando, verdadeiramente, de uma atividade humana, portanto, sujeita inevitavelmente a erros.

Nesse sentido, mais uma vez Marinoni nos alerta sobre a necessidade de orientação que os jurisdicionados terão de seus advogados. Não obstante, fica a cargo da advocacia observar os precedentes, e dessa análise, orientar o seu cliente acerca da possibilidade de êxito – ou não – daquela pretensão.

Algo que já era criticável, por sua vez, acabou se tornando ainda mais no sistema precedentalista, que é péssimo hábito de determinados advogados dizerem ao cliente que uma causa é ganha. Sem entrar no mérito de que tal conduta é extremamente antiética, é possível notar que, a partir dessa nova sistemática, cabe ao advogado estudar as decisões, a integridade da jurisprudência e as teses já fixadas ou em processo de fixação perante aquele tribunal. Feita essa observação, caberá ao advogado estudar o caso e saber se há chance de êxito, principalmente ao deparar-se com um precedente fixado em sentido contrário ao pretendido pelo seu cliente, pois a análise dos fatos jurídicos será determinante para distinguir o precedente do caso concreto e, portanto, afastá-lo, garantindo, quem sabe, o êxito naquela demanda.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 100.

¹⁷⁴ Idem *Ibidem*, p. 135.

“Além de o sistema de precedentes estar entrelaçado com a previsibilidade, de forma a se poder dizer que o primeiro não tem razão para existir sem a segunda, é inocultável que, para se ter previsibilidade, há que se pensar na qualidade intrínseca ao precedente, a que se pode denominar, nesta perspectiva, de força ou autoridade. Torna-se fácil perceber, a partir daí, a razão da grande importância devotada à classe dos advogados no sistema de *stare decisis*. Cabe aos advogados, em vista das necessidades de seus clientes, a análise do grau de força de um precedente em determinado momento histórico. Os jurisdicionados necessitam da orientação dos advogados para poder definir o modo de ser dos seus negócios e das suas atividades e, sem qualquer dúvida, os seus orçamentos, lucros e investimentos, o que se reflete diretamente sobre terceiros, especialmente vendedores de matérias-primas e prestadores de serviços, e, numa dimensão global, sobre toda a economia e a sociedade.”¹⁷⁵

Por sua vez, cabe ao advogado observar situações que vão muito mais além do que a análise do direito, por isso, é elogiável que as Faculdades de Direito no Brasil tenham grades curriculares mais amplas, com conteúdo social, político e filosófico que contribua para a formação do jurista.

Não por outra razão, no sistema precedentalista, o advogado tem de observar se o precedente possui dois enquadramentos, qual seja, a **(1)** congruência social, ou seja, analisar se o precedente corresponde aos anseios daquela sociedade em termos de padrões morais, políticos e de experiência; bem como a **(2)** consistência sistêmica, que significa ter coerência com outras decisões.

“Importa salientar que tanto a ausência de congruência social quanto a falta de consistência sistêmica costumam ser demonstradas pela doutrina. A crítica doutrinária permite não apenas a individualização dos precedentes que se revestem de algum ou de ambos os defeitos, como também apresenta os argumentos que os evidenciam, deixando a classe dos advogados adequadamente informada acerca da fragilidade de determinado precedente. A informação dos advogados é um dos elementos de maior importância para descaracterizar os fundamentos para a preservação do precedente, pois elimina as alegações de confiança justificada e de vedação de surpresa injusta.”¹⁷⁶

Como já defendido no capítulo que tratou das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, fica perceptível a importância dos advogados na aplicação dessas técnicas, pois quando o advogado estiver diante de um precedente que não possui adequação ao caso concreto ou que não possui mais tais enquadramentos, tendo tornando-se obsoleto, sua atuação é imprescindível como personagem essencial na modernização dos entendimentos dos tribunais, mantendo o direito vivo, em constante modificação.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. op. cit., p. 239.

¹⁷⁶ Idem *Ibidem*, p. 254.

As sustentações orais, por sua vez, garantem um processo com personagens mais presentes, e a ampliação dessas hipóteses é essencial, bem como uma revisão no tempo concedido aos advogados para promoverem tais sustentações. Influir no processo fisicamente, presencialmente, é essencial à modernização do direito, é essencial para que a prática jurídica não se resume a protocolização de peças em um sistema eletrônico. Além de tudo, é importante para que a rotina forense não seja resumida a minutas de peças processuais, vez que advogar não se resume a isso.

Esse contato entre Estado, jurisdicionados e patronos é algo que, definitivamente, não pode ser perdido. E esse contato não tem a ver com a modernização dos meios processuais, pois esses, sim, devem também ser valorizados e modernizados, mas tem a ver com a atividade humana em si, que deve ser valorizada, deve ser sentida. O contato humano, muito embora a espécie tenha diversos problemas de uma forma geral, também é essencial, até para a percepção de novas e outras realidades, para que o processo não esteja resumido a discutir somente o que está no papel, mas os fatores sociais que, felizmente, o papel só consegue dizer, e não demonstrar.

Importa dizer, portanto, que até aqui a advocacia avançou, e ainda terá muito o que avançar e se adaptar para driblar os entraves e ampliar os benefícios trazidos pelo sistema precedentalista ao direito brasileiro. É de se salientar, é claro, que tudo ainda é muito novo, e há anos à frente para se pensar em soluções, ampliações e modificações desse sistema que ainda vai gerar muita discussão a favor e contra esses mecanismos de fixação de teses para resolução de demandas seriais. A advocacia já tem grande espaço nessa história, falta apenas construí-lo devidamente, ocupando seu espaço como grande protagonista.

CONCLUSÃO

Decididamente, essa é a parte mais difícil de um trabalho acadêmico que se propõe a analisar não só o novo sistema de precedentes brasileiro e seus impactos na cultura processual e na advocacia.

Inevitável, portanto, notar que, ao revés do que alguns juristas defendem, não entendemos que o sistema precedentalista possa “engessar” o direito pelo simples fato de prover mecanismos que julgam demandas repetitivas. Contudo, por ser um sistema em que determinadas demandas (de acordo com a sua profundidade argumentativa) são tidas como paradigmas para resolver centenas ou milhares de outros processos, alguns cuidados devem ser tomados.

Obviamente, como estamos a tratar de um procedimento que julga causas por amostragem, ou seja, apenas uma parte pelo todo, toda cautela é essencial ao seu regular processamento. O direito, nem de longe, deve se tornar uma “receita”, em que o magistrado possa apenas olhar, adequar e decidir, senão o princípio do contraditório estaria propriamente mitigado, não haveria necessidade de existir, já que a resposta já está pré-estabelecida.

Nessa esteira, a formação adequada do advogado, bem como a adaptação daqueles que já atuam na advocacia – e não só estes, mas de todos os agentes do Poder Judiciário – é essencial para que o sistema precedentalista possa avançar e resolver os erros que já possui, tentando, desde já, evitar problemas futuros.

A expansão das possibilidades de sustentação oral perante os tribunais diante da criação dos novos mecanismos de resolução de demandas repetitivas é algo, sim, a ser elogiado no novo Código de Processo Civil. Contudo, conforme demonstrado e comparado aos outros modelos de processo existentes (penal, por exemplo), ainda temos muito que avançar. De todo modo, não é falsa simetria comparar o tempo concedido à defesa do réu em júri criminal (vez que a consequência seria a privação da liberdade) em relação às matérias processadas pelo processo civil, vez que, muito embora o processo civil não trate da privação da liberdade de ninguém, independentemente da gravidade e complexidade da causa, o tempo para sustentar será um só: quinze minutos.

Dessa forma, entendemos que em muito avançou o processo civil em prever novas possibilidades de sustentação oral, contudo, deixou a desejar quanto ao tempo dessas sustentações, vez que uma causa complexa fica resumida a uma capacidade hercúlea de síntese dos advogados.

Por sua vez, o novo Código de Processo Civil chancelou poderes extremos aos tribunais e aos relatores das demandas repetitivas, e isso ficou muito evidente quando o próprio código concedeu ao relator do recurso o poder de sobrestar outros processos que versem sobre a mesma temática. Diga-se de passagem, essa gravidade pode ser medida em várias esferas: estadual, regional ou federal. Sobre esta última, importa ainda mais, pois é a capacidade de um único julgador determinar o sobrestamento de todos os processos em território nacional, competência esta atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

A advocacia, no entanto, parece ter ficado com maior carga de trabalho na atual sistemática de precedentes. Não bastasse a rotina forense, contagem de prazos e a existência (ainda) de processos físicos e cartórios que demoram mais de três meses para processar petições, enquanto aos juízes e tribunais cumpre observar os precedentes e manter a jurisprudência íntegra, à advocacia, no entanto, fora atribuída a tarefa de observar os precedentes, analisar as novas demandas de acordo com esses precedentes e a viabilidade de novos processos com a aplicação das técnicas de confronto desses precedentes, a identificação das *ratio(nes) decidendi* das teses fixadas pelos precedentes e também a participação ativa na criação e superação dos precedentes dos tribunais.

Dessa forma, entendemos como essencial a existência de um sistema precedentalista que promove a segurança jurídica e institui como dever dos tribunais a uniformização da sua jurisprudência. A criação dos mecanismos de julgamento dessas demandas seriais é essencial para que o Poder Judiciário consiga se desafogar dessas inúmeras demandas que possuem um mesmo núcleo comum de direito.

Quanto à advocacia, no entanto, entendemos que os impactos na classe foram desproporcionais em relação as outras, sendo onerada em nível alarmante com a previsão dessa atual sistemática não só por conta daqueles que já atuam na advocacia terem de se adaptar a uma nova cultura jurídica processual, mas porque agora incumbe à advocacia uma série de

deveres que, combinados com a rotina da prática forense dos advogados, exigirá muito mais tempo e disciplina para que as tarefas sejam realizadas, para que se identifique, de fato, as razões daquele precedente; para que se identifique as possibilidades de êxito daquela demanda; para que se fiscalize a formação dos novos precedentes. Enfim, uma tarefa que exigirá não só muita proatividade dos advogados, como muita dedicação e, por parte dos tribunais, menos formalismos.

Sendo assim, embora os impactos tenham sido muitos, alguns mais fortes, outros mais fracos, outros que prestigiam a advocacia e outros que nem tanto, entendemos que os impactos foram necessários para que se crie uma nova cultura jurídica processual, evitando, com a fixação dos precedentes, a procura do Poder Judiciário para dirimir controvérsias que, muitas das vezes, os meios adequados de solução de conflitos podem resolver de forma menos onerosa para todos os envolvidos, inclusive, para os advogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.) et al. *CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 619-620.

ANDREATINI, Livia Losso. “Princípio da Oralidade no Novo Código de Processo Civil: a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento que verse sobre decisão interlocutória de mérito”. In: *Revista de Processo*, Vol. 282/2018, *Revista dos Tribunais OnLine*, Thomson Reuters.

AZEVEDO, Gustavo. “Reclamação e questões repetitivas”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 251-280.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados”. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III, p. 279-311

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Vol. 3. 16. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. “Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência”. In:

DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 383-397.

DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. “A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227-250.

FREIRE, Alonso. “Jurisprudência íntegra”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. In: *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24-40.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. Reclamação no Âmbito do CPC/2015 e sua Faceta de Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes. *Revista da EMERJ*. Vol. 21/2019, n. 1, p. 155-176.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização?”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 659-670.

LEMOS, Vinicius Silva. “Incidente de assunção de competência, a falta de procedimento definido e a proposta a proposta de sistematização - parte II: da afetação até o julgamento”. In: *Revista Brasileira de Direito Processual - RDPRO*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, Ano 27, n. 106, p. 315-348.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “A advocacia no CPC de 2015”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. In: *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 252-265.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. “A análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários: o pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 327-364.

_____. “Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, 215-238.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Comentários ao art. 927. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.307-2.318.

MEIRELES, Edilton. “Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*. Vol. 10. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 67-138.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. “Precedente e IRDR: algumas considerações”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 567-589.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin American*. 3th ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. “Reclamação Constitucional”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 753-772

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. “Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 302-333.

PEIXOTO, Ravi. “Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 537-563.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “O regime do precedente judicial no novo CPC”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 445-457.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com*

o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

YARSHEL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. “As interações entre o processo estatal e o processo arbitral: o novo código de processo civil e a reforma da lei de arbitragem”. In: CIANCI, Mirna (Coord.) et al. *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 251-260.