

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

RICARDO LUIZ NICOLI

**A LEGITIMAÇÃO DOS JUÍZES E DAS CORTES DE JUSTIÇA NA FORMAÇÃO E
SUPERAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS: visão com suporte na
Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade para evolução do
Direito e promoção do efetivo acesso à Justiça**

São Leopoldo

2021

RICARDO LUIZ NICOLI

**A LEGITIMAÇÃO DOS JUÍZES E DAS CORTES DE JUSTIÇA NA FORMAÇÃO E
SUPERAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS: visão com suporte na
Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade para evolução do
Direito e promoção do efetivo acesso à Justiça**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo-RS

2021

N644I Nicoli, Ricardo Luiz
A legitimação dos juízes e das cortes de justiça na formação e superação dos padrões decisórios: visão com suporte na hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para evolução do direito e promoção do efetivo acesso à justiça. / Ricardo Luiz Nicoli -- 2021.
361 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.
Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Juízes – Decisões. 2. Precedentes. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Juízes e Cortes de Justiça. 5. Cortes de Vértice. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 347.95

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A LEGITIMAÇÃO DOS JUÍZES E DAS CORTES DE JUSTIÇA NA FORMAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS: visão com suporte na Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade para evolução do Direito e promoção do efetivo acesso à Justiça**”, elaborada pelo doutorando **Ricardo Luiz Nicoli**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de dezembro de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro Participação por Webconferência

Coorientador: Dr. Remo Caponi Participação por Webconferência

Membro: Dr. Emilio Santoro Participação por Webconferência

Membro: Dr. Cristiano Becker Isaia Participação por Webconferência

Membro: Dr. Paulo Junior Trindade dos Santos Participação por Webconferência

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira Participação por Webconferência

Membro: Dr. Gabriel de Jesus Tesdesco Wedy Participação por Webconferência

Dedico às minhas três.

AGRADECIMENTOS

Este foi um dos momentos por mim mais esperados. Uma verdadeira catarse, embora ainda seja um período de incertezas, dúvidas e apreensões, que foram marcas deste tempo de doutoramento (ou esses são sinetes da existência humana? Não sei. Só sei que as respostas de ontem, nem sempre, conseguem responder às perguntas de hoje).

Esta tese é fruto do auxílio de muitas pessoas e instituições. Sendo impossível agradecer a todos os que percorreram ou atravessaram minha trajetória durante este curso de doutoramento, faço estes agradecimentos em nome daqueles que de algum modo participaram e contribuíram na realização deste objetivo de vida. E, de maneira singular, registro os agradecimentos expressos à frente.

Em primeiríssimo lugar, agradeço ao Divino Pai Eterno pela vida, proteção, e por me haver dado condições de cursar este doutorado.

Às minhas filhas, Ana Laura e Mariana, que concedem cor ao meu dia e revigoram minhas forças. À Edilma Nicoli, minha mulher, todos os agradecimentos são insuficientes. Além de, por vezes, preencher minhas ausências e cuidar sozinha das nossas filhas e afazeres cotidianos, leu, releu, opinou e revisou cada palavra desta tese e, sobretudo, atuou nos momentos mais difíceis dessa caminhada. Vocês três são minhas fontes de inspiração. Tudo o que faço é por vocês.

Aos meus pais, Nilson e Elba, e aos meus irmãos Abelardo, Nilson e Luís Gustavo, pela força de sempre. Vocês são meu porto seguro. E muito obrigado por estarem em todos os lugares por onde passo. Às minhas cunhadas, sobrinhos e sobrinho-neto pelo incentivo e apoio.

Agradeço à Universidade de Rio Verde (UNIRV) e ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) por investirem na minha formação jurídica e profissional e por me concederem a licença que tornou possíveis meus estudos.

Agradeço à Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e à Università degli Studio di Firenze/Itália (UNIFI), pela oportunidade de estudo e pela experiência de vida proporcionada.

Ao professor Darci Guimarães Ribeiro, orientador da tese, que me abriu o mundo do processo civil, incentivou e pavimentou meu caminho até Florença. Como os verdadeiros mestres, transmitiu seus conhecimentos, porém, foi-me dada a liberdade para acertar e errar. Registro minha admiração e gratidão.

Ao professor Remo Caponi, pela calorosa acolhida na UNIFI e por haver confiado na minha candidatura ao Doutorado (cotutela), sob sua orientação (*tutore*) e por me proporcionar o ambiente necessário para minha pesquisa.

Ao professor Wilson Engelmann, exemplo de dedicação profissional, sempre disposto a compartilhar conhecimento e a colaborar. Obrigado pela inestimável ajuda em cada momento do curso. Ao professor Anderson Vichinkeski Teixeira, pelo apoio e incentivo na realização de um sonho, cursar o doutorado (cotutela) na Università degli Studio di Firenze. Ao professor Délton Winter de Carvalho, não apenas pela sincera amizade, mas também por me servir de inspiração para buscar outras visões de mundo.

Agradeço ao professor Eduardo Scarparo que participou da minha banca de qualificação pelas sugestões e indicação de leitura.

Ao professor Daniel Mitidiero, que, juntamente com o professor Darci Guimarães Ribeiro, apresentaram-me ao professor Remo Caponi, quando estávamos em Salamanca, e, assim, afiançaram meus estudos na UNIFI.

Agradeço aos professores Emilio Santoro e Alessandro Simoni, pelo estímulo na realização do doutorado e pelo fato de terem removido todos os obstáculos burocráticos para a concretização dos meus estudos na UNIFI. Meus agradecimentos às professoras Caterina Silvestre e Vittoria Barsotti, pela acolhida e inesquecível oportunidade de ministrar aulas em suas disciplinas na prestigiada UNIFI. Ao professor Nicolò Trocker, pelos ensinamentos de processo civil e a generosidade na convivência acadêmica, bem assim pela gentileza em nossos encontros sociais. Ao professor Ettore Maria Lombardi, pela amizade e a convivência quase diária dentro e fora do Departamento de Ciências Jurídicas da UNIFI.

Um reconhecimento especial aos casais Giacomo Pailli-Chiara Innocenti e Marco Pieri-Denya Pandolfi. Obrigado pela acolhida da minha família no seio do seu grupo familiar e por tornarem nossos dias em Florença tão mais leves. A vida na Itália não seria tão extraordinária sem a fraternal convivência com vocês. Registro, ainda, minha gratidão ao professor Giacomo Pailli, por guiar meus passos desde os primeiros dias na UNIFI.

Meus agradecimentos aos amigos Daniele Giovenali e Fabio Accardo, pela hospitalidade e a companhia nas aulas incríveis com o professor Remo Caponi. De

semelhante modo, sou grato aos colegas Fabio de Dominicis e Arthur Barreto, pelo companheirismo e ajudas nas pesquisas nas bibliotecas da UNIFI.

Ao amigo Marroquino Salah Larbi Zoubir, que a todos conquista com seu carisma, e por me proporcionar momentos singulares na UNIFI.

Agradeço a Yasir Rizwan, da Tipografia Max Pioda, que, no período mais difícil da pandemia da covid-19 me possibilitou reproduzir material para que minhas pesquisas não fossem interrompidas.

Meus agradecimentos à Francesca Mirizo, que simplificou tudo aquilo que para mim era complexo dentro do Departamento de Ciências Jurídicas da UNIFI. Devo a ela, em grande parte, a realização do doutoramento (*cotutela*), pois me indicou o caminho a ser seguido até aqui. Manifesto agradecimentos, também, à presteza e gentileza de Antonella Cini e Letizia Ciappi.

Ainda no período em Florença, tive a alegria de desfrutar da companhia de Ricardo de Carvalho Aprigliano e Raimundo Augusto Fernandes Neto (e sua Mércia). Dois craques. Um do Processo Civil e outro do Direito Eleitoral. Valeu cada minuto que passei lá com vocês! São amizades que, por sorte minha, permanecem em solo brasileiro.

Reconhecido sou aos colegas que comigo cursaram o doutorado, pelo companheirismo e os bons momentos vividos em São Leopoldo, e o faço em nome do colega Oduvaldo Santana Júnior (*in memoriam*). Foi ele, sem dúvida, entre nós, o que mais lutou para a realização deste doutorado. Seu aperfeiçoamento, porém, já estava completo e Deus o chamou para outras missões.

Aos caros amigos Marcelo Elias Naschenweng e Eduardo Alvares Oliveira, pelas trocas de ideias sempre enriquecedoras.

Agradeço, também, à professora Débora Bonat (Universidade de Brasília) e aos professores Luca Passanante (Università di Studio di Brescia) e Giuseppe Zaccaria (Università degli Studi di Padova) pelas preciosas sugestões de pesquisa.

À Taís Schilling Ferraz, Fabrício Castagna Lunardi e Frederico Augusto Leopoldino Koehler, pela recepção e ensinamentos no Grupo de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (PPGPD-ENFAM). Aos colegas pesquisadores, de maneira particular, ao Lucas Cavalcanti da Silva, pela parceria nas pesquisas.

Aos professores do PPGD da Unisinos e aos colaboradores, em especial, a Vera Loebens, Ronaldo César e a Paloma Recktenvald.

Agradeço, penhoradamente, aos colegas magistrados Javahé de Lima Júnior e Eduardo Perez, que me substituíram, respectivamente, no 2º Juizado Especial de Rio Verde e no 3º Juizado Especial da Fazenda Pública de Goiânia, possibilitando-me licenciar para o doutorado. De igual modo, agradeço à equipe (assistentes, servidores e estagiários) das referidas unidades judiciárias, em especial, Ana Claudia Alves Guimarães, Thiago Gomes de Aniceto, Jardênia de Lima Mesquita Carvalho, Kelvin Testa, Tatiana de Cássia Veríssimo e Marília de Abreu Oliveira, pelo auxílio nas minhas atividades judicantes neste período.

Aos amigos certos das horas incertas, Robson Vítor da Neves, Ricardo Fernandes de Moraes e Vanderlan dos Santos de Lima Júnior, meus agradecimentos pelo suporte no Brasil enquanto estávamos em Florença.

“[...] estou convencido de que a justiça é feita na primeira instância e se faz sobre os fatos. A justiça se administra aplicando a lei, interpretando a lei em função dos fatos sobre os quais as partes estão em litígio. Se deixamos os fatos de lado, que tipo de justiça estamos administrando?”. (tradução livre).

Michele Taruffo.

El precedente judicial em los sistemas de Civil Law. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929.

Disponível em:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>.

Acesso em 22 mar. 2019.

RESUMO

O presente estudo investiga e demonstra, com amparo nas teorias sobre as funções das Cortes de Vértice e os precedentes judiciais na tradição do *Civil law*, de Michele Taruffo, e na Hermenêutica Filosófica, de Hans-Georg Gadamer, a importância do papel institucional dos juizes de primeiro grau e Cortes de Justiça (tribunais de segundo grau) na constante evolução do Direito e promoção de efetivo acesso à Justiça com a superação dos padrões decisórios previstos do art. 927 do Código de Processo Civil. Como problema de pesquisa, questiona-se: - qual a importância da atuação dos juizes de primeiro grau e das Cortes de Justiça na superação dos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice de modo a garantir a evolução do Direito, contemporaneamente, com as mudanças sociais e, ao mesmo tempo, promover a certeza do Direito e a igualdade entre os jurisdicionados? Em tais circunstâncias, postula-se como hipótese a junção da importância e necessidade dos juizes de primeiro grau e dos tribunais de segundo grau (Cortes de Justiça), ante uma nova realidade social, determinada pelas particularidades fáticas reveladas no caso jurídico concreto e analisadas no primeiro grau de jurisdição, passíveis de ser reexaminadas e ser objeto de nova valoração no segundo grau de jurisdição, não se sujeitarem incondicionalmente aos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice, quando demonstrada a necessidade de sua alteração, fazendo, para isso, a refutação do padrão decisório com uma fundamentação hermenêutica consistente e específica (ônus argumentativo) ao propor sua alteração. Haja vista a investigação procedida nesta tese doutoral, que utilizou o método fenomenológico-hermenêutico, com incursões analítico-descritivas, conclui-se que, apesar de competir às Cortes de Vértice a uniformidade do Direito, as Cortes de Justiça e os juizes de primeiro grau desenvolvem fundamental função na evolução do Direito, pois é com supedâneo na análise dos fatos, construídos no primeiro grau e reexaminados no segundo grau de jurisdição, que os padrões decisórios, que não devem ser inflexíveis, são formados e suscetíveis de ser superados. Sem uma participação ativa, em especial dos juizes de primeiro grau, que estão mais próximos dos fatos e do contexto social, a fossilização do Direito será inevitável, provocando decisões injustas perante realidades diferentes, pois, somente com a decisão divergente, feita por juizes ou Cortes de Justiça, é que se abre caminho para uma reanálise da questão já definida em um padrão decisório.

Palavras-chave: precedentes. padrões decisórios. hermenêutica. juízes e Cortes de Justiça. Cortes de Vértice.

RIASSUNTO

Il presente studio indaga e dimostra, sostenuto dalle teorie sulle funzioni delle Corti di Vertice e dai precedenti giudiziari nella tradizione della *Civil law*, di Michele Taruffo, e dall'Ermeneutica Filosofica, di Hans-Georg Gadamer, l'importanza del ruolo istituzionale dei giudici di primo grado e delle Corti di Giustizia (Corte d'Appello) nella costante evoluzione del Diritto e promozione dell'effettivo accesso alla Giustizia con la superazione dei modelli decisionali previsti dall'art. 927 del Codice di Procedura Civile. Come problema di ricerca, ci si chiede: - qual è l'importanza del ruolo dei giudici di primo grado e delle Corti di Giustizia nel superamento dei modelli decisionali istituiti dalle Corti di Vertice in modo da garantire l'evoluzione del Diritto, contemporaneamente ai cambiamenti sociali e, allo stesso tempo, promuovere la certezza del Diritto e l'uguaglianza tra gli imputati? In tali circostanze, si prevede come ipotesi l'unione dell'importanza e necessità dei giudici di primo grado e dei Corte d'Appello (Corti di Giustizia), in presenza di una nuova realtà sociale, determinata dalle particolarità fattuali rivelate nel caso giuridico concreto e analizzate nel primo grado di giudizio, passibili di essere riesaminate ed essere oggetto di nuova valutazione in secondo grado di giudizio, non si assoggettano in modo incondizionatamente ai modelli decisionali istituiti dalle Corti di Vertice, una volta dimostrata la necessità della sua alterazione, facendo, a tale scopo, la confutazione del modello decisionale con una motivazione ermeneutica consistente e specifica (onere argomentativo) nel proporre la sua alterazione. Alla luce dell'indagine effettuata in questa tesi di dottorato, che ha utilizzato il metodo fenomenologico-ermeneutico, con incursioni analitico-descrittive, si conclude che, nonostante sia di competenza delle Corti di Vertice l'uniformità del Diritto, le Corti di Giustizia e i giudici di primo grado svolgono una funzione fondamentale nell'evoluzione del Diritto, dato che si basa sull'analisi dei fatti, costruiti nel primo grado e riesaminati in secondo grado di giudizio, che i modelli decisionali, che non devono essere inflessibili, sono formati e suscettibili di essere superati. Senza una partecipazione attiva, specialmente dei giudici di primo grado, che sono più prossimi dei fatti e del contesto sociale, la fossilizzazione del Diritto sarà inevitabile, provocando decisioni ingiuste di fronte a realtà differenti, infatti, solamente con la decisione divergente, fatta dai giudici o dalle Corti di Giustizia, è che si apre il cammino per la rianalisi della questione già definita in un modello decisionale.

Parole-chiave: precedenti. standart decisionali. ermeneutica. giudici e Corti di Giustizia. Corti di Vertice.

RESUMEN

El presente estudio investiga y demuestra, con teorías las funciones de los Tribunales y precedentes judiciales en la tradición del Civil Law, de Michele Taruffo, y en Hermenéutica Filosófica, de Hans-Georg Gadamer, la importancia del papel institucional de los jueces de primer grado y las Cortes de Apelación (tribunales de segundo grado) en la constante evolución del Derecho y la promoción del acceso efectivo a la Justicia mediante la superación de los estándares de toma de decisiones previstos en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil Brasileño. Como problema de investigación, la pregunta es: - ¿Cuál es la importancia del papel de los jueces de primer grado y las Cortes de Apelación en la superación de los estándares de toma de decisiones establecidos por los Tribunales para asegurar la evolución del Derecho, en la actualidad, con cambios sociales y, al mismo tiempo, promover la certeza del Derecho y la igualdad entre los sujetos a jurisdicción? En tales circunstancias, se postula como hipótesis la conjunción de la importancia y necesidad de los jueces de primer grado y los tribunales de segundo grado (Cortes de Apelación), ante una nueva realidad social, determinada por las particularidades reveladas en lo concreto. caso judicial y analizado en el primer grado de jurisdicción, susceptible de ser reexaminado y sujeto a nueva valoración en el segundo grado de jurisdicción, no sujeto incondicionalmente a las normas de toma de decisiones establecidas por los Tribunales, cuando la necesidad de su modificación Se demuestra, haciendo la refutación del patrón de toma de decisiones con un fundamento hermenéutico consistente y específico (carga argumentativa) al proponer su cambio. Considerando la investigación realizada en este tesis doctoral, utilizó el método fenomenológico-hermenéutico, con incursiones analíticos y descriptivas, que se concluye que, aunque compita a los Tribunales la uniformidad del Derecho, las Cortes de Apelación y los jueces de primer grado juegan un papel fundamental en la evolución del Derecho, ya que basado por los análisis de los hechos, construido en primer grado y reexaminado en segundo grado de jurisdicción, los estándares de toma de decisiones, que no deben ser inflexibles, están formados y pueden ser superados. Sin una participación activa, especialmente de los jueces de primer grado, más cercanos a los hechos y al contexto social, la fosilización del Derecho será inevitable, provocando decisiones injustas en diferentes realidades, porque solo con la decisión divergente, de jueces o Cortes de

Apelaciones, es posible abrir el camino para un nuevo análisis del tema ya definido en un patrón de decisión.

Palabras clave: precedentes. estándares para la toma de decisiones. Hermenéutica. jueces y Cortes de Apelación. Cortes de Vértice.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais
BGH	<i>Bundesgerischtshop</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil, de 2015
CR/88	Constituição da República, de 1988
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJs	Tribunais de Justiça
TRFs	Tribunais Regionais Federais
UNIFI	Università degli Studi di Firenze
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 ACESSO À JUSTIÇA, CERTEZA DO DIREITO E CORTES DE VÉRTICE: a necessária compatibilização entre as funções de realização da Justiça no caso jurídico concreto e a busca pela unidade do Direito.....	33
2.1 A lei e a (in)certeza do Direito	42
2.2 A interpretação e a (in)certeza do Direito.....	51
2.3 A Hermenêutica como condição de possibilidade para a certeza do Direito	57
2.4 As funções jurisdicionais das Cortes de Vértice	78
2.5 O <i>ius constitutionis</i> e o <i>ius litigatoris</i>: a função pública e privada das Cortes	87
2.6 O universalismo e o particularismo nas Cortes de Vértice e nas Cortes de Justiça	96
2.7 Função nomofilática e a ambiguidade das Cortes de Vértice.....	104
2.8 As funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal	116
3 PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA E ENDEREÇOS ARGUMENTATIVOS: breve descrição da tradição jurisprudencial brasileira e a permanente comparação com o precedente judicial da tradição do <i>Common Law</i>.....	132
3.1 A evolução histórica do uso de decisões judiciais anteriores na resolução de casos subsequentes no Direito processual brasileiro.....	132
3.1.1 Os costumes e as façanhas como fontes do Direito em Portugal.....	134
3.1.2 A legislação geral, as Ordenações do Reino e sua interpretação por meio dos assentos	138
3.1.3 As primeiras tentativas de padronização decisória tipicamente brasileira: os prejulgados, os <i>cases law</i>, as súmulas da jurisprudência predominante e o incidente de uniformização de jurisprudência.....	148
3.1.4 A padronização decisória desde a Constituição da República de 1988: teses jurídicas, súmulas vinculantes e filtros recursais	154
3.1.5 A tradição jurisprudencial brasileira e os padrões decisórios do Código de Processo Civil de 2015	159

3.2 O precedente judicial e os padrões decisórios do Código de Processo Civil	160
3.2.1 O precedente da tradição do <i>Common Law</i> e o “precedente” no Direito processual brasileiro: diferentes, mas com objetivos semelhantes.....	160
3.2.2 O precedente na tradição do <i>Common Law</i> e a jurisprudência no Direito processual brasileiro	178
3.2.3 O precedente na tradição do <i>Common Law</i> e os enunciados de súmulas no Direito processual brasileiro	191
3.2.4 O precedente na tradição do <i>Common Law</i> e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade	198
3.2.5 O precedente na tradição do <i>Common Law</i> e o incidente de assunção de competência - IAC	200
3.2.6 A tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas e o precedente da tradição do <i>Common Law</i>	204
3.2.7 A tese jurídica firmada nos recursos especial e extraordinário e o precedente da tradição do <i>Common Law</i>	210
3.2.8 O precedente na tradição do <i>Common Law</i> e a orientação do plenário ou do órgão especial das Cortes.....	214
4 OS JUÍZES E AS CORTES DE JUSTIÇA: “válvula respiratória” para a evolução do Direito.....	221
4.1 Padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil: vinculantes ou de observância obrigatória? Existe hierarquia entre esses provimentos?	221
4.1.1 Padrões decisórios e o microssistema fora do sistema: o caso dos juizados especiais estaduais.....	235
4.2 Os juízes de primeiro grau e a formação dos padrões decisórios	244
4.3 A natural tendência de acompanhar as Cortes de Vértice e os riscos de uma padronização decisória rígida.....	254
4.4 A permanente reconstrução do Direito: a incessante tarefa dos juízes e Cortes de Justiça de solucionar o caso jurídico concreto	258
4.5 Juízes e Cortes de Justiça e a distinção do padrão decisório no caso em julgamento.....	260
4.6 Qual a função dos juízes e Cortes de Justiça na superação do padrão decisório?.....	263

4.7 O papel dos juízes e Cortes de Justiça na evolução da interpretação nos casos das ações concentradas de (in)constitucionalidade	271
4.8 Os juízes e a superação da tese firmada em incidente de assunção de competência - IAC.....	284
4.9 Os juízes e a superação da tese em incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR	288
4.10 O acesso às Cortes de Vértice e os filtros de “admissibilidade” dos recursos extraordinário e especial: os juízes e Cortes de Justiça como condição de possibilidade de evolução do Direito.....	300
5 CONCLUSÃO	314
REFERÊNCIAS	331

1 INTRODUÇÃO

Desde o início do Curso, de Doutorado, no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, tinha-se o interesse de pesquisar sobre o tema da uniformização jurisprudencial e os precedentes judiciais, após a inédita regulamentação expressa pelo Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 926 e 927.

Com o desenvolvimento do curso e com as orientações do professor Darci Guimarães Ribeiro, surgiu a ideia de alterar-se o objeto de pesquisa, que inicialmente tratava da matéria somente no âmbito dos juizados especiais cíveis estaduais, para realização de pesquisa sobre a função institucional dos juízes de primeiro grau e tribunais de segundo grau na formação, aplicação e superação dos padrões decisórios (ou precedentes judiciais) previstos no art. 927 do Código de Processo Civil (inclusive a utilização da nomenclatura de padrões decisórios foi sugestão do professor Darci, justificada mais adiante), mas permanecendo o propósito inicial de investigar o assunto também no âmbito do microssistema dos juizados especiais estaduais, o que é procedido em um subitem específico da tese.

Posteriormente, já realizando um *soggiorno* na Universidade de Florença, sob a orientação do professor Remo Caponi, essa ideia se solidificou ao se perceber a grande preocupação da doutrina italiana com a comparação entre a jurisprudência da Corte de Cassação da Itália com os precedentes judiciais vinculantes da tradição do *Common Law*, principalmente após o acréscimo do art. 360 *bis* no Código de Processo Civil daquele País, que prevê uma espécie de filtro de admissibilidade do recurso, muito semelhante ao previsto no art. 1.030 do Código de Processo Civil brasileiro.

O fato é que o **tema** da uniformização da jurisprudência e da padronização decisória está na ordem do dia, sendo um dos assuntos mais debatidos e controversos do Direito processual civil,¹ principalmente nos países que adotam a tradição do *Civil Law*, isto é, onde a fonte primária do Direito é a legislação.

¹ A bibliografia sobre este tema é imensa. Dentre outros, citam-se: GORLA, Gino. **Precedente giudiziale**. Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1991. v. XXVI. p. 1 – 14; GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1969. p. 489-510; TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista Ius et Veritas**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e

Um dos princípios básicos da Teoria do Direito (e também função da lei) é que os casos similares devem ser decididos de maneira similar. A preocupação com a coerência e a uniformidade dos pronunciamentos judiciais, em especial no Brasil, é tema comum no meio acadêmico. Não configura, porém, uma discussão meramente acadêmica. Um Poder Judiciário que, à extensão do tempo, mantenha decisões

Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 438-449. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 19; Em espanhol: TARUFFO, Michele. La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 27, n. 2, p. 9-19, Diciembre. 2014. DOI: 10.4067/S0718-09502014000200001. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173733391001>. Acesso em: 07 abr. 2019; Em português: TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 39-50; TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 422; SORIANO, Leonor Moral. **El precedente judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2002; CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente em el Derecho inglés**. Traducción de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012; EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991; MUNOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y del precedente vinculante**. Plamplona: Aranzadi, 2011; NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal**. 14. ed. reform. Salvador: JusPODIVM, 2017; FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 51-82; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 926 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.214-1.220; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - A exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 156-177; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.220-1.247; ROSSI, Júlio César. **Precedentes à Brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015; VIANA, Antônio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018; ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016; PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018; CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 260, p. 277-304, out. 2016; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

íntegras e coerentes, é essencial para promover à população um acesso à Justiça efetivo, com segurança jurídica (certeza do Direito por meio da previsibilidade das decisões judiciais), igualdade e moldando comportamentos sociais e jurídicos.

Essa uniformidade nas decisões judiciais também tem repercussões no sistema econômico, ensejando previsibilidade e reduzindo custos das empresas. Investimentos empresariais são realizados, levando-se em conta os contornos legais traçados em decisões judiciais. O próprio Setor Público orienta seus agentes e autoriza a instituição e realização de políticas públicas em consonância com os entendimentos exarados pelo Poder Judiciário.²

No Brasil, as recentes alterações na legislação, em particular a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, confirma uma prática jurídica que se consolidou no tempo entre acadêmicos e profissionais do Direito, de utilizar entendimentos judiciais anteriores como instrumento de justificação de novas decisões. Esse uso do Direito judicial sempre foi uma técnica utilizada para oferecer uma orientação aos juízes, advogados e partes em casos futuros. É natural, e até uma questão de lógica jurídica, que as Cortes de Vértice³ tenham a missão constitucional de uniformizar jurisprudência em determinadas matérias (constitucional e da legislação federal). É inegável o aumento da importância dada ao Direito judicial, ante as prescrições contidas no art. 926 do Código de Processo Civil, para que todos os tribunais uniformizem sua jurisprudência e editem súmulas da sua jurisprudência dominante e a necessidade de que todos os órgãos judiciais observem em seus julgamentos os provimentos judiciais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, que são aqui denominados por padrões decisórios e não por precedentes, como designado por grande parcela da doutrina.⁴

² A título de exemplo, podemos citar a reforma da previdência, trabalhista, tributária, que são e foram projetadas a partir da jurisprudência consolidada sobre o assunto no Supremo Tribunal Federal.

³ Corte de Vértice porque está no vértice do sistema jurídico. "[...] è suprema perché si trova al vértice del sistema dele impugnazioni". In: TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, [1991?]. p. 11; TARUFFO, Michele. **El vértice ambiguo**: ensayos sobre la Casación civil. Traducción de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005. p. 12.

⁴ Dentre outros: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressupostos para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Thoth, 2021; SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018; ASSIS, Araken de. **Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e**

Isso, por duas razões básicas. A primeira, porque o próprio Código de Processo Civil utiliza a unidade de ideia padrão decisório, no art. 966, § 5º,⁵ ao tratar

segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014; BARREIRO, Lorena Miranda Santos. Estrutura de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER, Fredie Jr. (coord.). *et al. Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 183-201; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro:** temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: vol.1. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018; BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 253, ano 41, p. 347-385, mar. 2016; CÂMARA, Alexandre de Freitas. DIDIER Jr, Fredie. *et al. Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 729-751; FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional:** construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15 n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**. v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 667-688; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente:** o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020; PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes:** o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018; ROSSI, Júlio César. **Precedentes à Brasileira:** a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**. v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997. p. 52. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2020; SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências:** Um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado de Ceará. Belo Horizonte: Dialética, 2020; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista brasileira de ciências criminais**. v. 78, p. 284-319, mai./jun. 2009; VIANA, Antônio; NUNES, Dierle. **Precedentes:** a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018; ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁵ Alguns doutrinadores há muito utilizam essa terminologia, como Alexandre Freitas Câmara e Darci Guimarães Ribeiro. CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério:** formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018; RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro:** presente e futuro. Londrina: Thoth, 2020; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **Do modelo de regras à prática interpretativa:** o romance em cadeia na aplicação dos padrões decisórios como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito. 2018. Tese (Doutorado em DIREITO) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018; CUNHA,

das hipóteses de cabimento da ação rescisória, quando faz referência aos enunciados de súmulas ou acórdãos proferidos em julgamento de casos repetitivos que, juntamente com outros provimentos judiciais, compõem o rol do art. 927⁶ do Código de Processo Civil, de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais.

A segunda, porque como se verá no desenvolvimento da tese, o termo precedente tem origem na tradição do *Common Law* e é muito diferente do que se denomina na prática forense como precedente e até mesmo do sentido dado pelo próprio Código de Processo Civil nas quatro vezes em que ele aparece no texto legal (art. 489, § 1º, V e VI; art. 926, § 2º; art. 927, § 5º).

Essas considerações foram feitas apenas para justificar a nomenclatura utilizada para os provimentos judiciais do art. 927 do Código de Processo Civil.

No que tange à **delimitação do tema** de pesquisa, o propósito é o de definir o papel desempenhado pelos juízes de primeiro grau, tribunais de justiça (TJs) e tribunais regionais federais (TRFs), pois somente por meio da construção dos fatos, realizada no primeiro grau de jurisdição, e sua reconstrução (reexame do material probatório) nas Cortes de Justiça (TJs e TRFs), isto é, da análise do caso jurídico concreto que a norma será concretizada por intermédio da atribuição de sentido⁷ feita pelo interprete (juiz), quando ele é passível de refutar a aplicação do padrão decisório⁸ estabelecido por uma Corte de Vértice, forçando uma reanálise do caso para superação ou atualização do entendimento anteriormente estabelecido.

Guilherme Cardoso Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth Ediotra, 2021.

⁶ 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. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I.; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 98; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305; ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 230-247.

⁸ Art. 1.030. [...]

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da

Portanto, os juízes de primeiro grau e as Cortes de Justiça, por estarem mais próximos dos fatos e dos litigantes, em nome da tutela da coerência da ordem jurídica, da segurança, da independência funcional e da igualdade, têm dever institucional de provocar a evolução do Direito, por meio da refutação de teses jurídicas estabelecidas pelas Cortes de Vértice (STJ e STF) que já estejam socialmente desgastadas e não representem mais a melhor solução jurídica.

Com efeito, **o problema de pesquisa** a ser enfrentado pela investigação diz respeito ao debate que se estabeleceu com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu mecanismos de formação e aplicação de padrões decisórios, como meio de garantir uniformidade, estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência, e, conseqüentemente, maior certeza do Direito e igualdade nas relações jurídicas e sociais. A técnica de que somente a Corte que estabeleceu o padrão decisório é capaz de superá-lo, quando já desgastado socialmente ou quando já ocorreu a perda de sua eficácia, impede que juízes ou tribunais inferiores o reconheçam, prejudicando a evolução e desenvolvimento do Direito e, conseqüentemente, trazendo efeitos contrários aos objetivos de aplicação justa do Direito.

Nessa linha, a tese propõe responder à seguinte indagação: - qual a importância da atuação dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça na superação dos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice, de modo a garantir a evolução do Direito, contemporaneamente às mudanças sociais e, ao mesmo tempo, promover a certeza do Direito e a igualdade entre os jurisdicionados?

Existem diversas perguntas que orientam a formulação do problema da pesquisa e que serão respondidas no desenvolvimento da tese. São as seguintes: - as Cortes de vértice (STJ e STF) são capazes de desempenhar sem contradições ou desacertos as finalidades de uniformização da jurisprudência e de evolução do Direito? - Os tribunais de segundo grau (Cortes de Justiça) também estabelecem padrões decisórios ou somente as Cortes de Vértice (STJ e STF)? - Os padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil têm o mesmo significado do precedente do *Common Law*? - Os padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil são de observância obrigatória ou vinculantes? - Os padrões

decisórios são interpretáveis ou devem ser aplicados ainda que pareçam equivocados ou perderam a coerência social? - As instâncias inferiores poderão fazer a distinção ou a superação do padrão decisório, ou isso é um dever-poder ante as especificidades do caso jurídico concreto e da necessária atualização do Direito? - Todas as instâncias e arenas jurídicas são passíveis de contribuir para a formação do padrão decisório? - Os padrões decisórios são flexíveis, permitindo a sua superação pelas instâncias inferiores para o desenvolvimento do Direito? - A possibilidade e até a estimulação dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça de superar os padrões decisórios conformam um dever institucional do Judiciário em nome da tutela da coerência da ordem jurídica, da segurança, da liberdade e da igualdade?

A **hipótese original**⁹, a ser comprovada ou contraditada ao final da pesquisa, propõe-se demonstrar a importância e a necessidade dos juízes de primeiro grau e dos tribunais de segundo grau (Cortes de Justiça), perante nova realidade social, determinada pelas particularidades fáticas reveladas no caso jurídico concreto e analisadas no primeiro grau de jurisdição, passíveis de reexame e de ser objeto de nova valoração no segundo grau de jurisdição, não se sujeitarem incondicionalmente aos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice, quando demonstrada a necessidade de sua alteração, fazendo, para isso, a refutação do padrão decisório com uma fundamentação hermenêutica consistente e específica (ônus argumentativo) ao propor sua alteração.

O **objetivo geral** da tese consiste em analisar e demonstrar, com suporte nas teorias sobre as funções das Cortes de Vértice e os precedentes judiciais na tradição do *Civil Law*, de Michele Taruffo, e a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, a importância do papel institucional dos juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça (tribunais de segundo grau) na constante evolução do Direito e promoção de efetivo acesso à Justiça com a superação dos padrões decisórios previstos do art. 927 do Código de Processo Civil.

Os **objetivos específicos** que guiam a elaboração da tese, com a finalidade de alcançar o objetivo geral e responder ao problema formulado, estão distribuídos ao longo do desenvolvimento do texto e são cinco: o primeiro pretende defender que

⁹ Em busca efetivada no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), não foram localizadas outras teses ou dissertações que tivessem hipótese semelhante à desta pesquisa. Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 01 out. 2021.

o acesso à Justiça, de forma material e efetivo, pressupõe a certeza do Direito e a igualdade no tratamento dos cidadãos, mediante uma tutela jurisdicional pautada na unidade do Direito e no dever de fundamentação das decisões judiciais. O segundo busca evidenciar que a uniformização da jurisprudência e os padrões decisórios devem ser aplicados para proteger os jurisdicionados, como meio de preservar a certeza do Direito e o princípio da igualdade; e isso não rompe com a necessidade de interpretar o padrão decisório estabelecido, inclusive para demonstrar a necessidade de sua superação ante o seu desgaste social ou sua incoerência jurídica. No terceiro, o propósito é demonstrar que, malgrado competir às Cortes de Vértice (STJ e STF), no desempenho das suas funções nomofiláticas, a uniformidade do Direito infraconstitucional e constitucional, as Cortes de Justiça (TJs e TRFs) e os juízes de primeiro grau, onde as mudanças sociais e suas repercussões jurídicas são percebidas mais rapidamente, até pela proximidade do julgador com os jurisdicionados e os fatos sociais, desenvolvem fundamental função na evolução do Direito, pois é com supedâneo na análise dos fatos, construídos no primeiro grau e reexaminados no segundo grau de jurisdição, que os padrões decisórios, que não devem ser inflexíveis, são formados e se mostram superáveis. O quarto tenciona examinar os padrões decisórios de observância obrigatória do Código de Processo Civil (art. 927), exprimindo características e diferenças com o precedente da tradição do *Common Law*. O quinto postula defender a noção de que a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) é a condição de possibilidade para a superação dos precedentes e padrões decisórios, pois é na *applicatio* (aplicação no caso jurídico concreto) que se evidencia que o padrão decisório está desgastado ou sem coerência e integridade social e jurídica.

No que se refere à **justificativa**, é concreta a importância do tema da uniformização da jurisprudência para a sociedade, pois a padronização decisória objetiva indicar certo grau de previsibilidade das decisões judiciais, possibilitando estabilidade e segurança nas relações jurídicas, econômicas e sociais, exatamente para proteger a dignidade das pessoas, para que não restem sujeitas à imprevisibilidade do Estado/Juiz, com interpretações jurídicas diversas para casos semelhantes e, assim, afligir e intranquilizar os jurisdicionados sobre qual é ou será o entendimento do Poder Judiciário a ser aplicado para a sua demanda.

O sistema jurídico deve viabilizar a certeza (ou, pelo menos, um certo grau desta) a respeito de como as pessoas podem e devem se comportar, de maneira

que elas se organizem e planejem suas vidas. Isso cria uma expectativa de comportamento baseada em padrões decisórios emitidos pelo Poder Judiciário, que deve ter apenas uma voz.

Por outro lado, se o padrão decisório é importante para se garantir a previsibilidade das decisões judiciais, e, conseqüentemente, para a igualdade entre jurisdicionados, com a permanência dele no sistema jurídico quando já ocorreu seu desgaste social, corre-se o risco de "eternizar" o sentido do Direito que é atribuído pelos tribunais, principalmente pelas Cortes de Vértice, o que é factível de provocar a desvalorização dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça (TJs e TRFs) que são obrigados a aplicar padrões decisórios desatualizados, contrariando a função do Poder Judiciário, gerando intranquilidades no meio social e jurídico, porque, haja vista os filtros do sistema recursal, mostra-se até contraditória a ideia de que as Cortes de Vértice (STJ e STF), ao mesmo tempo, promovam a uniformização da jurisprudência, estabelecendo padrões decisórios, e se encarreguem da evolução do Direito, com uma jurisprudência que logre acompanhar o desenvolvimento e o dinamismo da sociedade.¹⁰

Verifica-se, por conseguinte, que as matérias estudadas nesta tese trazem contribuição de relevo para a comunidade jurídica, pois analisa e demonstra a importância dos juízes e Cortes de Justiça na superação do precedente ou do padrão decisório estabelecido. Aliás, como já destacado, o precedente ou padrão decisório, em regra, começa a ser formado desde um pronunciamento judicial de primeiro grau, instância na qual os fatos são construídos e, invariavelmente, as mudanças sociais e suas repercussões jurídicas são percebidas mais rapidamente, até pela proximidade do julgador em relação aos jurisdicionados e aos fatos sociais.

Merecem posição de destaque, no desenvolvimento da tese, os impactos jurídicos e sociais que devem ser considerados quando se defende o ponto de vista de que padrões decisórios deixem de ser seguidos pelos juízes e tribunais inferiores, mediante fundamentação específica ante o caso jurídico concreto, pois, embora seja desejável um sistema jurídico estável, também é necessário que esse entendimento jurisprudencial acompanhe a evolução social.

¹⁰ TARUFFO, Michele. La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 27, n. 2, p. 9-19, Diciembre. 2014. DOI: 10.4067/S0718-09502014000200001. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173733391001>. Acesso em: 07 abr. 2019; TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. I **colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 40-41.

Um padrão decisório se desgasta com o tempo e suas razões determinantes passam por mutações. A uniformidade nos entendimentos judiciais não significa que será para sempre, que é imutável e nem que os caminhos para essa mudança provenham apenas das Cortes de Vértice. A sociedade se transforma e com ela o Direito. Este serve à sociedade e essa evolução do Direito é exatamente adaptar às suas reais necessidades.

O método utilizado nesta pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico^{11 12}, com incursões analítico-descritivas. Sabendo-se que o método de abordagem visa a aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo – os padrões decisórios – o qual interage com ele e suporta as consequências dos seus resultados (além de jurisdicionado, portanto, destinatário das decisões judiciais e dos padrões decisórios que vão moldar comportamentos, no exato instante como doutorando, também se exerce o cargo de juiz de Direito, contribuindo nesse mister com a formação e aplicação de padrões decisórios).

Assim, não se cuida de uma investigação alheia ao pesquisador, pois ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida desde sua experiência e mediante a pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa vai produzir na sociedade.

A preocupação dos profissionais do Direito com a padronização de decisões judiciais significa o reconhecimento da relevância jurídica desse tema, já que sua utilização vai depender de ajustes para cada caso jurídico concreto, respeitando a tradição (padrão decisório deve ser uma prática jurídica consolidada) mediante a fusão de horizontes que vai possibilitar "[...] desarticular as camadas de sentido inautênticas que constituem o horizonte de sentido"¹³ e auxiliar o intérprete na busca da melhor resposta que o Direito está habilitado a oferecer.

O fenômeno da padronização decisória está sendo vivenciado pela sociedade, neste momento histórico, e as consequências de sua aplicação maciça

¹¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹² STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. **Sobre a Essência do Fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 81.

ou indiscriminada e sem a indispensável interpretação, principalmente ante as inovações tecnológicas, são indeterminadas, uma vez que ainda não há evidências empíricas ou estudos sobre seus influxos na vida dos jurisdicionados e dos profissionais do Direito.

A elaboração da tese se louva, como suporte teórico, na teoria desenvolvida por Michele Taruffo sobre as funções das Cortes de Vértice e dos precedentes judiciais na tradição do *Civil Law*. Tem, ainda, como matriz teórica a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, com análise da importância da tradição e do círculo hermenêutico como condição de possibilidade para a certeza do Direito e a superação dos padrões decisórios, destacando-se os pontos de contato entre esses dois marcos teóricos.

Esta tese vincula-se à linha de pesquisa denominada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, cujo objetivo é aprofundar as críticas elaboradas aos modelos hermenêuticos tradicionais, com amparo nos aportes da Semiótica, da Hermenêutica Filosófica e da(s) Teoria(s) da Argumentação Jurídica. Disso decorre a necessidade da investigação da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos tribunais, com esteio em uma revisão dos conceitos hoje predominantes na doutrina, na jurisprudência, na Teoria do Estado e na Teoria do Direito, tornando primordial o estudo da Constituição e da jurisdição e seus vínculos com as diversas áreas do Direito material e processual.

Essa linha de pesquisa suporta o debate crítico-reflexivo desde a perspectiva da centralidade da Constituição e do Constitucionalismo em ambiente de crescente complexidade e fragmentação, assente nos aportes teóricos de Michele Taruffo e Hans-Georg Gadamer. Por isso, a escolha desta linha de pesquisa, cuja preocupação está na efetividade do Direito e na aplicabilidade das normas pelo Poder Judiciário, alinhando-se aos projetos de pesquisa do Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, intitulados a) Desvelando o Novo Código de Processo Civil a partir de um estudo Sócio-Filosófico do Direito: uma leitura a partir da Conflitologia e sua justaposição contextual e textual; b) O processo civil visto pela teoria do Estado Democrático de Direito e pela Constituição: aportes monista e hermenêutico na criação dos Direitos fundamentais a partir da primazia do caso concreto.

Na Universidade de Florença (cotutela), o tema está alinhado com as pesquisas do professor Remo Caponi (coorientador) e vinculado à linha de pesquisa

denominada Teorias dos Direitos Humanos: Direito e sociedade, genealogia e perspectivas do pensamento jurídico.

Vale-se a tese de busca bibliográfica em livros, capítulos de livros, artigos de revistas científicas nacionais e internacionais (em especial, da doutrina italiana), além da análise de alguns julgados das Cortes de Vértice.

Para seus objetivos, a tese se arrima em cinco partes e em três capítulos. No primeiro, cuida-se do Direito de acesso à Justiça como um Direito fundamental, que, nas diversas acepções do termo, está também condicionado à previsibilidade das decisões judiciais decorrentes das interpretações conferidas aos textos normativos pelo Poder Judiciário e do tratamento igualitário aos cidadãos que buscam a proteção do sistema judiciário, visto que admitir resultados diferentes para casos jurídicos semelhantes atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Em seguida, remete-se à certeza do Direito na perspectiva da legislação e da sua interpretação pelo Poder Judiciário, bem como às dificuldades de se estabelecer previsibilidade das consequências jurídicas para as condutas dos jurisdicionados com uma interpretação uniforme do texto normativo em decorrência da própria disposição da legislação, que privilegia princípios e conceitos vagos, circunstâncias intensificadas pela pluralidade social e rapidez com que as transformações sociais acontecem, exigindo uma contínua adaptação da interpretação ante o caso jurídico concreto.

Na sequência, debate-se a respeito da tentativa de se garantir a certeza do Direito com a vinculação - por força de lei - das decisões judiciais, estabelecendo padrões decisórios pelos tribunais que estão no vértice da pirâmide judiciária, os quais devem ser seguidos por todos os órgãos judiciais.

Então, a pesquisa demonstrará que o Direito e, conseqüentemente, a sua certeza, sempre vai depender da interpretação e aplicação do texto normativo - isto é, a lei ou um padrão decisório - ao caso jurídico concreto, porque a realidade está em constante movimento e a solução dada a um caso anterior é passível de não representar a melhor resposta ao caso subsequente que dependerá sempre de uma nova interpretação para lhe atribuir um novo sentido. Na sequência, a investigação procurará demonstrar que a Hermenêutica Filosófica de base gadameriana é condição de possibilidade para a certeza do Direito, porque a superação dos padrões decisórios se encontra abrigada pela releitura da tradição gerada pelos casos anteriores, destacando o movimento do círculo hermenêutico alinhado com as

transformações sociais e velocidade cada vez maior do cenário contemporâneo. A certeza do Direito não representa a repetição de decisões anteriores, mas uma constante (re)atribuição de sentido do texto a cada nova situação fática posta em julgamento.

Na parte final desse capítulo, a tese identificará as funções desempenhadas pelos tribunais no sistema jurídico brasileiro, em particular, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as Cortes de Vértice pátrias, e debater se existe contradição entre a necessidade de proteger o Direito subjetivo das partes e a necessidade de proteção à unidade do Direito objetivo, que é uma das funções típicas das Cortes que estão no ápice da pirâmide do sistema jurídico. Para isso, examinam-se alguns institutos e conceitos aplicados no Direito italiano, sempre com destaque para a doutrina de Michele Taruffo, e o suporte da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer

O segundo capítulo apresentará uma breve descrição da história jurídica brasileira, para apontar como se construiu ao longo dos tempos, a prática jurídica de utilizar decisões judiciais anteriores para fundamentar julgamentos subsequentes, como uma estratégia para preservar a tradição do Direito judicial, destacando os vários institutos e mecanismos processuais que são ou já foram utilizados na tentativa de assegurar previsibilidade e igualdade nas decisões judiciais. Em seguida, apresentará os conceitos e diferenças entre o precedente da tradição do *Common Law* e os padrões decisórios previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, demonstrando por que eles não se equiparam.

No terceiro e último capítulo demonstrará os principais objetivos da tese. Primeiro, será explicitado o fato de que os padrões decisórios são importantes instrumentos para a promoção da certeza do Direito e da garantia do princípio da igualdade, devendo ser observados nos julgamentos de casos semelhantes, porém, sem uma vinculação formal, razão por que não prescinde da atividade interpretativa. Na sequência, evidenciam-se as incongruências de um sistema de padronização decisória que desconsidera o microssistema dos juizados especiais estaduais, tanto na sua formação como na aplicação, possibilitando que decisões diferentes em questões semelhantes se perpetuem sem a possibilidade de controle judicial pelas cortes.

Na parte final, estuda-se a importância do papel dos juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça para a formação dos padrões decisórios e evolução do Direito

(superação do entendimento), bem como os riscos de se estabelecer um sistema com vinculação muito rígido ante a permanente necessidade de reconstituição do Direito para sua adequação aos anseios da sociedade.

Portanto, a tese pretende apresentar uma abordagem crítica no debate sobre a padronização decisória ou, como se convencionou na doutrina, no sistema de precedentes vinculantes brasileiro.

2 ACESSO À JUSTIÇA, CERTEZA DO DIREITO E CORTES DE VÉRTICE: a necessária compatibilização entre as funções de realização da Justiça no caso jurídico concreto e a busca pela unidade do Direito

É verdadeiro dizer que o Direito de acesso à Justiça é expresso, ao mesmo tempo, como um Direito e como uma garantia fundamental.¹⁴ A Constituição da República de 1988 (CR/88) estabelece, dentre outros, como Direito de acesso à Justiça, o de pleitear a tutela jurisdicional, de assistência jurídica aos necessitados, do devido processo legal, do contraditório,¹⁵ da duração razoável do processo, da igualdade entre litigantes em situações semelhantes etc. Como garantia, a Constituição estabelece mecanismos processuais para assegurar a fruição desses Direitos (e dos demais Direitos fundamentais), mediante uma prestação jurisdicional acessível a todos, adequada, em tempo razoável,¹⁶ eficaz¹⁷ e previsível, além de resultados justos e iguais para aqueles que estão em situações semelhantes.

O art. 5º da Constituição da República, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, prevê o acesso à Justiça como um Direito fundamental,¹⁸ conforme disposto no *caput* e em vários dos seus incisos, consoante se divisa na sequência.

Art. 5º Todos **são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

¹⁴ Embora na Constituição da República sejam tratados os Direitos e garantias como expressões sinônimas, a doutrina utiliza o termo **Direito** para se referir ao Direito material, e a palavra **garantia** reportar aos institutos criados para resguardar tais Direitos. Rui Barbosa separava as disposições meramente declaratórias como aquelas que reconhecem os Direitos, e as disposições assecuratórias as que, em defesa dos Direitos, limitam o poder. Assim, as disposições declaratórias instituem os Direitos, enquanto as assecuratórias instituem as garantias, sendo que a Constituição da República, em alguns dispositivos, faz a junção da declaração do Direito e a fixação da garantia. *In*: BARBOSA, Rui. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. p. 187. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/21512>. Acesso em: 03 fev. 2019; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28; ANNONI, Daniele. **O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 154.

¹⁵ Sobre o tema do contraditório, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2020. p. 17 - 53.

¹⁶ Tivemos oportunidade de tratar da temática do acesso à justiça sob a perspectiva da duração razoável do processo em outro trabalho. Ver: NICOLI, Ricardo Luiz. **Audiência única e duração razoável do processo nos Juizados Especiais Cíveis**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 23-50.

¹⁷ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 188.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf. Acesso em: 05 fev. 2019.

no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluíra da **apreciação do Poder Judiciário** lesão ou ameaça a Direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o **Direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;**

XXXIX - **não há crime sem lei anterior que o defina**, nem pena sem prévia cominação legal;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal;**

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;**

LXXIV – o Estado prestará **assistência jurídica integral e gratuita** aos que comprovarem insuficiência de recursos.

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.** (Sem destaques no original).

O Direito de acesso à Justiça é reconhecido como um dos Direitos mais fundamentais do homem,¹⁹ no sentido de que torna possível a materialização de qualquer outro Direito,²⁰ pois a incapacidade do Estado de garantir sua efetivação, pela ausência de mecanismos de materialização dos Direitos reconhecidos, corresponde à negação do próprio Estado e, principalmente, da democracia.²¹

Importante é destacar que a dicção *acesso à Justiça* comporta diversas acepções e recebe influências das mais variadas naturezas.²² Em todos os seus

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça**: A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 45.

²¹ ANNONI, Daniele. **Direitos humanos & acesso à Justiça no Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 114.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988; GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005. p. 20; MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 15-16; FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça**: um olhar retrospectivo. **Revista de estudos históricos**, v. 9, n. 18, 1996. p. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 08 abr. 2018; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3; FERRAZ, Leslie Shérída. **Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado**: uma análise empírica. 235 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p.69; BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126; CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57;

significados, entretanto, o objetivo é sempre no sentido de possibilitar um maior acesso da população aos mecanismos e procedimentos para realização de uma justiça igualitária, em tempo razoável e de maneira eficaz. Portanto, quando se fala em acesso à Justiça, se reporta ao acesso a uma ordem jurídica que possibilite uma “prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”²³, assente na garantia da segurança jurídica e igualdade entre todos os jurisdicionados.²⁴

A credibilidade e a confiança no Poder Judiciário estão condicionadas à facilidade de seu acesso por todos os segmentos e classes sociais²⁵, bem como pela sua eficiência e, principalmente, pela certeza (ou pelo menos um certo grau dela) da interpretação dos textos normativos quando são aplicadas de maneira uniforme, coerente²⁶ e íntegra²⁷ por todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, pela estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais decorrentes da necessária segurança jurídica e do tratamento igualitário paracom todos os que buscam (ou pretendem) a proteção do sistema judiciário (aplicação do Direito).

O Estado Democrático de Direito, cujo funcionamento é determinado e regulado pela lei, tem como característica o reconhecimento e a valorização dos Direitos e garantias fundamentais e como objetivo, dentre outros, a realização da igualdade²⁸ que somente tem curso junto com a segurança jurídica.²⁹

NICOLI, Ricardo Luiz. **Audiência única e duração razoável do processo nos Juizados Especiais Cíveis**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 23-50.

²³ WATANABE, Kazuo. Finalidade maior dos juizados especiais cíveis. **Revista cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, ano 3, n. 7, 2º semestre, 1999 – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. p. 36.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 559-575; MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 575-597.

²⁵ “[...] o sistema deve ser igualmente acessível a todos”. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

²⁶ Sobre a coerência, importante consultar: AMAYA, Amalia. **La Coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012. ISSN: 0214-8676. p. 59-90; AMAYA, Amalia. Coherencia, justificación y derecho: respuesta a los participantes. **Revista Discusiones X**, v.10, 2011. p. 217-264.

²⁷ “Os processos judiciais nos quais se discutiu a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa.” *In*: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 225.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. Comentário ao artigo 1º, caput. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 113-116; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202.

No Texto Constitucional extrai-se de vários dispositivos a segurança jurídica.³⁰ Logo no preâmbulo da Constituição da República consta a segurança como um valor supremo para o Estado Democrático de Direito. Em seguida, no art. 1º, o Direito à segurança jurídica³¹ surge, implicitamente, como um dos sustentáculos do próprio Estado Democrático de Direito,³² além de se exprimir como consequência da dignidade da pessoa humana³³ (art. 1º, III) que é um valor jurídico fundamental de toda ordem jurídica e, apesar da dificuldade de se estabelecer uma noção clara e

²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 237.

³⁰ Segue relação ilustrativa de alguns dispositivos constitucionais que também estão relacionados com o princípio da segurança jurídica e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema: “Art. 5º, II (princípio da legalidade); art. 5º, XXXVI (garantias do Direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada); art. 5º, XXXVII (vedação de juízo ou tribunal de exceção); art. 5º, XXXIX e XL (irretroatividade da lei penal); art. 16 (regra da anualidade eleitoral); art. 144 (segurança jurídica); art. 150 (limites constitucionais ao poder de tributar); art. 194 (seguridade social); art. 201 (previdência social); art. 203 (assistência social); art. 225 (Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).” **Súmula 473:** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam Direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os Direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. **Súmula Vinculante 1:** Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001. **Súmula 239:** Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. **ADI 493/DF, DJU de 04-06-1992:** decisão em que se reconhece que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. **ADI 939-7/DF, DJU de 18-3-1994:** decisão que atribui fundamentalidade ao princípio da anterioridade tributária previsto no art. 150, III, b, da DF, por configurar garantia da segurança jurídica do contribuinte. **ADI 3105, DJU de 10-02-2005:** Decisão em que se reconhece que, no ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar Direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. **ADI 3.104, J. em 26-09-2007:** Decisão em que se reafirma que, em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. **ADI 3.685, DJU de 10-08-2006:** decisão que declarou inconstitucional a aplicação de nova regra eleitoral, instituída pela Emenda 52, às eleições de que se realizariam em menos de sete meses, por conta do que dispõe o art. 16 da Constituição Federal, com o fim da afronta aos Direitos individuais da segurança jurídica e do devido processo legal”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Segurança. p. 229-232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 230.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. Comentário ao artigo 1º, *caput.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coord). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 113-116.

³² STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 113-116; BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileira. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 253, ano 41, p. 347-385, mar. 2016.

³³ Sobre o tema consultar: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

objetiva do seu conteúdo e de todas as situações que este princípio tutela juridicamente, objetiva-se apresentar certo grau de estabilidade nas relações jurídicas, exatamente para proteger a dignidade das pessoas a não ficarem sujeitas à imprevisibilidade do Estado/Juiz com interpretações jurídicas diversas para casos semelhantes e, assim, afligir e intranquilizar os jurisdicionados sobre qual a consequência jurídica de suas ações.³⁴

Também no art. 5º, *caput* e inciso XXXVI,³⁵ a Constituição da República situa o Direito à segurança jurídica como um Direito fundamental, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 596.663 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3685.³⁶ Consequentemente, a segurança jurídica está ligada à cidadania e à dignidade da pessoa humana.³⁷

A segurança jurídica³⁸ é o anseio do ser humano para que se viva com tranquilidade e sem sobressaltos, antevendo-se as consequências de suas atitudes e atividades,³⁹ ou seja, o desejo é que os comportamentos humanos sejam previsíveis e estáveis.⁴⁰ Esses dois elementos, previsibilidade e estabilidade, são

³⁴ SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 1º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 121-128.

³⁵ Art. 5º. [...] XXXVI - a lei não prejudicará o Direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁶ E ainda em diversos outros julgados, tais como: RE 665.077 AgR; ARE 1.164.768; RE 634.667; ARE 987.341; RE 1.130.364; RE 1.126.631; RE 594.929; RE 603.023; RE 595.565; RE 594.350.

³⁷ “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.” In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito constitucional brasileiro**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

³⁸ Sobre o tema ver: ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2011; ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm e Malheiros, 2021.

³⁹ Para Sérgio Guerra, segurança jurídica é “[...] o conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus atos à luz da liberdade reconhecida. A certeza e a estabilidade das relações e situações jurídicas repousa fundamentalmente na previsibilidade das consequências jurídicas das ações humanas, o que vale dizer, na segurança de que o cumprimento estrito das regras não será, no amanhã, deixado à margem da legalidade, consoante sempre ressaltado nos melhores estamentos da filosofia do Direito”. In: GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 370.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do Direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 15.

essenciais para que o cidadão tenha consciência das repercussões do seu modo de agir e esperar do comportamento de terceiros e do próprio Estado.⁴¹

O jurisdicionado precisa ter determinado grau de certeza do entendimento judicial sobre questões que são submetidas ao Poder Judiciário, principalmente na interpretação dos princípios, das chamadas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo-extensão do texto legal não é composto de um sentido preciso e objetivo,⁴² cabendo ao juiz fazer a interpretação perante cada caso jurídico concreto, o que dá margem para entendimentos diversos, aumentando a responsabilidade do julgador na fundamentação e observância de decisões anteriores, mantendo a coerência com casos semelhantes já julgados (respeito à história ou tradição do Direito judicial) e à integridade com todo o ordenamento jurídico⁴³ (resposta constitucionalmente adequada)⁴⁴ para evitar a discricionariedade e, conseqüentemente, insegurança.

De igual modo, o Direito à igualdade⁴⁵ é um preceito do Estado Democrático de Direito. O art. 5º, *caput*, da Constituição da República, diz que “[...] todos são

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 559-575.

⁴² NICOLI, Ricardo Luiz. Discricionariedade e integração de conceitos jurídicos indeterminados: os limites do controle positivo das questões técnicas complexas pelo Poder Judiciário. In: GUERRA, Sérgio (org.) **Transformações do Estado e do Direito**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 141-165.

⁴³ Sobre as funções do ordenamento jurídico, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-34.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 251-268.

⁴⁵ Importante destacar os ensinamentos do professor Darci Guimarães Ribeiro sobre a igualdade perante a lei e o direito: “A igualdade tratada nesta norma fundamental do processo não pode ser reduzida simplesmente a uma igualdade perante a lei, já que esta igualdade é apenas formal. Foi através da Revolução Francesa, com sua desconfiança na pessoa do juiz, que se concebeu a ideia segundo a qual a lei seria suficiente para garantir os direitos nela previstos, pois como bem afirmou Montesquieu, os juizes não são “sino la boca por donde habla la ley [...]”, isto é, sua função seria somente declarar a vontade da lei sem poder criar situações jurídicas novas a partir de uma interpretação do texto legal. Por isto na *civil law*, até hoje, acredita-se no pleno poder da lei para gerar indistintamente uma igualdade de todos perante a ordem jurídica. Todavia, esta cegueira ideológica produz uma grave consequência prática, na medida em que juizes decidem de forma diferente diante de situações idênticas. O caminho do *commom law* foi distinto, pois através da Revolução Gloriosa, em 1688, que consagrou o Princípio da Supremacia Parlamentar, o direito comum não foi destruído, ao contrário, serviu como um eficaz instrumento de luta contra a arbitrariedade dos juizes com a autoridade do próprio *commom law*. Nesta tradição não se cometeu a falsidade de imaginar que os juizes não poderiam interpretar a lei. E, se eles poderiam interpretar a lei, logicamente poderiam decidir de forma diferente uns dos outros, razão pela qual foram obrigados a dizer que a igualdade, de forma diversa da tradição do *civil law*, para quem bastava a lei, deveria ser encontrada na isonomia de todos os cidadãos perante as decisões judiciais, exigindo, assim, uma ordem jurídica coerente e íntegra. Eis a razão dos precedentes na Inglaterra, como mecanismo capaz de concretamente produzir uma coerência e integridade do direito, que permite a segurança jurídica, sem a qual não podemos falar de um verdadeiro Estado Democrático

iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Qualquer Estado regido pelo Direito contempla esta proteção contra discriminações indevidas. Não é permitida qualquer modalidade de distinção legal no tratamento entre seus concidadãos que estejam em uma mesma situação jurídica, salvo, como é sabido, quando o tratamento desigual é necessário para a realização da própria igualdade (discriminação positiva).⁴⁶

Nessas circunstâncias, o Poder Legislativo não há de instituir lei que situe em desvantagens determinado grupo de titulares de Direitos ou conceda benefícios a certos grupos. A Administração Pública está obrigada a evitar possíveis discriminações no exercício do seu poder discricionário, pois, embora a lei outorgue conveniência e oportunidade ao administrador, este deve agir no âmbito dos limites constitucionais, que proíbem o tratamento desigual.⁴⁷

O Poder Judiciário, quando distintamente julga casos semelhantes, fere o Direito à igualdade. Embora o sentido do texto normativo somente seja atribuído na sua *applicatio*,⁴⁸ isto é, a norma jurídica é a concretização da interpretação da lei diante dos fatos, portanto, individual, não sendo válido, em tese, "objetivar" essa norma jurídica para casos futuros, mas ela passa a ser um ponto de partida⁴⁹ para

de Direito. Por isso a igualdade prevista neste artigo supera a visão formal da suficiência da lei para deixar espaço à visão substancial das decisões judiciais, concretizada não só na igualdade perante a lei, mas principalmente em uma igualdade perante as decisões dos juízes que deverão tratar todos de forma igual quando diante de casos idênticos. Consubstancia este entendimento os art. 926 e 927 do CPC ao introduzirem um sistema de padrões decisórios, insatisfatoriamente chamado de precedentes, no atual ordenamento jurídico brasileiro”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 7º do Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.).

Comentários ao Código de Processo Civil. (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 116 e 117.

⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 225-226; MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 577.

⁴⁷ MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 222-229.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-411; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344-354.

⁴⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 645-688; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 287.

interpretações em casos semelhantes⁵⁰ já que sempre o Direito deve ser uma continuidade e, por isso, "[...] há sempre um sentido antecipado",⁵¹ ou seja, "[...] não há grau zero de sentido"⁵² e as decisões judiciais devem sempre dialogar com decisões anteriores para manter a coerência e a integridade do Direito (dever de autorreferência).⁵³ Enfim, o Estado, por todos os seus poderes, deve velar pelo Direito à igualdade.

No estágio democrático ora vivenciado não é mais possível admitir que juízes e tribunais profiram decisões distintas para casos semelhantes que demandam a aplicação do mesmo texto normativo. Isso acontece por vezes entre os mesmos órgãos julgadores, em curto espaço de tempo ou até mesmo quando em uma mesma sessão de órgão fracionário de tribunal as decisões são distintas para casos semelhantes, alterando apenas o relator do processo (e por vezes até processos submetidos ao mesmo relator).⁵⁴ É o que se convencionou chamar de jurisprudência lotérica.⁵⁵

⁵⁰ MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 222-229.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 21-23.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 21-23.

⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 290-291.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

⁵⁵ "Não se precisa ser um estudioso do processo, para se perceber que a falta de unidade na interpretação das normas pelos órgãos judiciais faz crescer não apenas o número de recursos, mas, também, o número de demandas ajuizadas. É claro, se há sempre uma possibilidade de se obter uma solução favorável no judiciário, porque as pessoas, naturais ou jurídicas, iriam ajustar seu comportamento ao da jurisprudência? Por que não demandar ou resistir à pretensão, ainda quando os tribunais superiores ou a jurisprudência do tribunal local esteja em sentido oposto, se há, também, juízes e tribunais desafiando o entendimento majoritário. Não por outra razão, já se falou de 'loteria judiciária', o que expressa, naturalmente, sentido altamente depreciativo". In: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 126; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116; DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça (BDJur). 2007. Coleção: Produção Intelectual dos Ministros do STJ. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>. Acesso em: 9 mar. 2018; TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no Direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade: São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34.

Não se há de esquecer que a igualdade impõe que todos que estão submetidos ao sistema jurídico-processual devem ter o mesmo tratamento, ou seja, igualdade de equipamentos (as partes tenham paridade de armas); igualdade de procedimentos (casos semelhantes tenham as mesmas regras processuais) e igualdade de resultados (casos semelhantes e resultados iguais ou semelhantes).⁵⁶

O julgamento de um caso jurídico concreto não há de partir do nada, pois sempre existe “algo anterior que nos vincula”.⁵⁷ O Direito deve ser uma continuidade, fiel ao seu passado ou a sua tradição, isto é, ser fiel à lei e às decisões judiciais anteriores (precedentes, padrões decisórios) e ao “sentimento comum dos juristas”⁵⁸ para preservar expectativas de comportamentos. Isso é a certeza do Direito que visa a garantir segurança jurídica e igualdade por intermédio de decisões judiciais previsíveis.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero exprime:

A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a cognoscibilidade do Direito. É preciso viabilizar o conhecimento e a **certeza do Direito**, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem – que é indiscutivelmente porosa e polissêmica – requer a compreensão da segurança **mais como viabilização de conhecimento do que propriamente como determinação prévia de sentido**. A segurança jurídica exige, portanto, a **controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito** e a adoção de critérios racionais e coerentes para sua reconstrução. Em segundo lugar exige confiabilidade do Direito. **O Direito deve se estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas**. Evidentemente, não é possível assegurar a sua imutabilidade, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe estabilidade e continuidade normativas e, em sendo o caso, previsão de normas de salvaguardas da confiança em momentos de crise de estabilidade jurídica. Em terceiro lugar, impõe de calculabilidade, isto é, capacidade de antecipação das consequências normativas ligadas aos atos e fatos

⁵⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. Atlas: São Paulo, 2018. p. 71-72.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 35.

⁵⁸ ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 133-134; ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 133-134.

jurídicos e das eventuais variações (quais e em que medida) da ordem jurídica. [...] Por fim, em quarto lugar, a segurança jurídica exige efetividade do Direito. Isso porque a segurança jurídica é também segurança da própria inviolabilidade do Direito – ou segurança da efetiva prevenção de ameaças e repressão de violações ao Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor a sua própria realização. Daí que a efetividade, entendida como realizabilidade, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica.⁵⁹ (não há destaques no original).

De outro lado, a certeza do Direito, que para fins desta pesquisa pode ser sintetizado na garantia de acesso à justiça, segurança jurídica e igualdade através da previsibilidade das decisões judiciais, também exige observar as diferenças. A aplicação indiscriminada ou mecânica de decisões anteriores (precedentes ou padrões decisórios) e a manutenção de teses jurídicas em descompasso com a realidade social (e fática) e as constantes e inexoráveis transformações da sociedade, certamente terá o efeito inverso, provocando julgamento de casos jurídicos distintos como se iguais fossem e pode representar a negação do acesso à justiça, insegurança e desigualdade material.

2.1 A lei e a (in)certeza do Direito

A discussão em torno desse aspecto da certeza do Direito⁶⁰ (segurança jurídica e igualdade mediante a previsibilidade das decisões judiciais) sempre suscitou preocupações nas mais diferentes áreas do conhecimento, sendo objeto de estudo na seara da Filosofia⁶¹, da Sociologia⁶² e do Direito.⁶³ Em uma época que as

⁵⁹ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 26-28.

⁶⁰ Para fins deste trabalho, optou-se por tratar o tema relacionado a segurança jurídica, exclusivamente, no sentido de previsibilidade das decisões judiciais, com a expressão “certeza do Direito”. Fez-se essa opção por dois motivos: a) O primeiro, porque parte desta pesquisa foi realizada, principalmente, em proposições da Filosofia do Direito italiano a respeito do princípio da *certezza del diritto*, no período de pesquisa junto à Universidade de Florença; e b) O segundo, por entender-se que, ante o seu caráter multidimensional, a segurança jurídica, se relaciona com vários institutos ou fenômenos jurídicos nos três Poderes da República, e essa expressão utilizada pela doutrina italiana (certeza do Direito) melhor define a segurança jurídica no específico sentido de previsibilidade das decisões judiciais, principalmente no contexto em que se tratará sobre a necessidade de respeito aos padrões decisórios do Código de Processo Civil e aos precedentes judiciais da tradição da Common Law.

⁶¹ OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968;

transformações da sociedade são muito rápidas, a certeza do Direito sai da senda exclusiva do Direito e ganha relevância nas análises políticas, econômicas e sociais.⁶⁴

E por isso que o estudo sobre a certeza do Direito parte de perspectivas diferentes e do conceito que se quer abraçar, pois é difícil dizer que existe conceito único, sendo que ele vai depender da perspectiva do observador e, até mesmo, no caso da perspectiva jurídica, da tradição jurídica a ser considerada (*Civil Law* ou *Common Law*).⁶⁵

Sob qualquer perspectiva, a certeza do Direito se transformou em uma questão clássica que há tempos ocupa o espaço no debate jurídico e, embora seja discutida em distintas épocas, também muda a forma de compreendê-la e minimizá-la, sendo que essas mudanças são uma exigência dos tempos.⁶⁶

Entre as finalidades do Direito, de modo geral, parece que não há qualquer dúvida sobre isso. Uma delas é exatamente trazer segurança aos cidadãos ou aos membros de uma comunidade nas suas ações e relacionamentos, conseqüentemente, a confiança do que pode ou não fazer e quais suas conseqüências.⁶⁷

Essa afirmação implica dizer que um dos fins da existência de um sistema legal-jurídico é estabelecer regras para os relacionamentos entre os cidadãos. Esse é um aspecto do conceito de certeza do Direito, observável em qualquer tipo de

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶² WEBER, Max. **Storia Economica**: linee di una storia universale dell'economia e della società. Introduzione di Carlo Trigilia. Traduzione di Sandro Barbera. Roma: Donzelli, 1997.

⁶³ GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51-65; SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti**: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Torino/IT: Giappichelli. p. 281-293; ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 28-29; TARELLO, Giovanni. **Sul problema della crisi del diritto**. Torino/IT: Giappichelli, 1957. p. 25-39 e 94-105.

⁶⁴ ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 13.

⁶⁵ SAVARESE, Eduardo. **Certeza del diritto e diritto internazionale**: coerenza e identità tra fonti e argomentazione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018. p. 5; ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 8-18; LONGO, Mario. **Certeza del Diritto**. **Novissimo digesto italiano**. A cura di Antonio Azara e Ernesto Eula, 1957: Unione tipografico-editrice torinese: Torino/IT, Terza edizione. p. 124-129; CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna/IT: Il Mulino, 2017.

⁶⁶ ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Editoriale Scientifica. Napoli/IT: 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 16; GIANFORMAGGIO, Letizia. **Filosofia del diritto e ragionamento giuridico**. A cura di Enrico Diciotto e Vito Velluzzi. Ristampa riceduta a cura di Silvia Zorzetto. Torino/IT: G. Giappichelli, 2018. p. 81.

⁶⁷ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 31.

sociedade, independentemente do seu nível de desenvolvimento⁶⁸ e também engloba o conceito de ordem e paz social que é, por fim, a finalidade de todo e qualquer sistema legal-jurídico e do próprio Poder Judiciário.⁶⁹

Naturalmente, para se viver em sociedade, seus membros devem saber os limites do que é lícito ou ilícito nos seus comportamentos.⁷⁰ Em qualquer sociedade regida pelo Estado de Direito, seus membros devem estar conscientes das consequências de seus atos e da maneira como serão resolvidas as controvérsias que podem surgir em razão das suas atitudes.⁷¹ Portanto, a exigência de certeza do Direito é base de sobrevivência do próprio sistema legal-jurídico, de sorte que, em última análise, requisito para realização da justiça.⁷²

Aliás, sempre foi uma pretensão da lei prever os acontecimentos jurídicos.⁷³ Essa foi (e ainda é) o anseio da teoria positivista,⁷⁴ a ideia da completude da lei⁷⁵ que não tem lacunas e cada fato deve subsumir uma situação fática prevista em abstrato no ordenamento legal (*fattispecie*).⁷⁶

A lei não disciplina um fato acontecido, mas um fato futuro e provável. Assim, ela quer atribuir significado aos eventos futuros e, para isso faz, na verdade, um “cálculo de probabilidade”⁷⁷ quando estabelece uma situação fática em abstrato imaginável que na realidade é apenas uma descrição de uma suposição entre um número incalculável de hipóteses suscetíveis de acontecer.⁷⁸

⁶⁸ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 31.

⁶⁹ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 31

⁷⁰ Sobre a chamada função psicológica do ordenamento jurídico, expressão criada por Darci Guimarães Ribeiro, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma Teoria Processual do Direito. In: DIDIER, Fredie (org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 117-136.

⁷¹ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 31.

⁷² CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 19.

⁷³ IRTI, Natalino. IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 19-20.

⁷⁴ BOBBIO, Noberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1979. p. 231-233.

⁷⁵ Segundo Cristiano Becker Isaia, “[...] num primeiro momento o positivismo jurídico admitia que o modelo de regras fosse realmente capaz de prever e enumerar todas as hipóteses aplicativas do direito. Com a evolução do Estado e da sociedade o próprio positivismo jurídico sufocou-se num emaranhado de conceitos universalizantes. Ao fim e ao cabo, isso demonstrou que a obsessão pela pretensão de antevisão dos casos fáticos não passava de uma mera ficção. Os juízes se deparam com novas situações, oriundas do exercício de novos direitos, cujos detentores eram novos atores, o que gerou uma concreta conflituosidade intelectual no âmbito da jurisdição processual”. In: ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 180.

⁷⁶ GRIFFI, Filippo Patroni. Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa. In: **Calcolabilità giuridica**. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Molino, 2017. p. 175.

⁷⁷ Expressão utilizada por Natalino Irti. Ver: IRTI, Natalino. IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 22.

⁷⁸ IRTI, Natalino. IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 22.

Sob essa realidade, a certeza do Direito por meio da legislação passa para um valor secundário quando se constata que ela pode ser fictícia, e persegui-la também pode comprometer a realização da justiça.⁷⁹ Isso produz uma “crise”⁸⁰ na sociedade, quando se percebe a dificuldade ou incapacidade do Estado de estabelecer, pela legislação, todas as hipóteses (*fattispecie*) da vida real e com isso prever qualquer acontecimento⁸¹, gerando um sentimento de insegurança.⁸²

Guido Alpa⁸³ conta que a preocupação com a certeza do Direito sempre existiu em diversos momentos da história,⁸⁴ sendo que a diferença é que ela em alguns momentos se fez mais intensa, como no início do século XX, quando o ordenamento jurídico não foi suficiente para dar respostas ao sistema econômico e social, que, com o fim da Primeira Guerra Mundial, estava completamente renovado, o que levou as discussões sobre a necessidade de legislar por princípios, cláusulas

⁷⁹ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 245.

⁸⁰ Sobre as crises no Direito, ver, entre outros: CARNELUTTI, Francesco. **Certeza, autonomia, libertà e diritto**. **Discorsi intorno al diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo; TARELLO, Giovanni. **Sul problema della crisi del diritto**. Torino/IT: Giappichelli, 1957; OÑADE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968; GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. Bari/IT: Laterza, 2015; GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Bari/IT: Laterza, 2012; ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incerteza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6; CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979; SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione**. Torino/IT: Giappichelli, 2008; IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016; PINO, Giorgio. **La certeza del diritto e lo Stato costituzionale**. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018, p. 520. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 Jan 2020; PALOMBELLA, Gianluigi. **Dopo la certeza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia**. Bari/IT: Edizione Dedalo, 2006; SAVARESE, Eduardo. **Certeza del diritto e diritto internazionale: coerenza e identità tra fonti e argomentazione**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018; TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 24-26; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DENTI, Vittorio. **Sistemi e riforme: studio sulla giustizia civile**. Bologna/IT: Mulino, 1999; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Diritto entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸¹ ZACCARIA, Giuseppe. **Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità**. **Ars interpretandi**. Bologna, Il Mulino, Rivisteweb. Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352. p. 7- 8.

⁸² TARELLO, Giovanni. **Sul problema della crisi del diritto**. Torino/IT: Giappichelli, 1957. p. 10 - 39.

⁸³ ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incerteza**. Editoriale Scientifica. Napoli/IT: 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 18-29.

⁸⁴ De acordo com Luciano Violante, “Estamos enfrentando a crise da Direito tal como a concebemos nos últimos dois séculos; mas o que enfrentamos não é um não-Direito; o que enfrentamos é o Direito da crise.” No texto original: “Stiamo di fronte alla crisi del diritto per come lo abbiamo concepito negli ultimi due secoli; ma quello che abbiamo di fronte non è un non-diritto; quello che abbiamo di fronte è il diritto della crisi.” *In*: VIOLANTE, Luciano. **Introduzione**. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, 2018. p. 15.

gerais, conceitos jurídicos indeterminados, juízo de equidade, mas, ao mesmo tempo, era necessário estabelecer limitações interpretativas aos juízes e demais intérpretes do Direito.

A preocupação com a certeza do Direito ganhou ainda maior intensidade depois da Segunda Guerra Mundial, destaca Guido Alpa, principalmente nas sociedades democráticas ocidentais, em decorrência do pluralismo social e do desenvolvimento econômico, com o surgimento de grandes empresas e novas categorias de trabalhadores e consumidores,⁸⁵ e da necessidade dos países de apresentarem soluções para os diversos conflitos sociais⁸⁶, principalmente ante a globalização⁸⁷ dos mercados e seus efeitos que geram diversos problemas entre o Direito e a Economia, principalmente para garantir Direitos fundamentais.⁸⁸

Essa necessidade do Estado de se adaptar rápida e contemporaneamente com a evolução da sociedade, apresentando respostas às demandas jurídicas cada vez mais complexas em decorrência desse pluralismo⁸⁹ e do desenvolvimento

⁸⁵ ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 27-28.

⁸⁶ SAVARESE, Eduardo. **Certeza del diritto e diritto internazionale: coerenza e identità tra fonti e argomentazione**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018. p. 5.

⁸⁷ Sobre a globalização da justiça processual, consultar: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 33-27.

⁸⁸ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 224.

⁸⁹ Antônio Carlos Wolker, traz uma definição do pluralismo no seu sentido geral e também especifica o que se entende por pluralismo jurídico, *in verbis*: “O pluralismo enquanto concepção filosófica toma em consideração que existem inúmeras fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a própria vida humana. O pluralismo, enquanto multiplicidade dos possíveis, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas. O pluralismo tem-se revelado fator importante de intermediação capaz de se contrapor aos extremos da fragmentação atomista e de interferência totalizadora do poder centralizado do Estado. Assim, enquanto predomínio de corpos sociais intermediários, o pluralismo age tradicionalmente contra o individualismo e o estatismo. Por fim, além de se reconhecer determinados princípios da doutrina do pluralismo (autonomia, descentralização, diversidade e tolerância), importa aludir a existência de várias modalidades de pluralismo. Dependendo da espécie de critérios utilizados, pode-se enquadrar o pluralismo em formas antigas, tradicionais, conservadoras, liberais, modernas, progressistas, radicais ou críticas. Por ser uma manifestação universal presente em épocas distintas, o pluralismo jurídico compreende muitas tendências com origens diferentes e caracterizações múltiplas. É assim deveras complexo assinalar uma certa uniformidade de princípios fundamentais em função da diversidade de modelos e de autores, abarcando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais e radicais até corporativistas, institucionalistas, democratas, socialistas etc. Esse cenário aberto, denso e díspar não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Tal concepção minimiza, exclui ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, gerada por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria.”

econômico, fez que com o sistema legal passasse a viver em uma constante crise, já que o Estado-Legislativo não consegue oferecer com rapidez uma legislação que discipline as novas controvérsias que vão surgindo no âmbito da sociedade em decorrência dessas transformações.

Com isso, o Estado frustra as expectativas da sociedade em oferecer respostas claras, rápidas, fundamentadas e eficazes, gerando dúvidas quanto aos resultados das decisões judiciais e provocando um distanciamento com a sociedade, porque o sistema jurídico continuamente se transforma, mas a legislação continua inalterada.⁹⁰ O resultado é mais incerteza e, portanto, mais crise.

O filósofo do Direito Flavio Lopez de Oñate, nos idos de 1942, publicou na Itália, durante a Segunda Guerra Mundial, ou seja, em um momento de completa incerteza jurídica, o livro *La certezza del diritto*,⁹¹ quando afirmou que o mundo contemporâneo se encontrava há várias décadas em crise,⁹² afirmação que se tornou comum e ninguém contesta, existindo apenas diferenças de opiniões com relação a sua natureza e dimensão.

Lopez de Oñate defendeu o argumento de que os elementos das crises se manifestam com maior evidência no campo do Direito, onde a lei é a expressão da vontade (do povo) que busca ser realizada, ou seja, sair do plano abstrato para a realidade.⁹³ Diz, também, que, em cada época, tem-se a impressão de ser um tempo de transição e de crise, pois essa crise é um fenômeno contínuo de transformação, de que o indivíduo participa e sente como se estivesse em momento de transição entre o presente e o futuro.⁹⁴

Essa crise da lei, ou melhor, do sistema legal (e, conseqüentemente, do Estado), que não consegue trazer uma resposta rápida e eficaz às necessidades da sociedade, é que produz a sensação de insegurança jurídica, que Piero Calamandrei

In: WOLKER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. **Dicionário de filosofia jurídica**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo-RS e Rio de Janeiro-RJ: Unisinos e Renovar, 2006. p. 637-640.

⁹⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30-31; CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 245.

⁹¹ OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Roma: Casa Editrice Gismondi, 1942. p. 53; OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968. p. 25.

⁹² TARELLO, Giovanni. **Sul problema della crisi del diritto**. Torino: Giappichelli, 1957.

⁹³ OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Roma: Casa Editrice Gismondi, 1942. p. 65.

⁹⁴ OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Roma: Casa Editrice Gismondi, 1942. p. 53-54.

denominou de “crise de confiança na lei”, e que não seria uma crise de desconfiança de um determinado sistema legal ou tradição jurídica substituível por outro (por exemplo, substituir a tradição⁹⁵ do *Civil Law* pela tradição da *Common Law*, ou mesmo constituir uma tradição jurídica nova ou híbrida⁹⁶), mas uma desconfiança no princípio da legalidade, isto é, na própria incapacidade do Estado de produzir uma legislação capaz de definir e garantir a todos de maneira geral (igualitária) e abstrata os Direitos e deveres.⁹⁷

Naturalmente, o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, baseado na separação dos poderes e regido pelo princípio da legalidade,⁹⁸ como é o caso do

⁹⁵ O presente estudo adota a definição do professor John Henry Merryman que diferencia as expressões “tradição jurídica” e “sistema jurídico”, embora por vezes são utilizadas como sinônimas, mas não compartilham o mesmo significado. O referido autor utiliza a expressão “tradição jurídica,” quando se refere à *Common Law* e *Civil Law* pelo fato de representar um conceito mais amplo. Segundo Merryman, a expressão “sistema jurídico” se refere ao Direito de um dado país ou nação, remetendo ao ordenamento jurídico e às instituições políticas ou jurídicas vigentes em determinado momento histórico, aos procedimentos e às normas jurídicas. A expressão “tradição jurídica” seria mais ampla e contemplaria o “sistema jurídico”, apresentando-se como um complexo de comportamentos profundamente enraizados e historicamente condicionadas sobre a natureza do Direito, sobre o papel do Direito na sociedade e na ordem política, sobre a organização e funcionamento de um sistema jurídico e sobre a forma como o Direito é ou deveria ser criado, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. In: MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di Civil Law**: nell’analisi di un giurista di Common Law. A cura di Mauro Cappelletti. Presentazione di Gino Gorla. Milano/IT: Giuffrè, 1973. p. 7 - 8.

⁹⁶ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 44-49. O autor defende o ponto de vista de que a tradição constitucional e processual brasileira é híbrida, apresentando traços das tradições europeias (*Civil Law*) e estadunidense (*Common Law*).

⁹⁷ “[...] que oprime o mundo em seus espasmos é dado pela crise do Direito: o que poderia ser ainda mais precisamente chamado de crise de confiança no Direito. Não se trata de desconfiança em um determinado sistema de leis, que é ao mesmo tempo, como era o caso às vésperas da Revolução Francesa, esperança e profissão de fé em outros destinados a substituir os cargos dos que envelheceram; trata-se de uma desconfiança muito mais turva e destrutiva, que ataca, com o mesmo cepticismo corrosivo, independentemente do conteúdo das leis, o próprio princípio da legalidade, que é precisamente o instrumento lógico que a civilização ocidental inventou durante milênios para expressar o Direito de forma geral e abstrata” (tradução livre). No texto original: “[...] che travolge il mondo nei suoi spasimi è data dalla crisi del diritto: che si potrebbe anche più esattamente denominare crisi della fiducia nella legge. Non se tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi, che sia insieme, come avveniva alla vigilia della rivoluzione francese, speranza e professione di fede in altre destinate a prendere il posto di quelle invecchiate; si tratta de una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca, con lo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente da contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità, cioè proprio lo strumento logico che la civiltà occidentale ha inventato da millenni per esprimere il diritto in forma generale ed astratta”. In: CALAMANDREI, Piero. **La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina**. In: OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Roma: Giuffrè, 1968. p. 170 (169-190).

⁹⁸ CR/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – [...];

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
(destaque nosso). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do**

sistema jurídico brasileiro, tem entre seus pressupostos e objetivos a certeza do Direito (segurança jurídica e igualdade por via da previsibilidade das decisões judiciais) que deve ser realizada com suporte na produção legislativa, que é o ponto de partida, a referência para aplicação do Direito. Isso significa que o paradigma da certeza do Direito é a lei, que prevê os comportamentos humanos e estabelece quais deles são aceitáveis ou não. A lei não disciplina a conduta de casos particulares, específicos e no momento presente. Sempre faz previsões de comportamentos e consequências desses comportamentos de modo geral, abstrato e futuro. Por essa razão, a lei torna possível sua continuidade no tempo e é aplicada a todos.⁹⁹

Expresso em outro modo, a existência de um sistema legal já é (ou deveria ser) um remédio para as contingências¹⁰⁰ sociais. A certeza do Direito é um ponto fundamental da sociedade, na medida em que é um “veículo de tranquilidade e de esperança”¹⁰¹ e uma “condição de possibilidade de agir socialmente”.¹⁰² Então, em primeira análise, é a legislação é que vai garantir a certeza do Direito. Além disso, a igualdade, que é um elemento para a certeza do Direito, somente é assegurada pela lei, que tem uma prescrição abstrata e geral.

Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2020.

⁹⁹ OÑADE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano/Roma: Giuffrè, 1968. p. 50. Esse livro foi publicado pela primeira vez em 1942. Depois de sua morte, dois anos após a primeira publicação, fora publicada a segunda edição, coordenada por Guido Astuti e com a introdução de Giuseppe Capograssi. Esgotada mais essa edição, outra foi editada em 1968, acrescentada com artigos de Calamandrei, Carnelutti, Capograssi e Pio Fedele, além de um apêndice de Massimo Corsale. Essa obra tornou-se um clássico da Filosofia do Direito italiana, sendo debatido ou citado em quase todos os artigos da doutrina italiana que trata do tema da segurança jurídica.

¹⁰⁰ “Na filosofia contemporânea, sobretudo na francesa a partir da obra de *Boutroux, A contingência das leis da natureza* (1874), o termo contingência passou a ser sinônimo de ‘não-determinado’, isto é, de livre e imprevisível; designa especialmente o que de livre, nesse sentido, se encontra ou age no mundo natural. [...] O uso do termo ‘contingência’ nesse significado caracteriza as correntes do chamado *indeterminismo* (v.) contemporâneo: doutrinas filosóficas que interpretam a natureza em termos de liberdade e de finalidade, isto é, em termos de espírito. A esse significado também se reporta o uso desse termo por Sartre, para quem contingência é o fato de a liberdade ‘não poder não existir’. Contingência, portanto, é a liberdade na relação do homem com o mundo.” In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 234.

¹⁰¹ ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell’età dell’incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 8

¹⁰² BERTEA, Stefano. **Certeza del diritto e argomentazione giuridica**. Soveria Mannelli (Cantazaro): Rubbettino, 2002. p. 45.

Conforme advertiu Francesco Carnelutti,¹⁰³ todavia, a certeza do Direito é uma exigência lógica do ordenamento jurídico que deve se traduzir na sua realização prática. Essa é, porém, a parte mais difícil na constituição de um sistema legal, porquanto essa certeza deve ser sentida pela sociedade. Se o Direito e suas consequências não são sentidos, se o Direito não é “visível”¹⁰⁴ ao jurisdicionado, é porque o sistema legal não funciona.

Por consequência, a certeza do Direito é essa visibilidade dos limites que são estabelecidos pelo sistema normativo. A Lei representa uma hipótese formulada para aplicação geral e abstrata. O fato é concreto. O problema é que entre a abstratividade da lei e a concretude do fato está a antinomia que não permite a certeza do resultado da aplicação da legislação. A realidade fática não se adapta sempre a todas as hipóteses da lei. Nas palavras de Carnelutti, o abstrato é pobre e o concreto é rico. A regra sempre é a mesma, mas o fato é sempre diferente, embora às vezes semelhante. O fato é irrepitível, o que o torna uma exceção à regra prevista na Lei. O ordenamento jurídico, afirma Carnelutti, está condenado à imperfeição.¹⁰⁵

¹⁰³ CARNELUTTI, Francesco. **Disc orsi Intorno al Diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo. p. 190-191.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Discorsi Intorno al Diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo. p. 190-191.

¹⁰⁵ “Em poucas palavras a certeza exige a predeterminação da regra: mas, se esta é predeterminada, só pode ser hipotética, formulada em antecipação do fato, não na presença do fato, e portanto, sobre um conceito de fato e não sobre o fato real. Em palavras ainda mais pobres, a regra é abstrata e o fato é concreto. Está entre o abstrato e o concreto é a antinomia fundamental que atormenta cada sistema jurídico. Ora, a concretude nunca se encaixa em um esquema; o abstrato é irremediavelmente pobre e o concreto é indescritivelmente rico; a regra é sempre a mesma, mas o fato é sempre diferente. Em última análise, surge a antinomia fundamental do sistema jurídico, em termos drásticos, atreverei a dizer religiosamente, entre a regra e a exceção: o fato, essencialmente irrepitível, é sempre uma exceção; a dificuldade, aliás, o drama, é ter que aplicar a regra à exceção. Esta é uma antinomia que não permite remédios radicais. O ordenamento jurídico está, desde o início, condenado à imperfeição. Quem não percebe, cultiva uma ilusão muito perigosa. Essas ilusões são tanto mais difundidas quanto mais insuficiente é a cultura daqueles que são chamados a elaborar o ordenamento jurídico e aplicá-lo”. (tradução livre). No texto original: “In poche parole la certezza esige la predeterminazione della regola: ma questa se è predeterminata non può essere se non ipotetica, formulata in anticipazione sul fatto, e perciò su un concetto del fatto anzi che sul fatto reale. In parole anche più povere, la regola è astratta e il fatto è concreto. Questa tra l’astratto e il concreto è l’antinomia fondamentale, che travaglia ogni ordinamento giuridico. Ora la concretezza non si adatta mai a uno schema; l’astratto è irrimediabilmente povero e il concreto indescrivibilmente ricco; la regola è sempre quella ma il fatto è sempre diverso. In ultima analisi l’antinomia fondamentale dell’ordinamento giuridico si pone, in termini drastici, oserei evangelici, tra la regola e l’eccezione: il fatto, essenzialmente irripetibile, è sempre un’eccezione; la difficoltà, anzi il dramma è quello di dover applicare la regola all’eccezione. Questa è un’antinomia che non ammette rimedi radicali. L’ordinamento giuridico è, in partenza, condannato all’imperfezione. Chi non se ne rende coltiva una assai pericolosa illusione. Queste illusioni sono tanto più diffuse quanto più scadente è la cultura di coloro, che sono chiamati

2.2 A interpretação e a (in)certeza do Direito

Como visto, a própria codificação das leis que visava a buscar maior certeza do Direito nas relações entre o Estado e o cidadão, não foi suficiente.¹⁰⁶ Com isso, a certeza do Direito passa a ser produto das decisões judiciais. Se a lei não é suficiente para garantir a certeza do Direito, a carga se volta para a interpretação.¹⁰⁷

Logo, não é mais quem faz a lei o responsável pela certeza do Direito dos jurisdicionados, porquanto a força interpretativa do Poder Judiciário é superior ao texto positivado¹⁰⁸ e o juiz permanentemente vai ressignificar o Direito decorrente do texto legal de acordo com o momento de sua aplicação,¹⁰⁹ observando o contexto fático e social, porque ele, juiz, não mais há de se limitar a aplicar a lei em conformidade com o momento em que ela foi publicada¹¹⁰, ou sem interpretá-la, como preconizado com a clássica Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu.¹¹¹

O legislador não tem mais o monopólio da produção do Direito¹¹² e, embora a lei seja a referência, é apenas o ponto de partida, pois a Justiça somente se

a congegnare l'ordinamento e ad applicarlo." *In*: CARNELUTTI, Francesco. **Discorsi intorno al diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo. p. 190-191.

¹⁰⁶ ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6. p. 22; SAVARESE, Eduardo. **Certeza del diritto e diritto internazionale**: coerenza e identità tra fonti e argomentazione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018. p. 49-50; AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. Terza edizione. Torino/IT: Unione tipografico-editrice torinese, 1957. p. 125; OÑADE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. *In* aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968. p. 37-41; GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. Bari/IT: Laterza, 2015. p. 51-56; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰⁷ OÑADE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. Aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968. p. 37-41.

¹⁰⁸ "A Constituição, a lei ou qualquer outro ato normativo não termina antes de chegar aos juízes." *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 137.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-411.

¹¹⁰ SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti**: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Torino/IT: Giappichelli, 2008. p. 17.

¹¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 178.

¹¹² Dominique Rousseau, embora sob o prisma da necessária validade da norma pelo Poder Judiciário, traz a mesma conclusão de que a lei e, conseqüentemente, também, o Direito, não é resultado apenas da atividade do Poder Legislativo, mas "produto de uma pluralidade de atores, isto é, o ator governamental, o parlamentar e, certamente, o ator jurisdicional. De fato, resulta dessa nova definição a conclusão evidente de que a produção parlamentar da lei não é mais suficiente para garantir sua validade normativa; a lei pode reivindicar expressar a vontade geral

concretiza pela mediação dos intérpretes e aplicação (*applicatio*)¹¹³ do texto normativo ao caso jurídico concreto. O Legislativo produz o texto normativo, mas é a comunidade de intérpretes (Judiciário, doutrina e todos os profissionais do Direito)¹¹⁴ que vai produzir a norma jurídica quando da sua interpretação e aplicação aos contextos reais.¹¹⁵ Além do conhecimento pelo jurisdicionado das regras estabelecidas na legislação, para efetivar a certeza do Direito, seria necessário que todos dessem as mesmas interpretações sobre os textos normativos. Seria a possibilidade de saber, antes mesmo de qualquer ação, como os outros cidadãos compreenderão a lei.

Isso significa que a certeza do Direito, com base apenas na legislação posta, somente seria possível se todos os cidadãos ou jurisdicionados e os profissionais do Direito tivessem a mesma interpretação sobre uma regra jurídica (fato e texto normativo),¹¹⁶ e, para isso, deveria comungar da mesma visão de mundo. A certeza do Direito no sentido de previsibilidade das consequências jurídicas de qualquer ato ou fato exige que a lei seja aplicada com os mesmos elementos de interpretação.

Assim, a certeza do Direito como previsibilidade exige que, além do conhecimento da legislação e suas consequências por parte da comunidade, é

apenas se, e somente se, respeitar a Constituição. Em outras palavras, se e somente se, o Conselho Constitucional julgar que o texto votado pelo Parlamento não infringe um ou outro Direito ou princípio constitucional; porque, se assim fosse, isto é, se o texto fosse considerado inconstitucional, não poderia expressar a vontade geral e, por consequência, a qualidade de lei não poderia ser reconhecida. O exercício do poder de fazer a lei não é mais monopolizado pelo casamento de vontades entre executivo e legislativo; abre-se a juízes constitucionais que intervêm de várias maneiras no processo de produção da lei". *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 129 – 132.

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-426.

¹¹⁴ Giuseppe Zaccaria diz que um dos cânones hermenêuticos é representado pela comunidade interpretativa, que no Direito "é a própria interpretação das regras que se configura como o resultado de uma obra comum, que não pode, porém, prescindir da contribuição e dos próprios fins pessoais dos participantes, assumindo por isso mesmo um caráter de estabilidade. A racionalidade interpretativa não é mais apanágio de um sujeito individual, mas configura um trabalho articulado de mais sujeitos. Em poucas palavras, a comunidade interpretativa é a comunidade que identifica a prática interpretativa sendo contemporaneamente por esta constituída". *In*: ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 134; ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 134.

¹¹⁵ "O juiz que não é um legislador e participa indiretamente da produção da norma somente em referência aos contextos concretos de aplicação." No texto original: "Il giudice che non è un legislatore e partecipa in via mediata alla produzione della norma solo in riferimento ai contesti concreti di applicazione." *In*: VETTORI, Giuseppe. **La giurisprudenza come fonte del diritto privato. Persona e Mercato**, n. 2. 2016. p. 144. Disponível em: <http://www.personaemercato.it/la-giurisprudenza-come-fonte-del-diritto-privato-di-giuseppe-vettori/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹¹⁶ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 34.

preciso que todos (sociedade) deem as mesmas interpretações sobre determinado texto normativo, pois não haveria sentido o jurisdicionado conhecer a lei (ou ter a possibilidade de conhecer) a cujas ações devem se moldar, se qualquer outro agente ou jurisdicionado tiver uma interpretação diferente do mesmo texto normativo.¹¹⁷

Somente uma sociedade com elevado grau de coesão nos seus valores, com a mesma ideologia¹¹⁸ e valores comuns, garantiria uma certeza do Direito formal sem prejuízo de uma certeza do Direito material. A pluralidade de grupos sociais, portadores de ideologia, culturas e interesses diversos, constitui uma barreira para uma interpretação uniforme.¹¹⁹ E longe de ser um fenômeno passageiro ou provisório da sociedade, esta pluralidade indica claramente que será acentuada cada vez mais, se se pensar na velocidade com que as transformações acontecem na sociedade.¹²⁰

Essa pluralidade, contudo, dificulta a certeza do Direito se ela for vista apenas como a previsibilidade das consequências jurídicas das condutas humanas ou, em um sentido mais restrito, a previsibilidade das decisões judiciais, na medida em que o Direito aplicado ontem nem sempre representa a decisão mais justa de hoje. E mesmo que o ordenamento jurídico fosse feito com suporte numa ideologia predominante, seria ilusório procurar realizar no seu âmbito uma certeza que não considere e supere a letra literal da lei.¹²¹ O próprio legislador, na intenção de esclarecer a letra da lei, utiliza-se, muitas vezes, de outras palavras explicativas e

¹¹⁷ LUZZATI, Claudio. **L'interprete e il legislatore**: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999. p. 240.

¹¹⁸ Para Norberto Bobbio, o termo *ideologia*, tem uma gama de significados diferentes e o seu múltiplo uso pode produzir dois tipos gerais de significados, sendo um *significado fraco* e outro *significado forte*. “No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, na noção de falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.” In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v. 1. p. 585. Ver também: CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

¹¹⁹ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 247

¹²⁰ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 247.

¹²¹ CORSALE, Massimo. **Certeza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 246-248.

aumenta as hipóteses de interpretação. Assim, a própria exegese da lei resulta em mais abertas interpretações.

E essa possibilidade de interpretação é um aspecto necessário e valioso, porque é imperativo para adequação contínua da lei a uma realidade mutável. A lei (texto) é diferente do Direito. Ou, na clássica distinção de texto normativo e norma, de Friedrich Müller¹²², o Direito (norma) acontece pela interpretação da lei, ou seja, o sentido da lei, é fruto da interpretação e aplicação da lei ao caso jurídico concreto.¹²³

A norma, portanto, é o resultado da interpretação.¹²⁴ Assim, ao mudar a realidade social ou o contexto fático, nova norma é formulada e, por sua vez, se coloca como um novo texto. Tanto o texto normativo (lei, Constituição etc.) quanto a nova norma “positivada” constituem “sementes” em espera de fecundação em uma

¹²² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192 - 221.

¹²³ Na doutrina italiana, Giovanni Tarello trata assim do tema: “É a este enunciado ou conjunto de enunciados, assim obtidos segmentando adequadamente o discurso global do Direito (de todas as leis), que o intérprete atribui um sentido com o qual qualifica o comportamento ou situação em questão: o sentido atribuído ao enunciado ou ao conjunto de enunciados é o que se denomina “a norma reguladora” daquele comportamento ou daquela situação; a complexa operação que consiste em segmentar e recompor as leis para traçar um enunciado apropriado e atribuir um sentido ao enunciado assim obtido é frequentemente chamada de “individualização da norma”. Então, ao identificar a norma, além da atividade de atribuir sentido a um enunciado da lei, está incluída exatamente a operação de fragmentação e recomposição do discurso legislativo: operação a qual corresponde um fator extralegislativo (ou, melhor, um conjunto de fatores) de produção do Direito, constituído nas decisões, nas ideologias, nas técnicas e práticas pelas quais o intérprete decompõe e recompõe a lei; as ideologias, técnicas e práticas do intérprete a este respeito, nos países da Europa continental, têm um nome - por razões históricas - que é o de “sistemática” (do intérprete), estando com base na adoção de partições do discurso legislativo e do considerado “Sistema do Direito”, elaborado antecipadamente e independentemente das operações interpretativas singulares, que na sua maioria, operam os intérpretes; a sistemática de intérpretes é, portanto, mais uma fonte extralegislativa de Direito.” No texto original: “È a questo enunciato o insieme di enunciati, così ottenuti segmentando opportunamente il discorso globale della legge (di tutte le leggi), che l'interprete attribuisce un significato col quale qualificare il comportamento o la situazione di cui trattasi: il significato attribuito all' enunciato o all'insieme di enunciati è quello che viene detto « la norma regolatrice » di quel comportamento o di quella situazione; la operazione complessa consistente nel segmentare e ricomporre le leggi per trarne un opportuno enunciato e nell'attribuire un significato all'enunciato così ricavato, viene sovente detta « individuazione della norma ». Orbene, nella individuazione della norma, oltre all'attività di attribuzione di significato a un enunciato della legge, è ricompresa appunto la operazione di frammentazione e ricomposizione del discorso legislativo: operazione alla quale corrisponde un fattore extralegislativo (o, meglio, un insieme di fattori) di produzione di diritto, consistente nelle decisioni, nelle ideologie, nelle tecniche e nelle prassi mediante cui l'interprete scompone e ricompone la legge ; le ideologie, tecniche e prassi dell'interprete a questo riguardo, nei paesi dell'Europa continentale, hanno un nome - per ragioni storiche - che è quello di « sistematica » (dell'interprete), essendo sulla base di adottare partizioni del discorso legislativo e del c.d. « sistema e del c.d. « sistema del diritto », elaborate preventivamente e indipendentemente dalle singole operazioni interpretative, che per lo più operano gli interpreti; la sistematica degli interpreti è perciò una ulteriore fonte extralegislativa del diritto.” *In*: TARELLO, Giovanni. **L' interpretazione della legge**. Milano/IT: Giuffrè, 1980. p. 31-32.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227-234.

nova interpretação.¹²⁵

Esse ciclo acontece para adequar o Direito às novas transformações sociais, mas também é o mesmo fenômeno que vai causar insegurança na sociedade, pois, como visto, a lei não é mais fator de certeza do Direito, já que ela não é mais tão “previsível”,¹²⁶ na medida que o Direito vai depender da sua interpretação e aplicação a um caso jurídico concreto.

Essa busca pela previsibilidade das decisões judiciais constitui tarefa difícil ou mesmo uma “pretensão impossível”.¹²⁷ A própria disposição dos textos constitucionais, abundantes em princípios, conceitos vagos e indeterminados ou mesmo de conceitos éticos-políticos, típicos de constituições pluralistas que representam distintas visões da sociedade sobre direitos e valores fundamentais¹²⁸ é um fator que impede a unicidade na interpretação e aplicação do texto normativo.

Os princípios são usados como ponto de partida para definição de outras normas, desde sua interpretação e aplicação. Esses princípios, principalmente os constitucionais, estão sempre em movimento e têm um amplo campo de atuação e por isso produzem até mesmo conflitos entre si.¹²⁹ Essa é a função dos princípios,¹³⁰

¹²⁵ DALFINO, Domenico. Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale. In **Il giusto processo civile**, Bari, fasc. 4, 2017, pag. 1023 -1065. 2017. ISSN 1828-311X. p. 1038.

¹²⁶ OÑADE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968. p. 37-41

¹²⁷ Expressão emprestada de Giuseppe Zaccaria. “[...] pretesa impossibile.” (tradução livre). In: ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fatiscie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Ars interpretandi**, Bologna, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352. p. 8.

¹²⁸ PINO, Giorgio. La certeza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, número 2/2018, p. 536. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹²⁹ Luís Roberto Barroso bem descreve esses conflitos no texto constitucional: “[...] como no caso clássico da oposição entre a liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os Direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.” In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 153-154. Ver ainda: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; PINO, Giorgio. La certeza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, número 2/2018. p. 537. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

as cláusulas gerais¹³¹ e os conceitos jurídicos indeterminados.¹³² Acompanhar as rápidas transformações da sociedade que não são acompanhadas pela legislação com a mesma velocidade. Eles têm um conteúdo elástico e desenvolvem uma função essencialmente dinâmica e orientada para atender as evoluções e transformações que atingem a sociedade e devem ser adaptadas de acordo com o caso jurídico concreto.¹³³ A interpretação do texto normativo não é apenas uma interpretação formal, antes, deve ser uma interpretação de compatibilidade e congruência substancial entre a lei e o texto constitucional diante de cada caso

¹³⁰ Sobre a função dos princípios, em particular dos princípios constitucionais, e a importância da sua aplicação de acordo com a realidade de cada caso jurídico concreto, vale a transcrição dos seguintes trechos do livro de Dominique Rousseau: “Introduzir o tempo longo de reflexão na elaboração de regras não significa que os juízes constitucionais sujeitem o tempo presente ao controle dos velhos tempos pela simples razão de que os princípios constitucionais não são ‘coisas’ definitivamente solidificadas no momento histórico de sua enunciação. [...] Portanto, a única exigência que esses princípios enunciam é realizar no tempo presente as promessas que eles declaram. [...] Assim, por sua interpretação permanente dos princípios fundadores, exigidos por sua própria natureza de promessas, o juiz constitucional os mantém vivos, abertos, nunca fetichizados. Ele incorpora tanto a necessidade de decidir sobre as regras da vida comum em um determinado momento quanto a necessidade de deixar a discussão continuar, pois suas regras são indecíveis pra sempre. De uma certa maneira, o juiz constitucional é a institucionalização da indeterminação do Direito. ‘Projeto inacabado’, a Constituição continua sempre”. In: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 135-137.

¹³¹ Judith Martins Costa leciona que as cláusulas gerais “buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceito cujos termos têm significados *intencionalmente vagos e abertos*, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas consequências, é desenhada com uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de *concreção* desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.” In: COSTA, Judith Martins. O Direito privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 139 jul./set. 1998. p. 7.

¹³² Eros Grau defende o argumento de que não existem conceitos indeterminados, porque a indeterminação não é dos conceitos, mas de suas expressões. Por isso, segundo o autor, deveria se “aludir a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos indeterminados.” De todo modo, Eros Grau define “que são tidos como ‘indeterminados’ os ‘conceitos’ cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como ‘conceitos’ carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes; concepções, essas, que variam conforme a atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade, seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre, é da participação do jogo de linguagem no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendemos, procedendo ao seu preenchimento.” In: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do Direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 156-159. Ver ainda: GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 195-205.

¹³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge diritti giustizia. Torino/IT: Einaudi Contemporanea, 1992. p. 202

jurídico concreto, o que reclama avaliações e interpretações complexas e controversas.

Se a certeza do Direito, no sentido de previsibilidade das decisões judiciais, é um valor constitucional, outros valores, como a adaptação da lei por meio da interpretação à realidade social para evitar decisões injustas exigem que a lei tenha um certo grau de flexibilidade, também são. Se não se tem uma certeza pela clareza e completude da lei, também não será possível ter uma certeza pelas decisões judiciais (anteriores) que devem ser aplicadas ao caso jurídico concreto subsequente.¹³⁴

2.3 A Hermenêutica como condição de possibilidade para a certeza do Direito

A questão central sobre a certeza do Direito é que o ser humano precisa de um certo grau de confiança em suas relações sociais. A lei, que era o porto seguro do indivíduo, o ponto de referência, pois seria capaz de oferecer refúgio e proteção para todos, igualitária e estavelmente, com a previsibilidade das consequências dos comportamentos de todos, sem distinções, se preocupando somente de previsões de forma geral, não é mais suficiente para garantir a certeza do Direito,¹³⁵ uma vez que o texto normativo que é aprovado pelo Parlamento é somente um Direito provisório ou incompleto, pois depende da aplicação ao caso jurídico concreto (norma) pelo Poder Judiciário.¹³⁶

¹³⁴ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. p. 544. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020

¹³⁵ “[...] a calculabilidade da lei não é mais possível por vários fatores complexos, dentre eles o enorme número de legislação ou fontes do Direito, o exaurimento do Direito, assim entendido como um catálogo infinito e pré-constituído de normas, desmoronamento da pirâmide hierárquica das fontes do Direito, multiplicidade de tipos diferentes de regras e os frequentes relacionamentos entre diferentes ordenamentos, o estabelecimento do sistema constitucional com a centralidade dos princípios e por fim, a mudança do foco na prática jurídica da legislação para a decisão judicial, e conseqüentemente a transferência dos critérios para a decisão judicial além e acima da lei.” (Tradução livre). Texto no original: “[...] la calcolabilità delle leggi non funziona più, a causa di una serie complessa di fattori, che vanno dall’elefantiasi legislativa all’esaurimento del diritto inteso come catalogo finito e precostituito di norme, allo sgretolamento della piramide gerarchica delle fonti, alla moltiplicazione di tipi differenti di regole e ai sempre più frequenti rapporti di osmosi tra diversi ordinamenti, all’affermarsi del sistema costituzionale con l’irruzione della centralità dei principi, e infine al deciso spostarsi del focus dell’esperienza giuridica dalla legislazione alla decisione giudiziale e al correlato trasferirsi del criterio di decisione giudiziaria al di là e sopra della legge.” *In*: ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Ars interpretandi**, Bologna, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352., p. 8.

¹³⁶ SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti**: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione. Torino/IT: Giappichelli, 2008. p. 16-19.

Portanto, a certeza do Direito exige mais do que conhecer a regra escrita na lei, porque pouco importa conhecer a regra geral e abstrata e as possíveis consequências de suas ações, quando a realidade fática não se adapta sempre a todas as hipóteses do texto normativo. Se a lei estabelece uma hipótese de aplicação geral e abstrata, em uma antecipação aos fatos, ela somente predetermina uma suposta situação fática, e não um acontecimento real.¹³⁷ E, como o fato será sempre diferente um do outro¹³⁸, embora por vezes semelhantes, o texto normativo será sempre insuficiente. Por essa razão, a lei (o texto normativo de modo geral) precisa da interpretação para produzir resultados na vida das pessoas e cumprir a sua função de solucionar conflitos de maneira justa.¹³⁹

Com isso, a certeza do Direito se desloca da legislação para o sistema jurídico e cria uma expectativa de comportamento baseada em padrões decisórios ou precedentes emitidos pelo Poder Judiciário. E, naturalmente, se invoca a certeza do Direito para garantir aos jurisdicionados a mesma solução para casos supostamente semelhantes, pregando que a mesma interpretação, decorrente de um texto normativo, seja única, estável e observada por todos os juízes e tribunais. Conseqüentemente, aumenta-se a tentativa de fortalecimento dos pronunciamentos judiciais, em particular, das Cortes, como meio de evitar a dispersão jurisprudencial com decisões judiciais diferentes para casos, em tese, semelhantes.

Sem dúvida, posicionamentos diferentes e incompatíveis, a respeito do mesmo texto normativo, leva jurisdicionados que estejam em situações semelhantes a se submeterem a regras de conduta diferentes, produzindo intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Entretanto, o pluralismo jurídico nacional, expresso na Constituição,¹⁴⁰ requer

¹³⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Discorsi intorno al diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo. p. 190-191.

¹³⁸ Pelo Princípio da Identidade dos Indiscerníveis na Filosofia de Leibniz, não há no universo duas coisas perfeitamente iguais. Se são iguais, são as mesmas coisas. In: MARINHO, Arthur Leandro da Silva. **Sobre o princípio da identidade dos indiscerníveis na filosofia de Leibniz**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17083/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Arthur%20Leandro%20da%20Silva%20Marinho.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

¹³⁹ ALPA, Guido. Il diritto giurisprudenziale e vivente. **Rivista di sociologia del diritto**, n. 3, 2008. p. 62. DOI:10.3280/SD2008-003002. Disponível em: <https://www.francoangeli.it/Riviste/Schedarivista.aspx?IDarticolo=35316>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁴⁰ CRF/88. PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada

a busca da solução mais adequada para os casos jurídicos concretos, excluindo os automatismos legais ou soluções jurídicas muito rígidas que não sejam adequadas a uma aplicação mais justa, vinculada a cada caso jurídico concreto.¹⁴¹

A certeza do Direito não deve mais ser vista como um Direito calculável^{142 143} e estático, porque a interpretação sempre dependerá de uma realidade variável. A própria adaptabilidade do Direito às situações concretas é um fator de certeza, pois um entendimento que não deve evoluir por uma questão formal, de uma certeza que os códigos do século XIX não conseguiram garantir, gera um efeito contrário, causando insegurança, porque impede o desenvolvimento do Direito que representa a solução mais justa. Essa evolução é vital para o Direito.¹⁴⁴

Em verdade, entretanto, a complexidade do mundo hodierno dificulta a certeza do Direito se ela for vista apenas como a previsibilidade das consequências jurídicas das condutas humanas ou, em um sentido mais restrito, a previsibilidade

na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sem destaques no original). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹⁴¹ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁴² Cabe lembrar a busca por um Direito “calculável”, que Max Weber descreve como pressuposto do capitalismo ocidental, e que exige para tanto um “Direito racional e formal”, que se apoia exclusivamente na descrição fática da lei (*fattispecie*) e na sua aplicação por subsunção ao fato concreto. A previsão em abstrato na lei, na concepção de calculabilidade weberiana, seria a garantia de estabilidade e previsibilidade dos resultados das decisões judiciais, porque o fato de hoje, concreto, seria a reprodução do caso em abstrato que o legislador previu no passado para aplicação no futuro. A lei exprime uma possibilidade, não uma realidade. O próprio Weber posteriormente admite que uma visão formal e burocrática de justiça, orientada apenas em aplicar uma interpretação teórica, com um significado sempre exato da lei, entra em conflito com o “*ethos* democrático, onde permeiam as massas em ligação com a questão concreta, baseado no postulado da justiça material para casos e indivíduos concretos [...]”. In: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. v. 1. p. 227; WEBER, Max. **O Direito na economia e na sociedade**. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011. p. 256; WEBER, Max. **Storia Economica: linee di una storia universale dell'economia e della società**. Introduzione di Carlo Trigilia. Traduzione di Sandro Barbera. Roma: Donzelli, 1997. p. 196-197.

¹⁴³ IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 15-16.

¹⁴⁴ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. DOI: 10.1438/91833. p. 518. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

das decisões judiciais, na medida em que o Direito aplicado ontem não representa a decisão mais justa de hoje.¹⁴⁵

Portanto, a dificuldade é contemporizar duas exigências que de algum modo colidem: a necessidade de garantir certeza do Direito com previsibilidade do resultado das decisões judiciais e, ao mesmo tempo, buscar solução mais adequada para o caso jurídico concreto que, conseqüentemente, permite também a oxigenação ou atualização da jurisprudência dos tribunais, de modo que as mudanças sociais que acontecem cada vez mais rápidas recebam proteção jurídica de maneira contemporânea.¹⁴⁶

Por essa razão, por mais contraditório que possa parecer, a certeza do Direito, como um ideal jurídico de prever as decisões judiciais, é submetida a dúvida se é possível realmente ser realizada, principalmente em sociedade globalizada, marcada por grandes e rápidas transformações sociais, econômicas, tecnológicas, políticas e, conseqüentemente, jurídicas.¹⁴⁷

A crise agora já não é somente da falta de capacidade regulatória da lei, pois decorre da crescente insegurança dos limites da interpretação feita por juízes e tribunais, ou da razoável previsibilidade dos critérios que os juízes utilizam para resolução dos conflitos. Isto é, a consequência é o temor com o arbítrio, já que a interpretação abre a possibilidade aos juízes atribuírem a um mesmo texto normativo

¹⁴⁵ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. DOI: 10.1438/91833. p. 536-540. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁴⁶ “[...] dois ideais que precisam ser harmonizados e conciliados: estabilidade e mudança. A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um razoável grau de certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos. A mudança implica numa variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso.” In: RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994. p. 282.

¹⁴⁷ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. DOI: 10.1438/91833. p. 518. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

pontos de vistas diversos¹⁴⁸ na sua aplicação que cause desigualdade entre jurisdicionados em situações semelhantes.¹⁴⁹

E, para enfrentar esse problema, busca-se estabelecer mecanismos para tornar os provimentos judiciais das Cortes estáveis, uniformes e com capacidade de vincular formalmente as decisões de instâncias inferiores. Essa preocupação em estabelecer ou garantir a certeza do Direito por meio da vinculação de decisões judiciais é algo complexo e sempre discutido por juristas, e, nas palavras de Michele Taruffo, se transformou em um objeto de desejo e quase todos os sistemas jurídicos, de maneiras diversas, tentam realizá-lo.¹⁵⁰

Taruffo diz que, dentre as técnicas utilizadas para disciplinar a atuação dos tribunais na sua função uniformizadora, a mais difundida é do *stare decisis*, que tem na teoria dos precedentes judiciais vinculantes¹⁵¹ (*doctrine of binding precedente*) o pilar da tradição do *Common Law*, que atribui a uma decisão anterior e, essencialmente, aos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) “a

¹⁴⁸ Giorgio Pino lembra que os próprios princípios constitucionais, que são normas genéricas e indeterminadas, e, portanto, com um campo muito amplo de aplicação, requerendo sua concretização às vezes caso a caso, porque não permitem uma interpretação literal e entram em conflito entre si. Os princípios são usados como pontos de partida, com base nos quais é possível gerar novas normas por meio da interpretação, porque eles estão em constante movimento. *In*: PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018. DOI: 10.1438/91833. p. 537. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge diritti giustizia. Torino/IT: Einaudi Contemporanea, 1992. p. 199-200.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XI. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2021. p. 440.

¹⁵¹ “É um princípio básico da administração da justiça que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante. Com efeito, isso explica por que, em quase todas as jurisdições, um juiz tende a decidir um caso da mesma forma que outros juízes decidiram casos semelhantes. No entanto, podemos observar que a força dessa tendência varia muito: pode ser simplesmente uma certa inclinação para repetir o que outros fizeram antes, ou pode ser o resultado de uma obrigação positiva imposta aos juízes segundo a qual os próprios juízes devem seguir as decisões anteriores na ausência de uma justificativa para se separar delas.” No texto original: “Es un principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar. En efecto, esto explica por qué en casi todas las jurisdicciones, un juez tiende a decidir un caso de la misma manera en la que otros jueces ha decidido casos similares. No obstante, podemos observar que la fuerza de esta tendencia varía ampliamente: la misma puede ser simplemente una cierta inclinación a repetir lo que otros han hechos antes, o puede ser el resultado de una obligación positiva impuesta a los jueces de acuerdo con la cual los mismos deben seguir las decisiones previas en ausencia de una justificación para separarse de ellas. *In*: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente en el Derecho inglés**. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 23; Na versão em inglês e original: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, fourth edition, 1991. p. 3; SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92-93.

capacidade de influenciar a decisão de um caso posterior idêntico ou análogo.”¹⁵² É como se a certeza do Direito fosse um problema da legislação e da tradição do *Civil Law*, e que o antídoto para evitar e resolver esse problema estivesse na tradição do *Common Law*.¹⁵³ Por essa razão, afirma Taruffo, “o apelo ao precedente tornou-se uma espécie de mantra que se recita repetidamente, até se tornar como que uma obsessão que influencia também o legislador processual.”¹⁵⁴

Não é por acaso que o legislador brasileiro, ao editar o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), impôs mais atenção na exigência de que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável e íntegra,¹⁵⁵ além de instituir disposições processuais que visam a reforçar a necessidade de observância dos pronunciamentos judiciais emitidos pelas Cortes,¹⁵⁶ o que grande parte da doutrina defende como uma vinculação absoluta para os órgãos judiciais inferiores, na tentativa de acrescentar previsibilidade nas suas decisões e garantir a certeza do Direito aos jurisdicionados.¹⁵⁷

Essa possível vinculação formal, que a doutrina denomina “sistema de precedentes”¹⁵⁸, parece constituir um paradoxo. Se a lei não garante mais a certeza

¹⁵² No texto original: “[...] della capacità di influenzare la decisione di un caso successivo identico o analogo.” In: TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2021. p. 440

¹⁵³ FRANCIOSI, Fabio. Il diritto alla sicurezza giuridica: note in tema di certezza giuridica e giusto processo. **Diritto e società**, Napoli, fasc. 1, p. 11-29. 2018. RIV ITA 386. p. 17.

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2021. p. 440.

¹⁵⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁵⁶ 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. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁵⁷ PAJNO, Alessandro. Un memorandum virtuoso. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, 2018, p. 39-40.

¹⁵⁸ A doutrina é majoritária neste sentido. Dentre outros, podemos citar: ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo:

do Direito em decorrência da sua incapacidade de prever “todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”,¹⁵⁹ pretender vincular, pela própria via legislativa, que a norma jurídica decorrente da interpretação feita pelas Cortes seja única, final, acabada e seja reproduzida por todos os graus de jurisdição, é retornar ao positivismo da Escola da Exegese francesa, há muito superado.¹⁶⁰

Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria afirmam que o vínculo do juiz será sempre com a lei, mas seu trabalho não está condicionado apenas à legislação ou ao sistema jurídico positivado, sobretudo, está ligado às peculiaridades da estrutura

Revista dos Tribunais, 2019; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressupostos para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Thoth, 2021; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica); BARREIRO, Lorena Miranda Santos. Estrutura de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER, Fredie Jr. (coord.). *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 183; BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 253, ano 41, p. 347-385, mar. 2016; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130; FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 51-82; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. **Revista de Processo**, v. 28/2016, p. 341-356, ago. 2016; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017; ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

¹⁵⁹ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 6. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 141.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1979. p. 86-100; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 159; ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 80-84.

social em que a lei é aplicada.¹⁶¹ Por isso, o ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz jamais poderá ser previsto com a mesma exatidão existente nas ciências exatas, com um resultado matematicamente calculado, visto que sempre dependerá da adaptação da lei (geral e abstrata) ou dos padrões decisórios instituídos pelas Cortes aos fatos singulares do caso jurídico concreto.¹⁶²

Não há dúvida de que a ideia do juiz decidir tudo sozinho, com base em valores próprios ou no seu livre convencimento¹⁶³, está totalmente ultrapassada. A certeza do Direito impõe ao juiz no momento de decidir uma observância daquilo que a sociedade espera, sobretudo pela orientação da lei e da jurisprudência, isto é, da tradição jurídico-institucional (Direito judicial) constituída ao longo do tempo.

Na atualidade, afirma Natalino Irti, o juiz “não está mais deixado sozinho, mas sempre vinculado a qualquer coisa que o precede, que está antes dele e do fato apresentado em sua decisão.”¹⁶⁴ Esse vínculo é o Direito jurisprudencial, a tradição ou a história do Direito judicial que se estabelece e se renova cotidianamente pelas atividades de juízes e tribunais. Isso quer dizer que, quando o juiz vai decidir, ele deve observar o passado do Direito que está marcado na sua tradição. O juiz não decide “do nada”, mas com base na regra jurídica (norma) que foi extraída de outras interpretações anteriormente feitas e que foram verificadas e validadas pelas Cortes.¹⁶⁵

Como a realidade, no entanto, está em perpétuo movimento, a solução dada a um caso anterior é passível de não estar em conformidade com a justiça do caso subsequente, e dependerá de nova interpretação para atribuir-lhe um novo sentido.¹⁶⁶

¹⁶¹ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma/IT: Editori Laterza, 1999. p. 156.

¹⁶² VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma/IT: Editori Laterza, 1999. p. 156.

¹⁶³ O princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional da prova que vinha expresso no art. 131 do CPC de 1973 e que não fora reproduzido no atual CPC de 2015.

¹⁶⁴ No texto original: “A ben riflettere, il giudice, almeno negli Stati moderni, non è mai lasciato solo, ma sempre vincolato da qualcosa che lo precede, che sta prima di lui e del fatto consegnato alla sua pronuncia”. In: IRTI, Natalino. **Calcolabilità giuridica**. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Molino, 2017. ISBN: 8815273085. p. 24.

¹⁶⁵ IRTI, Natalino. **Calcolabilità giuridica**. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Molino, 2017. ISBN: 8815273085. p. 24.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta n. 1. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017. p. 3-4

Taruffo diz que a justiça se faz interpretando e aplicando a lei (ou os padrões decisórios) em função dos fatos postos pelas partes que estão em litígio.¹⁶⁷ Por isso, mesmo quando se estabelecem mecanismos de formação e aplicação de padrões decisórios ou a utilização de precedentes judiciais, no sentido de preservar a tradição jurídica, a interpretação será necessária para decidir casos futuros, porque a norma nasce e se encerra no caso decidido, e passa a servir de orientação e não é entendida como a própria norma de resolução do caso subsequente, pois, na realidade, ele é um texto-guia e fornece a mesma abertura interpretativa de uma lei, ou seja, não resolve o problema da certeza do Direito por si.¹⁶⁸

A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável. A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do Direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem jurídica implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de Direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.¹⁶⁹

Sustenta Hans-Georg Gadamer ¹⁷⁰ que, na tarefa de interpretar, todo texto deve ser visto como resposta a uma pergunta, pois todo enunciado tem uma finalidade de sentido que vai se ajustando ou não no decorrer da atividade interpretativa, porquanto, quando se está diante de qualquer texto (lei, padrão decisório ou precedente) cria-se a expectativa de um sentido, prévio, que deve ser constantemente revisado conforme se avança na interpretação. Gadamer entende que não é possível trabalhar com respostas prontas, já que todas as situações da vida não são previsíveis ou iguais.¹⁷¹

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019. p. 95.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 26.

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 432-433.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 356.

¹⁷¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128.

Aqui há importante ponto de contato entre as doutrinas de Gadamer e Taruffo. Para este, como para aquele, a "justiça é uma coisa do mundo concreto, é uma coisa dos fatos, dos interesses reais, das pessoas [...]".¹⁷² O que Gadamer e Taruffo¹⁷³ defendem é o caráter argumentativo do Direito, e na aplicação do padrão decisório ou de qualquer precedente judicial, como o é com a lei, é imprescindível a interpretação de acordo com os fatos do caso jurídico concreto subsequente, refutando aplicação de forma vinculante como se fosse uma atividade legislativa.¹⁷⁴

Quando o Código de Processo Civil estabelece às Cortes o dever de uniformização da sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente, ele busca tratamento igualitário para casos semelhantes, sendo, porém, que não impõe aos padrões decisórios estabelecidos pelas Cortes a qualidade de declarações genéricas e abstratas a serem utilizadas para fundamentar decisões judiciais.¹⁷⁵

A uniformização nada mais é do que dirimir qualquer divergência entre seus órgãos fracionários sobre a mesma questão de Direito.¹⁷⁶ Entendimentos divergentes sobre a mesma questão jurídica dentro do mesmo tribunal corrompem todo o sistema processual, impedem a promoção da igualdade de resultados e causam insegurança entre os jurisdicionados, pois a mesma questão jurídica tem resultados diversos, dependendo do órgão judicial que vai fazer o julgamento.

A estabilidade é a proibição de mudanças de posicionamento a todo instante, de forma a prejudicar a certeza do Direito com a igualdade de tratamento para casos

¹⁷² TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019. p. 95.

¹⁷³ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars interpretandi**, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2018. ISSN 1722-8352. p. 29.

¹⁷⁴ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019; TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231-251; TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado: ensaios**. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 130-132; STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 25.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019. p. 93.

¹⁷⁶ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 474.

iguais garantidos pela Constituição da República. A estabilidade não impede a alteração de entendimentos, porém, deve ser feita de maneira justificada, com forte carga argumentativa, para demonstrar a necessidade de distinção ou superação do entendimento anterior, impondo a necessidade de modulação dos seus efeitos em respeito à segurança jurídica.¹⁷⁷

A imposição da coerência¹⁷⁸ nas decisões "liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar em si",¹⁷⁹ ou seja, a coerência garante a igualdade entre os jurisdicionados, porquanto todos os casos terão a mesma maneira de apreciação pelo Poder Judiciário,¹⁸⁰ semelhante tratamento e igual resultado.¹⁸¹

Ronald Dworkin divide a integridade em dois princípios: um princípio legislativo, direcionado para os legisladores, para que eles "tenham tornar o conjunto de leis moralmente coerente"¹⁸², e um princípio jurisdicional, "que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido".¹⁸³

Na dimensão legislativa, a integridade é interpretada como o dever dos legisladores de seguirem os princípios emanados do Texto Constitucional quando da criação de leis, ou seja, a integridade vai direcionar e ao mesmo tempo limitar os legisladores para que eles não editem leis que "quebrem" a coerência lógica das regras e de igualdade e certeza do Direito.¹⁸⁴ Isso implica que o legislador não edita

¹⁷⁷ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 474.

¹⁷⁸ Eduardo Scarparo explica que a coerência "significa tanto a ausência de contradição entre as proposições, como a presença de vínculos consistentes entre elas. Um raciocínio será pouco coerente quando não existem relações suficientes para a sua condução ou quando seus elementos forem incompatíveis com o desenvolvimento ou com as conclusões defendidas. A coerência retrata as ligações entre ideias, elementos, fundamentos e crenças para produzir unidade de sentido." A coerência está ligada a tradição judicial que exige a continuidade do Direito, que não pode se romper simplesmente por um desejo pessoal do julgador. Por isso, "Não se deve mudar de ideia por impulso e há bons motivos para acreditar em verdades já reconhecidas anteriormente. O que foi estabelecido tem um peso e romper com esse conhecimento de fundo exige um ônus argumentativo maior." In: SCARPARO, Eduardo. **Retórica forense**: história, argumentação e invenção retórica. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 315-317.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 34.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117-120.

¹⁸¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 71-72.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 225.

leis que rompem a integridade do sistema constitucional de processo. É dever do legislador, inclusive, para manter a integridade, possibilitar ao jurisdicionado mecanismos para correção das divergências, distinções e superação dos padrões decisórios ou de precedentes judiciais.

No plano jurisdicional, a integridade impõe que os juízes “construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito”.¹⁸⁵ A integridade está assegurada pela “força normativa da Constituição”.¹⁸⁶

A coerência e a integridade impedem que o juiz faça uma interpretação da lei com argumentos metajurídicos. A integridade deriva "dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal".¹⁸⁷ A integridade jurídica, para Dworkin, é os juízes decidirem com base em princípios, não em política.¹⁸⁸ Ele faz a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio,¹⁸⁹ sendo os argumentos de política utilizados para justificar uma decisão que "fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo",¹⁹⁰ enquanto o argumento de princípio justifica uma decisão que "respeita ou garante um Direito de um indivíduo ou de um grupo".¹⁹¹ Em síntese, o argumento de política é destinado a estabelecer uma meta, um objetivo, enquanto o argumento de princípio visa a proteger ou estabelecer um Direito.¹⁹²

Gadamer também procura demonstrar essa importância de observar o passado, que "é entendido na sua continuidade com o presente, isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura 'assegurar a sobrevivência do Direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição do pensamento jurídico".¹⁹³

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117-120.

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 1999. p. 14 e 25; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 926 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.215.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272 e 291.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 292.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 141-147.

¹⁹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 430.

Ele tenta evidenciar que a verdade surge da tradição, na medida que a experiência herdada pelo interprete vai subsidiar o ponto inicial para o ato de compreensão.¹⁹⁴

Retomando, a observância das decisões anteriores é fundamental para manter a coerência e a integridade do sistema jurídico, mas os padrões decisórios emanados das Cortes, ou mesmo os precedentes judiciais da tradição do *Common Law*, não estão isentos de serem interpretados, pois são regras de interpretação feita com apoio em casos já julgados e busca-se a sua aplicação para casos futuros, sendo que, para ser utilizado corretamente, depende dos fatos do caso jurídico subsequente.

De maneira mais clara, os padrões decisórios instituídos pelas Cortes, como a lei, só são aplicados ante o caso jurídico concreto, pois, sem a similaridade fática, não se consegue aplicá-lo ou se o faz equivocadamente.¹⁹⁵ O cidadão tem o Direito fundamental de receber uma resposta jurídico-institucional do Poder Judiciário, isto é, coerente com a tradição do Direito judicial, mas também precisa ser íntegra com todo o conjunto probatório e as circunstâncias específicas do caso concreto, pois, mesmo os casos aparentemente similares, são passíveis de conter particularidades que os diferenciam.¹⁹⁶

Uma decisão coerente não é uma decisão burocrática e substancialmente formal.¹⁹⁷ É o fato que atrai a regra jurídica a ser aplicada. Por isso, “um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; por isso a integridade é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada.”¹⁹⁸

Taruffo diz que, embora as singularidades do caso concreto sejam primordiais para assentar a interpretação e aplicar o Direito ao caso específico, como são

¹⁹⁴ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 146.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV. 2014. ISSN 1982-7636. p. 444. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446-447. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - A exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177.

infinitas as circunstâncias que constituem os fatos, não há solução simples e automática para qualquer decisão, por isso, a referência à descrição fática feita no texto normativo ou os fundamentos determinantes de uma decisão anterior fornece apenas um paradigma inicial, que é uma hipótese provisória.¹⁹⁹ Com esteio nessa hipótese, movendo-se no chamado círculo hermenêutico, o juiz vai formulando progressivamente outras hipóteses que sejam mais adequadas às circunstâncias fáticas do caso jurídico em julgamento, e assim estabelece a interpretação e aplicação do Direito para solucionar a controvérsia.²⁰⁰ Ou seja, acrescenta Taruffo, nada é mecânico ou predeterminado.²⁰¹

O círculo (ou espiral) hermenêutico a que se refere Taruffo²⁰² é um dos elementos cardiais da Hermenêutica Filosófica que Gadamer elabora com suporte no pensamento de Martin Heidegger,²⁰³ e fornece uma “descrição e prestação de contas coerente do comportamento dos intérpretes e daquilo que permite a eles interagir com os outros sujeitos da experiência jurídica.”²⁰⁴ Segundo David C. Hoy, o círculo hermenêutico descreve a maneira como no processo de compreensão e interpretação, o individual e o todo são ligados de modo circular, isto é, para compreender o todo, é indispensável compreender o individual, e para compreender o individual, é necessária uma compreensão do todo.²⁰⁵

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 443-447. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰¹ TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰² TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars interpretandi**, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2018. ISSN 1722-8352. p. 29; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

²⁰⁴ ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 8; ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 9;

²⁰⁵ HOY, David C. **Il circolo ermeneutico**: letteratura, storia ed ermeneutica filosofica. Bologna/IT: Il Mulino, 1990. p. 7.

Assim, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.²⁰⁶

Esse movimento circular acontece do todo à parte e da parte volta ao todo, que vai possibilitar ampliar os sentidos por meio de movimentos de idas e vindas, que deve ser repetido por inúmeras vezes, principalmente quando o intérprete analisa a aplicação de apenas um dispositivo normativo ou confronta parte dos fundamentos determinantes de decisões passadas, e não os observa globalmente.²⁰⁷ Por isso, diz Eros Grau que a interpretação é do Direito e não de textos isolados.²⁰⁸

A norma é resultado da interpretação e aplicação ao caso jurídico concreto e, assim, ela jamais estará pronta, é reconstruída em cada nova situação, sempre confrontando o texto (na lei, no caso dos países que adotam a tradição do *Civil Law* ou no precedente judicial da tradição do *Common Law*), com os fatos, pois “um texto só pode ser compreendido se em cada caso for compreendido de uma maneira diferente.”²⁰⁹

Nesse movimento circular, como destacado por Taruffo, com base na Hermenêutica gadameriana, o juiz começa com uma hipótese provisória que somente é possível pela pré-compreensão, que é essa antecipação hipotética de qual poderia ser a solução do caso conforme o Direito.²¹⁰ Essa antecipação depende do conhecimento do juiz, que se apresenta diante do texto com todo o seu patrimônio cultural herdado da tradição jurídica, bem como dos princípios e valores nos quais se reconhece.²¹¹ A compreensão das partes presume uma pré-compreensão do todo. Quem vai ler um livro já tem uma pré-compreensão do que é

²⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 386.

²⁰⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 239.

²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do Direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 84.

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 408.

²¹⁰ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico. *In*: PINO, Giorgio; SHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (coord). **Filosofia del diritto**: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 328-329.

²¹¹ FRANCO, Giuseppe. **Conoscenza e interpretazione**: l'inaspettata convergenza tra l'espitemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer. Soveria Mannelli/IT: Rubbettino, 2012. p. 79.

um livro.²¹² O interprete para compreender algo depende do conhecimento prévio que lhe fornece a pré-compreensão, que inclui “tudo que sabemos consciente ou inconscientemente”.²¹³

Entre o que já se sabe e o que se procura saber ocorre essa circularidade de buscar conhecer a unidade pelo conhecimento do particular,²¹⁴ e por meio do particular compreender o todo, portanto, não há como o intérprete escapar do círculo hermenêutico e adquirir uma compreensão direta, sem passar pelas estruturas prévias da compreensão.²¹⁵

Assim, a pré-compreensão fornece apenas uma hipótese inicial da qual parte o raciocínio jurídico do juiz, que em seguida continua a pesquisar na sua tradição (experiência e conhecimento jurídico) e do texto (Direito judicial), que poderá ou não se confirmar. Se a hipótese inicial não se confirma, o juiz é constrangido pela tradição a reformular sua hipótese decisional junto com o texto normativo. Esse processo circular será refeito até conseguir formular uma interpretação que integre os elementos fáticos na descrição normativa (lei, padrão decisório, precedente) e justifique sua conclusão.²¹⁶

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.²¹⁷

O raciocínio jurídico vai e volta inúmeras vezes, pois ele não tem um curso contínuo ou linear, que do texto normativo e do suporte fático se chega à conclusão,

²¹² SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 76.

²¹³ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 147.

²¹⁴ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem (Ideias). São Leopoldo: Unisinos, 2019. E-book. posição 2858.

²¹⁵ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 146.

²¹⁶ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico. *In*: PINO, Giorgio; SHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (coord.). **Filosofia del diritto**: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 328-329.

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 356.

mas em um curso circular em que o texto e os fatos, conjunta e progressivamente, determinam uma conclusão interpretativa.²¹⁸

E do mesmo modo que um cientista testa a validade de suas hipóteses e teorias com base nos fatos, o intérprete/juiz testa a validade das suas hipóteses interpretativas sobre o texto normativo (lei ou padrão decisório) e seu suporte fático.²¹⁹ É o ir-e-vir,²²⁰ de um lado ao outro da interpretação, que Gustavo Zagrebelsky diz que se conseguirá encontrar o ponto de encontro satisfatório da compreensão.²²¹ Quem quiser compreender um texto projeta um prévio sentido e o movimento circular para frente e para trás, indo e voltando, no todo e nas partes, projeta outro sentido, “alimentado constantemente pela tradição do intérprete e do texto, a partir da experiência de vida”²²² gerada pelo conhecimento e pela prática, substituindo os pré-conceitos por conceitos mais adequados.²²³

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.²²⁴

²¹⁸ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico. *In*: PINO, Giorgio; SHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (coord). **Filosofia del diritto**: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 328-329.

²¹⁹ FRANCO, Giuseppe. **Conoscenza e interpretazione**: l'inaspettata convergenza tra l'epistemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer. Soveria Mannelli/IT: Rubbettino, 2012. p. 79.

²²⁰ Elucida Giuseppe Zaccaria que o movimento circular da compreensão está sempre orientando a interpretação com idas e vindas entre o texto normativo e a hipótese fática, pois a norma surge nessa conexão (fatos e texto normativo) que provoca uma constante verificação e redefinição de sentidos até encontrar a norma para o caso em julgamento. Ele diz que “Norma e caso real vêm, então, a se encontrar entre si em um processo de progressiva determinação recíproca. A preparação e o encontro das premissas de decisão podem advir somente – como já tinha intuído Engisch – de um recorrente ‘ir e vir do olhar’ entre premissas maior e circunstância de fato: as respostas que o texto normativo vem lentamente oferecendo ao intérprete podem conduzir a novas descrições do caso, que parecem sempre mais apropriadas ao significado atribuído ao texto.” *In*: ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 128; ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 128.

²²¹ “[...] in un 'andare e venire' da un lato all'altro dell'interpretazione che costituisce ciò che si è detto il 'circolo ermeneutico': andare e venire fino a quando si sarà riuscite a trovare un punto d'incontro almeno parzialmente soddisfacente.” *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. Caso, regola di diritto, massima. **La giurisprudenza per massime e il valore del precedente**: con particolare riguardo alla responsabilità civile. Padova: Cedam, 1988. p. 103.

²²² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 239.

²²³ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem (Ideias). São Leopoldo: Unisinos, 2019. E-book. posição 2879.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 358.

Portanto, a compreensão sempre vai começar com a concepção prévia do intérprete, que Gadamer chama de preconceitos (ou pré-juízos). Esses preconceitos (ele dá outro sentido ao termo, diverso do significado negativo comumente utilizado), representam essa realidade histórica do ser humano, que a este possibilitará fazer a interpretação, pois somente com um conhecimento prévio,²²⁵ anterior, é possível a compreensão da coisa (ou do texto) a ser interpretada. Esse conhecimento prévio faz parte da tradição (história de vida) do intérprete.

Os preconceitos do intérprete, no caso, do juiz, vão guiar o momento do julgamento do caso jurídico concreto. Os preconceitos legítimos do juiz formado pela experiência e conhecimento adquirido serão o ponto de partida da interpretação. É todo esse arsenal cultural que realiza o trabalho hermenêutico, juntamente com a história jurídica-institucional do Direito judicial (jurisprudência, padrão decisório ou precedente) que vem sendo utilizado como fundamento racional, sem vinculação à autoridade imposta formalmente, mas ao conhecimento estabelecido pela comunidade jurídica no tempo, é o antídoto para expurgar o que Gadamer chama de preconceitos ilegítimos (ou falsos) do julgador.

Gadamer indica a existência de preconceitos legítimos e ilegítimos. Os preconceitos legítimos (ou verdadeiros) são gerados pelo conhecimento consciente e inconsciente que se adquire no curso da existência (tradição), incluindo “o significado de palavras, nossas preferências, os fatos que aceitamos, nossos valores e juízos estéticos, nossos juízos sobre a natureza humana e o divino, e assim por diante.”²²⁶ Os preconceitos ilegítimos (ou falsos) que provocam mal-entendidos e equívocos devem ser combatidos. Como não é possível ficar sem os preconceitos, deve-se recusar e lutar contra os preconceitos que não estão fundados no conhecimento ou simplesmente na autoridade. Esses são os preconceitos falsos ou ilegítimos, que provocam os mal-entendidos.²²⁷

Por isso, o preconceito que ingressa no círculo hermenêutico não é o ilegítimo, ou apenas o preconceito sustentado na autoridade.²²⁸ O que Gadamer propõe é afastar esses preconceitos ilegítimos, que estão sustentados na autoridade

²²⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 232.

²²⁶ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 147.

²²⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 232.

²²⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 233.

e na obediência absoluta, e utilizar os preconceitos formados no conhecimento, “que fazem parte da história e da tradição de cada ser humano.”²²⁹ Esse afastamento não é simples porque não se está em condições de distinguir, antecipadamente, os preconceitos legítimos dos ilegítimos.²³⁰ É a tradição que vai possibilitar fazer essa diferenciação, porque o ato de compreensão de um texto não será subjetivo se ele “partir da comunhão que nos une com a tradição”²³¹ e, assim, Gadamer destaca a importância da temporalidade ou como ele denomina, a “distância temporal e seu significado para a compreensão”.²³²

A lei ou o padrão decisório surge em um determinado momento histórico e essa circunstância forma a sua tradição,²³³ mas a tradição do juiz também é formada em seu momento histórico, por isso, o encontro entre a tradição do juiz (ou do intérprete de forma geral) e do texto normativo, nem sempre formaram a mesma compreensão e, por isso, Gadamer entende que o verdadeiro sentido será dado pela tradição do juiz, porquanto o trabalho hermenêutico não é reprodutivo de um momento que já passou (quando a lei ou o padrão decisório foi criado), porque a interpretação não é uma reprodução de um significado preexistente e “sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também sempre produtivo,”²³⁴ na medida que o sentido de uma lei ou padrão decisório “não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito.”²³⁵

Essa distância temporal permite ao juiz superar a generalidade de uma lei, ou de um padrão decisório, das particularidades de cada caso jurídico concreto em

²²⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 232.

²³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 391.

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 388.

²³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 391.

²³³ “Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica e conseqüentemente por todo curso objetivo da história”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 392.

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 392.

²³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 395.

juízo. Por isso é uma atividade produtiva, porque o que se passou em um juízo não é possível ser simplesmente reproduzido de forma automática em outro. A interpretação deverá ser renovada a cada caso jurídico concreto, “pois a conjuntura fática e o mundo que está em volta dele não serão mais os mesmos que animaram a interpretação anterior.”²³⁶

A questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.²³⁷

Neste ponto, retoma-se a preocupação de Gadamer com o passado, entendido com a sua continuidade com o presente, porque uma decisão judicial²³⁸ deve estar de acordo com o ordenamento jurídico e ao mesmo tempo atenta as especificações do caso jurídico concreto.²³⁹ A interpretação de uma lei ou padrão decisório sem os fatos, o contexto, é conducente a uma decisão equivocada, distanciada da realidade, por baseada em preconceitos ilegítimos.

Pensar a certeza do Direito ou idealizá-la apenas como a possibilidade de prever decisões judiciais sempre vai depender de parâmetros legais e universalizáveis, porque a decisão judicial sempre dependerá da realidade fática do caso em juízo. Para Gadamer, as interpretações de um texto devem ser submetidas a uma instância de controle, exatamente para controlar a utilização dos preconceitos ilegítimos que levam aos subjetivismos interpretativos.²⁴⁰ Se o trabalho interpretativo do juiz é intransferível para extrair a norma do caso em juízo, isso não permite uma interpretação privada ou arbitrária.²⁴¹ Por consequência,

²³⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 238.

²³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 359.

²³⁸ Sobre a complexidade da decisão judicial, consultar: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 101-115.

²³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 430.

²⁴⁰ FRANCO, Giuseppe. **Conoscenza e interpretazione: l'inaspettata convergenza tra l'epistemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer**. Soveria. Mannelli/IT: Rubbettino, 2012. p. 80.

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: complementos e índice**. Traduzido por Enio Paulo Giachini e revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis/ Rio de Janeiro: Vozes, 2017. v. II. p. 132.

somente a distância entre os tempos (do juiz e do texto), cada qual com seu “horizonte”, possibilita a compreensão, desde essa “fusão de horizontes”.²⁴²

Como visto, a interpretação parte dos preconceitos do juiz – que é a base da sua pré-compreensão, essencial para a compreensão – e estes formam o horizonte do presente, que está constantemente se redefinindo diante dos novos conhecimentos adquiridos, e não é limitado pelo horizonte do passado, quando o texto normativo foi criado. Esses dois horizontes, do passado e do presente, entram no círculo hermenêutico que Gadamer denomina de “fusão de horizontes”. É o novo e o velho que se encontram, é traduzir a linguagem do passado na linguagem do presente, quando, então, não se consegue mais distinguir o que é o velho e o que é o novo - por isso a ideia de fusão.²⁴³

Se há a fusão com o presente é porque a cada interpretação do texto normativo não é uma operação que se separe da sua aplicação²⁴⁴, “que não é uma parte acidental e secundária do fenômeno da compreensão, mas o constitui na sua própria essência do início ao fim.”²⁴⁵ A cada nova interpretação, o juiz acrescenta algo ao texto, de acordo com a realidade, com as circunstâncias do caso jurídico concreto, ou seja, o “entendimento nada mais é do que a aplicação de um sentido presente.”²⁴⁶

O círculo hermenêutico e a sociedade estão girando simultaneamente, por isso a aplicação judicial do Direito não fica estacionada, mas também se movimenta.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini e revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis/ Rio de Janeiro: Vozes, 2017. v. II. p. 132.

²⁴³ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marco Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012. p. 73; ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 241-242.

²⁴⁴ Gadamer explica que a interpretação não acontece em fase (*subtilitas intelligendi* – compreensão, *subtilitas explicandi* – interpretação, *subtilitas applicandi* – aplicação), mas em um único momento, porque “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão...considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação,” pois a “aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e interpretação.” *In*: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-407.

²⁴⁵ “L’interpretazione della norma, come ci ha insegnato l’ermeneutica giuridica, non è un’operazione che si possa separare dalla sua applicazione, che non è una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua stessa essenza fin dall’inizio.” *In*: ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Arts interpretandi**. Bologna, Il Mulino, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352. p. 10.

²⁴⁶ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marco Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012. p. 74.

Quando mais proximidade ocorrer da atuação do Judiciário com o movimento social, mais certeza do Direito se terá.

Portanto, a certeza do Direito, em uma perspectiva hermenêutica, e para esta tese, não apenas a manutenção do padrão decisório (e da lei), mas uma constante (re)atribuição de sentido ao texto em cada nova situação fática que é apresentada para o julgador.

Essa competência para uma constante (re)atribuição de sentido ao texto, entretanto, com a possibilidade de superação de padrões decisórios e uma aplicação do Direito de acordo com as singularidades de cada caso concreto, não foi dada apenas às Cortes que estão no vértice da estrutura judiciária, pois alguns desses padrões decisórios, como previsto no art. 927 do Código de Processo Civil, são instituídos pelos tribunais de segunda instância, fazendo surgir o debate sobre as funções que os diversos tribunais devem desenvolver dentro do sistema jurídico brasileiro.²⁴⁷ E os juízes de primeiro grau? Qual a contribuição deles para a certeza do Direito no sentido de não trabalhar com respostas preestabelecidas, mas de compreender o fenômeno da interpretação na sua concreção singular e histórica? É o que se procura responder nos módulos seguintes.

2.4 As funções jurisdicionais das Cortes de Vértice

Definir as funções dos tribunais, principalmente os tribunais que estão no vértice da pirâmide do sistema jurídico, em qualquer ordenamento jurídico, parece ser algo simples, entretanto, como cada país tem o seu modelo²⁴⁸ com

²⁴⁷ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; TRENTO, Simone. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 159-160; NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁴⁸ Cada modelo ou sistema jurídico corresponde, na clássica definição de John Henry Merryman, a um “conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”. Assim, cada país, mesmo que pertença a uma família ou tradição jurídica (*Civil Law* ou *Common Law*) “têm suas normas legais, processuais e institucionais bastante diferentes”. In: MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 21-22.

características específicas, competência e forma de composição, que derivam de suas razões históricas, essa tarefa nem sempre é muito fácil.²⁴⁹

Quando, porém, se pretende definir quais as funções dos tribunais dentro de determinado sistema jurídico, é necessário estabelecer pelo menos as linhas gerais que identificam a maioria dos modelos.

Em regra, são apresentadas três funções primordiais que os tribunais devem desenvolver. A primeira é de reexaminar as decisões proferidas pelos juízos singulares, verificando se a lei foi corretamente aplicada ao caso jurídico concreto, ou seja, se as decisões proferidas foram tomadas dentro da legalidade e com justiça.²⁵⁰ Os tribunais que exercem essa função são denominados de Cortes de Justiça²⁵¹ ou Cortes de Apelo²⁵², cuja competência destina-se a julgar os recursos classificados pela doutrina como ordinários, isto é, que visam a decidir com justiça cada caso jurídico concreto, protegendo o Direito subjetivo dos recorrentes.²⁵³

Na segunda função, o tribunal estaria vocacionado para realizar um controle da legalidade das decisões proferidas pelas Cortes de Justiça, aplicando a sua jurisprudência como referência para controlar a aplicação da lei na decisão recorrida.²⁵⁴

A terceira função exercida pelos tribunais é a de estabelecer endereços jurisprudenciais que previnam futuras violações da legalidade e, com isso,

²⁴⁹ Em razão das particularidades de cada país, a indicação bibliográfica a seguir serve para um estudo aprofundado, porém, sem a pretensão de esgotamento do tema. *In*: TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 417; TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117; OTEÍZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 187, p.181-230, set. 2010.

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28-36.

²⁵¹ Recorre-se a essa denominação (Corte de Justiça) destacada por Daniel Mitidiero para identificar os tribunais de justiça e tribunais regionais federais brasileiros. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-39.

²⁵² Expressão típica das Cortes de segundo grau na tradição do *Civil Law*. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. **Il modello di Civil Law**. Quarta edizione. Torino/IT: Giappichelli. 2016. p. 176-178.

²⁵³ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-39.

²⁵⁴ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 43-64.

determinem uma uniformidade do Direito²⁵⁵, garantindo certeza do Direito (segurança jurídica) e igualdade entre os jurisdicionados²⁵⁶, além de orientar toda a Administração Pública e a sociedade em geral²⁵⁷. Esses tribunais que desempenham as duas últimas funções são conhecidos por Cortes Superiores e Cortes Supremas, respectivamente, e por estarem, em regra, no vértice do sistema jurídico e por isso também são denominados de Cortes de Vértice.²⁵⁸

As Cortes Superiores visam a estabelecer a correta aplicação da lei, que Michele Taruffo denomina de "tutela da legalidade"²⁵⁹ e seria uma função "reativa"²⁶⁰

²⁵⁵ Piero Calamandrei, ao descrever sobre as atribuições da Corte de Cassação italiana, destaca o papel de correção dos vícios de juízo ou de julgamento (*error in iudicando*) e os vícios de procedimento (*error in procedendo*), *verbis*: “[...] na verdade veremos na parte teórica que há duas atribuições da atual Corte de Cassação, ou seja, de um lado, a de manter a observância e a unidade do Direito material, evitando a violação ou falsa aplicação da lei (*errores in iudicando*), de outro lado, o de manter a regularidade das sentenças, cancelando os processos não realizados segundo o rito (*errores in procedendo*) [...] muitas vezes passam a exercer na prática aquela função unificadora da jurisprudência que hoje é efeito preeminente da nossa Corte de Cassação.” (tradução livre). “[...] vedremo infatti nella Parte teorica che due sono le attribuzioni della Corte di Cassazione attuale, cioè, da una parte, quella di mantenere la l’osservanza e l’unità del diritto sostanziale, impedendo la violazione o falsa applicazione di legge (*errores in iudicando*), dall’altra quella di mantenere la regolarità dei giudizi, annullando i processi non svoltisi secondo il rito (*errores in procedendo*) [...] esse venero assai spesso a esercitare in pratica quella funzione unificatrice della giurisprudenza che della nostra Corte di Cassazione è oggi l’effetto preminente.” *In*: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Volume VI – La Cassazione civile (prima parte), Roma/IT: Edizione Roma TRE-PRESS, 2019. p. 227-228; CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I, volumen I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 262-263.

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120; MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 37-38; TRENTO, Simone. **Cortes Supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 159-160.

²⁵⁷ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65 – 84.

²⁵⁸ Optou-se por empregar a expressão *Corte de Vértice* quando se referir ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal Justiça. Essa opção visa a evitar qualquer tipo de confusão com as outras denominações - Corte Superior e Corte Suprema – e as funções jurisdicionais dos respectivos tribunais mencionados, pois poderia, de alguma forma, quando se referir a Corte Superior imaginar que estaria se referindo somente ao Superior Tribunal de Justiça ou Corte Suprema somente ao Supremo Tribunal Federal, porque, como se verá, essas duas cortes desenvolvem tanto as funções de corte superior como de corte suprema. Para uma melhor compreensão sobre o tema, ver: MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIEIRO, Daniel. **Dos modelos de Cortes de Vértice: Cortes Superiores y Cortes Supremas**. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 77-122; KERN, Christoph. **El rol de la Suprema Corte**. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 57-58.

²⁵⁹ Dentre os inúmeros significados do termo legalidade, Taruffo o utiliza, neste contexto para definir as funções das Cortes, no sentido de “correta aplicação do Direito”, conforme ele mesmo justifica. *In*: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 121.

que os tribunais desenvolvem quando já ocorreu uma violação do Direito, e o papel do tribunal é o de restabelecer a legalidade da decisão judicial, impedindo que a decisão recorrida produza seus efeitos,²⁶¹ conforme descreve Daniel Mitidiero, *verbis*:

Entendida a competência da Corte Superior como atribuição do exercício de controle jurídico sobre a decisão recorrida, a consequência está em entender a sua função como reativa. Vale dizer: a Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação ao Direito já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão. A Corte Superior, portanto, é uma Corte que apenas reage a uma violação ao Direito já ocorrida, perpetrada pela decisão judicial objeto de recurso, cuja atuação é pensada tão somente para o passado.²⁶²

As Cortes Supremas desempenham a função que Taruffo chama de "promoção da legalidade", pois o tribunal desempenha uma função "proativa",²⁶³ vale dizer, a sua atuação visa a produzir efeitos no (também) futuro, seja no sentido de "prevenir violações da legalidade, seja no sentido de favorecer a evolução e a transformação do Direito"²⁶⁴. É nessa função de "promoção da legalidade" que os tribunais formulam padrões decisórios ou precedentes judiciais que vão orientar suas decisões para casos similares, bem como os demais órgãos judiciários de hierarquia inferior.

Em outras palavras, algumas Cortes Superiores desempenham a função "reativa" de fazer a correção das decisões proferidas pelos juízos inferiores que violarem o Direito objetivo, fazendo a devida correção, e "quando possível

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

²⁶¹ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120; MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 53; MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de Cortes de Vértice: Cortes Superiores e Cortes Supremas. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 77-122.

²⁶² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 52.

²⁶³ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

²⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

neutralizar ou eliminar os efeitos"²⁶⁵, formando uma jurisprudência uniforme, sem que essa jurisprudência seja considerada como um precedente vinculante²⁶⁶ (mas serve, como se verá, de endereços jurisprudenciais no caso do sistema processual brasileiro).

Nessa função, as Cortes Superiores realizam o controle das decisões caso a caso e “consiste essencialmente em verificar se a lei, substancial e processualmente, foi corretamente aplicada pelos juízes ordinários”.²⁶⁷ É denominada como uma função reativa porque os casos jurídicos concretos já chegam às Cortes Superiores decididos e o recurso visa a controlar uma possível violação da legislação sobre questões de Direito material ou processual. A Corte na tutela da legalidade sanciona as violações mediante a cassação ou revisão do julgado.²⁶⁸

Taruffo explica que os modelos de Corte de Cassação e Corte de Revisão desempenham a mesma função de tutela da legalidade, porém, no modelo de cassação, a corte anula a decisão sem fazer o reexame do mérito, reenviando o caso para o órgão que prolatou a decisão para que outra seja proferida, enquanto no modelo de revisão a Corte profere de imediato outra decisão.²⁶⁹ Em quaisquer desses modelos, a função das Cortes será examinar se a lei foi corretamente aplicada nos casos jurídicos concretos objetos de recurso.²⁷⁰

Taruffo lembra que essa mesma função é desempenhada pelas Cortes de Vértice (como Corte Superior) da tradição do *Common Law*, embora, como ele ressalta, por vários aspectos, são muito diferentes das Cortes da tradição do *Civil Law*. Conta que a *Supreme Court* inglesa, bem como a seção jurisdicional da *House of Lords* e a Suprema Corte dos Estados Unidos, decidem os recursos

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

²⁶⁶ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39-40.

²⁶⁷ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 122.

²⁶⁸ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 122; TARUFFO, Michele. **Le Corti Supreme Europee**: accesso, filtri e selezione. Milano: Giuffrè, 2001. p. 100.

²⁶⁹ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 122-123; TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 44-73.

²⁷⁰ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 122-123.

estabelecendo no caso jurídico concreto se a lei ou o precedente judicial foi aplicado corretamente ou não pela Corte inferior, ou seja, também desempenham uma função reativa de controle da legalidade.²⁷¹

Já as Cortes Supremas desempenham a função de "dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante"²⁷² ou seja, estão vocacionadas a formular padrões decisórios ou precedentes judiciais universalizáveis e destinados a casos futuros, por isso fala-se em uma função proativa.²⁷³

Em geral, as Cortes Supremas no desempenho do seu papel de orientar outros órgãos judiciais possuem mecanismos para selecionar os recursos para julgamento, uma vez que o objetivo é estabelecer padrões decisórios ou precedentes judiciais. Essa limitação é para permitir que a Corte Suprema se ocupe de questões de grande relevância para a sociedade,²⁷⁴ de maneira que consiga apresentar soluções que sirvam de referência para outras Cortes ou juízes de primeiro grau solucionarem casos semelhantes. Como exemplo dessa limitação de acesso às cortes supremas, Taruffo lembra da Suprema Corte estadunidense, com o mecanismo do *writ of certiorari*,²⁷⁵ em que a Corte, de forma discricionária,²⁷⁶

²⁷¹ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 123.

²⁷² MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

²⁷³ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 125.

²⁷⁴ Trabalhar menos para trabalhar melhor. Taruffo ainda destaca que a força persuasiva do precedente judicial emanado das Cortes Supremas é inversamente proporcional ao seu número, sendo que, quanto mais antigo um precedente, maior a sua eficácia. Ver: TARUFFO, Michele. **II vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 173.

²⁷⁵ Vittoria Barsotti conta que o *writ of certiorari* é um mecanismo utilizado não somente para selecionar os processos que a Corte Suprema entende relevantes para julgar, mas, também, como instrumento para impedir um aumento exponencial da carga de trabalho e, ainda, como um expediente político para não decidir ou enfrentar questões que ainda não estão amadurecidas no seio da sociedade ou mesmo no âmbito jurídico e merece uma maior observação por parte da Corte. *Verbis*: "O *writ of certiorari*, o campeão da não-decisão, é relevante principalmente do ponto de vista quantitativo, uma vez que, ao indeferir esse *writ*, a Corte Suprema evita julgar a maioria dos recursos recebidos. É por meio da negação do *certiorari* que a Corte, por um lado, evita de ser submersa pela crescente carga de trabalho e, por outro, afirma seu papel de órgão orientador na evolução do Direito federal. No entanto, o *writ of certiorari* pode ser usado pela Corte não apenas para se livrar de recursos protelatórios ou recursos de pouca relevância geral (embora isso provavelmente aconteça na maioria dos casos), mas também para evitar a decisão em questões particularmente controversas ou cuja solução não é entendida como politicamente oportuna. Por exemplo, um muito lembrado, que se pode recordar, é sobre o tema da segregação racial. Dados os problemas colocados pela aceitação da sentença *Brow v. Board of Education*, nos anos imediatamente seguintes a 1954, a Corte evitou decidir, ao não conceder o *writ of certiorari*, a importantes recursos em que se contestava a legitimidade das leis estaduais que proibiam os casamentos mistos (casamentos entre pessoas de religião diferentes ou crenças diversas). A

“escolhe” os recursos que vai julgar quando entende que “existem razões especiais e importantes para isso”.²⁷⁷ Taruffo ainda cita o caso do recurso ao *Bundesgerichtshof* – BGH – alemão, que exige a demonstração de uma questão de Direito fundamental,²⁷⁸ e a repercussão geral exigida para Supremo Tribunal Federal.²⁷⁹

Importante mencionar é que, no Direito italiano, pela Lei 69, de 18 de junho de 2009, foi introduzido no Código de Processo Civil italiano o art. 360 *bis*, que não é propriamente uma forma de selecionar os recursos para julgamento, mas uma

Corte entendeu conveniente, exercendo suas virtudes passivas, esperar até 1967 para declarar essas leis inconstitucionais. [...] Através do *certiorari*, o Tribunal define a sua própria agenda e consegue, através acompanhado e controlando a jurisprudência inferior, a identificação das áreas de sua intervenção; e quão importante é o estabelecimento da agenda para compreender o funcionamento e as escolhas de instituições complexas é agora bem conhecido não apenas pelos cientistas políticos.” No texto original: “Il *writ of certiorari*, il campione della non decisione, rileva principalmente sotto il profilo quantitativo poiché attraverso il rifiuto di tale *writ* la Corte suprema evita di pronunciarsi sulla maggior parte dei ricorsi presentati. È attraverso il diniego di *certiorari* che la Corte ha da un lato evitato di essere sommersa dal sempre crescente carico di lavoro e dall'altro affermato il suo ruolo di organo guida dell'evoluzione del diritto federale. Tuttavia, il *writ of certiorari* può essere utilizzato dalla Corte non solo per liberarsi dei ricorsi dilatori o di scarso rilievo generale (anche se ciò probabilmente avviene nella gran parte delle ipotesi), ma anche per evitare la decisione di *issues* particolarmente controverse o la cui soluzione assai noto, che si può ricordare, è in tema di segregazione razziale. Visti problemi posti dall'accoglimento della sentenza *Brow v. Board of Education*, negli anni immediatamente successivi al 1954, la Corte suprema evitò di decidere, non concedendo il *writ of certiorari*, importanti ricorsi in cui era contestata la legittimità di leggi statali che vietavano matrimoni misti. La corte ritenne opportuno, esercitando le virtù passive, attendere fino al 1967, per dichiarare incostituzionali tali leggi. [...] Attraverso il *certiorari* la Corte definisce la propria agenda e riesce, sorvegliando e controllando la giurisprudenza inferiore, a individuare le aree del proprio intervento; e quanto sia importante l'agenda setting per comprendere il funzionamento e le scelte delle istituzioni complesse è cosa ormai ben nota non solo agli scienziati politici.” In: BARSOTTI, Vittoria. **L'arte di Tacere**: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino/IT: Giappichelli, 1999. p. 17-20.

²⁷⁶ Essa discricionarietà da Corte Suprema dos Estados Unidos foi criticada pelo juiz Marschall, então presidente da referida Corte, como lembra Vittoria Barsotti, embora cause uma certa perplexidade em quem estuda o Direito estadunidense, ao transcrever a seguinte frase, *verbis*: “Não temos mais direito de recusar o exercício da jurisdição que é dada, do que usurpar aquela que não é dada. Um ou outro seria uma traição à Constituição.” No texto original: “We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the Constitution.” In: BARSOTTI, Vittoria. **L'arte di Tacere**: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino/IT: Giappichelli, 1999. p. 219-220.

²⁷⁷ Regra constante do *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court*, conforme descreve Taruffo: “[...] there are special and important reasons therefor”. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 126.

²⁷⁸ Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas lembram que já era uma tradição do Direito alemão a existência de uma hipótese de cabimento da revisão perante a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) quando a questão jurídica trouxesse uma questão de “significação fundamental.” In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 495-496.

²⁷⁹ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 125.

espécie de filtro dos recursos, que tem a finalidade de limitar²⁸⁰ o acesso à Corte de Vértice italiana, dos recursos que discutam questões de Direito que estejam em consonância com a jurisprudência da Corte de Cassação e o exame dos motivos não ofereceu elementos para confirmar ou mudar aquela orientação, ou quando for manifestamente infundada a censura relativa à violação aos princípios reguladores do devido processo legal.²⁸¹ Este dispositivo é muito semelhante ao art. 1.030 do Código de Processo Civil brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016 (volta-se a este tema nos capítulos seguintes).

Outros países como a Espanha,²⁸² Áustria,²⁸³ Argentina,²⁸⁴ Chile,²⁸⁵ Inglaterra,²⁸⁶ Canadá,²⁸⁷ Austrália²⁸⁸ e Japão²⁸⁹ também criaram alguma espécie de

²⁸⁰ Segundo Giovanni Bonato, essa limitação decorre da “necessidade de reduzir o número excessivo de recursos, buscando uma diminuição da carga de trabalho, insustentável para esse órgão da cúpula do Poder Judiciário italiano e, ao mesmo tempo, uma diminuição da duração do processo, a fim de outorgar as partes uma tutela jurisdicional tempestiva”. In: BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 249-274, nov. 2015. p. 249-250. Ver ainda: CAPRI, Federico. L’accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri. Disponível em: <https://www.iusexplorer.it/riviste/PrintExportSend>. Acesso em: 27 mai. 2020.

²⁸¹ Redação original do referido artigo é a seguinte: “360 bis. Inammissibilità del ricorso. - Il ricorso è inammissibile:

1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa;

2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.” In: BARTOLINI, Francesco. **Codice di Procedura Civile**: e leggi complementari. 35. ed. Piacenza/IT: La Tribuna, 2017.

²⁸² TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 102; SANTOS, Andrés de la Oliva. Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo spagnolo. In: BESSO, Chiara; CHIARLONI, Sergio. **Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto**. Napoli/IT: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 84-85; RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012. p. 95-96.

²⁸³ RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012. p. 95-96.

²⁸⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 501-508.

²⁸⁵ RAGONE, Álvaro Pérez. El complejo de sísifo y la corte suprema chilena. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 35-36 e 41-42.

²⁸⁶ SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione. **Le corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 105 – 116, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 115-116; ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 510-511.

²⁸⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 512.

²⁸⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 513.

filtro de acesso às suas respectivas Cortes de Vértice, confirmando uma tendência mundial de se estabelecer alguma espécie de mecanismo para limitar a sobrecarga de trabalho e ao mesmo tempo possibilitar que essas Cortes se dediquem à formação sólida de padrões decisórios ou precedentes judiciais.

Taruffo diz que, embora não seja possível estabelecer funções homogêneas para as diversas configurações de Cortes Supremas,²⁹⁰ em razão da já mencionada diferença de competência, estrutura, composição e formas de funcionamento,²⁹¹ é possível distinguir uma tendência comum entre elas nos mais diversos países, que se desloca da função reativa e tradicional de controle da legalidade das decisões judiciais nos casos jurídicos concretos, para a função proativa de promoção da legalidade, de modo a promover o desenvolvimento do Direito, indicando endereços jurisprudenciais para decisões futuras da própria Corte, como para os órgãos judiciais inferiores.²⁹²

Portanto, embora o tema sobre as funções das Cortes de Vértice seja discutido há tempos e por diversas perspectivas,²⁹³ a discussão sempre gira em torno da garantia do Direito individual dos litigantes ou da tutela do Direito objetivo,

²⁸⁹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 514.

²⁹⁰ Christoph A. Kern diz que o tema sobre as funções das cortes supremas é recorrente e há muito legisladores e juristas discutem o assunto. Conta a dificuldade de descrever ou estabelecer um modelo único, pois em diversos países existem sistemas paralelos de cortes com jurisdição especial, ao lado de cortes ordinárias, constitucionais ou de Direitos humanos, além de desempenharem uma variedade de funções, além da função jurisdicional, mas cada país tem a sua Corte de última instância. *In*: KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 53-56.

²⁹¹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117.

²⁹² TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 248-249; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 136-137.

²⁹³ TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 248-249; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013; TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000; OTEÍZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 181-230, set. 2010; BESSO, Chiara; CHIARLONI, Sergio. **Problemi e prospettive delle corti supreme**: esperienze a confronto. Napoli/IT: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

sendo que as Cortes Superiores estariam vocacionadas a corrigir os equívocos dos juízes e das Cortes de Justiça, enquanto as Cortes Supremas desenvolvem o papel de definir a unidade do Direito positivo e fornecer orientação jurisprudencial aos órgãos judiciários inferiores mediante a formação de padrões decisórios ou precedentes judiciais.²⁹⁴

Esse é o debate estabelecido e que ainda dá azo a discussões entre juristas e legisladores,²⁹⁵ e, em certo sentido, causa tensão ou até uma eventual contradição entre as funções das Cortes, pois, por um lado, existe a necessidade de proteger o Direito subjetivo das partes e, conseqüentemente, a Justiça no caso jurídico concreto, e, de outra parte, a função de proteger a unidade do Direito objetivo e garantir igualdade formal, além de estabelecer endereços jurisprudenciais para casos futuros.²⁹⁶

No Direito processual brasileiro, a discussão reacende com o Código de Processo Civil de 2015, que reforça a necessidade de respeito a tradição e continuidade do Direito judicial, sobretudo das Cortes de Vértice, com o objetivo de possibilitar maior previsibilidade das decisões judiciais, igualdade de tratamento e, conseqüentemente, garantir a certeza do Direito.

Nos próximos segmentos, cuida-se, mais especificamente, dessas funções das Cortes e, ao final, se debate acerca de qual o papel das Cortes de Vértice brasileiras (STJ e STF) à luz da Constituição da República de 1988 e do Código de Processo Civil.

2.5 O *ius constitutionis* e o *ius litigatoris*: a função pública e privada das Cortes

Do que já se expressou até o momento, a Corte de Vértice, quando desempenha suas funções de Corte Suprema, estaria vinculada a uma finalidade ou interesse público, pois, quando as decisões desses tribunais têm o poder de

²⁹⁴ KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 58.

²⁹⁵ KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 53-54.

²⁹⁶ SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. Milano: Giuffrè, p. 105 – 116, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 105-106.

influenciar decisões de outros tribunais, por estarem em última instância, desenvolvem uma função de interpretação do Direito, que é do interesse geral, e não apenas das partes envolvidas naquele caso jurídico concreto em julgamento.²⁹⁷

No desempenho de suas finalidades públicas, a Corte de Vértice visa a velar pela uniformidade do Direito mediante uma adequada interpretação que sirva de orientação para resolução de casos futuros. Nessas circunstâncias, como visto, a Corte atua de forma proativa, pois suas decisões servirão de guia de comportamento para toda a sociedade civil, o Poder Judiciário e a Administração Pública em geral, possibilitando igualdade na interpretação do Direito para casos semelhantes, trazendo certo grau de previsibilidade do entendimento judicial (certeza do Direito) sobre questões específicas.²⁹⁸

Divisou-se, também, o fato de que, quando a Corte de Vértice exerce a sua função reativa, ela desempenha o papel de Corte Superior, visando a garantir a justiça da decisão e corrigir os eventuais erros das instâncias inferiores. Assim, a Corte atua com a finalidade privada. Nessa função privada (ou particular), a decisão não ultrapassa o interesse das partes envolvidas no caso.

Chritoph Kern traz uma definição objetiva sobre as finalidades pública e privada das Cortes e também faz a divisão dessas em Corte Superior e Corte Suprema:

Normalmente, os 'interesses privados' neste contexto são identificados com interesses que têm as partes no litígio para obter uma decisão correta para o seu caso individual (justiça individual). A partir desta perspectiva, a Corte Suprema é vista como o tribunal com juízes mais qualificados para descobrir e corrigir erros dos tribunais inferiores. Este papel do interesse privado da Corte Suprema anda de mãos dadas com o modelo de 'Tribunal Superior', e se distingue 'Tribunais Superiores', cuja função é corrigir erros e 'Cortes Supremas' cujo papel consiste em fornecer orientação. De acordo com esta lógica, o 'interesse público' pode ser definido, por sua vez, como qualquer interesse geral na decisão em um caso individual, ou seja, um interesse pode ter outra pessoa distinta das partes no litígio. Em geral, o interesse geral aludido neste contexto é o interesse em uma aplicação uniforme da lei e, na maioria dos sistemas jurídicos modernos, o interesse no desenvolvimento do

²⁹⁷ TRENTO, Simone. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 159-167; OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 181-230, set. 2010.

²⁹⁸ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 79-80.

Direito. Por esta perspectiva, a Corte Suprema é vista como o tribunal cujos juízes têm a melhor visão geral da aplicação da lei feita pelos tribunais inferiores e, portanto, qualquer desvio pode ser corrigido. E se o sistema legal permitir que eles o façam, desenvolve o Direito em áreas onde, devido à falta de precedentes ou regras legais claras, ainda não há segurança jurídica (orientação). Uma 'Corte Suprema' *stricto sensu* pode se considerar neste contexto uma distinção entre os "Tribunais Superiores" e os "Tribunais Supremos". A clareza e aplicação uniforme da lei, por sua vez, melhora a previsibilidade e, portanto, a confiabilidade e incentiva a confiança do público no sistema judiciário e nas instituições públicas em geral. (tradução livre).²⁹⁹

Em resumo, a finalidade privada das Cortes é corrigir os eventuais erros das instâncias inferiores, privilegiando o interesse particular das partes. Por sua vez, a finalidade pública objetiva dar uniformidade e coerência ao sistema jurídico e, portanto, privilegia o interesse geral.³⁰⁰

Sob o ponto de vista das partes envolvidas no conflito, quando a Corte de Vértice desempenha as funções de Corte Suprema, ela é alternativa para a busca da correção de eventuais erros de interpretação realizados pelas instâncias inferiores. Por esse ângulo, as Cortes Supremas têm também uma finalidade

²⁹⁹ No original: "Típicamente, los <<interés privado>> em este contexto se identifican con los intereses que tienen las partes em litigio para obtener una correcta decisión de su caso individual (justicia individual). Desde esta perspectiva, la Corte Suprema se ve como el tribunal con los jueces más cualificados para descubrir y corregir los errores de los tribunales inferiores. Este papel del <<interés privado>> de la Corte Suprema va de la mano con el modelo <<Tribunal Superior>> si se distingue <<Tribunales Superiores>>, cuya función es corregir errores y <<Cortes Supremas>>, cuyo papel consiste em proporcionar orientación. De acuerdo con esta lógica, el <<interés público>> puede ser definido, a su vez, como cualquier interés general em la decisión de un caso individual, es decir, un interés que puede tener otra persona, distinta al de las partes em litigio. Por lo general, el interés general que se alude em este contexto es el interés em una aplicación uniforme de la ley y, em la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, el interés em el desarrollo del derecho. A través de esta óptica, la Corte Suprema se ve como el tribunal cuyos jueces tienen la mejor visión general sobre la aplicación de la ley por los tribunales inferiores y por lo tanto se puede corregir cualquier desviación. Y si el sistema legal les permite hacerlo, desarrollar el derecho em las zonas donde debido a la falta de precedentes o reglas jurídicas claras no existe aún seguridad jurídica (orientación). Una <<Corte Suprema>> sensu stricto puede considerarse em el enfoque que distingue entre <<Tribunales Superiores>> y <<Cortes Supremas>>. La claridad y la aplicación uniforme de la ley a su vez, mejora la previsibilidad y por lo tanto la fiabilidad y fomenta la confianza pública em el sistema judicial y las instituciones públicas em general". In: KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 57-58.

³⁰⁰ OTEÍZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p.181-230, set. 2010.

privada. Daí, do ponto de vista teórico, os tribunais têm funções de natureza pública e privada.³⁰¹

As funções públicas e privadas das Cortes estão relacionadas com as locuções latinas *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, que a doutrina italiana sempre utiliza quando se refere às funções da Corte de Cassação³⁰² (Corte de Vértice do sistema jurídico italiano).

Esse binômio, *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, comporta variados significados e parece que não há consenso na doutrina italiana, sendo que ao longo do tempo eles modificaram seus significados ou ganharam significados diferentes. Alguns autores até dizem que na realidade elas não têm um significado preciso, e que, vez por outra, são utilizadas de maneiras diversas e até mesmo existe uma deformação dos seus significados iniciais.³⁰³

O *ius constitutionis* e o *ius litigatoris* nasceram no Direito romano³⁰⁴ e era utilizado para distinguir as questões de fato (*quaestio facti*) das questões de Direito (*quaestio iuris*), e, desde então, se assinalava se a sentença continha um erro de Direito (*l'error iuris*) ou um erro de fato (*l'error facti*).

De maneira sintética, o erro de fato era a sentença com erro sobre a construção dos fatos e o erro de Direito era o equívoco sobre a existência ou conteúdo da regra jurídica ou da lei. O erro de Direito era a sentença contra o *ius constitutionis* e era nula, ou seja, era inexistente e a qualquer momento poderia ser questionada sua validade porque o juiz declarava a existência de uma regra jurídica que não existia ou negava a existência de uma lei que existia.

³⁰¹ TRENTO, Simone. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 159-160-167; KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 56-58.

³⁰² “Já faz algum tempo que é impossível falar da Corte de Cassação sem se referir ao *ius constitutionis* e ao *ius litigatoris*.” (tradução livre). No texto original: “Da un po' di tempo non si riesce più a parlare della cassazione senza far riferimento allo *ius constitutionis* e allo *ius litigatoris*.” In: SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis* e *ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 355-367. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020; TARUFFO, Michele. Le Corti Europee: accesso, filtri e selezione. **Le corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 95-96.

³⁰³ SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis* e *ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 355-367. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

³⁰⁴ SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis* e *ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 355-356. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020; DE RITIS, Francesco. Riflessioni sparse su *ius litigatoris* e *ius constitutionis*. **Il giusto Processo Civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. p. 259. ISSN: 1828311X.

Por sua vez, no erro de fato, a sentença era contra o *ius litigatoris*, sendo considerada válida e eficaz e eventual recurso anularia a sentença e corrigiria o erro cometido pelo juiz que se equivocava na análise fática posta em julgamento e subsunção da lei a esses fatos.³⁰⁵

O significado concedido a essas duas locuções, porém, como já dito, foi se modificando ao longo do tempo e hoje tem outras conotações e está diretamente relacionado com as funções jurídicas desenvolvidas pelas Cortes de Vértice. De qualquer maneira, o significado dessas locuções ajuda a se compreender as funções que os diversos tribunais desenvolvem dentro de um sistema jurídico.

Atualmente, embora com alguns entendimentos diversos,³⁰⁶ a doutrina italiana faz assim a definição dessas locuções: i) o *ius constitutionis* são as decisões emanadas pelas Cortes que faz uma interpretação de uma regra jurídica feita em um caso jurídico concreto, mas que será aplicada em outros casos futuros pela própria Corte e por tribunais e juízes inferiores, isto é, as decisões das Cortes são feitas com critérios “gerais de interpretação”³⁰⁷ que possam ser universalizados a outros casos futuros;³⁰⁸ ii) o *ius litigatoris* são as questões resolvidas pelas Cortes que interessam somente ao recorrente e não permitem que a Corte estenda essa interpretação para casos futuros, porque decide alguma especificidade do caso jurídico concreto que não é aplicável a casos futuros.³⁰⁹ De modo simples, é a justiça do caso concreto

³⁰⁵ SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis e ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 357. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

³⁰⁶ Giuliano Scarselli, em resgate histórico, entende que seria contra *ius constitutionis* qualquer julgamento do juiz de mérito proferido em violação da lei, negando a existência da regra que existe e afirmando a existência de uma regra que não existe. Por outro lado, o julgamento contra o *ius litigatoris* ocorre apenas quando o juiz do processo reconstruiu o fato incorretamente ou cometeu erros na subsunção da regra ao fato. In: SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis e ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 360-365. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 91.

³⁰⁸ CAMPODONICO, Francesco. La génesis de la ambigüedad: apuntes para una investigación histórica sobre la conmixti3n entre *jus constitutionis* y *jus litigatoris*. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 112.

³⁰⁹ SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis e ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 359. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020; DE RITIS, Francesco. Riflessioni sparse su *jus litigatoris* e *jus constitutionis*. **Il giusto Processo Civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. p. 271. ISSN: 1828311X.

específico, a interpretação da lei que melhor se harmoniza às peculiaridades do caso em julgamento.³¹⁰

Se a Corte tem como função a tutela dos interesses coletivos e a formação de padrões decisórios que ela própria e outros juízes possam aplicá-la a outros casos semelhantes e no futuro, isto é, se a sua função é garantir a certeza do Direito e a igualdade por via da uniformização e estabilização da jurisprudência e formação de padrões decisórios e precedentes judiciais, a Corte tutela o *ius constitutionis*.³¹¹ O *ius constitutionis* é caracterizado pelo interesse público de exata observância do texto normativo e uniformidade da interpretação.

Se, por outro lado, a Corte tem como função a tutela de interesses individuais, de resolver o caso jurídico concreto com uma aplicação justa do texto normativo, a sua função está ligada ao *ius litigatoris*. Nessa hipótese, é pouco provável que a Corte empregue a mesma interpretação para outros casos futuros e, conseqüentemente, diminua a possibilidade de garantir a certeza do Direito e a igualdade de tratamento por meio da uniformização da jurisprudência ou a instituição de padrões decisórios.³¹² Nesta hipótese, a Corte é um órgão de garantia dos direitos individuais.³¹³

Uma interpretação feita pelas Cortes de Vértice está direcionada a uma solução mais correta de acordo com as peculiaridades do caso, ou dirigida a estabelecer de modo geral qual é o significado mais correto do texto normativo. Essas interpretações devem convergir, pois pode ocorrer que a decisão do caso jurídico concreto diante de suas peculiaridades não seja adotada como um padrão decisório a ser aplicado de maneira geral, isto é, aplicado a outros casos. Essa questão interpretativa, assim, oscila entre aquelas que se colocam na questão particular, a tutela do *ius litigatoris*, ou seja, uma solução que melhor se adapta às singularidades do caso em julgamento, ou a proteção do *ius constitutionis*, vale dizer, a escolha da solução mais correta com base em critérios gerais de

³¹⁰ CAMPODONICO, Francesco. La génesis de la ambigüedad: apuntes para una investigación histórica sobre la conmixti3n entre jus constitutionis y jus litigatoris. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 112.

³¹¹ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 92-93.

³¹² TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 92-93.

³¹³ CAMPODONICO, Francesco. La génesis de la ambigüedad: apuntes para una investigación histórica sobre la conmixti3n entre jus constitutionis y jus litigatoris. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 113.

interpretação, estabelecendo padrões decisórios para aplicação em outros casos semelhantes.³¹⁴

Em síntese, a Corte, ao decidir o caso concreto específico, também realiza a uniformização da interpretação do Direito, emitindo uma sinalização para aplicação da regra jurídica em casos similares no futuro. Na prática, a Corte de Vértice, ao julgar o caso específico, desempenha a função de *ius litigatoris*, porém, mesmo que esse julgamento não seja de interesse público, indiretamente, desempenha a função *ius constitutionis*.³¹⁵ Consequentemente, a Corte de Vértice não olha somente para o passado, com a finalidade de corrigir a aplicação da lei, mas, principalmente, olha para o futuro, com a finalidade de emitir uma interpretação da lei que oriente o julgamento de casos posteriores semelhantes.³¹⁶

Esta suposta dicotomia entre a finalidade pública e privada existe apenas para estabelecer critérios para definir as funções das Cortes, pois a questão pública sempre é realizada com amparo no julgamento de um caso jurídico concreto em que também existe um interesse privado.

Eduardo Oteíza diz que, embora as partes atuem em defesa de seus interesses privados e não para assegurar coerência e integridade ao sistema jurídico, cabe aos litigantes provocar as Cortes para definirem qual a interpretação sobre determinado texto normativo, quando diversas são as interpretações, e assim garantir certeza do Direito e igualdade de tratamento. “Interesse privado e público se complementam na construção do ordenamento jurídico”.³¹⁷

José Miguel Garcia Medina sustenta a ideia de ser vedado afirmar, de modo absoluto, que as Cortes exercem função pública ou privada (exercício do *ius constitutionis* ou *ius litigatoris*) como se devesse optar por uma delas afastando a outra. Argumenta que uma função não exclui a outra, antes, se complementam, sendo que, dependendo da atuação dos tribunais, uma ou outra vai ser mais realçada.³¹⁸

³¹⁴ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 91.

³¹⁵ RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012, p. 82-83.

³¹⁶ RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012, p. 83.

³¹⁷ OTEÍZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 187, p. 181-230, set. 2010. p. 187.

³¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos

Medina ainda aponta outros interesses que mesclam o exercício do *ius constitutionis* e do *ius litigatoris* das Cortes, *in verbis*:

a) o interesse das partes de obter decisão acorde com a proferida em casos idênticos (Direito ao tratamento isonômico perante o Direito, 'equality in the application of the law') relaciona-se tanto a interesse subjetivo quanto supra individual; b) o ideal de se proferir decisões que sirvam de orientação para se decidir casos futuros não diz respeito apenas ao interesse público, já que as partes – sobretudo aquelas que se colocam em grande quantidade de relações jurídicas (p.ex.: o Estado em questões tributárias; grandes empresas em contratos de massa etc.) – também podem ter interesse em atuar de modo a se fomentar o surgimento de orientação em dado sentido; c) a criação de restrições ao acesso aos tribunais de cúpula, embora possa ser vista como manifestação de interesse público, pode servir, também, ao interesse privado daqueles que não têm interesse em que a outra parte recorra ao tribunal superior; d) o interesse em que se decida corretamente, no caso concreto, não diz respeito apenas às partes, mas também ao Estado, como antes se viu.³¹⁹ (destaques no original)

Taruffo também compartilha desse entendimento de Medina, ou seja, uma função não afasta a outra, e as Cortes as desenvolvem, além de uma ou outra, também as duas em conjunto, sendo que uma delas é suscetível de prevalecer.³²⁰

Nos casos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não se há de esquecer que o art. 1.034 do Código de Processo Civil determina que, uma vez “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o Direito.” Assim, quando a Corte julga o caso jurídico concreto aplicando o Direito, ele resolve o conflito tutelando os interesses privados das partes.

Nas Cortes de Justiça (Cortes de Apelo ou de segundo grau), a função típica é tutelar o *ius litigatoris*, com aplicação do Direito, protegendo os interesses das partes, porém, ela desenvolve também o *ius constitutionis* quando estabelece padrões decisórios para orientar os juízes inferiores, como acontece no Brasil com os tribunais de justiça (TJ) e tribunais regionais federais (TRF) que editam súmulas

recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32-33.

³¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32-33.

³²⁰ TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 95-96.

de sua jurisprudência dominante e estabelecem teses em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou em Incidente de Assunção de Competência (IAC). (Retorna-se a este ponto nos capítulos seguintes).

Já nas Cortes de Vértice, a função prevalente é o *ius constitutionis* (função pública), destinado a adequar a interpretação do texto normativo não somente para resolver o caso jurídico concreto, mas também para formar padrões decisórios ou precedentes que serão utilizados como guias ou endereços jurisprudências para solução de caso sucessivos ou futuros.³²¹ Essa função pública fica muito nítida em decorrência do fato de que o acesso a essas Cortes comporta algumas restrições, como a exigência de requisitos próprios e outros critérios de seleção para que as Cortes de Vértice se ocupem somente de demandas particularmente importantes.³²²

Tal sucede com o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que exigem requisitos constitucionais específicos (art. 102, III e art. 105, III, CR/88) para conhecimento do recurso e, na hipótese do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, ainda há necessidade de demonstração da repercussão geral (art. 102, § 3º, CR/88). Também desenvolvem, contudo, a função privada (*ius litigatoris*) quando resolvem uma controvérsia (só pensar na competência originária ou em recurso ordinário – art. 102, I e II, CR/88) sem a pretensão de produzir padrões decisórios ou precedentes para aplicação em outros casos.³²³ E, nessas hipóteses, não se imagina que suas funções são menos importantes.

O problema é que, quando a Corte desempenha o *ius constitutionis*, ela se preocupa mais com a uniformidade da interpretação do que com a aplicação correta da lei ao caso jurídico concreto, o que é conducente à formação de padrões decisórios ou precedentes judiciais que, para serem universalizados, são muito genéricos e abstratos e há uma “mecanização” de julgamentos, pois não levam em conta as especificidades do caso concreto específico.³²⁴

³²¹ TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 95-96.

³²² TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 100-102.

³²³ TARUFFO, Michele. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. **Le Corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000. p. 103-104.

³²⁴ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 92-93; CAMPODONICO, Francesco. La génesis de la ambigüedad: apuntes para una investigación histórica sobre la conmixión entre jus constitutionis y jus litigatoris. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 113.

Essa tensão entre o propósito (predominantemente) público e os interesses privados das partes permeia todo o trabalho desenvolvido pelas Cortes de Vértice, pois somente com provocação das partes e da resolução de caso jurídico concreto as Cortes desempenham suas funções.

2.6 O universalismo e o particularismo nas Cortes de Vértice e nas Cortes de Justiça

A possibilidade de as Cortes de Vértice estabelecerem regras com características de generalidade e abstração para aplicação a casos jurídicos futuros (e garantir a certeza do Direito), denomina-se, na Teoria Geral do Direito, universalismo jurídico.³²⁵ Contrapondo essa versão, apresentam-se os defensores do particularismo jurídico,³²⁶ que postulam a ideia de que a decisão judicial não possui aplicação automatizada de regras gerais, mas sempre de acordo com as peculiaridades e complexidades do caso jurídico concreto,³²⁷ pois são as circunstâncias específicas encontradas no caso em análise que devem pautar a decisão judicial ³²⁸ (e a certeza do Direito estaria na justiça observada nos casos individuais).

No particularismo³²⁹, a regra jurídica ou a norma definida no julgamento de um caso jurídico concreto não é uma regra absoluta aplicável a outros casos, ou até

³²⁵ TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 428-429; GROSSI, Paulo. *Introduzione al novecento giuridico*. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 65-74.

³²⁶ Taruffo destaca que o particularismo tem várias versões, inclusive algumas mais radicais que sustentam que o juiz deve no julgamento do caso se ater somente às circunstâncias dos fatos sem qualquer referência as regras jurídicas. *In*: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 230.

³²⁷ TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 44-45; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 438-439. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³²⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 103.

³²⁹ Taruffo diz que o particularismo se apresenta em diversas versões, porém, para fins deste trabalho, somente se fará a sua definição de modo geral. TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 44-48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 443-447. 2014.

mesmo é contrária em outro caso que inicialmente indique alguma similitude com o caso anterior. Para essa corrente doutrinária, as peculiaridades do caso particular são aquelas que permitem aos julgadores resolver os conflitos com uma norma jurídica específica e única, o que garantiria uma decisão adequada ou mais justa. Nesse sentido, a norma somente surge da análise do caso, ou seja, *ex post*, pois são os fatos em análise que vão determinar a norma³³⁰, e essa norma muda de acordo com o caso específico em julgamento, sendo necessário conhecer todas as particularidades de cada caso para saber qual a norma que resultará dele.³³¹

Quem defende a teoria do particularismo entende que um evento ou conjunto de eventos no mundo não é um igual a outro, pelo menos em relação a lugar, pessoas e tempo (além de outras circunstâncias),³³² por isso que dificilmente uma decisão anterior é aplicável a casos futuros, sendo que os fundamentos determinantes (razões de decidir) que justificam uma decisão constituem razões exclusivas do caso particular.³³³ As razões utilizadas nos casos específicos resultam de tal modo tão particulares como os próprios fatos objeto de análise para a solução da controvérsia.³³⁴

ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

- ³³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-411. Ver ainda, dentre outros: MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192 - 221; TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano/IT: Giuffrè, 1980. p. 31-32; DALFINO, Domenico. **Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale. Il giusto processo civile**, 2017, fasc. 4 pag. 1023-1065. Bari, 2017. Edizioni Scientifiche Italiane. ISSN 1828-311X. p. 1038; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 76; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344-354; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge diritti giustizia. Einaudi Contemporanea: Torino/IT. 1992. p. 202; ZACCARIA, Giuseppe. **Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. Ars interpretandi**, Bologna, Il Mulino, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019 ISSN 1722-8352. p. 10.
- ³³¹ LUQUE, Pau. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo. **Ragion pratica**. Rivista semestrale, 1/2015. p. 175. Doi: 10.1415/79630.
- ³³² Recordar-se, mais uma vez, o Princípio da Identidade dos Indiscerníveis na Filosofia de Leibniz, que sustenta não haver no universo duas coisas perfeitamente iguais. Se são iguais, são as mesmas coisas. *In*: MARINHO, Arthur Leandro da Silva. **Sobre o princípio da identidade dos indiscerníveis na filosofia de Leibniz**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17083/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Arthur%20Leandro%20da%20Silva%20Marinho.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.
- ³³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 106-110.
- ³³⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 129.

Taruffo³³⁵ ensina que sobre os fatos particulares deve se fundar a interpretação da lei que há de ser aplicada ao caso jurídico concreto, pois é a referência aos fatos que deve guiar a interpretação e aplicação da lei. O juiz faz a análise dos fatos do caso antecedente e do sucessivo e decide se aplica ou não os mesmos fundamentos determinantes, porque são os fatos que determinam a interpretação da regra jurídica que deve ser aplicada; os fatos e suas peculiaridades, em suma, que irão guiar o juiz na aplicação da regra jurídica.

É nessa perspectiva do particularismo que se associa a Hermenêutica gadameriana, na medida em que é impossível reproduzir sentidos, porque o processo hermenêutico é sempre produtivo.³³⁶ Não há como repetir o sentido de uma interpretação feita no passado sem as circunstâncias do caso jurídico concreto do presente, visto que este não é um processo lógico de submissão do particular ao geral.³³⁷

Para Gadamer, a interpretação é uma tarefa feita em cada caso jurídico concreto e o juiz, que tem a lei (ou o padrão decisório) como referência, deve ter em mente que o “seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado”, porque o Direito nasce da concordância do conteúdo do texto normativo com a atualidade da vida presente, onde “as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei.”³³⁸

Arthur Kaufmann, referindo-se ao círculo hermenêutico da forma (re)analisada pela Hermenêutica gadameriana, também destaca a importância das particularidades do caso jurídico concreto e a sua realidade histórica para a concretude da norma:

O fato concreto é, em sua relevância jurídica, compreensível apenas no que se refere à norma ou normas jurídicas tomadas em

³³⁵ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. I **colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 46; TARUFFO, Michele. Le Funzioni dele Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 438-439. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305.

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305.

³³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 429.

consideração, o sentido da norma jurídica, porém, só se revela graças à inteligência do fato concreto da vida.”³³⁹

Taruffo também se utiliza das categorias da Filosofia Hermenêutica gadameriana, em particular o círculo hermenêutico, para demonstrar que no particularismo jurídico, devido a sua maior conexão com a realidade fática, o processo interpretativo que começa com uma hipótese prévia (pré-compreensão),³⁴⁰ extraída do material fático apresentado com a sua adequação ao texto normativo ou à regra jurídica estabelecida em um padrão decisório ou precedente.³⁴¹ Depois, partindo dessa prévia hipótese, outras mais adequadas podem surgir do movimento circular “já que o todo, a partir do qual se deve compreender o individual, não pode ser dado antes do individual, a não ser sob a forma de cânon dogmático”,³⁴² quando o juiz pode ser constrangido a mudar a própria hipótese decisória em decorrência dos elementos probatórios do caso em julgamento,³⁴³ que podem ou não se integrarem a regra jurídica (lei, padrão decisório ou precedente) agora novamente

³³⁹ No texto original: “Il dato di fatto concreto è, nella sua rilevanza giuridica, comprensibile solo con riguardo alla norma giuridica, comprensibile od alle norme prese in considerazione, il senso della norma giuridica, però, si dischiude solo grazie alla intelligenza del fatto concreto di vita” *In*: KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. A cura di Giovanni Marino. Milano/IT: Giuffrè, 2003. p. 128.

³⁴⁰ Para lembrar com Giuseppe Zaccaria que o “pré-requisito do procedimento de solução dos casos jurídicos é representado pela ‘pré-compreensão’, condição de conhecimento positivo, mesmo que provisório, do problema em jogo, que coloca em movimento e faz progredir todo o processo de compreensão. Esta é projeto, antecipação de significados que orienta a compreensão e determina as circunstâncias vez por outra essenciais com base em expectativas de resultados razoáveis. Também quem não compartilha os pressupostos filosóficos da hermenêutica teve de reconhecer que esta oportunamente colocou no centro das atenções aspectos do raciocínio de interpretação indevidamente subestimados pelas teorias meramente lógicas da interpretação indevidamente subestimados pela teorias meramente lógicas da interpretação e que podem ser sintetizadas nas premissas culturais e cognitivas do raciocínio, na cultura ‘de fundo’ da qual o intérprete inevitavelmente parte e que condiciona a redefinição e redescrção da sua experiência.” *In*: ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 129; ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 128.

³⁴¹ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars interpretandi**. Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2018. ISSN 1722-8352. p. 29; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019. TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48.

³⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 261.

³⁴³ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 182-183.

individualizada.³⁴⁴ É nesse círculo hermenêutico que Gadamer diz que o juiz consegue estabelecer³⁴⁵ quais as particularidades que são importantes para o julgamento do caso e sobre as quais será extraída a norma.³⁴⁶

Por outro lado, Taruffo diz que, na versão do universalismo, existem regras gerais aplicáveis pelos juízes uniformemente a casos semelhantes, e, nesses casos, cabe às Cortes de Vértice definir qual a interpretação do texto normativo que deve ser aplicada em cada situação.³⁴⁷

No universalismo, a regra jurídica ou a norma derivada de uma decisão judicial aplicada a caso específico é reaplicada da mesma maneira em outros casos posteriores e similares, já que a norma não mudaria de caso para caso, portanto, não seria necessário conhecer as especificidades de cada caso particular para aplicar a norma de um caso anterior, uma vez que ela contém uma norma universalizável e o importante são a identidade desses aspectos gerais. O mais relevante é a norma aplicada *ex ante*.³⁴⁸ Nesse paradigma universalista, dentro do objetivo deste trabalho, poderia se defender que a certeza do Direito seria mais bem assegurada, já que as decisões das Cortes seriam replicadas nas instâncias inferiores.

Por essa razão, Taruffo é cauteloso com relação à perspectiva particularista, já que no contexto de uma decisão judicial não se pode deixar de fazer referência a valores e princípios que são normas gerais e de aplicação abstrata e universalizáveis.³⁴⁹ Se a decisão leva em conta somente aspectos particulares ou

³⁴⁴ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico. *In*: PINO, Giorgio; SHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (coord.). **Filosofia del diritto**: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 328-329.

³⁴⁵ “Um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, o que tornará possível a interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado”. *In*: ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 241.

³⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 354-360.

³⁴⁷ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 44-45; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 438-439. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁴⁸ LUQUE, Pau. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo. **Ragion pratica**. Rivista semestrale 1/2015. p. 175. Doi: 10.1415/79630.

³⁴⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 125.

critérios que não possam ser universalizados, como alguns textos normativos e princípios, essa decisão dependeria exclusivamente da subjetividade do julgador, o que contrasta com um Estado Democrático de Direito.³⁵⁰

Por consequência, Taruffo defende o ponto de vista conforme o qual, embora o particularismo apresente aspectos relevantes, seria inevitável que uma decisão judicial se utilizasse de critérios universalizáveis. Mesmo as decisões com base somente nas peculiaridades do caso jurídico concreto devem fazer referência a critérios universalizáveis, já que o juiz deve estar conectado a um sistema jurídico coerente e íntegro (em conformidade com a Constituição).³⁵¹

Assevera, ainda, que não são todas e quaisquer circunstâncias que devem ser consideradas para um julgamento, pois algumas dessas circunstâncias que podem ser relevantes para um caso, para outro não é, citando como exemplo o fato de que as condições meteorológicas de um determinado momento não interessa para fins de validade de um contrato celebrado em uma cartório extrajudicial, mas pode interessar para resolução de um caso de acidente de trânsito em que se busca apurar a sua dinâmica e se houve neblina e neve sobre o asfalto.³⁵²

E complementa Taruffo. Como as circunstâncias que constituem os fatos são infinitas e, da mesma forma que são infinitas as possíveis descrições desses fatos, o problema é definir quais as peculiaridades ou quais as particularidades que são relevantes para a interpretação e aplicação do texto normativo para resolução daquele caso porque “não existem soluções simples que possam valer automaticamente para qualquer decisão”.³⁵³

³⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 231; MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 125-126.

³⁵¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. *In*: BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 231.

³⁵² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 233-234.

³⁵³ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48-49; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 447-448. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019

Assim, mesmo pela perspectiva universalista, as questões particulares são necessárias, pois é a partir das especificidades do caso jurídico concreto que se inicia a interpretação do texto normativo, servindo como referência, ponto de partida.³⁵⁴ Taruffo adverte para a ideia de que, até mesmo a referência a *fattispecie* (espécie fática) definida no texto normativo, isto é, na lei, portanto, de caráter geral e abstrato, serve apenas para iniciar a análise dos fatos para incidência da norma resultante da interpretação.³⁵⁵

Ante tal perspectiva, a preocupação maior com a versão universalista é que ela pode tornar o julgamento automatizado, burocrático e as vezes até arbitrário, ao impor às instâncias inferiores uma interpretação ou uma norma extraída do julgamento de um caso julgado pelas Cortes de Vértice de modo vinculante.³⁵⁶

Na versão universalista, passa-se a impressão de que apenas as Cortes de Vértice podem fazer justiça, como se o conhecimento do Direito somente a elas pertencesse (o que Taruffo denomina de mito das Cortes Supremas),³⁵⁷ enquanto as Cortes de Justiça e principalmente os juízes de primeiro grau, que trabalham diretamente com as partes e com a construção dos fatos, seriam de pouca ou nenhuma importância.³⁵⁸

³⁵⁴ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 440. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁵⁵ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars interpretandi**, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2018. ISSN 1722-8352. p. 29; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 446. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48.

³⁵⁶ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 47-48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 439-440. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁵⁷ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 41.

³⁵⁸ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica**

No caso das Cortes de Vértice do Brasil, quando estabelecem alguns tipos de padrões decisórios, que, na verdade, em regra, são teses jurídicas para aplicação de forma geral e abstrata (como exemplo, as súmulas ou teses de julgamentos de casos repetitivos e de incidentes de assunção de competência), corre-se o risco de uma visão superficial ou parcial do caso jurídico concreto, pois “se perde de vista o concreto, ou seja, a realidade”.³⁵⁹ Nessas hipóteses, a versão particularista parece ter pouco significado, já que as teses das Cortes de Vértice são sobre a interpretação de um texto normativo, portanto, de caráter geral e abstrato e não sobre uma interpretação/aplicação a casos concretos específicos.³⁶⁰

Como dito por Taruffo, o universalismo trabalha com uma “justiça das normas” e o particularismo parte da ideia de “justiça do caso concreto”,³⁶¹ mas ele defende a ideia de que há uma situação intermediária, quando é possível ter a atenção necessária às particularidades do caso jurídico concreto, podendo individualizá-lo e ao mesmo tempo conjugá-lo com a interpretação universal que possa ser aplicada a outros casos. Neste balanceamento, Taruffo não exclui a necessidade da decisão judicial considerar as particularidades do caso jurídico concreto, porém, principalmente as Cortes de Vértice, para desenvolver bem as suas finalidades, precisam emitir interpretações sobre textos normativos de forma relativamente previsível e uniforme.

Trazendo essa perspectiva de Taruffo para o cenário jurídico brasileiro, as Cortes, quando emitem súmulas, teses e outros padrões decisórios e se aproximam mais do paradigma universalista (e formalista, segundo o referido autor), precisam

de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 440. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁵⁹ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 440. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 48; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 440. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁶¹ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 49

ser mais receptivas às singularidades que brotam do caso jurídico e da exigência de uma justiça mais próxima da realidade dos litigantes. Enquanto isso, os juízes de primeiro grau, que estão mais perto de adotar a versão particularista, deveriam trabalhar com maior observação aos endereços jurisprudenciais que proveem das Cortes, principalmente as de vértice, que têm por finalidade promover a unidade do Direito nacional e manter a sua estabilidade.³⁶²

Procede-se à última observação, não mesmo importante, sobre o paradigma universalista e sua conexão com a necessidade de se garantir certeza do Direito por meio da previsibilidade das decisões judiciais. Não se há de esquecer de que se vive em uma sociedade plural, marcada por diversas tendências sociais, culturais e ideológicas, e com origens diferentes, e uma variedade de representantes de matrizes conservadoras, progressistas, liberais, radicais, corporativistas, socialistas, democratas etc., o que provoca uma constante necessidade de redefinição do conteúdo e do alcance da interpretação de um texto normativo.

Segundo Giuseppe Zaccaria, com esse pluralismo contemporâneo, o ideal seria não falar de universalismo, mas de universalismos, ou seja, a existência de visões diferentes dos valores de uma sociedade que direcionem as interpretações jurídicas, “tanto que surge a questão de saber se esses valores podem realmente ser considerados comuns em nossas comunidades, que muitas vezes são conflitantes também do ponto de vista cultural.”³⁶³

2.7 Função nomofilática e a ambiguidade das Cortes de Vértice

Embora pouco conhecida no Brasil, o instituto da *nomofilachia*³⁶⁴ é importante para, junto com os demais institutos analisados, especificar as funções das Cortes

³⁶² TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 49-50; TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 440-441. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁶³ ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Ars interpretandi**, Bologna, Il Mulino, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352. p. 12.

³⁶⁴ Em português é nomofilática. Pelo Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP – as expressões utilizadas na língua portuguesa são nomofilácia e nomofilácico. Portanto, faz-se o uso do termo conforme o VOLP, salvo quando se fizer referência à expressão no uso pela doutrina italiana, país onde ela é mais utilizada e difundida. Ver: Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. Academia Brasileira de Letras. 5. ed. São Paulo: Global, 2009. p. 585.

de Vértice na tradição do *Civil Law*, e, no caso específico do Brasil, do Superior Tribunal de Justiça (mas a principiologia, guardadas as diferenças de competência, também se aplicam ao Supremo Tribunal Federal),³⁶⁵ que muito se assemelha à Corte de Cassação italiana - Corte de Vértice italiana, órgão máximo de proteção da legislação infraconstitucional – que, por sua vez, se originou do modelo da Corte de Cassação francesa, que foi criada, na sequência da Revolução Francesa, para controlar a atividade dos juízes, por intermédio de recursos apresentados pelos litigantes contra as sentenças outrora irrecorríveis dos tribunais de segunda instância.³⁶⁶

O termo *nomofilachia* (nomofilácia em português) surge no contexto do Direito italiano para descrever as funções da Corte de Cassação³⁶⁷ estabelecidas no art. 65 da Lei do Ordenamento Jurídico Italiano (Dec. 12, de 30.01.1941). Embora de uso corrente³⁶⁸, a própria doutrina italiana não consegue atribuir um significado único ao termo³⁶⁹, no entanto, ao mesmo tempo, todos o utilizam para explicar o que seria

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53-54.

³⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. *Opere giuridiche*. Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei e Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Roma/IT: RomaTre-press, 2019. v. VI. p. 14-17; RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012, p. 7-11; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34-38.

³⁶⁷ CARBONE, Enrico. Quattro tesi sulla nomofilachia. **Politica del diritto**. Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da Stefano Rodotà. 4/2004, p. 599-616. DOI: 10.1437/19105. p. 600.

³⁶⁸ Claudio Consolo diz que nos últimos cinco anos a referência a *nomofilachia* tornou-se frequente, e “[...] não se passa um dia em que não se ouça, e na verdade exaltar, este conceito e se apreciar esta palavra saborosa, a qual se queria fazer um presente à pena dos próprios legisladores.” (tradução livre). No texto original: “[...] non passa oggi giorno in cui non capiti di sentir parlare, e per vero quasi osannare, questo concetto e gustare questa sapida parola, di cui si volle far dono alla penna dei legislatori stessi.” In: CONSOLO, Claudio. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Mulino, 2018. p. 162.

³⁶⁹ Sobre essa afirmação da dificuldade de estabelecer um significado vale a transcrição da análise de Michele Taruffo: “No entanto, não parece - como costuma acontecer com argumentos retóricos - que seu significado seja realmente claro; em particular - e o debate em curso o confirma claramente - algumas confusões surgem ao tentar definir o significado de expressões como “nomofilachia” e “uniformidade de jurisprudência”, observando a eficácia da função que a Corte desempenha, e por outro, como esta função pode ser inserida no contexto do ordenamento jurídico vigente, atravessado por problemas das mais diversas naturezas que não existiam, ou não eram devidamente percebidos, no momento em que a regra foi redigida.” (tradução livre). No texto original: “Non sembra tuttavia - come spesso accade per il luoghi comuni - che il suo significato sia veramente chiaro; in particolare - e lo conferma in modo evidente il dibattito in corso - non poche confusioni sorgono quando si cerca di definire il significato di nozioni come “nomofilachia” e “uniformità della giurisprudenza” guardando all’effettività della funzione che la Corte svolge per un verso, e per altro verso a come tale funzione possa collocarsi nel contesto dell’ordinamento attuale, percorso da problemi della natura più diversa che nos esistevano, o non venivano adeguatamente percepiti, nel momento in cui la norma fu scritta”. In: TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 60. Ver, ainda, dentre outros: DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 329; TARUFFO,

“assegurar a exata observância e uniforme interpretação da lei” e a “unidade do Direito objetivo nacional”³⁷⁰.

A referida disposição legal atribui à Corte de Cassação italiana uma dupla tarefa que coloca uma certa "ambiguidade"³⁷¹ nas suas funções, caracterizando-a como uma instância de terceiro grau designada para julgar um caso específico (finalidade privada, ou a tutela do *ius litigatoris*) e assim controlar a correta e “exata observância” da lei, e de outro, como órgão máximo de justiça com a função geral de estabelecer a correta interpretação da lei, visando a garantir a “unidade do Direito objetivo” (finalidade pública, ou a proteção do *ius constitutionis*).³⁷²

Para Taruffo, essa ambiguidade é típica das Cortes de Vértice (Taruffo refere-se à Corte de Cassação italiana), onde a interpretação oscila entre a tutela do *ius litigatoris*, para proteção de interesse privado, quando se busca uma solução que melhor se adapte às peculiaridades do caso concreto, ou a proteção do *ius constitutionis*, a busca de uma solução mais justa com base em critérios de interpretação mais gerais.³⁷³

Essa ambiguidade, segundo Taruffo, pode ser resolvida nos princípios que definem a função da Corte de Vértice, conforme a escolha do legislador.³⁷⁴ Se a escolha é a de que a Corte de Vértice é um órgão de garantia dos direitos fundamentais e individuais e da correta aplicação da lei no caso jurídico concreto, a

Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 64-72; RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012, p. 47, nota 1; AVOLI, Alberto. Nomofilachia un concetto al plurale. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43 - 47, 2018. A cura di italiadecide. p. 43; FERRARESE, Maria Rosaria. Nomofilachia e complessità del contesto giuridico odierno. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 179 - 194, 2018. A cura di italiadecide. p. 179; ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 142-143.

³⁷⁰ Art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione

La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. *In*: Disponível em:

http://www.edizioneuropee.it/LAW/HTML/38/zn71_02_007.html#_ART65_. Acesso em: 21 out. 2019.

³⁷¹ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 9-11; 86-100.

³⁷² TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 9-11; 86-100; RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione**. Torino/IT: G. Giappichelli, 2012, p. 53.

³⁷³ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 9-11.

³⁷⁴ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 91-92.

nomofilachia é a tutela dos *ius litigatoris*. Essa escolha submete a risco a possibilidade de as Cortes de Vértice desenvolverem a função pública, ou seja, que a interpretação do caso jurídico concreto possa ser aplicada ou utilizada com padrão decisório para outros casos. Se, ao contrário, a Corte de Vértice tiver como finalidade ser um órgão de promoção da uniformização da jurisprudência ou unidade do Direito, a *nomofilachia* seria a tutela do *ius constitutionis*. O risco é o de que o formalismo e a abstração na interpretação para produzir decisões com previsão genérica para casos futuros levem à impossibilidade de fazer a justiça no caso jurídico concreto. A vantagem é estabelecer padrões decisórios que possam ser aplicados a outros casos semelhantes e também manter uma uniformidade na interpretação do texto normativo.³⁷⁵

Piero Calamandrei, na sua clássica obra *La Cassazione Civile*, já ressaltava que uma análise cuidadosa das regras que regulam o instituto da *nomofilachia* no Direito positivo italiano leva a reconhecer que o único propósito de “exata observância da lei” (*ius litigatoris*) não é suficiente para dar conta da complexa finalidade de Corte de Vértice, e que a função de dar unidade ao Direito objetivo (*ius constitutionis*), com decisões capazes de orientar decisões sucessivas, deve ser considerada também como complementação da função nomofilática.³⁷⁶

Vittorio Denti, embora entenda que o conceito de *nomofilachia* tenha mudado ao longo do tempo, defende, sob o aspecto constitucional, o argumento de que o termo ainda tem o significado dado por Calamandrei,³⁷⁷ ou seja, garantir a exata interpretação da lei e a unidade do Direito objetivo por meio da unificação da jurisprudência.³⁷⁸ Com efeito, as Cortes de Vértice (Denti se refere à Corte de Cassação Italiana) promovem a igualdade dos jurisdicionados quando interpretam a lei de forma igual em situações semelhantes.³⁷⁹

Adverte, entretanto, Denti: a *nomofilachia* deve ser feita no caso jurídico concreto, isto é, não há como uma Corte de Vértice, da tradição do *Civil Law*, que

³⁷⁵ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 92-93.

³⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Opere giuridiche. Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei e Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Roma/IT: RomaTre-press, 2019. v. VII. p. 94-106.

³⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 41-64.

³⁷⁸ DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 329-330.

³⁷⁹ DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 332.

tem como pressuposto a legislação, desenvolver suas funções fundadas em regras da tradição do *Common Law* (*stare decisis*), pois o vínculo da decisão da Corte de Vértice somente acontece no âmbito do processo ao qual ela foi proferida, porquanto a interpretação de uma questão de Direito não é sempre coerente com a função de *nomofilachia* e, frequentemente, é enganosa na identificação dos verdadeiros fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão proferida.³⁸⁰

Denti ainda observa que até a estrutura operacional das Cortes, sempre deficiente,³⁸¹ influi no desenvolvimento da função de *nomofilachia*, isto é, a incapacidade de as Cortes de Vértice responderem contemporaneamente aos anseios da sociedade, pois o tempo necessário para se estabelecer uma interpretação uniforme das Cortes de Vértice, naturalmente, é longo demais e o suficiente para trazer insegurança, já que a uniformização da jurisprudência sobre determinados assuntos deve ser em tempo rápido, sem contar que, no meio desse caminho, surgem conflitos derivados dessa espera de uniformização e as próprias mudanças da jurisprudência dentro das Cortes de Vértice.³⁸²

Guido Alpa³⁸³ faz uma análise interessante e apresenta três acepções diferentes para o termo *nomofilachia*: um significado ideológico; outro significado pragmático e, por final, um significado técnico. São três funções diferentes a serem desenvolvidas pelas Cortes de Vértice, mas ao mesmo tempo indivisíveis.

O significado ideológico estabelece os limites para a interpretação do juiz.³⁸⁴ Nessa acepção, há um debate forte entre aqueles que postulam o argumento de que o juiz, submetido à lei, deve ter uma interpretação prevalentemente literal do texto normativo, e aqueles que confiam na interpretação dos juízes para adequarem a lei às exigências evolutivas do Direito em relação às mudanças sociais, econômicas, políticas e tecnológicas de acordo com a regra jurídica a ser aplicada. O problema, nessa acepção, é contemporizar duas necessidades opostas: a continuidade na

³⁸⁰ DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 332.

³⁸¹ Vittorio Denti falava especificamente da deficiência estrutural da Corte de Cassação italiana, porém, suas ponderações são perfeitamente aplicáveis, no nosso caso, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

³⁸² DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 333-334.

³⁸³ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147. 2018. A cura di italiadecide. p. 142-143.

³⁸⁴ Sobre a correlação entre fato e interpretação, consultar: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 85-100.

aplicação de padrões decisórios ou precedentes que garantam a certeza do Direito (segurança jurídica e igualdade formal) e a liberdade interpretativa que, sem aquela vinculação (formal) às decisões de casos anteriores, é possível fazer justiça no caso jurídico concreto e também adequar o texto normativo às novas circunstâncias ou às novas exigências da sociedade que sempre está em movimento.³⁸⁵

Guido Alpa argumenta que a tutela de alguns direitos, como, por exemplos, os Direitos da personalidade, à saúde, ao ressarcimento decorrente de danos biológicos (e – acrescenta-se - o Direito ao meio ambiente saudável), Direitos de moradia, proteção contra abuso econômico, Direitos do consumidor e dos hipossuficientes, não seriam satisfeitos se não existisse uma abertura interpretativa que fosse sensível às exigências sociais decorrentes das transformações que ocorrem rapidamente na sociedade. Se o intérprete ficar vinculado a padrões decisórios ou precedentes judiciais em benefício da certeza do Direito, corre-se o risco de “fossilizar” a interpretação do juiz e a criatividade dos advogados.³⁸⁶

Na segunda acepção, funcional ou pragmática, o termo *nomofilachia*, na descrição de Guido Alpa, representa a garantia de igualdade de tratamento, de razoabilidade e de previsibilidade das decisões, bem como a duração razoável do processo.³⁸⁷

O terceiro significado é o técnico, e a *nomofilachia* representa nesse sentido a proteção da vontade do legislador, expressa nas disposições textuais do Código de Processo Civil. Nessa acepção, Guido Alpa desenvolve seu raciocínio com substrato na análise das disposições legislativas que preveem filtros processuais de acesso à Corte de Cassação (Corte de Vértice italiana), e impedem que recursos contra decisões que estão em conformidade com padrões decisórios ou precedentes judiciais estabelecidos sejam admitidos. Para Alpa, esses filtros têm utilidade prática questionável, ou sua finalidade está sendo desvirtuada para resolver apenas um

³⁸⁵ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 142-143.

³⁸⁶ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 142-143.

³⁸⁷ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 144.

problema de excesso de carga de trabalho,³⁸⁸ porque, se a Corte de Vértice exercesse realmente sua função nomofilática, deveria fazer ela mesma a análise do recurso apresentado, uma vez que, na verdade, o filtro não é um pressuposto processual de admissibilidade, mas sim uma análise do próprio mérito do recurso apresentado para confirmar a decisão recorrida. Nesta temática, sobeja perfeitamente cabível a discussão sobre o problema do juízo de admissibilidade (ou de mérito) dos recursos especiais e extraordinários previstos no art. 1.030 do Código de Processo Civil brasileiro, que, pela sua sistemática, se torna quase impossível a sua análise pelas Cortes de Vértice, impedindo-as de exercer sua competência constitucional. Reporta-se a esta matéria nos próximos capítulos.

Ainda no âmbito da acepção técnica do termo *nomofilachia*, de respeito à disposição legislativa, a Corte não pode fazer mudança de entendimentos (superação ou *overruling*) se, no momento da prolação da sentença ou decisão recorrida, ela estava de acordo com os precedentes e padrões decisórios da própria Corte e o recurso não denota argumentos capazes de justificar uma modificação de entendimento.³⁸⁹ Em suma, neste aspecto, Guido Alpa fala da obrigação das Cortes em respeitar os próprios entendimentos (vinculação horizontal), sem fazer uma mudança de entendimento no meio do caminho, o que somente traria mais insegurança, salvo uma alteração da realidade.³⁹⁰

No Brasil, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas trabalham a função nomofilática das Cortes, juntamente com outras funções complementares, como a função uniformizadora (que seriam, junto com a nomofilática, funções históricas), *dikelógica* e paradigmática (como funções contemporâneas).³⁹¹

A função nomofilática, dizem os autores, evoluiu no tempo para o que hoje se chamar de “*nomofilachia tendencial*”, um conceito diverso daquele atribuído por

³⁸⁸ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 140.

³⁸⁹ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 143-144.

³⁹⁰ ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni:** Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 144-145.

³⁹¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores:** precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 322-342.

Calamandrei³⁹², que carrega consigo dois problemas: o primeiro decorre da crise do positivismo de que as concepções de lei e de sua interpretação foram objeto de alterações e que a ideia de um juiz boca da lei perdeu sentido ante a necessidade de realização de justiça de forma global. Por isso, sustentam a necessidade da nova denominação de *nomofilachia* dialética ou tendencial de modo a significar a persecução da unidade do Direito e não mais da lei (como proposto por Calamandrei), mediante processos hermenêuticos e de acordo com preceitos constitucionais.

O segundo problema, completam Alvim e Dantas, decorreria do primeiro, pois é preciso certificar a viabilidade de estabelecer uma Corte e um tipo de recurso cuja função fosse exclusivamente tutelar a ordem jurídica (*ius constitutionis*), sem se preocupar com os interesses privados das partes (*ius litigatoris*).³⁹³

Para eles, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desenvolvem essa função nomofilática tendencial ou dialética, pois sempre adotaram a atitude de revisão dos julgados e não meramente um juízo de cassação, porque eles examinam amplamente todas as questões postas pelas partes e que foram decididas, aplicando o Direito, conforme consta do enunciado da Súmula nº 456 da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o Direito à espécie.” Esse entendimento em tudo é aplicável também ao Superior Tribunal de Justiça.³⁹⁴

A função uniformizadora a que se referem Alvim e Dantas seria destinada a proteger a uniformidade na aplicação e interpretação da lei e das regras constitucionais. Essa função seria das Cortes de Vértice, verificando nos casos particulares se as regras de Direito material e processual foram bem aplicadas. Essa função de uniformidade interpretativa impediria ofensas à igualdade e à legalidade,

³⁹² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 322-323.

³⁹³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 322-323.

³⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 324.

de maneira que a lei deve ter única interpretação correta quando as condições fáticas relevantes para o julgamento forem semelhantes.³⁹⁵

A função *dikelógica*, lecionam os referidos autores, está relacionada com a busca por justiça no caso jurídico concreto, mediante aplicação correta do Direito. É a tutela do *ius litigatoris*. Asseveram, com Barbosa Moreira, que o Supremo Tribunal Federal desenvolve essa função com o recurso extraordinário, pois seria excessivo negar que este recurso não tutelaria os direitos subjetivos, mas que com a instituição do filtro da repercussão geral, o sistema brasileiro estaria voltando às clássicas funções nomofilática e uniformizadora.³⁹⁶

Na função paradigmática, os autores falam das definições dessa função na tradição do *Common Law*, dizendo que existem duas correntes, uma mais estrita, que obriga juízes a seguirem as decisões anteriores de outros tribunais, e uma mais atenuada, que de alguma forma exige que o juiz leve em consideração decisões anteriores, porém, pode desconsiderá-las quando as entender como erradas. Alvim e Dantas afirmam que, “enquanto nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes cuja essência consta das súmulas vinculantes e das impeditivas de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante”.³⁹⁷

José Miguel Garcia Medina,³⁹⁸ em um caminho muito próximo do destacado por Alvim e Dantas, afirma que as Cortes de Vértice desempenham as funções nomofilática, *dikelógica* e paradigmática. A função nomofilática é de preservar a higidez, validade e autoridade da norma. A função *dikelógica* está representada na aplicação do Direito ao caso jurídico concreto e a função paradigmática consiste na formulação de padrões decisórios com a finalidade de uniformizar a interpretação.³⁹⁹

³⁹⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 325-329.

³⁹⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 333-342.

³⁹⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 335.

³⁹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

³⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos

Medina observa que a função paradigmática e a função nomofilática desempenham atividades semelhantes, pois a uniformidade da interpretação contribui para a formação do significado do texto normativo. E acrescenta que, na verdade, todas essas funções se combinam, pois mesmo a função *dikelógica* está relacionada com o papel das Cortes, já que, por meio do caso jurídico concreto, é possível extrair os elementos para unificar a interpretação do texto normativo.⁴⁰⁰

Sustenta Medina que essas funções não se excluem, mas se complementam, porque seria muito difícil distinguir as finalidades pública e privada (ou o exercício do *ius constitutionis* e *ius litigatoris*), como se somente houvesse essas duas opções e as Cortes devessem optar por uma delas, pois todos aqueles que buscam o Poder Judiciário demandam uma decisão correta (função privada), e isso não exclui a realização da função pública de qualquer das Cortes, seja de justiça ou seja de vértice, “já que os órgãos jurisdicionais em geral devem atuar de modo a corrigir, sendo o caso, decisões judiciais erradas” e ainda atuar de modo a perseguir a certeza do Direito (função pública).⁴⁰¹

Renato Rordorf diz que termo *nomofilachia* necessita receber um significado capaz de assegurar o chamado “Direito vivente”, cuja ideia subjacente é de um ordenamento jurídico flexível, com mobilidade e capacidade de se adequar ao curso da vida de acordo com suas exigências sociais e, portanto, deve propiciar uma proteção do Direito objetivo (seu sentido clássico), para garantir um nível tolerável de certeza do Direito, mas ter a capacidade de orientar de modo racional os parâmetros interpretativos das decisões judiciais para se adaptar constantemente de acordo com as mudanças que a evolução do tempo provoca nos fenômenos sociais.⁴⁰²

Parece paradoxal e, realmente, não é uma questão de fácil solução, pois a *nomofilachia*, de um lado, responde a uma necessidade sempre mais pronunciada

recursos extraordinários e especial. 7 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

⁴⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29-33.

⁴⁰¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 31-33.

⁴⁰² RORDORF, Renato. La nomofilachia nella dialettica Sezioni semplici-Sezioni unite e Cassazione-Corte costituzionale. In: ACIERNO, Maria; CURZIO, Pietro; GIUSTI, Alberto. **La Cassazione civile**: lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana. Bari/IT: Cacucci. 2011. p. 538-543.

de certeza do Direito, no sentido de previsibilidade das decisões judiciais e igualdade de tratamento aos cidadãos em um contexto de grande complexidade⁴⁰³ e, por outro lado, como observado por Guido Alpa e Vittorio Denti, as Cortes devem estar receptivas às exigências sociais decorrentes das transformações que ocorrem rapidamente na sociedade, possibilitando as alterações jurisprudenciais necessárias.⁴⁰⁴

A *nomofilachia*, por si, tem uma conotação vertical, mas essa conotação deve valorizar a interpretação das instâncias inferiores, e não deve ser entendida como um exercício de autoridade, mas resultado da capacidade de diálogo de todas as instâncias do Poder Judiciário.⁴⁰⁵ De forma mais objetiva, as Cortes de Vértice se legitimam não por pretexto hierárquico, mas pela capacidade de sintetizar toda a multiplicidade de conhecimento e experiências produzidas pela comunidade jurídica e não somente do complexo jurisdicional a que pertence. A *nomofilachia* não deve ser mecânica, autoritária, “mas culta e plural, compartilhada entre todos os componentes ativos no sistema de justiça.”⁴⁰⁶

Sem dúvida, o exercício da *nomofilachia* pelas Cortes de Vértice decorre da autoridade que lhes é conferida pela lei. Esse exercício de autoridade, entretanto, deve ser no sentido atribuído pela Hermenêutica filosófica gadameriana, de “razão e liberdade”,⁴⁰⁷ e deve ser conquistada e não outorgada formalmente (vinculação legal de padrões decisórios ou precedentes). Gadamer diz que a essência da autoridade está no reconhecimento de que o outro (a decisão da Corte) possui uma visão mais ampla ou melhor sobre determinada questão; mas isso não quer dizer uma “obediência cega a um comando. Na realidade, autoridade não tem a ver com

⁴⁰³ FERRARESE, Maria Rosaria. *Nomofilachia e complessità del contesto giuridico odierno. La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 179-194, 2018. A cura di italiadecide. p. 179.

⁴⁰⁴ ALPA, Guido. *Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide. p. 142-143; DENTI, Vittorio. *Sistemi e riformi*: studi sulla giustizia civile. Bologna/IT: Il Mulino, 1999. p. 333-334.

⁴⁰⁵ AVOLI, Alberto. *Nomofilachia un concetto al plurale. La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43-47, 2018. A cura di italiadecide. p. 43.

⁴⁰⁶ VIOLANTE, Luciano. *Introduzione. La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 11-18, 2018. A cura di italiadecide. p. 17.

⁴⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 371.

obediência, mas com conhecimento.”⁴⁰⁸ É a força hermenêutica, ou, nas palavras de Taruffo, a força persuasiva dos pronunciamentos das Cortes que vinculam as instâncias inferiores, e não uma obediência imposta legislativamente.⁴⁰⁹ É a força hermenêutica das decisões que fundamenta a *nomofilachia*.

As Cortes de Vértice, por exercerem a função de síntese, de fechamento do sistema judiciário, devem valorizar sua capacidade do diálogo com todas as instâncias jurisdicionais (e com a comunidade jurídica), visando ao aprimoramento e amadurecimento da jurisprudência e dos padrões decisórios que emitem para orientar a sociedade. É importante a interação do vértice da pirâmide jurídica com a base, já que é na primeira instância, em regra, que a sociedade bate em busca de justiça, e onde o juiz colhe com clareza e sensibilidade as questões que mudam no contexto social.⁴¹⁰

A questão, como se pode perceber, é o ponto de equilíbrio (que não é fácil encontrar) do papel que as Cortes de Vértice devem desenvolver entre garantia dos direitos fundamentais, e em observância ao caso jurídico concreto, bem assim com a uniformidade da interpretação da lei e as evoluções necessárias para continuar acompanhando as mudanças sociais. Enquanto as interpretações divergentes sobre uma mesma regra jurídica, em um curto espaço de tempo, são condenáveis, pois passam a ideia de deformidade e incoerência, essas divergências a longo prazo devem ser admitidas, pois a Corte, para cumprir sua função de justiça, deve fazer uma interpretação da regra jurídica contemporaneamente, ou seja, no tempo, dentro da história do caso, fugindo da interpretação formal, sendo necessária a relativização de padrões decisórios quando isso for necessário.⁴¹¹ Essas mudanças de interpretações, obviamente, somente devem ocorrer quando necessária uma mudança, isto é, quando se justificar uma interpretação diversa, ou seja, exige-se um ônus argumentativo do órgão judicial que faz a mudança, indicando as razões de não manter um entendimento já sedimentado.⁴¹²

⁴⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 371.

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. Note sul precedente giudiziale. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: I precedenti. Bologna: Il Mulino. 2018. p. 115-116.

⁴¹⁰ AVOLI, Alberto. Nomofilachia un concetto al plurale. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43-47, 2018. A cura di italiadecide. p. 45.

⁴¹¹ TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 96-96.

⁴¹² TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 96.

De qualquer modo, a *nomofilachia* na sua acepção moderna não pode ser entendida como instrumento de adestramento da interpretação (como pensada originalmente)⁴¹³, mas como instrumento de auxílio à finalidade última de qualquer sistema jurídico, que é garantir a realização de justiça. Esse processo nomofilático deve ser adequado e coerente com essas exigências sociais, pois, caso contrário, será danoso e decepcionante.⁴¹⁴

Portanto, nessa evolução do sentido do termo, é possível dizer que *nomofilachia* é um conceito plural.⁴¹⁵ Representa a função das Cortes de atender aos interesses das partes (*ius litigatoris*) que batem à porta do Judiciário na busca de uma resolução justa para suas controvérsias (*dikelógica*), juntamente com a finalidade das Cortes de estabelecerem padrões decisórios (*ius constitutionis*) que orientem a sociedade nos seus atos, trazendo maior estabilidade da jurisprudência e previsibilidade das decisões judiciais (paradigmática e uniformizadora).

2.8 As funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

A competência dos tribunais brasileiros está definida na Constituição da República. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são as duas Cortes de Vértice pátrias. Ambas têm a função de uniformizar a interpretação jurídica. Ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação sobre a legislação federal. Ao Supremo Tribunal Federal impende o papel de guardião da interpretação da Constituição da República, garantindo a sua força normativa.

O art. 105 da Constituição da República estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça, que é distribuída em competência originária (inciso I), incluindo uma gama de competências, que vão desde o julgamento por crimes comuns de algumas autoridades dos Estados-membros e dos tribunais inferiores até

⁴¹³ A *nomofilachia* teve origem nas atribuições dadas à Corte de Cassação francesa, órgão destinado a controlar o Poder Judiciário, que, por intermédio dos julgamentos aos casos jurídicos concretos, pudessem ferir o princípio fundamental de separação dos poderes. In: CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Opere giuridiche. Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei e Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Roma/IT: RomaTre-press, 2019. v. VI. p. 396-415.

⁴¹⁴ AVOLI, Alberto. *Nomofilachia un concetto al plurale*. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43-47, 2018. A cura di italiadecide. p. 43.

⁴¹⁵ AVOLI, Alberto. *Nomofilachia un concetto al plurale*. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43-47, 2018. A cura di italiadecide. p. 43.

juízo de *habeas corpus* e *habeas data*, quando a autoridade coatora for integrante do primeiro escalão do Governo federal. Inclui, ainda, a competência para julgamento de recurso ordinário (inciso II), quando o Superior Tribunal de Justiça funciona como se fosse uma Corte de Justiça (2º grau de jurisdição) em alguns casos específicos, como *habeas corpus* e mandado de segurança decididos pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal ou pelos tribunais regionais federais, além da hipótese de recurso contra atos dos juízes federais de primeiro grau no julgamento de causas em que organismos internacionais ou Estado estrangeiro demandem contra município ou qualquer pessoa.

Por final, ao Superior Tribunal de Justiça compete o julgamento do recurso especial (inciso III) contra decisões judiciais proferidas em única ou última instância, proferida pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (Cortes de Justiça)⁴¹⁶.

Esta última competência de julgamento de recurso especial, é talvez a mais significativa, pois coloca o Superior Tribunal de Justiça como uma Corte de Vértice da legislação infraconstitucional,⁴¹⁷ que é quando ele desempenha sua função de garantir a uniformidade da interpretação da legislação federal.⁴¹⁸ O art. 105, III, descreve em três alíneas as hipóteses de cabimento. Na primeira (art. 105, inciso III, a), é quando a interpretação dada pelas Cortes de Justiça não observa as disposições de tratado ou da lei federal, sendo obrigatória a indicação pelo recorrente do dispositivo legal violado.

Na segunda hipótese (art. 105, III, b), o recurso especial é cabível para rever decisão das Cortes de Justiça que julgarem válido ato de governo local (decretos, portarias, resoluções etc.) contestado em face de lei federal. No último requisito para o recurso especial (art. 105, III, c), quando houver divergências de interpretações

⁴¹⁶ Súmula 203 – STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. Da interpretação do art. 105, III, *caput*, o STJ definiu sobre a inadmissibilidade de recurso especial interposto contra decisão proferida por Turma Recursal dos Juizados Especiais. Com isso, esse microsistema fica fora do controle da interpretação sobre a legislação federal que é feita constitucionalmente pelo STJ, o que pode perpetuar decisões divergentes causando insegurança jurídica e até mesmo uma prestação jurisdicional incompleta. Esse tema será abordado com maior profundidade no capítulo 3.

⁴¹⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Presente e Futuro do Recurso Especial. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.) **Panorama atual do Novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 452.

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 974-975; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 119-120.

entre Cortes de Justiça ou mesmo entre essas e o próprio Superior Tribunal de Justiça. Essa última hipótese de cabimento deixa ainda mais evidente a competência do Superior Tribunal de Justiça como Corte responsável pela unidade do Direito federal.

Além desses requisitos, outro indispensável para o cabimento do recurso especial é que as questões debatidas já tenham sido apreciadas pela Corte de Justiça (causas decididas), exigindo, portanto, o requisito denominado de prequestionamento.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a Constituição da República de 1988 ampliou significativamente sua competência, conforme se deflui do art. 102, que vai desde a competência para as ações de controle de (in)constitucionalidade até julgamento de infrações penais contra algumas autoridades da República (competência originária) e várias outras ações autônomas (inciso I), passando pelo julgamento de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança em hipóteses específicas (competência recursal), além do recurso ordinário (inciso II), quando o STF também funciona como se fosse uma Corte de Justiça, e o recurso extraordinário (inciso III).

A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar as ações diretas de controle concentrado, nas suas diversas modalidades (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão), juntamente com o recurso extraordinário, formam o sistema de controle de constitucionalidade e de legitimidade de leis, além das omissões constitucionais.⁴¹⁹

O recurso extraordinário é destinado a verificar e assegurar eventual afronta à Constituição decorrente de decisão judicial proferida “em única ou última instância quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.⁴²⁰ Da mesma forma que com o Superior Tribunal de Justiça, é

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 957.

⁴²⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

necessário que as questões objeto de recurso já tenham sido apreciadas pela Corte de Justiça (causas decididas, isto é, pré-questionamento).

Na primeira hipótese (art. 102, III, a), quando decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, o recurso extraordinário interposto contra sentença ou acórdão que contrariar dispositivo da Constituição se evidencia na própria literalidade do dispositivo constitucional ou mesmo quando estiver em confronto com interpretação dada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.⁴²¹

A outra hipótese (art. 102, III, b) é quando decisão judicial declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Em qualquer causa posta em julgamento, em qualquer grau de jurisdição, os juízes exercem o controle de constitucionalidade sobre a lei federal. Se o juiz as aplica, é porque presume que a lei é constitucional. Agora, quando o órgão judicial nega aplicação à lei federal ou tratado é porque a considera inconstitucional, no denominado controle difuso de constitucionalidade,⁴²² cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei federal ou tratado.

No terceiro requisito (art. 102, III, c), cabe o recurso extraordinário quando qualquer juiz ou Corte declara válidas leis ou atos dos governos locais contestados em face da Constituição, isto é, o órgão judiciário privilegiou o Direito local. Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal reexaminará a questão, aplicando o dispositivo constitucional pertinente.⁴²³

Na última hipótese de cabimento do recurso extraordinário (art. 102, III, d), quando juiz ou Corte julgar válida lei local contestada em face de lei federal, caso em que ocorre o confronto entre lei local (municipal, estadual ou distrital) e lei federal, quando a questão está ligada às regras constitucionais que fixam a competência concorrente de que trata o art. 24 da Constituição da República,

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. BRASIL. [Constituição (1988)].

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁴²¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 851-852.

⁴²² ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 852-854.

⁴²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 303-312.

existindo, na realidade, um conflito de competência legislativa que cabe ao Supremo Tribunal Federal definir.

É imprescindível lembrar que, para o cabimento do recurso extraordinário, além de estar enquadrado em uma das hipóteses previstas no inciso III do art. 102 da Constituição da República, exige-se, ainda, a repercussão geral, filtro de acesso (art. 102, § 3º) que maximiza o caráter objetivo e permite ao Supremo Tribunal Federal selecionar para julgamento somente os feitos que contenham questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1.035, § 1º CPC).⁴²⁴

Com relação às funções do Superior Tribunal de Justiça, embora existam divergências, o fato é que qualquer decisão das Cortes de Justiça que efetivamente contrariar outra interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a legislação federal ou houver divergências interpretativas entre tribunais diferentes sobre a mesma lei federal, é passível de ser questionada via recurso especial.⁴²⁵ O mesmo se aplica ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão judicial contrariar (sentido amplo) dispositivo da Constituição, guardadas as devidas diferenças ante a necessidade de comprovar a repercussão geral.

Em trabalho específico sobre o Superior Tribunal de Justiça, mas que também pode ser adaptado ao Supremo Tribunal Federal, Luiz Guilherme Marinoni defende a que, para o cabimento do recurso especial (e vale para o recurso extraordinário), não é simplesmente alegar que a decisão foi contrária à lei, mas demonstrar que a decisão contrariou determinada interpretação da lei já firmada em outro julgado daquela Corte de Vértice.

Marinoni critica a prática judicial brasileira que admite o recurso especial sob alegação de contrariedade da lei, qualquer que seja o conteúdo da decisão proferida pelas Cortes de Justiça, o que na sua ótica resulta em um amplo acesso às Cortes de Vértice, pois o cabimento do recurso depende apenas da criatividade do

⁴²⁴ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁴²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120-122.

advogado da parte sucumbente em alegar essa contrariedade. Marinoni entende que esse fenômeno acontece porque falta melhor compreensão da distinção entre texto legal e norma jurídica, o que possibilita a interposição do recurso especial para quase toda questão federal discutida nos autos, uma vez que – se repete - basta o interessado alegar que a interpretação dada por uma Corte de Justiça deve ser diferente que o recurso será cabível.⁴²⁶

Dessa maneira, segundo Marinoni, o Superior Tribunal de Justiça fica a serviço do interesse privado (*ius litigatoris*), deixando de lado o interesse público (*ius constitutionis*) e que por isso o número de recursos que aportam anualmente àquela Corte é incompatível com o tempo e o trabalho que deve ser desenvolvido por uma Corte de Vértice.⁴²⁷ O referido autor entende que o parâmetro para a interposição do recurso especial (no caso da hipótese de “contrariar lei federal”, art. 105, III, a) deve ser a norma jurídica fixada pela Corte de Vértice, e não o texto normativo descrito na legislação federal. Assim, o recurso especial poderia controlar as normas jurídicas proferidas pelas Cortes de Justiça que são contrárias àquelas já proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse raciocínio também ecoa na função do Supremo Tribunal Federal de definir a interpretação do texto constitucional por via do recurso extraordinário (e até nas ações de controle abstrato de (in)constitucionalidade, assunto tratado nos capítulos seguintes).

Sem dúvida, a distinção entre texto normativo e norma merece atenção. Friedrich Müller, com sua teoria estruturante do Direito, evidenciou que a norma será sempre o sentido atribuído ao texto normativo (disposição legal ou precedente judicial) diante do caso jurídico concreto, ou seja, é o resultado de uma atividade interpretativa prática.⁴²⁸ Assim, a norma jurídica surge no momento de solucionar um caso jurídico concreto.

Essa distinção entre texto e norma é central na Hermenêutica gadameriana, porque não se pode reproduzir sentidos, já que a “tarefa da interpretação consiste

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120-122.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120-122.

⁴²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 43-55; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 193-221.

em concretizar a lei, em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação⁴²⁹ e norma não pode ser reproduzida porque aquele momento anterior já passou,⁴³⁰ e uma nova interpretação e aplicação é feita com uma nova atribuição de sentido. Nesse ponto, segundo Lenio Streck, reside o maior contributo de Gadamer à Hermenêutica jurídica, porque é impossível reproduzir sentidos e sim atribuir sentido.⁴³¹

Daniel Mitidiero, com apoio em Giovanni Tarello,⁴³² mas convergindo com Gadamer, Müller e Streck, diz:

A inexistência de identidade entre *texto* e *norma* está em que a *norma* é o *texto interpretado*. Vale dizer: a norma é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais da ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. **É uma atribuição de sentido** a um enunciado linguístico. A *norma* é na verdade a *interpretação da norma*: ela simplesmente *ainda não é antes* da sua interpretação. A norma é tomada aí como o *resultado* da atividade do intérprete. (os destaques em itálico são do original. O destaque em negrito não).⁴³³

A norma sempre é o resultado da interpretação de um texto, que pode ser uma lei, um precedente ou uma súmula, pois todos são textos, e por isso é preciso que a eles se atribua uma norma, como asseveram Lenio Streck e George Abboud, apoiados na Hermenêutica filosófica de Gadamer e na Teoria estruturante de Müller:

[...] quando queremos dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, queremos dizer que estamos falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A *norma de que falamos é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só exsurge na sua 'normação', valendo o mesmo raciocínio para a 'dicotomia' vigência-validade. Disso já exsurge a indagação: o que é um precedente? Ele não é um texto? O que é uma súmula? Ela não é um texto? Se são textos, não é necessário que a eles atribuamos normas? (destaques são do original).⁴³⁴

⁴²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. vol. I, Petrópolis: Vozes, 2015. P. 432.

⁴³⁰ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 238.

⁴³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 304.

⁴³² TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano/IT: Giuffrè, 1980.

⁴³³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

⁴³⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54-55.

Taruffo ainda acrescenta que a norma resulta da relação do texto com o fato, porque “a relação dialética entre norma e fato começa do fato, não da norma: por assim dizer, na dinâmica da decisão judiciária, o fato vem antes da norma, é o ponto de partida do raciocínio decisório”.⁴³⁵

Dessa forma, como não é o teor literal do texto normativo que faz a norma jurídica, mas a sua aplicação individual ao caso jurídico concreto, estabelecer uma norma que tenha aplicação geral e abstrata para casos futuros pode não representar a alternativa mais correta ou justa.⁴³⁶

A norma jurídica não surge antes do caso jurídico concreto, como parece prescrever Marinoni, pois ela não é “nem concluída nem suscetível de ser concluída na direção do futuro. Tais casos jurídicos não podem nem devem ser pré-‘solucionados’ qualitativa e quantitativamente pelo legislador” e muito menos por uma interpretação feita em momento anterior pelas Cortes para uma aplicação futura.⁴³⁷

Nessa ordem de ideias, o “texto, mesmo permanecendo inalterado e sempre igual, pode abrir preferências sempre novas, pode adquirir novos significados, produzir novas e inesgotáveis interpretações”,⁴³⁸ motivo pelo qual a sua concretização (o precedente ou o padrão decisório também são textos) em norma jurídica vai depender das “relações reais da vida humana”, isto é, das “circunstâncias reais específicas” do caso em julgamento.⁴³⁹

Dominique Rousseau diz que as palavras contidas nas leis se tornam normas somente depois da atuação jurisdicional, exatamente porque é reconhecida a diferença entre texto e norma, sendo este o trabalho da interpretação:

⁴³⁵ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 87; TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2 p. 195-208, jul./dez. 2010. p. 197-198.

⁴³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 43-55; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 193-221.

⁴³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 56.

⁴³⁸ ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 116; ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 113.

⁴³⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 198.

[...] as constituições e as leis em geral são textos inacabados, isto é, são normas em potencial que esperam ser convertidas em ato no momento em que o juiz atribui às palavras da lei o significado que lhes dará sua força normativa. A constituição ou qualquer outro ato normativo é, materialmente, um mero escrito feito de palavras e, portanto, um texto indeterminado e indeterminante, uma vez que palavras, por mais banal que possa parecer dizer isso, são sempre dotadas de vários significados. [...] essas palavras se tornam normas somente pelo agir jurisdicional.⁴⁴⁰

O sentido do texto, a norma jurídica, brota no momento da sua aplicação, porque, para compreender e interpretar qualquer texto, diz Gadamer que depende de “cada situação concreta, de cada instante e de maneira nova e distinta.”⁴⁴¹

Ainda que nas Cortes de Vértice a questão debatida seja exclusivamente de Direito⁴⁴² (no sentido de que a questão fática já está resolvida),⁴⁴³ mas como é no momento da aplicação do texto ao caso jurídico concreto (não custa repetir, precedente é texto), à luz dos fatos que tenham sido reconhecidos pelas instâncias inferiores, é que a norma jurídica nascerá, pois são as especificidades do caso que determinarão a incidência da norma.

O fenômeno jurídico, como se sabe, não existe sem as questões fáticas, mesmo que – se repisa - essas questões fáticas não sejam predominantemente colocadas pelos litigantes, como, por exemplo, quando houver apenas uma divergência de interpretação sobre texto normativo, ela será mesmo assim definida pelo confronto da *fattispecie* descrita na lei e o material fático posto pelas partes.⁴⁴⁴

Daniel Mitidiero também comunga do pensamento de Marinoni sobre a admissibilidade do recurso especial com base na norma jurídica fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, e não no texto normativo descrito no dispositivo legal, mas deixa claro que “A causa é composta de um todo em que se misturam e implicam-se mutuamente alegações fático-jurídicas. Em outras palavras, a causa é uma unidade

⁴⁴⁰ ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 137-138,140.

⁴⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. vol. I, Petrópolis: Vozes, 2015. P. 408.

⁴⁴² Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. *In*: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁴³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 362-372.

⁴⁴⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 362-372.

fático-jurídica.”⁴⁴⁵ Em vista disso, não há uma vedação sobre o exame dos fatos, até porque, sem o exame dos fatos, não há como pensar em fundamentos determinantes (ou norma) para utilização em casos futuros.⁴⁴⁶

Por isso, mesmo que a Corte de Vértice estabeleça uma “norma” que vá (ou não) se concretizar em um padrão decisório (ou precedente), somente com a análise de cada caso jurídico concreto, com todas as suas especificidades, é que se dirá que ocorreu ou não uma interpretação que possa “contrariar a lei federal”.

Evidentemente, os fundamentos determinantes das decisões das Cortes de Vértices (como de qualquer outro órgão judicial) podem ser utilizados para outros casos semelhantes, desde que não existam circunstâncias fáticas suficientes para distinção entre eles.

Giuseppe Zaccaria alerta para a noção de que, se as particularidades do caso forem de algum modo absolutas e radicalizadas para construção da norma jurídica sem a possibilidade de ela ser expandida para situações semelhantes, representaria uma situação paradoxal, porque o caráter de generalidade do texto legal, que tem sua origem no conceito de igualdade de tratamento, ficaria reduzido à elaboração de categorias para cada caso específico.⁴⁴⁷

Na hipótese de cabimento do recurso especial com base no art. 105, III, b (ato normativo contestado em face da lei federal), o que se busca é assegurar a autoridade da lei federal. Aqui se discutem as hipóteses em que um ato de governo local for considerado válido em face da lei federal por julgados das Cortes de Justiça, isto é, a compatibilidade ou não da lei federal com ato normativo estadual ou municipal.⁴⁴⁸ Portanto - repita-se - essa competência do Superior Tribunal de Justiça é para preservar o princípio da hierarquia das leis.

O último requisito específico de cabimento do recurso especial (art. 105, III, c) visa a assegurar a uniformidade da lei federal em todo o Território Nacional (der a lei

⁴⁴⁵ MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 105.

⁴⁴⁶ MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 105.

⁴⁴⁷ ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Ars interpretandi**, Bologna, Il Mulino, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352. p. 12.

⁴⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 141-142.

federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal). Essa hipótese, juntamente com a prevista na letra “a”, reforça a missão do Superior Tribunal de Justiça de tutelar a unidade da legislação federal. O recurso especial com base na divergência jurisprudencial permite à Corte de Vértice definir que interpretação ou tese jurídica deverá prevalecer no Território Nacional.⁴⁴⁹

Marinoni salienta que essa hipótese permite ao Superior Tribunal de Justiça desenvolver sua missão constitucional de definir a interpretação da lei federal no Brasil, por isso conclui que “não há como não ver que os tribunais ordinários não são livres para interpretar a lei”, devendo seguir os precedentes da Corte de Vértice e, somente quando não houver precedente firmado, utilizará a técnica da divergência para solucionar interpretações distintas entre as Cortes de Justiça.⁴⁵⁰

Na verdade, essa frase destacada de Marinoni parece ser mais um esforço retórico do autor para demonstrar o quanto é prejudicial para a certeza do Direito, e até para a credibilidade do Poder Judiciário, quando as Cortes e os juízes proferem decisões diferentes para questões semelhantes. Marinoni, em diversas outras obras, reconhece que a interpretação do juiz é inerente a sua atividade,⁴⁵¹ que não é possível realizar um julgamento sem interpretação.⁴⁵²

E, nesse ponto, parece também haver convergência doutrinária. Lenio Streck diz que jamais haverá no texto ou na lei (e na arte, conforme Gadamer) um sentido

⁴⁴⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 939-940; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 122-124.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123-124.

⁴⁵¹ Dominique Rousseau afirma que o juiz interpreta porque esta é a sua função, ou seja, cabe ao juiz dar sentido ao texto que ele utiliza no exercício da sua atividade judicante, sendo, assim, a forma dos juízes darem voz aos jurisdicionados. “[...] ele não o faz por um comportamento herético ou dominador, mas por função. Sem este trabalho de interpretação, a Constituição permaneceria desprovida de normatividade ou, em outras palavras, a vontade do soberano que ela representa não teria controle sobre os representantes. [...] Sem essa mediação hermenêutica, a palavra desse povo seria perdida em uma alegre cacofonia.” *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação**. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 137-138.

⁴⁵² Na verdade, na mesma obra, em outra passagem, Marinoni ao criticar o “ódio aos juízes” que Montesquieu nutria e a sua tentativa de tornar o Poder Judiciário um ‘poder nulo’, afirma que “não há como julgar, definindo um caso concreto, sem interpretar a lei. A função que Montesquieu reservou ao juiz é impossível de ser cumprida, na medida em que todo texto legal, ao ser considerado, conseqüentemente é interpretado.” Por isso, pode ser a lei, o precedente ou qualquer padrão decisório emitido por qualquer Corte, ele é um texto e no momento da sua aplicação ele precisa da interpretação. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76-78; MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63-66.

único, final, pronto e acabado, pois sempre dependerá da interpretação para atribuir-lhe sentido.⁴⁵³ Portanto, sempre haverá a atividade do intérprete (juiz) para estabelecer o sentido do texto. Por isso, como o próprio Marinoni também já declarou em outra obra, foi uma utopia imaginar que fosse possível manter o juiz preso à lei, ou imaginar que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.⁴⁵⁴

Da mesma forma - e agora é a afirmação que se faz - é utópico imaginar que uma “norma” ou precedente garanta uma certeza que nem a lei ou as codificações conseguiram fazer. Então, afirmar que os tribunais não são livres para interpretar a lei ou a Constituição, soa como se quisesse proibir juízes e Cortes de interpretar como tentaram os ideólogos da Revolução Francesa, nos moldes considerados por Montesquieu.^{455 456} A questão não é impedir de interpretar ou imaginar que a virtude está somente nas decisões das Cortes de Vértice, mas, sobretudo, garantir certa estabilidade das interpretações e previsibilidade das decisões judiciais para casos semelhantes, dentro dos parâmetros definidos constitucionalmente e, conseqüentemente, proporcionar a certeza do Direito. Acredita-se que é este o ensinamento de Marinoni.

Novamente, em complemento, é preciso voltar à distinção entre texto normativo e norma que Marinoni ressalta. Para isso não se relega a Hermenêutica para um papel apenas formalista. Friedrich Müller lembra que a norma extraída de um caso, no sentido literal, pode parecer que ela é “clara” ou “unívoca” como texto, mas o próximo caso jurídico concreto ao qual ela deve ser aplicada pode fazer com

⁴⁵³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta nº 1. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017. p. 3-4.

⁴⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

⁴⁵⁵ “Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei.” E ainda: “Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.” *In*: MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 170 e 178.

⁴⁵⁶ Esse ideal iluminista da Revolução Francesa fomentou a criação do Tribunal de Cassação francês, órgão destinado a controlar que o Poder Judiciário, que, por intermédio dos julgamentos aos casos concretos, pudessem ferir o princípio fundamental de separação dos poderes. Vide a Lei Revolucionária de agosto de 1790 (Decreto de 16 de agosto de 1790). *In*: CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, Opere giuridiche. Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei e Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Roma/IT: RomaTre-press, 2019. v. VI. p. 399-400; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44-50.

que ela seja “destituída de clareza”. Então, a nova norma (derivada do precedente ou padrão decisório), resultado da aplicação ao novo caso em julgamento, somente emerge na sua concretização e, por isso, inexoravelmente, vai depender de uma nova interpretação.⁴⁵⁷

A interpretação é inerente ao ser humano. Lawrence K. Schmidt, relembra:

Sabemos muito bem que há intérpretes e interpretações em muitos campos de estudo. Interpretamos romances, poemas, peças e filmes. Interpretamos a Bíblia, a Torá, o Alcorão, o Tao Te Ching e os Brahma-sutras. Será que deveríamos interpretar esses textos? Será que é possível fazer algo com eles que não seja interpretá-los? Nós interpretamos a lei. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é encarregado de interpretar a Constituição brasileira. Um ator interpreta o papel que ele deve representar. Um maestro interpreta uma peça musical. Nós também sabemos que há diferentes teorias de interpretação. A Poética de Aristóteles nos diz como interpretar a tragédia grega: ele até enuncia algumas regras. A crítica literária desenvolveu várias teorias para a interpretação de textos literários. Parece que sabemos mais sobre a hermenêutica do que pensávamos. Será que os cientistas naturais interpretam a natureza, ou será que eles a explicam? Eles interpretam os dados coletados de experimentos?...Para Gadamer, a hermenêutica é a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação quanto aplicação...Friedrich Schleiermacher afirma que a hermenêutica é necessária em todos os casos de compreensão da linguagem falada ou escrita. Gadamer vai ainda mais longe (como já mencionado), afirmando que qualquer caso de compreensão de qualquer coisa necessariamente envolve a interpretação.⁴⁵⁸

Os juízes de primeiro grau e as Cortes de Justiça desempenham funções essenciais e não podem ser transformados apenas em órgãos burocráticos da Justiça. Se o juiz tem obrigação de interpretar a lei, o mesmo é com o padrão decisório ou precedente, pois estes também são textos interpretáveis e a "norma é a norma no caso, de modo que diante dos casos futuros ela será texto e, portanto, novamente será interpretada".⁴⁵⁹

Gadamer ensina que, quando o juiz adapta o texto normativo (e com maior razão a “norma” do caso anterior) às necessidades do presente, ele está resolvendo uma questão prática e isso não pode ser considerado como um ato arbitrário ou até

⁴⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 52; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192-221.

⁴⁵⁸ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 11-13.

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 63.

de desobediência institucional. Se a lei que foi feita no passado exige a interpretação para resolução do caso presente, a norma ou precedente das Cortes de Vértice também são textos passados e vão exigir nova interpretação.⁴⁶⁰

A descrição de um fato na lei (*fattispecie*) somente descreve e antecipa algumas possibilidades futuras. É a redução de um texto normativo a um juízo hipotético. O precedente ou padrão decisório (ou a norma, como denomina Marinoni) da mesma forma que a lei, traz uma orientação que permite uma previsão de êxito, mas não pode prescindir da interpretação. “A sentença cria o Direito no mesmo momento que o aplica”, disse Natalino Irti.⁴⁶¹

Os precedentes ou padrões decisórios (norma) emitidos pelas Cortes de Vértice devem ser respeitados e servir de guia para juízes e Cortes de Justiça, mas nunca inibir a interpretação, como sempre defendeu e ainda defende o positivismo exegético.⁴⁶²

Importante é mencionar que, mesmo para cumprir a sua função pública (*ius constitutionis*) de estabelecer a uniformidade da interpretação da legislação federal ou da Constituição, as Cortes de Vértice dependem da provocação dos litigantes que buscam a aplicação mais justa da lei para defender interesses pessoais, fazendo prevalecer, para o recorrente, a finalidade privada (do *ius litigatoris*).⁴⁶³

Portanto, as Cortes de Vértice do Brasil funcionam com uma ampla competência, o que dificulta defini-las apenas como Cortes Supremas (ou Cortes de Precedentes) destinadas a dar unidade ao Direito por meio da formação de padrões decisórios ou precedentes. Com atividades próprias da jurisdição ordinária, inúmeras vezes, as nacionais Cortes de Vértice decidem casos que interessam somente aos litigantes (*ius litigatoris*), contudo, mesmo nessas hipóteses ou quando estão na função recursal (julgamento de recurso ordinário) de Corte de Justiça (2º grau de jurisdição), dados a importância e o respeito institucional dos demais órgãos

⁴⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. vol. I, Petrópolis: Vozes, 2015. P. 430.

⁴⁶¹ Tradução livre. Texto no original: “La sentenza crea diritto nel momento stesso in cui lo applica”. In: IRTI, Natalino. Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica. In: CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna: Il Molino, 2017. p. 18.

⁴⁶² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 52.

⁴⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 124.

judiciais, seus provimentos judiciais são observados e influenciam as decisões futuras dos juízos inferiores.

Importante, mais uma vez, é relembrar que o art. 1.034 do Código de Processo Civil determina que, uma vez “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o Direito.” Assim, quando a Corte julga o caso jurídico concreto aplicando o Direito, ele resolve o conflito tutelando os interesses privados das partes.

Diante do que foi debatido, é possível afirmar que as Cortes de Vértice do Brasil desempenham as funções públicas, protegendo o *ius constitutionis*, mas, ao mesmo tempo, por suas características, tutelam os interesses privados, desenvolvendo a função de garantir o *ius litigatoris*, conforme expressamente previsto na Constituição da República (arts. 102 e 105) e no Código de Processo Civil (art. 1.027 e seguintes).

Embora as Cortes de Vértice desenvolvam suas funções com uma perspectiva universalista, procurando evoluir numa interpretação que sirva de guia para as instâncias inferiores, contribuindo para a formação de uma jurisprudência uniforme e estável, suas decisões também carregam uma perspectiva do particularismo jurídico temperado, como defende Taruffo, na medida que sempre estabelecem seus padrões decisórios arrimados no julgamento de casos jurídicos concretos, observando as particularidades fáticas do caso específico.

A Constituição da República e o Código de Processo Civil não deixam dúvidas. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desenvolvem a função nomofilática na sua versão moderna (tendencial ou dialética), como defendido por Alvim e Dantas,⁴⁶⁴ e de forma muito semelhante por Medina⁴⁶⁵, pois sempre adotaram a atitude de revisão dos julgados e não meramente um juízo de cassação, porque eles examinam amplamente todas as questões postas pelas partes e que foram decididas, aplicando o Direito, conforme consta do enunciado de Súmula nº 456 da jurisprudência dominante do STF: “O Supremo Tribunal Federal,

⁴⁶⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 322-342.

⁴⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29 e 124.

conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o Direito à espécie.” Esse entendimento em tudo é aplicável também ao Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶⁶

Daniel Mitidiero, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni, defendem o argumento de que as Cortes de Vértice brasileiras devem passar do *status* de Cortes Superiores ao de Cortes Supremas (ou Corte de Precedentes), e reconhecem que essa mudança precisa de alteração legislativa, pois, atualmente, sem mudança na Constituição da República, não se altera a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para funcionarem apenas como Cortes Supremas.⁴⁶⁷ E Mitidiero vai além, pois defende, nessa sua saga, “uma profunda reforma cultural”.⁴⁶⁸ Correto é seu pensamento, entretanto, não se muda pela via legislativa, nem de um dia para o outro, uma prática jurídica arraigada e sedimentada desde o Descobrimento do Brasil. Não se implanta um sistema de precedentes judiciais nos moldes da tradição do *Common Law*, alterando apenas poucos dispositivos legais do Código de Processo Civil, como está assente nos estudos efetivados nos próximos capítulos.

A *nomofilachia*, na sua versão moderna, como devem atuar as Cortes de Vértice, deve ser dinâmica, porque a *nomofilachia* estática, diz Giovanni Canzio, constrói uma “gaiola de razão”.⁴⁶⁹ A *nomofilachia* moderna é o antídoto contra os desgastes naturais do tempo, e, como enfatiza Canzio, deve levar em conta, sobretudo, a falibilidade e a limitação ou obsolescência dos padrões decisórios, “podendo escutar as vozes que se levantam de uma sociedade em constante evolução”.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 324.

⁴⁶⁷ MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153.

⁴⁶⁸ “Mais do que uma reforma legislativa, no entanto, semelhante projeto exige para sua realização uma profunda reforma cultural [...]” *In*: MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153.

⁴⁶⁹ CANZIO, Giovanni. *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino, 2018. p. 32.

⁴⁷⁰ No texto original: “La nomofilachia deve mettere nel conto la fallibilità e l’obsolescenza dell’interpretazione giurisprudenziale, ponendo ascolto alle voci che si levano da una società in continua evoluzione”. *In*: CANZIO, Giovanni. *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino, 2018. p. 32.

3 PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA E ENDEREÇOS ARGUMENTATIVOS: breve descrição da tradição jurisprudencial brasileira e a permanente comparação com o precedente judicial da tradição do *Common Law*

Para realizar qualquer estudo sobre o uso do Direito jurisprudencial ou de decisões judiciais anteriores na resolução de novos casos jurídicos, como forma de garantir previsibilidade de decisões judiciais e igualdade de tratamento dos jurisdicionados em situações semelhantes, e ainda fazer uma abordagem sobre as semelhanças e diferenças entre os padrões decisórios, como previsto no art. 927, com o precedente judicial da tradição do *Common Law*, é necessária uma ilustração histórica do caminho percorrido pela tradição jurídica processual brasileira para se investigar e compreender como se formou e evoluiu a prática jurídica dos órgãos judiciais brasileiros e as influências que receberam (legislativa e científica).

Esse “banho na memória, para que possamos ligar o antecedente ao consequente”, de que fala João Mendes de Almeida Júnior,⁴⁷¹ é importante para observar e compreender as razões de uma prática que foi repetida e respeitada durante séculos, mantendo as forças das instituições jurídicas e que, ao mesmo tempo, fornece elementos para propostas de mudanças e aprimoramentos, sem deixar de considerar essa “importante força social, a tradição”.⁴⁷²

3.1 A evolução histórica do uso de decisões judiciais anteriores na resolução de casos subsequentes no Direito processual brasileiro

O sistema jurídico brasileiro sempre utilizou a jurisprudência (e de forma bem mais ampla, de decisões passadas) como uma referência para os julgamentos. A grande questão que suscita controvérsias está nas discussões de que a jurisprudência flutua excessivamente, o que sem dúvida alguma causa certa perplexidade e incerteza jurídica.

Por consequência, a estabilidade da jurisprudência e a previsibilidade das decisões judiciais também conformam alvo crescente de preocupação do legislador e da doutrina jurídica, auferindo impulso com a vigência do Código de Processo Civil

⁴⁷¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 2.

⁴⁷² VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito especialmente do Direito brasileiro**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 35.

de 2015, ao adotar mecanismos processuais para proteger a uniformidade, a coerência e a integridade do Direito no tempo e no espaço.

Como será demonstrado adiante, não é de agora que o Direito brasileiro vem demonstrando preocupação com a instituição de mecanismos de padronização das decisões judiciais como forma de ampliar a proteção da certeza do Direito, no sentido de garantir segurança jurídica e tratamento igualitário⁴⁷³ entre os jurisdicionados por meio da previsibilidade das decisões judiciais.

Já foi expressa, exaustivamente, que a certeza do Direito é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois oferece uma expectativa válida aos cidadãos sobre os possíveis resultados da atividade jurisdicional, o que influencia diretamente no seu comportamento.⁴⁷⁴ A igualdade, por sua vez, é um atributo da certeza do Direito, no sentido de que "casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante".⁴⁷⁵

Na prática jurídica é fácil constatar que as petições dos advogados e as decisões judiciais sempre partem do cotejo com outras decisões judiciais proferidas no passado (julgados, jurisprudências, súmulas, teses etc.) e que dificilmente se encontram peças jurídicas que não façam referência a julgados anteriores (na maioria das vezes com a colação de ementas de julgados).⁴⁷⁶ E não é somente os profissionais do Direito que se utilizam das decisões passadas, mas o próprio legislador recebe essa influência da jurisprudência, no momento de atualização da legislação, que, com o passar do tempo, perde coerência em relação à realidade social ou à ordem jurídica e precisa ser modernizada.⁴⁷⁷

Essa prática de respeito à tradição do Direito judicial sempre foi observada pelos juízes e tribunais, às vezes com maior ou menor intensidade, dependendo do

⁴⁷³ No sentido de proibição de tratamento discriminatório. *In*: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150.

⁴⁷⁴ CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 260, p. 277-304, out. 2016.

⁴⁷⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica). p. 240.

⁴⁷⁶ ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 8; ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 19.

⁴⁷⁷ ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 19.

momento histórico, mas sempre se constituiu uma referência na resolução de casos subsequentes, como será demonstrado.

3.1.1 Os costumes e as façanhas como fontes do Direito em Portugal

Os costumes constituíram a fonte do Direito na era primitiva. Depois, com a prática reiterada de condutas,⁴⁷⁸ surgiram as regras jurídicas derivadas das legislações⁴⁷⁹. Assim foi com Portugal,⁴⁸⁰ que, na época da fundação do seu Reino, as fontes do Direito eram consuetudinárias e reconhecidas pelo poder central.⁴⁸¹

Naquela época, o Direito escrito era visto com certa desconfiança pela população, pois de maneira geral ele surgia para limitar ou contrariar as formas consuetudinárias e também para proteger as prepotências do rei e das classes dominantes.⁴⁸²

Essas regras consuetudinárias medievais derivavam dos costumes que surgiam com reiteração de certas condutas praticadas por determinado grupo populacional. Tais regras surgiam em reuniões de vizinhos ou por juízes locais, além das sentenças proferidas por juízes municipais, juízes arbitrais (nomeados de acordo com as partes) e da Cúria Régia (costumes da corte), e até mesmo de pareceres de juriconsultos que a partir de então constituíam “precedentes vinculantes.”⁴⁸³

⁴⁷⁸ Haroldo Valladão sustenta que para os “[...] juristas da Europa continental e da América Latina a norma surgiu anteriormente, vem a princípio dos usos e costumes e a seguir passa a ser lei escrita e promulgada.” *In*: VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito especialmente do Direito brasileiro**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 36.

⁴⁷⁹ De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa, alguns historiadores apontavam que, na Antiguidade, alguns povos, como os turdetanos, teriam um ordenamento jurídico resultante de atos legislativos e até leis escritas em forma de verso, porém, ressalta que não há comprovação, ou seja, não se conhecem essas leis e também existem divergências entre os historiadores sobre essas afirmações. Diz que a redação de preceitos jurídicos em forma de verso era frequente nos povos antigos para evitar o esquecimento ou facilitar a memorização. De toda forma, diz que a comprovação dessas afirmações é difícil e que a opinião mais divulgada é de que não se trataria de leis no sentido rigoroso do termo, mas de preceitos consuetudinários que foram transmitidos oralmente por várias gerações e que algum monarca mandou reduzir a escrito para ajudar na publicidade. *In*: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 77-78.

⁴⁸⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 77-82.

⁴⁸¹ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 100-115.

⁴⁸² GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 114.

⁴⁸³ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 115.

Essas sentenças eram conhecidas por *façanhas* e passavam a ter força de lei, aplicando-se a casos futuros semelhantes.⁴⁸⁴

De acordo com o jurista português Nuno J. Espinosa Gomes da Silva,⁴⁸⁵ existe uma discussão quanto ao real significado da palavra *façanha* no Direito português. Sustenta que em suas pesquisas conseguiu identificar que julgar por *façanhas* seria julgar por exemplos, de acordo com solução adotada em um caso semelhante e anterior e utilizado como referência; mas o mesmo autor ressalva que estas *façanhas*⁴⁸⁶ poderiam ou não ser sentenças judiciais, noticiando que há na literatura alusão a *façanhas* a partir de solução dada pelos interessados e não por sentenças.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**: fontes do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 115, nota de rodapé n. 4.

⁴⁸⁵ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**: fontes do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 115, nota de rodapé n. 4.

⁴⁸⁶ Note-se que não há uma definição uniforme dos historiadores do que seriam as *façanhas* e se elas derivavam somente de decisões judiciais ou de soluções particulares dadas aos conflitos solucionados que poderiam ser utilizadas em casos semelhantes no futuro. “É frequente, na doutrina histórico-jurídica, dar-se o nome de *façanhas* às sentenças, aos casos julgados que ficavam tendo força de lei, isto é, cuja doutrina se aplicava a hipóteses futuras semelhantes (por todos, Gama Barros – História, tomo I, 62; P. Merêa – Lições, Coimbra, 1923, 71 e Lições, Coimbra, 1925, 49; Braga da Cruz – Lições, 293, restringindo, aliás, a expressão aos casos julgados dos tribunais arbitrais). Discute-se, no entanto, o exacto conceito de *façanhas* (cfr. José Anastácio de Figueiredo – Memória sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra *Facanhas* [...] in *Memórias de Literatura Portuguesa*, Tomo I, Lisboa, 1872, 61 segs.; A. Pimenta – *Fuero Real de Afonso X, o Sábio – Versão Portuguesa do século XIII*, Lisboa, 1946, s.v. *Façanhas*, 335 e segs.). Ainda que, aqui, se não possa desenvolver a questão, talvez seja de convir nos seguintes resultados. Julgar por *façanhas*, seria julgar por *exemplos*, isto é, julgar de acordo com a solução adoptada num caso exemplar, que é tornado como paradigma. Todavia, segundo parece, estas *façanhas* podiam ou não ser sentença judiciais, casos julgados. (A *façanha* mencionada nos P.M.H.; *Scriptores, Livros de Linhagens*, IV, 358 e, precisamente, um caso de *façanha*, gerada a partir de uma solução dada pelo interessado e não por sentença). O que teria acontecido é que os reis, a pouco e pouco, vão reduzindo a possibilidade de julgar por *façanhas*, *por exemplos*, que não sejam casos julgados e, enfim, só se consentia quando se tratasse de sentenças dadas pelo rei ou por ele confirmadas. Cabe ainda dizer que esta terminologia de *façanhas*, muito frequente em Castela, não teve grande consagração no vocabulário jurídico português, da época. Veja-se, porém, o traslado da avença e concórdia feita entre Afonso IV e o infante D. Pedro, em 1356, onde se diz que o <<Iffante lhy fosse obediente como filho[...] e fizesse por el o que filho e vassalo he theudo fazer e guardar per dyreyto e per *boons costumes e boas façanhas*>> (*Documentos do Arquivo Histórico da Câmara Municipal de Lisboa – Livros de Reis – I – Lisboa, 1957, doc. Nº 36, 119*). Verificamos que Juan Garcia González – *Notas sobre fazañas* in A.H.D.E., T. XXXIII, Madrid, 1963 (mas só publicado em 1966) chega, também, à conclusão de que a *façanha*, sendo um exemplo, pode proceder de um facto distinto de sentença. Parece-nos, todavia, inaceitável a afirmação do autor de que as *façanhas* não constituíam fonte imediata de Direito.” In: GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**: fontes do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 115, nota de rodapé n. 4.

⁴⁸⁷ Castanheira Neves apresenta uma ampla bibliografia sobre as *façanhas*, inclusive algumas que a consideram um instituto ibérico medieval, do período da reconquista e pré-romanista, com características de precedentes obrigatórios. Faz também referência à ‘Cronica d’El-Rey D. Afonso IV’, pág. 167, diz que “chamavam *façanha* ao Juízo ou Assento, que se tornava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez, e dos que o aprovaram, ficou servindo como de Aresto para se imitar, seguir como Lei, quando outra vez acontecesse”. In:

Com o passar do tempo, entretanto, os reis foram impondo que o julgamento por façanhas ou por exemplos fossem apenas aqueles feitos com base em sentenças dadas pelos próprios reis ou por eles confirmadas.

Essa terminologia de façanhas, ainda segundo Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, apesar de muito utilizada em Castela,⁴⁸⁸ não foi muito difundida no vocabulário jurídico da época.⁴⁸⁹

No livro *História do Direito Portuguez*, escrito por Theophilo Braga,⁴⁹⁰ em 1868, ele cita que “...na jurisprudencia feudal as *Façanhas* eram o caso julgado pelas armas” (*sic*). Menciona, ainda, uma passagem em que Frei Luiz de Sousa conta a história do Marquez de Torres Novas, a partir da narrativa do Conde de Marialva, que faz referência ao uso das façanhas nos julgamentos, a qual se transcreve *ipsis litteris*:

Já que as Leis de Portugal devassaram o foro antigo de Hespanha pelo qual os cavalleyros agravados d'outros pediam aos Reis, em logar de oferecerem libellos, campos aprazados para manterem com lança suas querellas...?» O Conde de Marialva referia-se n'estas palavras ao codigo dos privilegios dos hijos dalgo, conhecido com o nome de Fuero viejo de Castilla, em que se lhes dava o privilegio de serem julgados por ***façanhas ou sentenças arbitrarías tiradas de assignalados feitos***.⁴⁹¹ (*sic*) (a palavra em itálico é do original, mas os destaques não)

Outro historiador jurídico, Mário Júlio de Almeida Costa, ao tratar das fontes do Direito português anterior à segunda metade do século XIII, diz que os costumes constituíram uma das principais fontes e que as decisões emanadas da Cúria Régia, depois designadas costumes das Cortes, dos juizes municipais e de juizes arbitrais, tornavam-se “precedentes vinculantes.”⁴⁹²

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 6, nota 13.

⁴⁸⁸ Região da parte central da Espanha que foi determinante na criação do Reino de Portugal.

⁴⁸⁹ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**: fontes do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 115, nota de rodapé n. 4.

⁴⁹⁰ BRAGA, Theophilo. **História do Direito Portuguez**: os foraes. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868. p. 39. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310701093&view=image&seq=63>. Acesso em: nov. 2019.

⁴⁹¹ BRAGA, Theophilo. **História do Direito Portuguez**: os foraes. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868. p. 39. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310701093&view=image&seq=63>. Acesso em: nov. 2019.

⁴⁹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 190 – 191, nota de rodapé n.1.

Explica ele, em nota de rodapé, que *façanhas* era o nome dado às “decisões judiciais que adquiriram força vinculativa para futuros casos análogos”. Também diz que em determinadas obras as *façanhas* estão restritas ao âmbito das sentenças arbitrais. Acrescenta que outros autores ampliam o conceito, sustentando que os casos paradigmáticos não seriam somente as sentenças judiciais. Relata que, naquela época, julgar por *façanhas* é julgar por exemplos e que, posteriormente, ficou limitado às decisões exaradas ou confirmadas pela Cúria Régia.⁴⁹³

Embora outros historiadores do Direito português⁴⁹⁴ diverjam quanto à extensão do termo *façanha*, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, depois de pesquisarem vários autores, concluem que a palavra *façanhas* no contexto jurídico era “[...] julgamento por *exemplos* e que tal forma de julgamento tinha efeito de futuro nos casos semelhantes – o teor da versão portuguesa da Terceira Partida, Tit. 22, Lei 14, faz, a tal respeito, prova plena”.⁴⁹⁵ (*sic*).

O fato é que a palavra *façanha*⁴⁹⁶ constava até mesmo das Ordenações⁴⁹⁷, porém, realmente, não há um consenso sobre o seu significado. Nota-se, entretanto, que todas as definições constantes na doutrina indicam que seria uma espécie de julgado (de um órgão judicial ou de um árbitro) ou mesmo até um parecer jurídico, que pela substancialidade ou autoridade de quem o proferiu, ou ainda pela ausência ou omissão da legislação para regular a matéria que teria sido julgada, esta decisão deveria ser utilizada para julgamentos de casos futuros que concorressem com

⁴⁹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 191, nota de rodapé n. 1.

⁴⁹⁴ Ver pesquisa ampla sobre o termo *façanha* no Direito português em: ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito Português**. 8. ed. Lisboa: Arco-Íris – Artes Gráficas, 1993, p. 183-187.

⁴⁹⁵ “Têm os nossos assentos, é certo, casos paralelos em figuras pretéritas de determinação judicial do Direito, de que nos dá notícias a história jurídica, quer nacional – desde logo as <<façanhas>> e os assentos das Relações, mas sobretudo os assentos da Casa de Suplicação – quer de outros países europeus.” In: CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 6

⁴⁹⁶ João Mendes de Almeida Júnior diz que século XVI a “expressão *façanhas* caiu em desuso, para dar lugar à expressão – *caso julgado*, que figurava no título das *Consultas* de VELASCO e das *Decisões* de GAMA”. (*sic*). In: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 443.

⁴⁹⁷ “A Ord, L. II tit. XXXV § 26 diz: “[...] sem embargos de quaisquer Direitos canônicos, civis, costumes, *façanhas* e estilos”. In: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 442.

semelhantes circunstâncias,⁴⁹⁸ isto é, as façanhas eram fontes do Direito daquela época.⁴⁹⁹

Nesse período, como já mencionado, a autoridade dos costumes é reconhecida pelo poder central. Depois a força do costume perde autonomia, uma vez que o rei passa a aprovar ou reprová-los e essas normas consuetudinárias com o passar dos tempos foram codificadas.⁵⁰⁰

3.1.2 A legislação geral, as Ordenações do Reino e sua interpretação por meio dos assentos

Desde o reinado de Afonso III (1248-1279), as leis passaram a ganhar força, embora ainda figurasse o costume como principal fonte do Direito; entretanto, a lei, que poderia receber diversas nomenclaturas (decretos ou *degredo*, *ordenação*, *carta* e *postura* etc.)⁵⁰¹ passou a predominar sobre o modo de criação de regras a serem observadas pela comunidade e aos poucos a lei deixa de ser uma fonte esporádica do Direito, tornando-se um modo habitual.⁵⁰²

Durante o reinado de Afonso III, ultrapassa o número de duzentas leis, onde se destacam as leis destinadas à matéria de processo. E essa atividade legislativa se intensifica nos reinados subsequentes.⁵⁰³

Depois desse período, apesar da variedade de leis, existiam muitos e frequentes casos para julgamento que não se encontravam previstos dentro do ordenamento jurídico português. Nesses casos, recorria-se subsidiariamente ao Direito romano e ao Direito canônico (assim como ao Direito castelhano), o que de certa forma era natural, visto que a legislação daquela época tinha inspiração

⁴⁹⁸ Sobre outros significados sobre a palavra *façanhas* vejam-se ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 442-443.

⁴⁹⁹ Ainda de acordo com João Mendes Almeida Júnior, no século XVI a expressão *façanhas* deixou de ser utilizada e passou-se a utilizar a palavra *caso julgado* e depois também foi utilizada o vocábulo *aresto*. Ver: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 443.

⁵⁰⁰ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 165.

⁵⁰¹ De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa, “até finais do século XIII, cerca de 250 textos que podem incluir-se num sentido amplo de ‘lei’ (posturas, *degredos*, estabelecimentos, *ordenações* e constituições). Ver: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 257, nota 1.

⁵⁰² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 256-258.

⁵⁰³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 258.

romano-canônica.⁵⁰⁴ Essas leis eram chamadas de “Direito subsidiário” e se circunscreviam ao Direito romano e ao Direito canônico, sendo que nessa época começaram a traduzir textos legislativos e textos de doutrina que os esclareciam, porque os juizes não estavam preparados para o acesso e o uso dessas fontes.⁵⁰⁵

Outros textos legislativos foram traduzidos na época e alguns textos de doutrina que ajudavam nos esclarecimentos. *Decretais*, de Gregório IX, foi traduzido em 1359. O Código de Justiniano, a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo foram traduzidos por ordem de D. João I, por volta de 1426.⁵⁰⁶

Para evitar disparidade de julgamentos, D. João I determinou que se fizessem resumos interpretativos dessas leis, sempre que fosse necessário, e mandou distribuir dois exemplares da obra à Câmara de Lisboa para consulta dos interessados.⁵⁰⁷

Progressivamente, novas leis foram sendo editadas, tornando necessária sua compilação, existindo, segundo os historiadores, coletâneas de leis, que apresentam características comuns de não terem sido objeto de uma promulgação legislativa, embora não se possa afirmar que tenham características privadas.⁵⁰⁸

Entre essas coletâneas, incluem-se a transcrição de costumes gerais e a jurisprudência do Tribunal da Corte, admitindo-se que elas se constituíram em trabalhos preparatórios para as Ordenações Afonsinas.⁵⁰⁹

Então, veio a época das Ordenações: as Ordenações Afonsinas (1446/1447),⁵¹⁰ com o escopo de sistematizar e atualizar o Direito vigente, e depois as Ordenações Manuelinas (1512/1513),⁵¹¹ e em seguida, as Ordenações Filipinas

⁵⁰⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 263-264.

⁵⁰⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 263-264.

⁵⁰⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 265.

⁵⁰⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 265.

⁵⁰⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 265.

⁵⁰⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 265.

⁵¹⁰ Na realidade é uma data aproximada, pois não se sabe com exatidão quando ocorreu a publicação e a própria vigência das Ordenações Afonsinas. *In*: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 275.

⁵¹¹ Também existem divergências entre autores de quando a obra ficou pronta e quando começou sua vigência, sendo que se conhecem exemplares impressos em 1512 e 1513, mas alguns historiadores dizem que a edição integral das Ordenações Manuelinas teria sido impressa em 1514. Outros vão sustentar que foi somente em 1521, ano da morte de D. Manuel, que se verificou a edição definitiva das Ordenações Manuelinas. Segundo Almeida Costa, a fim de evitar

(1603)⁵¹², sendo que essas duas últimas na realidade atualizaram a primeira das Ordenações, ou seja, seus dispositivos incluíram-se depois nas Ordenações Manuelinas e também nas Ordenações Filipinas”⁵¹³

Para enfrentar o problema da interpretação da lei, de caráter geral, e com efeito vinculante para o futuro, como já destacado, era uma preocupação desde D. João I, foi disciplinada uma legislação⁵¹⁴ na segunda década do século XVI, cujas disposições foram depois incluídas nas Ordenações Manuelinas e, em seguida, nas Ordenações Filipinas.⁵¹⁵

Essas disposições ordenavam que, quando houvesse dúvidas sobre a interpretação de algum preceito legal, os desembargadores deveriam se socorrer ao regedor do mesmo tribunal, que convocaria os desembargadores que ele quisesse e juntos fixariam a interpretação mais adequada. Caso ainda permanecessem dúvidas interpretativas, o regedor da Casa de Suplicação⁵¹⁶ poderia submeter a questão ao Rei para a definição da correta interpretação.⁵¹⁷

confusões com a Carta Régia de 1521, foi imposto que os possuidores de exemplares da impressão anterior os destruíssem, sob pena de multa e degredo, fato atribuído hoje a grande raridade de encontrar uma obra daquela época. Foi a legislação, segundo Almeida Costa, mais duradoura em Portugal, sendo revogada somente em 1º de junho de 1867, com a publicação do Código Civil português. E, no Brasil, foi revogada com o Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. *In*: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 282-283, 288-289, nota 2.

⁵¹² Foram concluídas em 1595, sendo aprovada pela Lei de 5 de Junho do mesmo ano, mas somente produziu efeito no reinado de Filipe II, através da Lei de 11 de Janeiro de 1603. *In*: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 288-289.

⁵¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 283-292.

⁵¹⁴ “Alvará de 10 de Dezembro de 1518, em fe determina quem deve conhecer fobre os Julgadores, que não guardão as Ordenaçoes. E no princip. diz o mefmo que a Ord. ant. do Senhor D. Manoel liv. 5, tit. 58. § 3., e que a nov. liv. 1. tit. 5. § 6., ainda que nefte feja neceffario accrefcentar depois do verf. E fe o *Julgador de que fe a parte agrava*, as palavras: *ou o cafo de que fe agrava*, continuando-fe, for tal cc., para fupprir o defeito, que nelle fe encontra, produzindo não pequena obfcuridade, que não fe acha nefte Alvará, nem na dita Ord. antiga. O mefmo dito Alvará no § 1. diz o mefmo que a dita Ord. ant. § 1., e que a dita Ord. nov. § 5. No § 2. diz o mesmo que adita Ord. ant, liv. 1. tit. 2. § 9., e nov. liv. 1. tit. 2. § 10. nos verf. *E tanto que*, até ao fim; cujo verf. por improprio do mefmo lugar he que tal vez fe não acha no § 9. do Regimento, que o Senhor Rei D. João III. deo ao Chanceller mór, na criação e divisão do Chanceller da Cafa da Supplicação, a 10 de Outubro de 1534, dizendo o mefmo que os ditos §§ no reto. E quanto ao dito § 1. defte Alvará veja-fe a Carta Regia de 6 de Setembro de 1617, o Decreto de 4 de Fevereiro de 1684, a Lei de 3 de Novembro de 1768. §5., e a Lei de 18 de Agofto de 1769 no § 4. e 8.” (sic). *In*: FIGUEIREDO, José Anastasio de. **Synopsis Chronologica**: subsídios ainda os mais raros para a história e estudo critico da legislação portugueza. Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1790. p. 231.

⁵¹⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 300-301.

⁵¹⁶ Essa denominação é “porque supplica ou supplicação he a petição dirigida ao Príncipe, que se supunha sempre presidir aquelle Tribunal, para reparar o rigor da justiça” (sic). *In*: ALMEIDA,

A partir de então, estava estabelecida a instituição jurídica responsável por definir a interpretação legal quando houvesse dúvidas ou divergência sobre qual o melhor sentido do Direito.⁵¹⁸ Essas decisões proferidas (decisões esclarecedoras) pela Casa de Suplicação foram denominadas de assentos,⁵¹⁹ sendo todas as decisões anotadas no *Livro dos Assentos*, constituindo, a partir de então, como decisões vinculantes para casos futuros semelhantes.⁵²⁰

Essas determinações constavam das Ordenações Manuelinas, no Livro V, tit. LVIII, § 1º, verbis:⁵²¹

E havendo por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos, ou alguns deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor; o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenações se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida.⁵²²

Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1860. p. 17, nota 3.

⁵¹⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 300-301.

⁵¹⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301; GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. I vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. p. 228.

⁵¹⁹ Na definição de Álvaro Villaça Azevedo, os “assentos têm sua origem no Direito Português, sendo certo que eram tomados em instância superior com o objetivo de unificação da jurisprudência, para que não fosse esta um amontoado de julgados contraditórios a solapar o prestígio dessa importante fonte do Direito”. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020. p. 117.

⁵²⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301.

⁵²¹ Texto original: “E assi Auemos por bem, que quando os Defembargadores que forem no defpacho d’alguu feito, todos, ou alguũ deles teuerem algũa duuvida em alguã Noffa Ordenaçam do entendimento dela, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mefa grande com os Defembargadores que lhe bem parecer a determinará, e fegundo o que hi for determinado fe poerá a fentença. E fe jna dita Mefa forem iffo mefino em duuvida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fará faber, pera Nós niffo Prouermos. E os que em outra maneira interpretarem Noffas Ordenações, ou derem fentenças em alguũ deles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, fem hirem ao Regedor como dito he, feram fufpensos atee Noffa Merce. E a determinação que fobre o entendimento da dita Ordenaçam fe tomar, mandará o Regedor efereuer no liurinho para fepois nom viir em duuida.” Ordenações Manuelinas. In: Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/l5p194.htm>. Acesso em: 03 out. 2019

⁵²² Tradução para o português mais moderno extraída do acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional Português. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 810/93**. A questão da inconstitucionalidade da norma do art. 2. do Código Civil - o instituto dos assentos. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/4837>. Acesso em: 30 out. 2019.

Um pouco antes das Ordenações, a interpretação autêntica era prerrogativa do Rei, que durante um período até presidia as sessões do tribunal superior e lá mesmo decidia as dúvidas interpretativas. Com o passar do tempo e a complexidade crescente da administração do Reino, entretanto, o Rei transferiu essa prerrogativa para a Casa de Suplicação que ficava sediada em Lisboa e era o tribunal superior que acompanhava a Corte.⁵²³

Em Lisboa, ainda funcionava a Casa do Cível, outro tribunal que constituía segunda instância e tinha competência em alguns recursos cíveis de todo o País.

Como a população das comarcas de Trás-os-Montes, Entre Douro e Minho e Beira tinham um grande custo para fazer seus recursos em Lisboa, o Rei Filipe I, em 1582, declarou extinta a Casa do Cível de Lisboa e criou a Relação da Casa do Porto, na cidade do Porto, que passou a ser a segunda e última instância nas apelações e agravos das comarcas do Norte de Portugal nas matérias criminais.

Nas causas cíveis também era a última instância, exceto nas causas de determinada alçada (valor da causa), quando a parte poderia ainda formular um recurso para a Casa de Suplicação de Lisboa.⁵²⁴ Ou seja, ainda existia uma certa subordinação da Relação da Casa do Porto perante à Casa da Suplicação.

Independentemente dessa hierarquia jurídica, os desembargadores do recém-criado tribunal passaram a proferir assentos (interpretações autênticas), nos moldes daqueles da Casa de Suplicação, com força vinculativa, apesar de nenhum texto legal lhes conferir poder para tanto, causando contradições interpretativas.⁵²⁵

Depois, com a criação das Relações criadas no Ultramar⁵²⁶, esses tribunais também passaram a editar assentos interpretativos, inclusive no Brasil, no período em que o País esteve politicamente ligado a Portugal, com as Relações da Bahia em 1609 e a do Rio de Janeiro em 1751.⁵²⁷

⁵²³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301-304.

⁵²⁴ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 228-229; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301-303.

⁵²⁵ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 228-229; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301-303.

⁵²⁶ Possessões que uma nação tem do outro lado do mar, ou onde se chega após longa travessia "ultramar". Dicionário Priberam da Língua Portuguesa 2008-2020. *In*: Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/ultramar>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁵²⁷ Nessa época ainda foram estabelecidas as Relações do Maranhão (1812) e de Pernambuco (1821). Fonte: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 303, nota n. 4.

Somente em 1769, com a chamada Lei da Boa Razão,⁵²⁸ editada em 18 de agosto, o Reino estabeleceu ordem na edição dos assentos, determinando que somente os assentos aprovados pela Casa da Suplicação teriam autoridade (Lei da Boa Razão, § 8º), pois era o tribunal supremo do Reino, sendo que os assentos das Relações somente poderiam alcançar esse valor normativo depois da confirmação pela Casa da Suplicação (Lei da Boa Razão §§ 5º e 14). Assim acabava a possibilidade de existirem assentos contraditórios.⁵²⁹

No Brasil Imperial, o Judiciário não dispunha de uma jurisprudência coerente e sistematizada, o que causava críticas e uma certa intranquilidade e insegurança jurídica, sendo necessário se utilizar dos assentos português para uma maior racionalidade e uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais daquela época.⁵³⁰

O Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875,⁵³¹ autorizou a aplicação dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa no Brasil, com força de lei, bem como autorizou o Supremo Tribunal de Justiça⁵³² a editar seus assentos.⁵³³ Esse decreto

⁵²⁸ Esse nome deveu-se a constante referência em seus dispositivos ao termo “boa razão”. Fonte: GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. v. I. p. 276; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 366.

⁵²⁹ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes do Direito**. I vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933. p. 279; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 367-368.

⁵³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. p. 121. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em 29 set. 2020.

⁵³¹ Decreto nº 2.684/1875: “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, à excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. § 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações. § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. § 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal. (sic) Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrário.” (sic). In: BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, p.183, v. 1, pt I. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁵³² Marcus Seixas Souza conta em sua dissertação de mestrado que antes mesmo do Supremo Tribunal de Justiça ser autorizado a instituir os assentos, essa competência foi conferida aos Tribunais do Comércio, mas foi revogada quando se permitiu ao Supremo Tribunal de Justiça editar seus próprios assentos. In: SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) –

estabelecia logo no seu artigo 1º que os assentos, exceto aqueles que fossem derogados pela legislação posterior, teriam “força de lei em todo o Império”.⁵³⁴

Já o Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876,⁵³⁵ regulamentou o decreto anterior, indicando o procedimento para serem editados os assentos.⁵³⁶ De acordo com esse decreto, os assentos visavam a unificar divergências de entendimento dentro do próprio Tribunal e com os órgãos inferiores e juizes de primeiro grau.⁵³⁷ O decreto ainda disciplinava que a divergência dos julgamentos teriam por objeto o “Direito em these ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos factos.”⁵³⁸

Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014. p. 113 -116. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15279?mode=full>. Acesso em 29 set. 2020. No mesmo sentido é Araken de Assis: “Nenhuma notícia mais concreta se tem acerca do uso da prerrogativa. E se há algum indício consistente, a circunstância de o art. 1º do Decreto 2.684, de 23.10.1875, conferir força de lei aos ‘assentos tomados na Casa de Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até à época da Independência’, salvo os revogados por legislação posterior, insinua o imobilismo do Rio de Janeiro. Nenhuma referência há aos assentos da Casa de Suplicação do Brasil. É de se presumir, já instalado o Supremo Tribunal de Justiça, a necessidade de incorporar, no mínimo, os assentos tomados até 1822, se existentes, senão até o funcionamento efetivo deste último tribunal, substituto da Casa de Suplicação. A omissão induz a inexistência de tais teses jurídicas da Casa de Suplicação do Brasil.” *In*: ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 71.

⁵³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020. p. 121.

⁵³⁴ Decreto nº 2.684/1875: Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, à excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, **têm força de lei em todo o Imperio**. (não há destaques no original). *In*: BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, p.183, v. 1, pt I. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁵³⁵ BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵³⁶ DIDIER, Fredie Jr. Formação do precedente e amicus curiae no Direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 220, jun. 2013. p. 407-421.

⁵³⁷ Decreto nº 6.142/1876: Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada. (sic). BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵³⁸ Art. 2º, § 2º, do Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876. *In*: BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal

Observa-se que os assentos tinham as mesmas características das atuais súmulas (vinculantes ou persuasivas), pois eram destinados a uniformizar interpretação e dirimir divergências sobre dispositivos constitucionais ou legais, além da força de lei, conforme já destacado no art. 2º, § 2º e 3º do Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875.⁵³⁹

É importante enfatizar, porém, que o Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876, ressaltava que as questões de fato seriam determinantes para aplicar ou não o assento, ou melhor, que estes deveriam somente ser editados para dirimir interpretações de textos normativos.⁵⁴⁰

Esses assentos tinham força de lei e somente poderiam ser revogados pelo Poder Legislativo, isto é, nem o próprio Supremo Tribunal de Justiça tinha competência para, depois de aprovada a edição de um assento, revogá-lo posteriormente.⁵⁴¹

de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵³⁹ Decreto 2.684/1875: [...] § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.

§ 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal. (sic). *In*: BRASIL.

Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, p.183, v. 1, pt I. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁵⁴⁰ Decreto nº 6.142/1876: [...] 2º Que a divergencia dos julgamentos tenha por objecto o Direito em these ou a disposição da lei, e não a variedade da applicação proveniente da variedade dos factos. *In*: BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876.** Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵⁴¹ Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada.

§ 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações.

§ 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, **numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.**

§ 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, **e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.** (grifos nossos). *In*: BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876.** Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em:

Não se deixa de mencionar que o procedimento previa a participação obrigatória das Relações do Império⁵⁴² e a possibilidade de participação do Instituto dos Advogados Brasileiros, dos Tribunais do Comércio e de “Jurisconsultos de melhor nota”, o que possibilitava um amplo debate jurídico (comparticipação), além de conferir maior legitimidade aos assentos.⁵⁴³

Os assentos também somente poderiam ser instituídos em processos findos, depois de esgotados os recursos ordinários previstos em lei, e deveriam constar no preâmbulo dos assentos as razões que lhe serviram de fundamento. (art. 2º, parágrafo único, 1º e art. 9º § 5º do Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876)

João Mendes de Almeida Júnior definia os assentos, dizendo que eles não resolviam “litígios *hic et nunc*,”⁵⁴⁴ isto é, são determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorrem dúvidas manifestadas por julgamento divergentes” e que eles seriam como leis, associando o Poder Judiciário ao Poder Legislativo.⁵⁴⁵

João Mendes de Almeida Júnior advertia que não se podia confundir os assentos com os arestos, nomenclatura ainda hoje empregada na prática forense. Dizia ele que os arestos são “casos julgados entre certas e determinadas partes litigantes”, vale dizer, “são casos particulares julgados” e podem ser utilizados como “simples exemplos que podem ser seguidos ou não em casos semelhantes e que não obrigam senão às próprias partes” enquanto os assentos “são lei”, ou “disposições genéricas”.⁵⁴⁶

Dessa forma, os arestos aqui nada mais são do que um sinônimo do que hoje

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵⁴² Art. 2º, § 1º do Decreto nº 2.684, de 23 de novembro de 1875. *In*: BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, p.183, v. 1, pt I. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁵⁴³ Art. 6º, § 2º do Decreto nº 6.142 de 10 de março de 1876. *In*: BRASIL, **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁵⁴⁴ Locução latina que traduzida literalmente significa aqui e agora, imediatamente; sem mais demora.

⁵⁴⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 444.

⁵⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 444 - 445.

se convencionou chamar de jurisprudência (em sentido lato), ou de forma mais específica, de acórdão(s) específico(s), que pode ser utilizado como referência ou paradigma para solução de outros casos similares.⁵⁴⁷

Os arestos, dizia João Mendes de Almeida Júnior, são “decisões judiciais não suscetíveis de reforma, proferidas, em forma de julgamento definitivo, pelos tribunais superiores”. De qualquer maneira, não deixa de ser um exemplo de como o Judiciário brasileiro sempre utilizou julgados anteriores como padrões decisórios para julgamento de casos análogos sucessivos.

Aliás, afirma-se que a utilização dos arestos nos julgamentos do Poder Judiciário brasileiro é uma prática consolidada e até o momento mais comum, pois qualquer decisão judicial, inclusive das Cortes de Vértice, em regra, são recheada de arestos de julgamentos anteriores proferidos nos mais diversos tribunais.

Ainda com relação aos assentos, do Direito português, Mário Júlio de Almeida Costa conta que a Casa da Suplicação de Lisboa continuou a editar assentos até a chegada do constitucionalismo.⁵⁴⁸ Depois, essa tradição foi retomada, em matéria cível, pela Reforma do Processo em 1926 e prevista nos códigos seguintes, tanto em matéria cível, criminal e trabalhista e alguns tribunais administrativos.⁵⁴⁹

Nos anos de 1990,⁵⁵⁰ o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade⁵⁵¹ dos assentos vinculantes⁵⁵² previstos no art. 2º do Código Civil português,⁵⁵³ por entender que os assentos com “força idêntica à da lei” desrespeitavam o princípio da separação dos poderes, pois tal dispositivo legal conferia poderes aos tribunais de fixarem normas com força obrigatória geral,

⁵⁴⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 132; DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 311.

⁵⁴⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 367-369.

⁵⁴⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 367-369.

⁵⁵⁰ Acórdão nº 810/93. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 810/93**. A questão da inconstitucionalidade da norma do art. 2. do Código Civil - o instituto dos assentos. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/4837>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵⁵¹ Sobre a inconstitucionalidade dos assentos, ver: CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

⁵⁵² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 367-368.

⁵⁵³ “ARTIGO 2º * (Assentos). Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral. * (Revogado pelo Dec.-Lei 329-A/95, de 12-12)”. In: Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 07 out 2019.

assumindo “assim a natureza de actos não legislativos de interpretação ou integração das leis”.⁵⁵⁴

Consta do acórdão nº 810/93⁵⁵⁵ do Tribunal Constitucional português, o seguinte trecho que merece destaque:

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

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

Realmente, a partir do momento em que o Poder Judiciário tem a prerrogativa de editar assentos ou qualquer outro tipo de padrão decisório com força de lei, obviamente, ele desenvolve uma função semelhante à do Parlamento.

3.1.3 As primeiras tentativas de padronização decisória tipicamente brasileira: os prejudgados, os *cases law*, as súmulas da jurisprudência predominante e o incidente de uniformização de jurisprudência

Os assentos tiveram validade no Brasil até a República, quando passaram a existir os prejudgados, que nada mais eram do que uma espécie de assentos, porém, sem a característica de força de lei.⁵⁵⁶ O regime republicano, com divisão bem delimitada dos poderes do Estado, não coadunava com uma associação de funções legislativas entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e que, portanto, a edição de assentos não seria uma atribuição legítima dos tribunais.

⁵⁵⁴ Acórdão nº 810/93. *In*: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 810/93**. A questão da inconstitucionalidade da norma do art. 2. do Código Civil - o instituto dos assentos. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/4837>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵⁵⁵ Acórdão nº 810/93. Pág. 46-47. *In*: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 810/93**. A questão da inconstitucionalidade da norma do art. 2. do Código Civil - o instituto dos assentos. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/4837>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. p. 122-123. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

Assim, em substituição aos assentos, foram instituídos pelo Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro 1923 (artigos 103 e 140), os chamados prejudgados.⁵⁵⁷ Prejudgados, na verdade, foi o nome dado ao mecanismo de uniformização de interpretações divergentes (art. 103 do Decreto nº 16.273 de 20 de dezembro de 1923).

Primeiramente, ele foi instituído no âmbito do Distrito Federal (o mencionado Decreto reorganizava a Justiça no Distrito Federal), sendo que logo foram revogados pela Reforma Judiciária instituída pelo Decreto nº 5.053, de 6 de novembro de 1926,⁵⁵⁸ e depois restabelecidos pelo Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930 (art. 7º).⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Art. 103. Quando a lei receber interpretação diversa nas Camaras de Appellação civil ou criminal, ou quando resultar da manifestação dos votos de uma Camara em um caso sub-judice que se terá de declarar uma interpretação diversa, deverá a Camara divergente representar, por seu Presidente, ao Presidente da Côrte, para que este, incontinenti, faça a convocação para a reunião das duas Camaras, conforme a materia, fôr civil ou criminal.

§ 1º. Reunidas as Camaras e submettida a questão á sua deliberação, o vencido, por maioria, constitue decisão obrigatoria para o caso em apreço e **norma aconselhavel para os casos futuros, salvo relevantes motivos de Direito, que justifiquem renovar-se identico procedimento de installação das Camaras Reunidas.**

§ 2º. O accordam será subscripto por todos os membros das Camaras Reunidas e, na sessão que se seguir, a Camara que tenha, provocado **o procedimento uniformizador, applicando o vencido aos factos em debate, decidirá a causa, resalvada aos membros das Camaras que se tenham mantido em divergencia a faculdade de fazer refereneia não motivada**, aos seus votos, exarados no referido accordam.

§ 3º. Para os fins previstos neste artigo, cada Camara terá um livro especial, sob a denominação de ***livro dos prejudgados***, onde serão inscriptas as ementas dos accordams das Camaras Reunidas, inscripção que será ordenada pelos respectivos presidentes.

§ 4º. Em caso de empate na votação, o presidente da sessão de Camaras Reunidas, que será o da Camara que provocou a decisão, submeterá o caso ao Presidente da Côrte, para que este, com precedencia sobre qualquer outro julgamento, submetta a materia á deliberação da mesma Côrte.

§ 5º. Serão, sempre, relatores dous desembargadores, um de cada Camara, designado pelo respectivo presidente.

§ 6º. Na primeira semana de cada trimestre, o secretario da Côrte providenciará para que seja feita, sob sua directa e pessoal inspecção, a permuta de inscripções entre os livros de prejudgados das Camaras de identica jurisdicção por materia.

§ 7º. As normas para confecção desses livros serão estabelecidas pelo Presidente da Côrte de Appellação, que exercerá sobre elles a necessaria inspecção e mandará que sejam franqueados ao publico. (Grifou-se)

Art. 140. A Secretaria da Côrte de Appellação incumbe:

[...]

§ 8º. O registro, em livros distinctos para cada especie, de todos os accordams, bem como a inscripção das ementas dos **prejudgados**. (grifo nosso). In: BRASIL. **Decreto nº 16.273, de 20 de Dezembro de 1923**. Reorganiza a Justiça do Districto Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1923. Revogado pelo Decreto n. 11 de 1991. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em: 12 jun. 1919.

⁵⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. p. 122. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁵⁹ Art. 7º **Fica restabelecido o instituto dos prejudgados**, criado pelo decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923 destinada a uniformizar a jurisprudência das Câmaras. (não há destaque no original). In: BRASIL. **Decreto nº 16.273, de 20 de Dezembro de 1923**. Reorganiza a Justiça do

Um pouco antes disso, ainda quando o Direito brasileiro era fortemente influenciado pelo Direito português, em 1890, isto é, logo após a Proclamação da República, durante o governo provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, foi publicado o Decreto nº 848, de 11 de outubro, que organizava a Justiça Federal e previa no art. 386⁵⁶⁰ a seguinte determinação:

Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto.
Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os **casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.** (não há grifos no original).

Ou seja, esse dispositivo instituiu os *cases law* (jurisprudência) do Direito estadunidense como um Direito subsidiário, fato que levou João Mendes de Almeida Júnior a fazer a conseqüente crítica:

Que os tribunais dos Estados Unidos da América do Norte recorressem à *common law e equity*⁵⁶¹, isto é, aos *arestos* das côrtes inglesas respectivas, é natural: mas, que, segundo dispunha o art. 387 do cit. Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890, os casos de *common law e equity* fossem subsidiários da jurisprudência e processo federal do Brasil, isso era o cúmulo da inoculação. [...] A *common law*, nos Estados Unidos, vai perdendo terreno, e da *equity*, então, já nem se fala: como, pois, abandonar o nosso Direito subsidiário, tão perfeitamente determinado pela Lei de 18 de agosto

Districto Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1923. Revogado pelo Decreto n. 11 de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁵⁶⁰ Na obra de João Mendes de Almeida consta o art. 387, porém, consultando o referido decreto, o dispositivo mencionado está inserido no art. 386.

⁵⁶¹ É um sistema rival do Common Law, que dada a rigidez deste, não se permitia desenvolver com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da sociedade o que gerava a sensação de injustiça na solução de alguns dos casos. Dessa forma, quando acontecia alguma injustiça, a parte perdedora recorria aos Chanceler que transmitia ao Rei, que era a fonte de toda a justiça e generosidade, e levava o caso ao seu Conselho para solucionar o recurso. “Quando o sistema da Common Law funcionava mal – ou porque os Tribunais Reais não podiam ser consultados, ou porque não podiam conceder a solução adequada solicitada por um pleiteante, ou porque não tinham meios para bem conduzirem um processo, ou ainda porque chegavam a uma decisão contrária à equidade -, os particulares tinham, segundo as ideias da Idade Média, a possibilidade de pedir a intervenção do rei, fazendo apelo aos imperativos de sua consciência, para que tomasse uma decisão que facilitasse o curso da justiça ou para que impusesse a solução exigida pela justiça. O Direito não era um tabu. O rei, soberano justiceiro, devia assegurar aos seus súditos a justiça; a sua intervenção era legítima nos casos em que a técnica do Direito era defeituosa.” *In*: DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 370-371, 389.

de 1769,⁵⁶² como renegar os costumes da nossa raça, os estilos do nosso fôro, os *arestos dos nossos tribunais*, para declarar *especialmente* subsidiários ‘os estatutos que regem as *relações jurídicas* dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*’, casos estes que nada mais são do que *arestos* de tribunais, *arestos* que, só por força do tradicionalismo da raça inglesa, têm eficácia jurídica e que, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, vão perdendo influência? ⁵⁶³

Essa opção legislativa parece que não foi muito bem aceita pela doutrina naquela época, que a teria interpretado como uma tentativa “de realizar um novo transplante jurídico, tal como aquele que tornou vigente o Direito português após a Independência”, como registrou Marcos Seixas Souza em trabalho acadêmico.⁵⁶⁴

Essa tentativa de aproximação ao Direito estadunidense é muito semelhante ao que se observa nos dias de hoje, quando parece que todos os problemas do Direito jurisprudencial brasileiro podem ser resolvidos copiando (e muito mal) alguns institutos da tradição do *Common Law*.

Logo em seguida, veio a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que disciplinou amplamente o Poder Judiciário e a competência dos juízes e tribunais e não fez qualquer referência à instituição de fontes subsidiárias no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário,⁵⁶⁵ constou expressamente a determinação aos juízes para utilizar a jurisprudência pátria na aplicação de casos em julgamento, como uma forma de evitar decisões contrastantes sobre a mesma questão jurídica, *verbis*:

Art 59 [...]

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.⁵⁶⁶

⁵⁶² Lei da Boa Razão.

⁵⁶³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 457-458.

⁵⁶⁴ SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro: Colônia e Império**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. p. 128. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15279?mode=full>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁶⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Coleção Constituições brasileiras**: volume II. Org. Walter Costa Porto. 3. ed. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 78 e 95.

⁵⁶⁶ Depois, com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, esse parágrafo foi reposicionado para o artigo 60, que trata da competência dos juízes e tribunais federais. *In*: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

Embora não houvesse uma vinculação como os assentos portugueses, era a própria Constituição que determinava a consulta pelos tribunais federais à jurisprudência dos Estados, quando fosse o caso de aplicar as leis estaduais, e também o contrário, quando os tribunais dos Estados fossem aplicar a legislação federal deveriam consultar os tribunais federais.⁵⁶⁷

Na sequência, veio o Código de Processo Civil, de 1939, e manteve o instituto dos prejudgados no art. 861⁵⁶⁸ para uniformização da interpretação de qualquer “norma jurídica”, sem, contudo, estabelecer qualquer efeito vinculante ou “força de lei”.⁵⁶⁹

Em 1963, o Supremo Tribunal Federal criou a Súmula da Jurisprudência Predominante por intermédio de uma emenda no seu Regimento Interno (28/08/1963) por proposta do então ministro Victor Nunes Leal.⁵⁷⁰

As súmulas da jurisprudência predominante visavam a solucionar os problemas de natureza prática, como a racionalização dos serviços, uma vez que o Supremo Tribunal Federal naquela época já julgava um número excessivo de processos (7.438 em 1962)⁵⁷¹ e era preciso garantir um “método de trabalho” para julgar mais rápido os casos repetitivos, uma vez distinguiria o entendimento sedimentado dos outros ainda não predominantes, além de, fundamentalmente, garantir a certeza do Direito e igualdade, evitando a dispersão da jurisprudência, pois “Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes.”⁵⁷²

⁵⁶⁷ Nas Constituições posteriores, não é possível observar regra semelhante. Na Constituição da República de 1988, por sua Emenda Constitucional nº 45, criou-se a súmula vinculante, que ainda será objeto de análise neste estudo.

⁵⁶⁸ Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas. *In*: BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

⁵⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito processual civil**. p. 123. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁷⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 52. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁷¹ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, 78, p. 453-459. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 453.

⁵⁷² LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, 78, p. 453-459. Disponível em:

Em resumo, o ministro Victor Nunes Leal assegurava que a criação da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal atendia aos seguintes objetivos:

[...] é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.⁵⁷³

Como se observa, a súmula da jurisprudência predominante foi inspirada nos assentos do Direito português, porém, não era (e não é) vinculante e por isso, como afirmou o ministro Victor Nunes Leal, “realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência”, ficando entre a “dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação” e a “virtual inoperância dos atuais prejudgados.”⁵⁷⁴

Já sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, outro instituto com o claro propósito de estabelecer uma padronização decisória foi o denominado incidente de uniformização da jurisprudência⁵⁷⁵, previsto do art. 476 ao art. 479.

Assim, quando houvesse divergência jurisprudencial interna, ou seja, no caso de teses jurídicas diversas sobre uma mesma questão jurídica entre órgãos fracionários da mesma Corte, caberia a uniformização de jurisprudência para dirimir as divergências de entendimento,⁵⁷⁶ possibilitando que a Corte, por seu órgão competente, fixasse a interpretação ou orientação que deveria ser acolhida por todos os seus órgãos jurisdicionais com aplicação a todos os demais casos

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 455.

⁵⁷³ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, 78, p. 453-459. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 458.

⁵⁷⁴ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, 78, p. 453-459. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 458; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de**

informação legislativa, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 52. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁷⁵ Sobre este tema, consultar: BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. **Revista AJURIS**, v. 12, n. 34, p. 189–217, jul. 1985.

⁵⁷⁶ FUX, Luiz. **Curso de Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.242.

pendentes de julgamento e os futuros casos, além de servir de objeto para edição de súmula.⁵⁷⁷

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, esse instituto foi mal aplicado e muito pouco estudado e, na verdade, até ignorado na prática e na doutrina, sendo que o legislador teria tentado resgatá-lo por meio dos artigos 926 e 927 do atual Código de Processo Civil.⁵⁷⁸

3.1.4 A padronização decisória desde a Constituição da República de 1988: teses jurídicas, súmulas vinculantes e filtros recursais

Com a Constituição da República de 1988, o controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade - ADI), que também desenvolve um papel importante nessa evolução do uso de decisões passadas para solução de controvérsias jurídicas, ganhou novos contornos com a ampliação dos legitimados para proporem as ações e com a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC)⁵⁷⁹, e da ação de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF)⁵⁸⁰ criadas pela Emenda Constitucional nº 3/93.⁵⁸¹

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nestas ações produzem interpretações que declaram a constitucionalidade ou

⁵⁷⁷ MARCATO, Antônio Carlos (coord). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.455-1.456.

⁵⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2. p. 386.

⁵⁷⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁵⁸⁰ Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. BRASIL. [Constituição (1988)].

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁵⁸¹ A Lei nº 9.868/99 regulamentou a ADI, a ADO e a ADC. A Lei nº 9.882/99 regulamentou a ADPF.

inconstitucionalidade de textos normativos, vinculando todos os órgãos judiciais e da Administração Pública.⁵⁸²

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário, criou-se a súmula vinculante com a inclusão, no Texto Constitucional, do art. 103-A⁵⁸³, possibilitando a sua edição pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com efeitos vinculantes para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Entre as finalidades da súmula, estaria a “diminuição do serviço dos tribunais, especialmente os superiores”⁵⁸⁴, bem como uniformizar a jurisprudência e resolver a questão das demandas múltiplas.⁵⁸⁵

Essa mesma Emenda Constitucional introduziu no cenário jurídico brasileiro o instituto da repercussão geral,⁵⁸⁶ mencionado no capítulo anterior, que é um requisito específico de admissibilidade para o recurso extraordinário.

⁵⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1036 - 1286.

⁵⁸³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

1º A súmula terá por **objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º **Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (não há grifos no original). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁵⁸⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 58. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁸⁵ Proposta de Emenda a Constituição (PEC) n. 500 de 1997. Relatório do Dep. Ney Lopes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/25001>. Acesso em: 02 Out 2020.

⁵⁸⁶ Art. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá **demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (não há grifos no original). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

Caso o Supremo Tribunal Federal admita o recurso extraordinário pela demonstração da existência de repercussão geral, ou, do contrário, não admita o recurso fundamentando na inexistência de repercussão geral na questão constitucional debatida, essas decisões terão efeito vinculante para os demais recursos já interpostos e eventuais recursos futuros sobre a mesma matéria.

Em seguida, a Lei nº 11.418/06 alterou o Código de Processo Civil de 1973 para regulamentar a exigência da repercussão geral.⁵⁸⁷ Durante sua vigência, o Código de Processo Civil anterior sofreu várias alterações pontuais com o objetivo de valorizar e incentivar a utilização da jurisprudência dominante dos tribunais nos julgamentos de casos futuros.

A Lei nº 9.756/98 trouxe algumas alterações no sentido de permitir que o relator decidisse, em julgamento monocrático, conflito de competência quando houvesse jurisprudência dominante sobre a questão suscitada⁵⁸⁸ e também a

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁵⁸⁷ Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. *In*: BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.**

Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁸⁸ Art. 120. [...]

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente. *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da

desnecessidade dos órgãos fracionários dos tribunais de submeter ao plenário ou órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houvesse pronunciamento do próprio tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.⁵⁸⁹

Essa lei ainda permitiu que o relator desse provimento ao recurso, de forma monocrática, se a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou dos tribunais superiores; ou poderia o relator negar seguimento ou julgar improcedente, se o recurso estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos referidos tribunais.⁵⁹⁰

A Lei nº 10.352/2001 dispensou o duplo grau de jurisdição quando a sentença estivesse fundada em súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior.⁵⁹¹

República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁸⁹ Art. 481. [...]

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁹⁰ Art. 544. [...]

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial." (NR). (Redação alterada pela Lei nº 12.322/2010).

Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557. (NR)

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (NR)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁹¹ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (NR). *In*: BRASIL. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10352.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

A já mencionada Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o instituto da repercussão geral, também criou o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que, prevendo que uma vez estabelecida uma tese jurídica no julgamento de um ou mais casos selecionados (caso-piloto ou paradigma), todos os demais tribunais devem aplicar a mesma tese para casos que discutissem a mesma questão constitucional, sob pena de ser cassada ou reformada, liminarmente, a tese contrária à orientação firmada.⁵⁹²

Esse mesmo procedimento especial para julgamento de casos repetitivos depois foi estendido para os recursos especiais do Superior Tribunal de Justiça através da Lei nº 11.672/2008.⁵⁹³

⁵⁹² Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. *In*: BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁹³ Art. 1º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 543-C:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de Direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

3.1.5 A tradição jurisprudencial brasileira e os padrões decisórios do Código de Processo Civil de 2015

Completando todo o caminho até aqui descrito, chega-se ao Código de Processo Civil de 2015, que aperfeiçoou os institutos então em curso, reforçando a importância de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), e trouxe novos institutos, além dos mecanismos para formação e aplicação de padrões decisórios (que serão objeto de análise adiante), previstos no art. 927, que devem ser observados por juízes e tribunais nos seus julgamentos.

Como salientado no início deste capítulo, essa referência histórica é imprescindível para a compreensão do papel que a jurisprudência consolidada, ou mesmo decisões judiciais anteriores, em particular dos tribunais, se desenvolveu no Brasil desde o período colonial.

Nota-se, mesmo que a jurisprudência não tenha um valor formalmente vinculante, como era na época dos assentos do Direito português, ela ininterruptamente teve um papel assaz importante nos argumentos dos juízes e advogados, demonstrando que no cotidiano jurídico brasileiro a sua utilização sempre foi real e constante.⁵⁹⁴

Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha instituído importantes mecanismos para valorização da jurisprudência, eles não estabelecem ou inauguram outra tradição no Direito processual brasileiro, pois pela análise da história permite-se constatar que os endereços jurisprudenciais consolidados,

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei aos recursos já interpostos por ocasião da sua entrada em vigor. *In*: BRASIL. **Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11672.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; CARNEVALE, Valentina. Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, n. 4, 1037-1070, ott./dic. 2004.

principalmente das Cortes de Vértice, sempre foram invocados como fundamentos das sentenças, das petições dos advogados e de textos doutrinários.⁵⁹⁵

Portanto, essa descrição da linha evolutiva do Direito brasileiro indica que a tradição jurisprudencial do País (e doutrinária também) sempre teve como característica o uso de uma solução judicial já experimentada, sendo que a preocupação com a uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, com a certeza do Direito e a igualdade dos jurisdicionados, começou antes da história jurídica do Brasil, e até antes da própria legislação nacional.

3.2 O precedente judicial e os padrões decisórios do Código de Processo Civil

Observou-se que a preocupação com a certeza do Direito por intermédio do uso de decisões judiciais anteriores como fundamento para julgamentos de casos sucessivos e, conseqüentemente, o cuidado com a uniformização da jurisprudência, são tradições do Direito brasileiro. Neste tópico, são descritas as diferenças entre o precedente nas duas tradições jurídicas mais consagradas no mundo ocidental, as tradições do *Civil Law* e *Common Law*, e fazer um cotejo com os padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil para saber se o sistema jurídico processual pátrio positivou um sistema de precedentes vinculantes.

3.2.1 O precedente da tradição do *Common Law* e o “precedente” no Direito processual brasileiro: diferentes, mas com objetivos semelhantes

As duas tradições ou famílias jurídicas mais antigas e mais difundidas no mundo ocidental contemporâneo são as tradições do *Civil Law* e a *Common Law*.⁵⁹⁶

Os países da tradição do *Civil Law* são aqueles onde a fonte primária do Direito é a lei oriunda do Poder Legislativo. Essa tradição, segundo John Henry Merryman,⁵⁹⁷ nasce provavelmente em 450 a. C., com a suposta publicação das XII Tábuas em Roma.⁵⁹⁸ A tradição da *Civil Law* se propagou pela Europa Continental e

⁵⁹⁵ ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 8.

⁵⁹⁶ VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law* *Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 34-35.

⁵⁹⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di *Civil Law***: nell'analisi di un giurista di *Common Law*. Traduzione di Anna de Vita. A cura di Mauro Cappelletti. Milano/IT: Giuffrè, 1973. p. 9.

⁵⁹⁸ Barsoti e Varano sustentam que a tradição do *Civil Law* teve início a partir do fim do século XI e início do século XII, porque antes disso o sistema jurídico europeu, onde essa tradição se iniciou, se fundava sobre o Direito consuetudinário. *In*: VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La**

pela América Latina. Nesses países, o Poder Judiciário soluciona os conflitos aplicando a lei aos casos jurídicos concretos.

Nos países da tradição do *Common Law*⁵⁹⁹, o Direito é formado primordialmente pelo Poder Judiciário (*judge made law*). Ele surge no século XV na Inglaterra⁶⁰⁰ e se propaga, sobretudo, pelos países que foram suas colônias, além da América do Norte e influencia diversos ordenamentos jurídicos na Ásia e África.⁶⁰¹

Na definição de Toni Fine, a tradição do “*common law* pode ser entendido como o Direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de *civil law*”.⁶⁰²

A doutrina do precedente judicial é a principal característica da tradição do *Common Law*,⁶⁰³ “pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos

tradizione giuridica occidentale. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 108. Outros autores sustentam que o *Civil Law* teria se iniciado na França, no início do século XIX, com o Código Napoleônico, depois se propaga por toda Europa Continental e América Latina com a codificação de Direito privado. In: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. A cura di Francesco Galgano. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993. p.2.

⁵⁹⁹ “[...] *Common Law* é, por oposição aos costumes locais, o Direito comum a toda a Inglaterra. Este Direito, da *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional.” In: DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 358 - 359.

⁶⁰⁰ Mesmo nos países da tradição do *Common Law* existem algumas diferenças entre eles, principalmente com o *Common Law* dos Estados Unidos. Para uma melhor análise da temática ver: VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 250-347; GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993; POSTEMA, Gerald J. **Common Law e sistema: una prospettiva di teoria del diritto** Traduzione dall'inglese di Luigi Mariano e Andrea. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli/IT, 2019; ALPA, Guido. *et al.* Due iceberg a confronto: le derive di *Common Law* e *Civil Law*. **Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 12. Milano/IT: Giuffrè, 2009. ISBN: 9788874745759; ACQUARONE, Lorenza et al. **Sistemi Giuridici nel Mondo**. 2. ed. Torino/IT: Giappichelli, 2016.

⁶⁰¹ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 50-51; GALGANO, Francesco. *Generalità*. In: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993. p. 1; MATTEI, Ugo; ARIANO, Emanuele. **Il modello di Common Law**. Quinta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 177; PASSANANTE, Luca. *Il Common Law: Inghilterra*. **Sistemi giuridici nel mondo**. Seconda edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2016. p. 139 -165; SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 2; FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67 e ss.; DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 353 e ss.

⁶⁰² FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

⁶⁰³ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de

precedentes para decidir novos casos que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes”.⁶⁰⁴

Essa disposição de juízes e Cortes de seguir casos que foram decididos anteriormente é denominada de *stare decisis*, que vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (manter as decisões e não alterar questões já decididas), ou, na definição mais simples, “deixe como está”.⁶⁰⁵

Em linhas gerais, significa que “a decisão do tribunal superior vinculará os órgãos judiciais inferiores”,⁶⁰⁶ sendo que, quando os juízes forem julgar seus processos, devem “verificar se um caso similar já foi submetido à Justiça anteriormente”⁶⁰⁷ e, se for um órgão de hierarquia superior ou do mesmo nível, deverá seguir a regra jurídica estabelecida no julgamento anterior, todavia, se o precedente for proveniente de um órgão de hierarquia inferior, o juiz poderá não segui-lo, embora o leve em consideração.⁶⁰⁸

Então, em uma sintética definição, na tradição da *Common Law*, o Direito se desenvolve por via das decisões judiciais sobre casos jurídicos concretos (*cases law*) que servem de referência para o julgamento de outros casos futuros, enquanto na tradição do *Civil Law* é a lei a referência para os julgamentos já que ela contém prescrições normativas gerais e abstratas.

Isso não quer dizer que o sistema legislativo nos países de tradição da *Common Law* não exista. A lei tem a sua função de fonte do Direito, mas é diferente

Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92; FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67; SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 136 e ss; SCHAUER, Frederick. **Il ragionamento giuridico: una nuova introduzione**. Traduzione di Giovanni Battista Ratti. Roma/IT: Carocci, 2018. p. 75; CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente en el Derecho inglés**. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 25.

⁶⁰⁴ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

⁶⁰⁵ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

⁶⁰⁶ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92; MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993. p. 4

⁶⁰⁷ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92.

⁶⁰⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92-93.

a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo se comparada com os países de tradição do *Civil Law*, pois o legislador daquela tradição não tem a pretensão de legislar sobre todas as matérias e divide essa tarefa de criação e atualização do Direito com o Poder Judiciário, sendo a jurisprudência e os precedentes fontes primárias do Direito e uma forma de criação e melhoria das leis⁶⁰⁹, enquanto que, na tradição do *Civil Law*, a jurisprudência, de regra, não é criadora primária do Direito, pois isso é função da legislação.⁶¹⁰

Na tradição do *Common Law*, as regras de que a decisão judicial deve ser seguida (*stare decisis*), de respeitar o precedente judicial (*doctrine of binding precedent*)⁶¹¹, é uma consequência lógica, porque ela é baseada no Direito jurisprudencial e o respeito às decisões judiciais anteriores (precedente) é garantia de uniformidade, de estabilidade, de previsibilidade, de certeza do Direito e da própria sobrevivência da tradição do *Common Law*.⁶¹²

Assim, o termo precedente (no sentido que é utilizado hoje) tem sua origem na tradição do *Common Law*, que, como dito, entre suas características, está o fato de ser um Direito eminentemente jurisprudencial, que se desenvolve fundamentalmente pelas decisões judiciais que declaram o Direito em cada caso jurídico concreto, com amparo em uma análise minuciosa dos fatos frente ao Direito posto, e assim construíram (e continuam construindo) um sistema normativo.⁶¹³

Portanto, o precedente pode ser definido, na tradição do *Common Law*, como “decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores”⁶¹⁴ e

⁶⁰⁹ SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 54 - 55; SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92-93.

⁶¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 427.

⁶¹¹ VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale: testo e materiale per un confronto Civil Law Common Law**. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 295-296.

⁶¹² MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. *In*: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993. p. 4.

⁶¹³ SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 53; FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

⁶¹⁴ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. (eds). **Interpreting precedents**. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 1.

são de aplicação obrigatória (*doctrine of binding precedent*) quando são fixados por um órgão judicial de mesma ou maior hierarquia.⁶¹⁵

Dois conceitos fundamentais para a aplicação do *stare decisis* são a *ratio decidendi* (Direito inglês) ou *holding* (Direito estadunidense) e o *obiter dictum*.

A *ratio decidendi*⁶¹⁶ (dicção em latim que significa ‘razão da decisão’, também conhecida por fundamentos determinantes) ou *holding* é “a regra de Direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso”,⁶¹⁷ enquanto o *obiter dictum*⁶¹⁸ (expressão em latim que significa ‘declaração lateral’)⁶¹⁹ ou *obiter dicta*⁶²⁰, no plural, são as declarações laterais que estão contidas na motivação da decisão judicial e que, apesar de úteis para um melhor entendimento da fundamentação da decisão, não são partes integrantes da *ratio decidendi*, isto é, não são necessárias para a solução do caso jurídico concreto em questão.⁶²¹

⁶¹⁵ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 92-93.

⁶¹⁶ Na precisa definição de Neil MacCormick: “Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão do caso.” MacCormick diz ainda que a *ratio decidendi* é uma função da decisão e das justificativas oferecidas pelo juiz para tal decisão, ou seja, a *ratio* se encontra na fundamentação, e por isso, podem existir múltiplas razões para decidir (*ratio decidendi*). E além disso, em uma Corte com vários juizes, podem haver várias razões. Isso é muito comum na análise dos votos do STF, quando por razões diferentes, os ministros chegam a resultados convergentes. Esse tema será ainda explorado no decorrer deste trabalho. In: MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 203.

⁶¹⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 142.

⁶¹⁸ Essa distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, segundo Rubert Cross e J. W. Harris, é antiga e importante porque o *obiter dictum* refere-se a uma declaração feita de passagem e provavelmente tal declaração seja considerada de menor valor do que uma proposição legal que foi qualificada como razões determinantes da decisão, e ainda mais dado que sequer todas as proposições desta natureza fazem parte dessas razões determinantes (*ratio decidendi*). In: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente em el Derecho inglés**. Traducción de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 64.

⁶¹⁹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 110.

⁶²⁰ Sobre os conceitos, relevâncias e uso abusivo do *obiter dictum*, consultar: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, maio-ago. 2018. p. 707-745.

⁶²¹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 110; FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 69; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 142.

Esses conceitos existem para diferenciar a parte da fundamentação de uma decisão judicial que transcende para aplicação em outros julgamentos (*ratio decidendi*), portanto, é vinculante, da parte que é um reforço na argumentação, porém, não é relevante para a decisão do caso em julgamento e não transcende para outros julgamentos (*obiter dictum*).⁶²²

Retornando à definição de precedente, na tradição do *Civil Law*, diferentemente da tradição do *Common Law*, que o vocábulo precedente tem um sentido exato, o termo precedente tem vários significados ou acepções, o que às vezes leva a uma imprecisão e sentido diverso da expressão derivada do Direito anglo-saxônico.

Para Taruffo⁶²³, a utilização frequente do termo precedente para designar coisas diferentes gera confusões no meio jurídico. Ele cita (pelo menos) três significados diferentes.

O primeiro é a definição clássica do termo, derivada do Direito inglês, e, portanto, da tradição do *Common Law*, que o precedente está constituído pelos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), ou seja, pela regra jurídica que foi aplicada no caso concreto. Se já existe um precedente, ou seja, uma decisão anterior que aplicou determinada regra jurídica sobre determinados fatos, essa mesma regra jurídica deve ser aplicada em casos posteriores na análise de fatos semelhantes. Se os fatos não são semelhantes, o juiz pode fazer a distinção do caso e não aplicar os fundamentos determinantes da decisão anterior naquele novo caso em análise.⁶²⁴

A segunda definição de precedente feita por Taruffo é a utilização mais genérica do vocábulo precedente, fazendo referência a toda decisão que, em alguma medida, é capaz de influenciar as decisões de um ou mais casos posteriores. São as hipóteses dos julgados proferidos pelas Cortes de Vértice que influenciam as decisões dos juízes e tribunais inferiores (precedente vertical). Esses precedentes não se fundamentam na analogia entre os fatos discutidos, isto é, eles se preocupam com as questões de Direito e não com os fatos concretos e

⁶²² FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017. p. 246-247; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 247.

⁶²³ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 422-433.

⁶²⁴ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 422-423.

individuais de cada processo. Essa forma de utilizar outros julgados, fazendo apenas a transcrição de ementas ou teses sobre questões de Direito (súmulas, teses em recursos repetitivos etc) para justificar a norma aplicada ao caso sucessivo semelhante, está arraigada na prática judicial brasileira.⁶²⁵

A terceira definição de precedente, diversa das demais, trata-se dos efeitos das decisões dos tribunais internacionais sobre a jurisprudência local. Essas hipóteses são mais perceptíveis em casos específicos, em particular relacionados aos Direitos Humanos ou nos casos, por exemplo, de controle de convencionalidade exercidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁶²⁶ Nesta hipótese, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, como é um tribunal constitucional, utiliza a jurisprudência comparada para decidir questões específicas.

Michele Taruffo identifica outro fenômeno muito importante, porém, não diretamente ligado ao precedente, que se denomina *judicial globalization*, que consiste na prática dos tribunais em citar em suas decisões princípios utilizados por um ou mais tribunais de outros países.⁶²⁷ Esse fenômeno tem sido utilizado com maior frequência em julgamentos relacionados com Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, demonstrando uma importante convergência, no contexto mundial, da aplicação desses princípios gerais e comuns às Nações.

Nesses casos, não existe, verdadeiramente, um precedente, visto que não há obrigatoriedade ou vinculação, seja vertical ou horizontal, mas funciona como exemplo em razão da sua autoridade e sua correspondência com os valores fundamentais de cada ordenamento jurídico.⁶²⁸

No Brasil, até pouco tempo, precedente era uma palavra pouco utilizada ou (ainda) utilizada em sentido totalmente diverso do significado dado pela tradição de *Common Law*.

Embora o uso e o estudo do Direito jurisprudencial sempre tenham existido no Direito brasileiro (item 3.1 supra) e que atualmente o termo precedente seja de uso corrente no léxico jurídico brasileiro, a sua utilização no sentido de uma decisão judicial anterior, proferida pelos tribunais, que vincula juízes e outros tribunais para

⁶²⁵ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 424-425.

⁶²⁶ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 426.

⁶²⁷ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 426-427.

⁶²⁸ TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 427.

aplicação em julgamentos posteriores, nos moldes da tradição de *Common Law*, é relativamente recente.

Tanto é verdade que não consta a definição ou o verbete da palavra precedente entre alguns dos dicionários jurídicos brasileiros mais conceituados.⁶²⁹ No Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, 24ª edição (2004), a definição de precedente era a relativa a “vida pregressa”, ou antecedentes criminais relativos à pessoa.⁶³⁰ Esse fenômeno não aconteceu somente no Brasil. Todos os países da tradição do *Civil Law* não utilizavam o vocábulo precedente, ou, quando o utilizavam, era com significado diverso dos países da tradição *Common Law*.

Uma é que o precedente no sistema *Civil Law* é um fenômeno bastante recente. Antes do segundo pós-guerra, não se falava do precedente no *Civil Law* e tampouco na prática do Direito não era frequente fazer referências a precedentes. Nas décadas de 1950, 1960 e 1970, esse costume se desenvolve. Apesar disso, por exemplo, na França hoje o precedente não existe. (Tradução livre)⁶³¹

Na prática forense brasileira, a palavra precedente também tem diversas acepções. Comumente, é empregada para identificar qualquer julgado que é utilizado pelos advogados ou pelos juízes como referência para sustentar suas teses jurídicas, utilizando-a como argumento de autoridade para solução do caso em julgamento.⁶³² Nessa hipótese, o termo precedente é utilizado no sentido de acórdão e é representado, frequentemente, por uma emenda⁶³³ de um julgado.

A palavra precedente também é utilizada como sinônimo de acórdãos, súmulas e jurisprudência predominante, que são utilizados nos comentários de

⁶²⁹ Até a 2ª edição (2005) do Dicionário Jurídico da prof. Maria Helena Diniz e na 8ª edição (2006) do Dicionário Técnico Jurídico do dicionarista Deocleciano Torrieri Guimarães não constavam o verbete sobre “precedente”. Ver: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 627; DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

⁶³⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 627.

⁶³¹ No original: “[...] el precedente en el sistema del *Civil Law* es un fenómeno bastante reciente. Antes de la segunda pós-guerra, no se hablaba del precedente en el *Civil Law* y tampoco en la práctica del Derecho era frecuente hacer referencias a los precedentes. En las décadas de 1950, 1960 y 1970, esta costumbre se desarrolla. A pesar de esto, por ejemplo, en la Francia de hoy el precedente no existe.” In: TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88. Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁶³² GINO, Gorla. Precedente giudiziale. In: **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istitvto della enciclopedia italiana Treccani, 1991, volume XXVI. p. 1-14.

⁶³³ “Sinopse ou resumo de uma decisão judicial, principalmente dos acórdãos dos tribunais”. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 349.

artigos de lei e nas doutrinas de forma geral e ainda quando se quer fazer referência genérica a uma decisão judicial anterior.⁶³⁴

Por vezes, o vocábulo precedente é utilizado para se referir a uma norma específica extraída de um caso jurídico concreto, isto é, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) de uma específica decisão – em regra um acórdão – que possa ter qualquer similitude com outro caso concreto em julgamento e que possa ser usado para decidi-lo.⁶³⁵ Essa definição é a que mais se aproxima do conceito de precedente da tradição do *Common Law*.

No Código de Processo Civil de 1939, a palavra precedente aparecia uma vez apenas no art. 773⁶³⁶ e no sentido genérico de algo que antecede, sem qualquer relação com o significado de provimento jurisdicional anterior e muito menos vinculante, fazendo alusão às providências que o juiz deveria tomar igualmente àquelas previstas no dispositivo anterior (art. 772).

Já no Código de Processo Civil de 1973, o vocábulo precedente constava do texto em pelo menos seis lugares, sendo que alguns constavam do seu texto original e outros foram inseridos posteriormente:⁶³⁷ nos artigos 331, 479, 887 e 1.134; e, ainda no título da Seção III, do Capítulo III, que tratava da execução das obrigações da fazer e não fazer e do título da Seção X, do capítulo IX, que tratava do inventário e da partilha.⁶³⁸

⁶³⁴ GINO, Gorla. Precedente giudiziale. In: **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istituto della enciclopedia italiana Treccani, 1991, volume XXVI. p. 1-14.

⁶³⁵ CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. **Analise e diritto**, 2004, p. 78-79. Disponível em: <https://it.readkong.com/tmp/readkong--il-precedente-giudiziale-8492636.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁶³⁶ Art. 773. As providências do artigo **precedente** serão também autorizadas nos seguintes casos: (não há grifos no original). In: BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶³⁷ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções **precedentes**, e versar a causa sobre Direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002);

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá **precedente** na uniformização da jurisprudência;

Art. 887. Havendo contestação do crédito, o depósito das importâncias referido no artigo **precedente** não será levantado antes de passada em julgado a sentença; Art. 1.134. As disposições da seção **precedente** aplicam-se: (sem grifos ou destaques no original). In: BRASIL.

Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁶³⁸ **Seção III**: Das Disposições Comuns às Seções Precedentes; **Seção X** Das Disposições Comuns às Seções Precedentes (sem destaques no original). In: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro**

Observa-se da leitura dos dispositivos mencionados que a acepção dada à palavra precedente em nada se assemelha ao sentido de precedente judicial da tradição de *Common Law*.⁶³⁹ O art. 479⁶⁴⁰ até faz alusão ao termo precedente, porém, para indicar que as súmulas editadas devem servir de referência obrigatória na uniformização da jurisprudência.⁶⁴¹

Com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, a utilização da palavra precedente ganhou força no cenário jurídico brasileiro em decorrência da preocupação do legislador em estabelecer mecanismos para uniformizar e manter a estabilidade da jurisprudência (arts. 926 e 927).

Ainda assim, no atual Código de Processo Civil, o termo precedente não é utilizado no mesmo sentido da tradição do *Common Law*. Aliás, como já destacado, não há uniformidade quanto aos seus significados.

Ele aparece no atual Código de Processo Civil no art. 489, § 1º, V e VI; arts. 926, § 2º e 927, § 5º (na redação original ainda continha o vocábulo precedente nos arts. 988, IV e 1.042, § 1º, II, todavia, foram revogados pela Lei nº 13.256/2016).

Nas duas vezes em que a palavra precedente aparece no art. 489, ela vem com o mesmo significado (e importância) de jurisprudência e súmula, pois o legislador não as diferencia ao tratar de conceituar uma decisão não fundamentada.

No inciso V do § 1º do art. 489, consta que não se considera fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Ora, aqui o legislador tratou o precedente e a súmula como sinônimos. Isso seria possível? Ou seja, súmula e precedente são a mesma coisa? A resposta é negativa. E mais adiante se explica.

de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁶³⁹ Obviamente, como já ficou claro no item 4.1., mas sempre é válido repetir, não estamos aqui a defender a ideia de que a utilização da jurisprudência como parâmetro ou referência para decisão de outros casos jurídicos semelhantes seja um fenômeno recente, mas que a utilização do vocábulo precedente no mesmo sentido que é utilizado na tradição do *Common Law*, ou seja, como uma fonte primária do Direito.

⁶⁴⁰ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante. *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁶⁴¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 129.

No inciso VI do mesmo dispositivo o legislador diz que também não se considera fundamentada qualquer decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Ou seja, o legislador nestes dispositivos tratou como sinônimos além da súmula e do precedente, também a jurisprudência. Além de tratar súmula, jurisprudência e precedente como sinônimos, os coloca com a mesma importância e atribuí as mesmas consequências processuais para o caso de seu descumprimento pelo juiz.

No art. 926, § 2º, o legislador diz que, “Ao editar enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Isso significa que o termo precedente neste dispositivo está sendo utilizado no sentido de designar o conjunto de casos julgados que deverão ser utilizados para se editar uma súmula! Em outras palavras, a súmula é criada a partir dos precedentes, na dicção do Código de Processo Civil!⁶⁴²

Por sua vez, art. 927, § 5º, estabelece que “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Observa-se que nesta parte do texto legal a palavra precedente é utilizada em sentido geral que pode representar súmulas da jurisprudência predominante ou súmulas vinculantes, jurisprudência dominante, recursos repetitivos, recurso extraordinário com reconhecimento de repercussão geral, decisões proferidas em ações concentradas de (in)constitucionalidade (ADC, ADI, ADPF), teses firmadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou em incidente de assunção de competência (IAC) e até orientação de plenário ou órgão especial de qualquer tribunal.

Como se vê, pelos dispositivos legais do Código de Processo Civil de 2015 (e dos códigos anteriores), não existe um significado único no Direito brasileiro (e, por que não dizer, na tradição do *Civil Law*), para a expressão *precedente judicial*.⁶⁴³ Portanto, o significado que o legislador brasileiro atribuiu ao termo precedente não

⁶⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. vol.1. p. 26.

⁶⁴³ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. **Il vincolo giudiziale del passato**: I precedenti. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Mulino. 2018. p. 229.

tem qualquer correspondência com aquele concebido na tradição do *Common Law*.⁶⁴⁴

Observa-se, também - e volta-se a repetir - que o precedente, para o legislador brasileiro, está no mesmo nível das súmulas e jurisprudência, das teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e das orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais de 2º grau.

Diante tudo isso, é possível ter certeza de que na legislação brasileira não tem a mesma definição do precedente utilizado na tradição do *Common Law*. O precedente brasileiro tem um caráter interpretativo, servindo, como regra, de um princípio argumentativo para o órgão julgador aplicar em situações semelhantes em casos futuros.⁶⁴⁵

Na tradição do *Common Law*, o precedente é constituído pelo inteiro teor de um julgado, enquanto o precedente brasileiro pode ser representado pela ementa de um acórdão que contém trechos resumidos da fundamentação sobre a questão de Direito⁶⁴⁶ ou pela formação de uma tese jurídica descrita em poucas linhas (súmulas e teses de recursos repetitivos) ou, como é muito utilizado nas decisões judiciais, inclusive dos tribunais, como referência dada a um simples julgado anterior para reforçar o entendimento jurídico que se queira intensificar e ainda como sinônimo de jurisprudência.

Os dispositivos do Código de Processo Civil reforçam a distinção entre o precedente da tradição do *Common Law* e o conceito de precedente utilizado na legislação brasileira, pois ele parte da ideia (difundida no Brasil) de que já se sabe que o precedente é um precedente desde o momento em que ele é julgado por um tribunal, em particular as Cortes de Vértice, como, por exemplo, quando fixa uma

⁶⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. vol.1. p. 33.

⁶⁴⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137-138.

⁶⁴⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 141; TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale scientifica, 2007.

tese jurídica em um julgamento de caso repetitivo ou formula um enunciado de súmula.⁶⁴⁷

O precedente brasileiro é diferente do precedente do *Common Law*, desde a sua origem e modo de utilizar. Na tradição do *Common Law*, é o juiz do caso seguinte que vai decidir se a decisão prévia é ou não aplicada no caso em julgamento, isto é, se existe ou não uma identidade de elementos fáticos e jurídicos para excluir ou aplicar uma regra de um caso julgado anteriormente que pode se tornar um precedente judicial⁶⁴⁸.

No Brasil, a impressão que se tem é de que a aplicação daquilo que se pensa ser um precedente vem determinada pelas Cortes, em particular, as Cortes de Vértice, e não caberia ao juiz do caso jurídico concreto fazer a adequação de acordo com seus elementos jurídicos.

Taruffo diz que na tradição do *Common Law* é o juiz do caso sucessivo que “cria” o precedente.⁶⁴⁹ E outra observação importante feita por Taruffo é que a razão fundamental para aplicar ou não aplicar o precedente é feita sobre a análise dos fatos. Bem diverso, por exemplo, das súmulas vinculantes ou de uma tese jurídica extraída de um julgamento de caso repetitivo, que, na verdade, é a interpretação de um dispositivo da Constituição ou da lei. De regra, as súmulas não incluem os fatos que foram objetos da controvérsia (embora seja uma determinação no art. 926, § 2º), até porque não é possível descrevê-los em poucas linhas e as teses jurídicas definem a interpretação sobre uma questão unicamente de Direito (ex.: art. 947, art. 976, I e art. 1.036, CPC).

Conforme observado por Taruffo, a tradição do *Civil Law*⁶⁵⁰ não tem, de regra, uma doutrina dos precedentes e, por isso, quase sempre se busca na tradição do *Common Law* uma definição para alguns conceitos e termos (*ratio decidendi*, *obter*

⁶⁴⁷ SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o Novo paradigma epistemológico das ciências**: Um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado de Ceará. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 91.

⁶⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale scientifica, 2007. p. 14.

⁶⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale scientifica, 2007. p. 14.

⁶⁵⁰ Taruffo expressa que, na tradição do *Civil Law*, pode-se identificar pelo menos, três modelos que não são homogêneos entre si, pelo contrário, são fortemente diferenciados e que se desmembraram em outros modelos: o austro-alemão, o franco-italiano e o espanhol. *In*: TARUFFO, Michele. *Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. **Revista de processo**, São Paulo, v. 181, mar. 2010. p. 167.

dictum, overruling, distinguishing), bem como uma forma de utilizar fundamentos de decisões judiciais anteriores para solucionar conflito em julgamento.⁶⁵¹

Por isso, é muito difícil falar sobre a formação e o uso de precedentes sem referimento à doutrina inglesa ou estadunidense,⁶⁵² sem, contudo, querer importar acriticamente uma teoria dos precedentes para o sistema jurídico brasileiro, adaptando-a à tradição local, já que isso não seria, como se verá, nem mesmo possível.⁶⁵³

Essa importação do termo precedente do Direito anglo-saxônico sem a devida equivalência de sentido no Direito processual brasileiro⁶⁵⁴ é que causa toda essa

⁶⁵¹ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *In*: **Studi in memoria di Gino Gorla**. Tomo I. Milano/IT: Giuffrè, 1994. p. 392.

⁶⁵² A doutrina sobre o precedente inglês ou estado-unidenses é extensa e seria impossível fazer referência a todas elas aqui. Destacam-se algumas das mais utilizadas pela doutrina nacional: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente en el Derecho inglés**. Traducción de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012; EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991; CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, fourth edition, 1991; MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. (eds). **Interpreting precedents**. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997; TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e *Civil Law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de processo**, São Paulo, v. 181, p. 167-172, mar. 2010; SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013; VARANO Vicenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law* Common Law. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018; GARAPON, Antonie; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos e revisão de Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MATTEI, Ugo; ARIANO, Emanuele. **Il modello di Common Law**. Quinta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018; MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di Civil Law**: nell'analisi di un giurista di Common Law. Traduzione di Anna de Vita. A cura di Mauro Cappelletti. Milano/IT: Giuffrè, 1973; MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009; PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018; PASSANANTE, Luca. **Il Common Law**: inghilterra. Sistemi giuridici nel mondo. Seconda edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2016; POSTEMA, Gerald J. **Common Law e sistema**: una prospettiva di teoria del diritto Traduzione dall'inglese di Luigi Mariano e Andrea. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli/IT, 2019; ACQUARONE, Lorenza et al. **Sistemi Giuridici nel Mondo**. 2. ed. Torino/IT: Giappichelli, 2016; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoría del precedente judicial**: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales. Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano e Brian L. Ragas Solórzano. Lima/Perú: Ediciones Legales, 2016; FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione**: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'ottocento. Torino: Giappichelli, 2012.

⁶⁵³ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 189-190.

⁶⁵⁴ Para usar uma expressão de Rafael Tomaz de Oliveira, “[...] ‘continentalizamos’ o sentido da regra do precedente”. *In*: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e Jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

confusão terminológica.⁶⁵⁵

Na sistemática do Código de Processo Civil, não há qualquer diferença na aplicação de súmulas, jurisprudência dominante e precedentes. Do mesmo modo, a forma de utilização do precedente na tradição do *Common Law* é diversa da aplicação de súmulas, jurisprudência e teses jurídicas do Direito brasileiro e da tradição do *Civil Law*.

O fato é que não há na legislação brasileira uma definição para o termo precedente no sentido que é dado nos países que adotam a tradição do *Common Law*. E isso é natural, já que o sistema legal brasileiro é baseado no princípio da legalidade, por isso se amolda à tradição do *Civil Law*. Como já destacado, o termo precedente, por vezes, na prática forense brasileira, é utilizado como sinônimo de jurisprudência, ementa,⁶⁵⁶ julgado, súmula e até de tese jurídica firmada em recursos repetitivos.

Nas palavras de Taruffo, “precedente no *civil law* não existe. Não existe o precedente clássico, autêntico da tradição do *common law*. Existem outras coisas que chamamos, porém de maneira incorreta em minha opinião, precedentes”.⁶⁵⁷

Na tradição do *Common Law*, não há um sistema ou mecanismo de formação do precedente formalmente disciplinado. Ninguém sabe quando e onde ele será criado. Não há um procedimento para estabelecer o precedente. Ele surge a partir de uma decisão judicial e vai se consolidando no tempo. Por isso se diz que o

⁶⁵⁵ Lucas Buril chama de algazarra conceitual. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 98.

⁶⁵⁶ Tratando sobre as formas de raciocínio indutivo, em particular o exemplo, como recurso retórico de convencimento, Eduardo Scarparo diz que a “listagem de jurisprudência é, talvez, o uso mais frequente de exemplos no trato forense. O julgado que for referido em petição ou decisão terá por função ilustrar ou comprovar a existência de uma regra geral supostamente aplicável, ‘na medida em que determinado julgado é utilizado como parâmetro ou paradigma para o resultado que se pretende alcançar’. A fundo, ‘o argumento da jurisprudência, que se recorre da similitude dos casos, vai além: o desejo, inatingível, da homogeneidade da aplicação do Direito, o que representa, antes de tudo, segurança aos jurisdicionados.’ Aqui cabe dizer que o trabalho forense com precedentes, considerando-se a *ratio decidendi*, não pode considerá-los como se exemplos fossem. Essa indevida prática ocorre quando há a simples enunciação de uma ementa – mal chamada de precedente – para, dispensando a explicação da atividade de análise, fazer transportar a conclusão ao caso problema. Por isso, o trabalho com precedente, se buscada a vida do exemplo para sua aplicação, conduz invariavelmente a vícios de consistência jurídica e justificativa da decisão, bastante explícitos pela ausência de fundamentação suficiente (CPC/2015, art. 489, § 1º, V). *In*: SCARPARO, Eduardo. **Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 290.

⁶⁵⁷ No original: “[...] precedente en *Civil Law* no lo hay. No hay el precedente clásico. Hay otras cosas que llamamos, pero de manera incorrecta en mi opinión, precedentes.” *In*: TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 91, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

precedente leva longo tempo para se consolidar.⁶⁵⁸ E sempre será o segundo juiz que vai decidir um caso que cria o precedente, quando ele utiliza uma decisão anterior diante da similitude entre os fatos do primeiro caso e do caso em julgamento. O primeiro juiz, quando julga o caso, nem sabe que a sua decisão será um precedente. Ele, o primeiro juiz, não julga dizendo que este será um precedente.⁶⁵⁹ Na tradição do *Common Law*, qualquer decisão é com base na análise circunstanciada dos fatos. Estes estão em todos os níveis de jurisdição e é com eles que o juiz profere a sua decisão.⁶⁶⁰

Exprime-se, portanto, que o significado da palavra precedente vai depender da tradição jurídica escolhida. Na tradição do *Civil Law*, o juiz tem como primeiro parâmetro para sua decisão a lei, depois passa ao exame da jurisprudência ou dos padrões decisórios sobre o tema em julgamento. A jurisprudência e os padrões decisórios são elaborados com amparo na interpretação da lei aplicada para decidir um caso jurídico concreto.⁶⁶¹ Se inverter essa ordem, o juiz estará invadindo a competência constitucional do legislador.

A tentativa de instituir mecanismos de formação e aplicação de padrões decisórios pelo Código de Processo Civil é obviamente correta. Nunca é demais repetir: a regra de que os casos similares devem ser decididos de forma similar é um princípio de justiça, independentemente da tradição jurídica, que responde a necessidade de um ordenamento jurídico garantir certeza do Direito, com previsibilidade das decisões e igualdade de tratamento a todos aqueles que buscam a tutela jurisdicional.⁶⁶²

Deve-se interpretar, porém, o art. 927 de acordo com a tradição e o costume no Brasil. Parece contraditório afirmar que foi instituído um “sistema de precedente” quando nem mesmo a definição desse vocábulo é possível encontrar na legislação

⁶⁵⁸ ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução Arno Dal Ri Jr. Revisão Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Dr. Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 17. Na versão original: ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012. p. 6.

⁶⁵⁹ TARUFFO, Michele. El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 90, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁶⁶⁰ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 90, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁶⁶¹ CURZIO, Pietro. Il giudice e il precedente. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: I precedenti. Bologna: Il Molino. 2018. p.241.

⁶⁶² VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law* Common Law. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 295.

pátria, sendo necessário buscar em outra tradição (*Common Law*), com história e costume jurídico-legal diverso do brasileiro (*Civil Law*) seu significado para ser possível compreendê-lo.

Interessante é observar que o fato de que a própria regra do *stare decisis* tem suas diferenças nos países que seguem a tradição do *Common Law*, pois é alvo de adaptações, de acordo com a realidade de cada nação,⁶⁶³ e, como sempre é destacado pela doutrina,⁶⁶⁴ o sistema de precedente inglês é diferente do sistema de precedente dos Estados Unidos.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Até mesmo na Inglaterra, país de origem do sistema *Common Law*, a doutrina do precedente judicial vem passando mudanças e se aperfeiçoamento ao longo do tempo como forma de se adaptar às necessidades hodiernas da comunidade inglesa e acompanhar a dinâmica social. *In*: FREDÁ, Dolores. **Una dispotica creazione**: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'ottocento. Torino: Giappichelli, 2012. p. 1-5.

⁶⁶⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Herminio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 353-494; VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law* Common Law. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 250-347; MITIDIÉRO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000/2019, p. 191-212. fev. 2019; ALPA, Guido. La regola del precedente e i suoi "falsi amici". *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino. 2018. p. 130.

⁶⁶⁵ Garapon e Papapoulos defendem o argumento de que a tradição jurídica dos Estados Unidos foi construída em uma síntese das tradições do sistema *Common Law* e do *Civil Law*. De acordo os autores, os fundadores do País estavam "impregnados de iluminismo, sobretudo dos ideais franceses da Revolução. Os testemunhos dessa influência são abundantes, a começar pelos códigos civis adotados por alguns estados. O gênio do Direito americano estaria, na opinião de alguns, nessa combinação construída dos dois grandes modelos ocidentais: o Direito civil e a *Common Law*. Limitar-nos-emos a destacar as grandes originalidades que formam essa síntese americana. A primeira é, incontestavelmente, a Constituição, que se apresenta como o grande texto jurídico americano – ou o único. [...]. Viria daí a importância inédita da Suprema Corte dessa nação que, diferentemente das demais, já nasceu democrática? O fato é que a história do Direito americano está intimamente ligada a essa instituição, sem equivalente em nenhum outro país do mundo durante quase dois séculos, de qualquer modo sem igual na Inglaterra, onde os juízes têm papel central, porém mais afastado da política. O que não impede que essa importância da função judiciária seja inspirada na *Common Law*. A Suprema Corte dos Estados Unidos logo adotou jurisprudências ou muito audaciosas ou muito conservadoras, mas que nunca provocaram a indiferença. A *Common Law* foi regenerada por escolas de pensamento típicas do pragmatismo da cultura jurídica americana, como o realismo jurídico *sociological jurisprudence*, os *critical legal studies* e, mais recentemente, o movimento *law and literature*. Essas escolas manifestam uma grande abertura do pensamento judiciário, que realiza, de algum modo, a teoria da *Common Law* conferindo-lhe uma flexibilidade, uma reatividade e uma importância política que fazem dela uma instituição central da vida americana, em permanente diálogo com as evoluções da sociedade. Os Estados Unidos acentuaram ainda a abertura do pensamento judiciário a outras disciplinas como a sociologia, a psiquiatria, a medicina e, *last but not least*, a economia. Um dos pais do movimento *law and economics*, o juiz Posner, se inscreve nessa tradição de uma grande sensibilidade das decisões de justiça em relação ao não Direito, que é bastante desconcertante para os civilistas. O juiz americano dá uma grande importância à argumentação e a uma narração do Direito, que não tem equivalente em *Civil Law*. Através desses julgamentos, alguns deles bastantes populares, o juiz americano constrói de maneira reflexiva uma comunidade política de interpretação. A ideia de *civil rights* vem completar a trilogia, depois da Constituição e da Suprema Corte. Constitui também uma terceira novidade em relação novidade em relação à *Common Law* tradicional. Na Inglaterra, a ideia de Direitos subjetivos permanece por muito tempo deslocada: a perspectiva de um Direito abstrato e geral, que não está inscrito em uma relação, não entra na mentalidade essencialmente

Obviamente, não se pode renunciar aos frutos que a Inglaterra e os Estados Unidos conquistaram, segundo a doutrina, em construir um sistema jurídico ancorado no uso de precedentes judiciais.⁶⁶⁶

Um sistema de padronização decisória ou um “sistema de precedente judicial”, no entanto, deve ser pensando para a realidade brasileira, não sendo possível apenas importar para o seu sistema a partir de uma concepção e conceitos totalmente diferentes do nacional, como a complexa tradição do *Common Law*,⁶⁶⁷ e fazer uma tradução literal do significado de precedente, caindo na “armadilha dos ‘falsos amigos’, as traduções literais que trazem do significante um significado diferente”.⁶⁶⁸

Embora na tradição jurídica brasileira⁶⁶⁹ o precedente não tenha o mesmo significado que na tradição do *Common Law*, parece ser de fundamental importância fazer uma distinção com todos os padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil que de uma forma ou de outra (correta ou não) se vincula ao termo precedente. É o que se fará a seguir.

pragmática do *Common Lawyer*. Ela se instalará muito tardiamente e será preciso praticamente esperar pela recente incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelo *Human Right Act* para que ela se veja plenamente reconhecida na Grã-Bretanha. Essa ideia tornou-se muito importante no imaginário jurídico americano, até constituir praticamente o seu centro de gravidade, ao lado, hoje, da ‘política dos Direitos’. In: GARAPON, Antonie; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada.** Tradução de Regina Vasconcelos e revisão de Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31-32. Da mesma forma acontece com os países que são identificados ou pertencentes a tradição do *Civil Law*. Merryman e Pérez-Perdomo dizem que “[...] a França, a Alemanha, a Itália e a Suíça têm cada qual o seu próprio sistema jurídico, assim como ocorre com a Argentina, o Brasil e o Chile. É verdade que todos esses países são frequentemente descritos como sendo nações da ‘*Civil Law*’, [...]. Mas é importante reconhecer que há enormes diferenças entre os sistemas jurídicos vigentes nestes países. Eles têm normas legais, processuais e institucionais bastante diferentes”. In: MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 21-22; MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di *Civil Law*: nell’analisi di un giurista di Common Law.** Traduzione di Anna de Vita. A cura di Mauro Cappelletti. Milano/IT: Giuffrè, 1973. p. 8.

⁶⁶⁶ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile.** Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 189-190.

⁶⁶⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

⁶⁶⁸ Tradução livre. No texto original: “[...] “nella trappola dei “falsi amici”, le traduzioni letterali che portano però il significante a un diverso significato”. In: ALPA, Guido. **La regola del precedente e i suoi “falsi amici”.** In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti.** Bologna: Il Molino. 2018. p. 130.

⁶⁶⁹ Neil MacCormick e Robert S. Summers lembram que embora exista uma tendência de convergências entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*, as diferenças de conceituação ou tratamento dos precedentes judiciais permanecem, visto que fazem parte de uma cultura profundamente enraizada. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. (eds). **Interpreting precedents. A comparative study.** Aldershot: Ashgate, 1997. p. 536-540.

3.2.2 O precedente na tradição do *Common Law* e a jurisprudência no Direito processual brasileiro

Conforme salientado alhures, a tradição jurídica brasileira foi toda construída, principalmente nos períodos Colonial e do Império, com base no Direito português, portanto, de tradição *Civil Law*.⁶⁷⁰ Essa influência repercutiu, como também já foi apontado, sobre a tradição de utilizar orientações jurisprudenciais consolidadas para resolução de casos futuros.⁶⁷¹

Portanto, depois que os assentos portugueses deixaram de ter validade no Brasil, o uso do termo jurisprudência, que é uma palavra da tradição jurídica romana-germânica⁶⁷², passou a ser comumente utilizado no ambiente forense brasileiro em decorrência da herança jurídica portuguesa.⁶⁷³

Na tradição do *Civil Law*, o vocábulo jurisprudência é polissêmico. Derivado do latim *jurisprudencia*, de *jus* (Direito) e *prudencia* (sabedoria) tinha, na época da República Romana, o significado de conhecimento prático das regras de Direito nos

⁶⁷⁰ Hermes Zanetti sustenta que a jurídica brasileira é híbrida, pois apresenta “traços das tradições européias e norte-americana”. A ordem política constitucional se inspirou na tradição do *Common Law* dos Estados Unidos, enquanto o Direito privado, o Direito público infraconstitucional e o Direito processual penal e Direito penal se inspiraram na tradição romano-germânica. Portanto, diz o autor, a pátria tradição jurídica é peculiar. *In*: ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 44-45.

⁶⁷¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 441 – 463; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 50; DIDIER Jr, Fredie; Souza, Marcus Seixas. O Respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. **Revista de processo comparado**, São Paulo, v. 2, jul./dez. 2015. p. 100 - 101; GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1969. p. 489-510; GORLA, Gino. Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze. **Il Foro Italiano**, v. 87, n. 7. 1964. p. 73-74 e 87/88. Published by: Societa Editrice Il Foro Italiano. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23154584>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁶⁷² “A tradição do *Civil Law* é uma composição de diversos elementos distintos ou subtradições, com origens diversas e desenvolvimentos particulares em diferentes períodos da história [...] o Direito civil romano, o Direito canônico, o Direito comercial, a revolução” (Francesa). *In*: MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *Civil Law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 27; MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di *Civil Law***: nell’analisi di un giurista di *Common Law*. Traduzione di Anna de Vita. A cura di Mauro Cappelletti. Milano/IT: Giuffrè, 1973. p. 15; GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1969. p. 489-510; GORLA, Gino. Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze. **Il Foro Italiano**, v. 87, n. 7. 1964. p. 73-74 e 87/88. Published by: Societa Editrice Il Foro Italiano. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23154584>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁶⁷³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 121.

tribunais⁶⁷⁴ e também da maneira como demandar ou entrar com uma ação em juízo (*jus prudentia*, saber o Direito).⁶⁷⁵

Depois, na época do Império Romano, o termo jurisprudência assume o significado de ciência geral, que contemplaria toda a vida humana, as relações jurídicas, religiosas e, também, morais.⁶⁷⁶

Na Idade Média e na Idade Moderna, ainda conservou o significado de ciência do Direito, porém, não fazia mais parte as regras religiosas e também morais, que formaram uma nova ciência.⁶⁷⁷

Ou seja, a palavra jurisprudência teve vários significados, dependendo da época (Império Romano, Idade Média e na Modernidade) em que se busca a sua definição.⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ Daniel Mitidiero diz que o termo jurisprudência no sentido que hoje é empregado é de origem francesa. *In*: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70-71.

⁶⁷⁵ CASELLI, Eduardo Piola. *Giurisprudenza. II Digesto italiano*. Torino/IT: Diretta da Luigi Lucchini. Unione Tipografico Editrice. v. XII, 1900-1904. p. 831; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Nuovo digesto italiano**. A cura di Mariano D'amelio. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice, 1938. p. 411; COLESANTI, Vittorio. *Giurisprudenza. In*: AZARRA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice Torinese. VII, 1957. p. 1102.

⁶⁷⁶ CASELLI, Eduardo Piola. *Giurisprudenza. II digesto italiano*. Torino/IT: Diretta da Luigi Lucchini. Unione Tipografico Editrice. v. XII, 1900-1904. p. 831; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Giurisprudenza. Nuovo digesto italiano*. A cura di Mariano D'amelio. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice, 1938. p. 411.

⁶⁷⁷ CASELLI, Eduardo Piola. *Giurisprudenza. II digesto italiano*. Torino/IT. Diretta da Luigi Lucchini, v. XII, 1900-1904. p. 831.

⁶⁷⁸ "Tradução livre: 1. A palavra "jurisprudência" nasceu na língua latina na época da república romana com o significado de conhecimento prático das normas de Direito em vigor nos tribunais e de como intentar uma ação judicial (*juris prudentia*). É a arte dos jurisperitos, que auxiliam os particulares na elaboração de contratos e testamentos, respondem às questões de Direito que o particular lhes propõe com a frase clássica *licet consulere*, e também dão pareceres orais e escritos ao magistrado em litígios individuais e na compilação ou modificação de resoluções. 2. Em andamento, na época do império, quando o Direito se torna doutrina teórica e sistemática e, de fato, sob a influência da filosofia grega, assume o caráter e o desenvolvimento de uma ciência geral, que abrange toda a vida humana, nas relações jurídicas, religiosas e morais, a palavra "jurisprudência" é usada para expressar essa nova ciência, como se pode deduzir da definição dada por Ulpiano: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia justis atque iniusti scientia*; definição essa que deve estar relacionada com os preceitos fundamentais que o próprio Ulpiano atribui ao Direito: *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. 3. Na Idade Média e na Idade Moderna, até a nossa, a palavra "jurisprudência" retém este significado geral de "ciência do Direito", exceto que as regras religiosas e morais não pertencem mais ao Direito, que, em vez disso, eles formam um corpo de doutrina separada. Mas em épocas diferentes, conforme seja atribuída maior importância a este ou aquele aspecto do Direito, a palavra jurisprudência é usada especialmente para expressar o estudo desse aspecto preponderante. Assim, quando a lei é absorvida pelos comentários e tratados dos doutrinadores, essa palavra geralmente significa a *communis opinio* que prevalece entre os doutrinadores em determinada questão de Direito. Por outro lado, quando as tendências históricas prevalecem, a jurisprudência ganha um significado geral e subjetivo de literatura jurídica. Quando, finalmente, os estudos filosóficos do Direito revivem, a palavra "jurisprudência" também é frequentemente usada para expressar os princípios filosóficos gerais e fundamentais do Direito e das instituições jurídicas, e assim, por exemplo, neste sentido, o trabalho de G.B. Vico em suas obras." Texto no

Atualmente, segundo o Digesto Italiano, dois significados são mais utilizados. No primeiro significado, a jurisprudência representa todo um complexo de decisões dos tribunais que na prática jurídica são utilizados para interpretar e aplicar o Direito. O segundo significado é a autoridade das decisões dos tribunais superiores sobre uma determinada questão jurídica quando ela é sempre decidida (vários julgados) em único sentido.

No último século, a palavra “jurisprudência” ganhou um significado muito mais particular, em relação à atuação dos tribunais na interpretação e aplicação do Direito. Esse significado se divide, no entanto, em dois significados subordinados um tanto diferentes. Segundo um deles, a jurisprudência representa todo o conjunto de decisões judiciais, das quais deriva o costume judicial, *l’usus fori* na interpretação e aplicação da lei. De acordo com o outro significado, a jurisprudência expressa a opinião autorizada dos principais tribunais em uma matéria de Direito; uma opinião que resulta de suas repetidas sentenças que julgaram neste sentido (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*). Nesse segundo sentido, a jurisprudência se opõe à doutrina, ou seja, à interpretação teórica e sistemática da cátedra. Esses significados modernos da palavra “jurisprudência” certamente não são exatos do ponto de vista etimológico, mas, no entanto, correspondem ao caráter prático que o Direito tinha na época da república romana, quando de fato começamos a falar de *jurisprudencia*. Além disso, indicam a importância predominante que o uso forense tem assumido em nossos dias, não só do ponto de vista da interpretação da lei, mas

original: 1. La parola «giurisprudenza» è nata nella lingua latina all’epoca della repubblica romana col significato di conoscenza pratica delle regole di diritto in vigore nei tribunali e della maniera come proporre un’azione in giudizio (*juris prudentia*). Essa è l’arte dei giurisperiti, i quali aiutano i privati nella compilazione dei contratti e dei testamenti, rispondono circa le questioni di diritto che il privato propone loro colla frase classica *licet consulere*, e danno anche pareri orali e scritti al magistrato nelle singole liti e nella compilazione o modificazione dell’editto. 2. In progresso, nell’epoca dell’impero, quando il diritto diventa dottrina teorica e sistematica, ed anzi, sotto l’influenza della filosofia greca, assume il carattere e l’andamento di una scienza generale, la quale abbraccia tutta la vita umana, nei rapporti giuridici, religiosi e morali, la parola «giurisprudenza» viene adoperata per esprimere questa nuova scienza, come si ricava dalla definizione che ne dà Ulpiano: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia justis atque iniustis scientia*; la quale definizione va posta in relazione coi precetti fondamentali che lo stesso Ulpiano assegna al diritto: *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. 3. Nell’evo medio e nell’evo moderno, sino ai di nostri, la parola «giurisprudenza» conserva questo significato generale di «scienza del diritto», salvochè del diritto non fanno più parte le regole religiose e le regole morali, che, invece, formano corpo separato di dottrina. Ma nelle diverse epoche, a seconda che si assegna maggiore importanza a questo od a quello aspetto del diritto, la parola giurisprudenza è adoperata specialmente per esprimere lo studio di codesto aspetto prevalente. Così quando il diritto è assorbito nei commenti e nei trattati dei dottori, con questa parola si intende usualmente la *communis opinio* che prevale fra i dottori in una data questione di diritto. Quando invece prevalgono gli indirizzi storici, si dà particolarmente alla giurisprudenza un significato generale e soggettivo di letteratura giuridica. Quando, infine, risorgono gli studi filosofici del diritto anche la parola «giurisprudenza» viene spesso adoperata per esprimere i principi generali, fondamentali, filosofici del diritto e degli istituti giuridici, e così, per esempio, in tale significato l’adopera G.B. Vico nelle sue opere.” In: CASELLI, Eduardo Piola. *Giurisprudenza. II digesto italiano*. Torino/IT. Diretta da Luigi Lucchini, v. XII, 1900-1904. p. 831.

também do progresso jurídico. E uma enciclopédia de Direito não pode tratar esta palavra exceto de acordo com esses significados, tanto porque são mais especiais, e porque são de uso comum, quanto por causa da jurisprudência como princípios fundamentais do Direito, como literatura jurídica e como ciência do Direito do ponto de vista do seu conteúdo, é tratado em outros verbetes.⁶⁷⁹

No Brasil, em todos os dicionários jurídicos consta o verbete jurisprudência, ao contrário, como já foi dito, da palavra precedente, que até pouco tempo não fazia parte ou constava definição diversa da discutida aqui.

No Dicionário Jurídico, de Maria Helena Diniz, consta a definição da palavra jurisprudência como sendo um “conjunto de decisões judiciais uniformes ou não” e ainda o “conjunto de decisões uniformes de juízes e tribunais sobre uma dada matéria”.⁶⁸⁰

Já Deocleciano Torrieri Guimarães, no seu Dicionário Técnico Jurídico, define jurisprudência como “fonte secundária do Direito; o modo pelo qual os tribunais interpretam e aplicam as leis, caso a caso;”⁶⁸¹ E completa o verbete com a seguinte definição:

[...] repetindo-se casos idênticos é natural que as sentenças e acórdãos consolidem uma orientação uniforme, que se chama *jurisprudência*, a qual passa a ser utilizada tanto pelos advogados como pelos magistrados. **A praxe ordena, assim como a tradição, que os juízes singulares acatem a jurisprudência firmada nos tribunais.** Importa conhecer a jurisprudência para saber como os

⁶⁷⁹ No texto original: “Nel secolo or ora decorso la parola <<giurisprudenza>> ha assunto un significato molto più particolare, in relazione al lavoro dei tribunali nella interpretazione ed applicazione del diritto. Questo significato si scinde, però, in due significati subordinati alquanto diversi. Secondo uno di questi, la giurisprudenza rappresenta tutto il complesso delle decisioni dei tribunali, dalle quali poi deriva la consuetudine giudiziaria, *l'usus fori* nell' interpretare ed applicare il diritto. Secondo l'altro significato, la giurisprudenza esprime l'autorevole opinione dei tribunali maggiori in una questione di diritto; opinione che risulta dalle ripetute loro sentenze che hanno giudicato in tal senso (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*). In tale secondo significato la giurisprudenza si contrappone alla dottrina, cioè alla interpretazione teorica e sistematica della cattedra. Questi significati moderni della parola «giurisprudenza» non sono certamente esatti dal punto di vista etimologico, ma tuttavia corrispondono a quel carattere pratico che aveva il diritto nell'epoca della repubblica romana, quando appunto si cominciò a parlare di *jurisprudencia*. Inoltre essi indicano la importanza predominante che l'uso forense ha assunto ai nostri giorni, non solo dal punto di vista della interpretazione della legge, ma anche da quello del progresso giuridico. Ed una enciclopedia di diritto non può trattare questa parola se non secondo tali significati, sia perché più speciali, sia perché sono di uso comune, sia perché della giurisprudenza come principi fondamentali di diritto, come letteratura giuridica, e come scienza del diritto dal punto di vista del suo contenuto, se ne tratta sotto altre voci.” *In*: CASELLI, Eduardo Piola. *Giurisprudenza. II digesto italiano*. Torino/IT. Diretta da Luigi Lucchini, v. XII, 1900-1904. p. 831.

⁶⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 31.

⁶⁸¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8. Ed. São Paulo: Rideel, 2006. p. 382.

tribunais interpretam, à luz do Direito, mas consoante as peculiaridades de cada caso e das circunstâncias em que se dá, a lei positiva, que se rejuvenesce com esta atividade jurisprudencial. Diz-se *mansa e pacífica* ou *uniforme*, quando não se altera em julgados semelhantes: *vacilantes*, quando varia, não é estável, oscila: *assente*, aquela firme, assentada. (os destaques são originais, mas os negritos não)

Outra definição interessante consta do Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva:

[...] o Direito *aplicado com sabedoria*. Assim é que se entende a jurisprudência como sábia interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o *hábito* de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que, assim, se decidam as causas. Desse modo, a jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro *jus novum*. É necessário que, pelo *hábito*, a interpretação e explicação das leis a venham formar. Os romanos sempre a consideram como a fonte do Direito, designando-a como *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, embora Justiniano aconselhasse que não se lhe desse uma autoridade exagerada, *cum non exemplis sed legibus judicandum sit*. Aliás, é firmado hoje que a jurisprudência somente obriga a espécie julgada, não sendo, propriamente, fonte de Direito. Mas, a verdade é que a jurisprudência firmada, em sucessivas decisões, vale como *verdadeira lei*. *Jurisprudência*. Extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal.⁶⁸²

Miguel Reale, no clássico Lições Preliminares de Direito, define jurisprudência como “a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.⁶⁸³

Seguindo essa mesma linha, o doutrinador cearense Juraci Mourão Lopes Filho afirma que jurisprudência é “um conjunto de julgamentos em um mesmo sentido, representando a reiteração de uma mesma resposta hermenêutica em várias situações distintas”⁶⁸⁴

⁶⁸² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 806 - 807.

⁶⁸³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167.

⁶⁸⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 130.

Em igual sentido, Alexandre Freitas Câmara apresenta o termo jurisprudência como “um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre determinada matéria, em um mesmo sentido”.⁶⁸⁵

Nota-se, neste ponto, que a acepção mais corrente é a ideia de conjunto de decisões dos tribunais em único sentido, entretanto, na prática forense, a palavra jurisprudência é utilizada com vários outros significados, da mesma forma que o termo precedente. Em muitos casos, a palavra jurisprudência é empregada como sinônimo de único julgado ou ainda no sentido genérico de quaisquer decisões emanadas dos tribunais e, também, é usada como sinônimo de precedente (no sentido lato do termo, isto é, decisão anterior)⁶⁸⁶. Nesses casos, em regra, ela vem representada nas peças processuais apenas com a transcrição da ementa do julgado.

É muito comum o emprego, na legislação, na doutrina, nas decisões judiciais e nas peças processuais, de expressões como: jurisprudência firme; jurisprudência consolidada; jurisprudência uniforme; jurisprudência dominante; jurisprudência predominante, jurisprudência pacificada, dentre outras.

Todas essas expressões buscam representar que determinada tese ou regra jurídica já tem uma interpretação uniforme, coerente e estável, constatada por várias decisões dos tribunais no mesmo sentido.

Na legislação processual brasileira, a palavra jurisprudência surgiu pela primeira vez no Código de Processo Civil de 1939, nos artigos 853 e 854. Constava da redação original do parágrafo único do art. 853, mas posteriormente foi alterada pela Lei nº 1.661, de 1952, que acrescentou mais dois parágrafos, sendo que a expressão jurisprudência uniforme passou a constar no parágrafo primeiro.

A redação do art. 853 era a seguinte:

Art. 853 - Conceder-se-á recursos de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas

⁶⁸⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 432.

⁶⁸⁶ O professor Roberto Rosa oferece a seguinte definição: “Que é a jurisprudência? Significa mais do que o precedente. Pode até ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal em sessão plenária, ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará a jurisprudência. É claro que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados.” *In*: ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. **Revista dos Tribunais**, v. 879. jan. 2009. p. 43.

ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o Direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupos de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas. (Redação dada pela Lei nº 1.661, de 1952).

§ 1º - Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma câmara, turma ou grupo de câmaras, que a adotou, ou as câmaras cíveis reunidas, hajam **firmado jurisprudência uniforme** no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar. (Incluído pela Lei nº 1.661, de 1952). (não há grifos no original).

§ 2º - A competência para o julgamento de recurso, em cada caso, será regulada pela Lei. (Incluído pela Lei nº 1.661, de 1952).

§ 3º Do acórdão que julgar o recurso de revista não é admissível interpor nova revista. (Sem destaques no original).

Já o art. 854 constava a seguinte redação:

Art. 854. O recurso de revista será interposto perante o presidente do Tribunal, nos dez (10) dias seguintes ao da publicação do acórdão (art. 881), em petição fundamentada e instruída com **certidão da decisão divergente** ou com a indicação do número e página do **repertório de jurisprudência** que a houver publicado. (Sem destaque no original).

No caso do art. 853, pela leitura do texto, percebe-se que a expressão jurisprudência uniforme indica um conjunto de decisões judiciais com a mesma interpretação sobre determinada questão jurídica, isto é, no mesmo sentido. Esse conceito aponta que é o mesmo que hoje se utiliza para outras expressões semelhantes⁶⁸⁷, como jurisprudência firme, jurisprudência consolidada, jurisprudência

⁶⁸⁷ Fábio Victor da Fonte Monnerat diz que é possível classificar a jurisprudência a partir do critério de grau de uniformização e formalização da verificação, e propõe a seguinte classificação: "a) jurisprudência divergente; b) jurisprudência dominante; c) jurisprudência pacificada e d) jurisprudência sumulada. A jurisprudência divergente seria aquela caracterizada pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais, havendo, porém, um número relevante de julgados em ais de um sentido. Jurisprudência dominante pode ser caracterizada, tal como a divergente, pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas onde é possível a constatação de que a um dos entendimentos possui maior aplicação. Já a jurisprudência pacificada é aquela em que há vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais em um mesmo sentido, sendo inexistentes ou, se existentes, em quantidade irrelevante ou superados, julgamentos que consagrem um entendimento em sentido diverso. A jurisprudência sumulada, por sua vez, representa, formalmente, a jurisprudência pacificada, ou dominante, e emerge de um procedimento específico de reconhecimento da pacificação ou domínio do entendimento jurisprudencial." *In*: MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 352.

dominante ou jurisprudência pacífica.⁶⁸⁸

Já no art. 854, a expressão repertório de jurisprudência indicava apenas que o recorrente poderia fundamentar seu recurso com a jurisprudência compilada em algum repositório oficial. Nesse dispositivo, a impressão é de que o significado jurisprudência está no sentido de algum julgado, pois fala em decisão divergente, como ainda hoje é utilizada na prática forense.

Depois, o Código de Processo Civil de 1973 sedimentou a utilização do termo jurisprudência ao utilizá-lo em diversos dispositivos, como verificado nos artigos 120, parágrafo único (jurisprudência dominante); 475, § 3º (jurisprudência); 479, *caput* e parágrafo único (uniformização da jurisprudência e jurisprudência predominante); 541, parágrafo único (dissídio jurisprudencial e repositório de jurisprudência); 543-A, § 3º (jurisprudência dominante); 543-C, § 2º (jurisprudência dominante); 544, § 4º, letras b e c (nas duas letras a mesma redação, isto é, jurisprudência dominante); 557, *caput* e § 1º - A (ambos com a expressão jurisprudência dominante).

O Código de Processo Civil de 2015 consolida o uso do vocábulo jurisprudência (além de trazer também o termo precedente, como visto anteriormente) fazendo alusão nos seguintes dispositivos: art. 489, § 1º, VI (jurisprudência); art. 521, IV (jurisprudência); art. 926, *caput* e § 1º (no *caput* consta uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável e no § 1º jurisprudência dominante); art. 927 § 3º e § 4º (primeiro a expressão jurisprudência dominante e depois jurisprudência pacificada); art. 978 (uniformização de jurisprudência); art. 1.029, § 1º (dissídio jurisprudencial e repositório de jurisprudência); art. 1035, § 3º, I (jurisprudência dominante) e art. 1043, § 4º (repositório oficial ou credenciado de jurisprudência).

Logo, com amparo nos diversos significados do termo jurisprudência, que são de uso comum, associados aos vários significados constantes dos dispositivos legais que foram ou estão positivados nos Códigos de Processo Civil, afirma-se que o vocábulo representa distintas acepções sobre uma determinada questão jurídica posta em julgamento (predominante ou dominante indicam que a tese jurídica ou interpretação sobre texto normativo é a mais utilizada, a principal, porém, não é a única) e que há várias jurisprudências sobre o mesmo tema jurídico.

⁶⁸⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 122-124.

Por isso, afirma-se que o vocábulo jurisprudência absorve uma variedade de significados, representando desde um simples julgado (ou acórdão) donde se extrai uma interpretação de um texto normativo ou uma tese jurídica, até um conjunto de julgados representativos do entendimento predominante de um dado tribunal sobre uma determinada questão jurídica.

A jurisprudência, todavia, mesmo no sentido atual, não é equiparada como um simples julgado. Embora a palavra jurisprudência tenha ganhado significados diversos à extensão dos tempos⁶⁸⁹, ainda é compreendida como resultado da atividade dos tribunais na interpretação da lei aplicada ao caso jurídico concreto em reiteradas decisões no mesmo sentido.

A jurisprudência não deve ser confundida com “julgado”. Vários julgados sobre determinado caso e com a mesma interpretação sobre o mesmo texto normativo se transformam em jurisprudência. Mais uma vez, embora na prática o significado de jurisprudência muitas vezes vem confundido com julgado, eles não são a mesma coisa.

Normalmente, nas peças jurídicas e decisões dos órgãos judiciais, a jurisprudência vem representada pela transcrição da ementa de um ou mais julgados no mesmo sentido. Nem mesmo as ementas, colacionadas nas peças jurídicas, devem de ser confundidas com a jurisprudência. Ementas são os resumos de julgados.⁶⁹⁰ Sequer em uma ementa estão todos os fatores decisivos de um julgado ou as peculiaridades dos fatos. A jurisprudência reflete uma determinada posição das Cortes a respeito da lei, ou seja, a norma jurídica produto da interpretação e aplicação do texto normativo aos fatos do caso jurídico concreto.

Além de todos esses significados da palavra jurisprudência, ainda é comum ela ser utilizada no sentido de precedente. E como diz Taruffo,⁶⁹¹ os dois termos são utilizados como sinônimos, porém, existe uma clara distinção entre eles, de ordem quantitativa, mas, também, de ordem qualitativa. Vale transcrever trechos da lição do Mestre italiano:

⁶⁸⁹ Sobre os diversos significados do termo *jurisprudência*, consultar: GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1969. p. 489-510; CASELLI, Eduardo Piola. **Giurisprudenza. Il digesto italiano**. Torino/IT: Diretta da Luigi Lucchini. Unione Tipografico Editrice. v. XII, 1900-1904; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Giurisprudenza. Nuovo digesto italiano**. A cura di Mariano D'amelio. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice, 1938.

⁶⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 349.

⁶⁹¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 141.

[...] tenho usado deliberadamente, por simplicidade, os termos ‘precedente’ e ‘jurisprudência’ como se fossem sinônimos. As coisas, porém, não são na verdade assim, ainda que neste sentido seja a linguagem corrente, na qual os significados dos dois termos não vêm normalmente distinguidos. Considero, contudo, que entre precedente e jurisprudência exista uma nítida distinção, a respeito da qual procurarei esclarecer alguns aspectos. Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade ‘faz precedente’. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma. Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência.⁶⁹²

A jurisprudência da tradição do *Civil Law* em geral,⁶⁹³ e em particular no sistema jurídico brasileiro,⁶⁹⁴ se constitui com suporte de reiterados julgados dos

⁶⁹² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 141.

⁶⁹³ GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1969. p. 489-510; CASELLI, Eduardo Piola. **Giurisprudenza. Il digesto italiano**. Torino/IT: Diretta da Luigi Lucchini. Unione Tipografico Editrice. v. XII, 1900-1904. p. 831; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Giurisprudenza. Nuovo digesto Italiano**. A cura di Mariano D’amelio. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice, 1938. p. 411.

⁶⁹⁴ Luiz Guilherme Marinoni, quando trata de fazer a distinção de *jurisprudência* e *precedente*, trabalha o conceito de jurisprudência uniforme, e a sua utilização em Cortes de correção (no modelo da Corte de Cassação Italiana e a Corte de Cassação Francesa, que vigorou no Brasil na época do Império, devido a previsão na Constituição de 1824, que permitia apenas dois graus de jurisdição e por isso ao Supremo Tribunal de Justiça não competia reformar as decisões, e sua competência se esgotava com a cassação do acórdão recorrido e a remessa do processo a uma das demais Relações do Império – ao teor do art. 16 da Lei de 18 de setembro de 1828) que não mais existe no Brasil desde aquela época e não representa o conceito ou significado que a doutrina em geral utiliza para o termo atualmente e com a distinção que se pretende aqui fazer entre os dois institutos. Vale, entretanto, a transcrição pela sempre bem formulada argumentação em defesa da utilização dos precedentes no Direito pátrio, bem como a precisa definição de precedentes e como a utilização da jurisprudência (qualquer delas) é muito diferente da aplicação de um precedente. Vejamos: “Precedente e jurisprudência uniforme constituem conceitos que dizem respeito a distintos momentos históricos e funções diversas das Cortes Supremas. A

tribunais (Corte de Vértice e Cortes de Justiça) e sua função é estabelecer um princípio argumentativo (endereços jurisprudenciais) para ser utilizado em julgamento de outros casos similares.

Ante essa pluralidade de julgados que formam a jurisprudência (uniforme, pacífica, dominante etc.), dificilmente se consegue apontar o julgado mais relevante ou o que em cada uma delas é mais importante, e, conseqüentemente, indicar as reais circunstâncias fáticas que foram tratadas e o real sentido do que foi decidido, o que naturalmente leva a contradições ou interpretações equivocadas na sua aplicação para solução de outros casos.⁶⁹⁵

Não há dúvida de que a jurisprudência tem a função de contribuir com a interpretação e aplicação do texto normativo, fornecendo parâmetros que foram aplicados em outros casos e podem ser repetidos em casos sucessivos, além de suprimir as lacunas e contradições da lei, bem como promover a evolução do Direito. A jurisprudência, entretanto, tem seus limites na lei.⁶⁹⁶ Na tradição do *Civil Law* - já

jurisprudência uniforme é conceito típico da época das Cortes de correção, vale dizer, das Cortes Supremas que ainda não se enquadravam em um Poder Judiciário que tem consciência de sua missão de colaborar com o Legislativo para a frutificação do Direito.” (...). Mais adiante, ainda tratando da distinção entre jurisprudência uniforme e precedentes, completa: “O precedente, embora espelhe uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para a solução da questão de Direito, é necessariamente relacionado com o quadro fático em que a questão jurídica está inserida. A Corte Suprema obviamente não analisa fatos ou valora provas, mas argumenta de acordo com a realidade fática que envolve a *quaestio iuris* a ser solucionada. A moldura fática, que deve ser delineada na decisão da Corte, ajuda a dar inteligência à solução da questão de Direito e, assim, dá aos magistrados dos casos futuros condições de racionalizar as suas decisões diante de situações fáticas similares. São as razões jurídicas compartilhadas e os fatos do caso que conferem oportunidade para a aplicação do precedente mediante raciocínio racional, pautado em critérios objetivos. (...) Se um julgado de Corte Suprema de correção não tem qualquer compromisso com a moldura fática do caso, na medida em que visa apenas ostentar, em abstrato, determinada interpretação, a jurisprudência uniforme potencializa a abstração da interpretação, desprendendo-a das situações de fato e das razões jurídicas de cada um dos julgados.” *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 289-290.

⁶⁹⁵ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017. p. 83 – 84.

⁶⁹⁶ Lenio Streck afirma que o Judiciário somente deixa de aplicar a lei votada pelo parlamento ou dispositivo legal em casos específicos. *Verbis*:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassung-skonforme Aulesgung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua ‘literaridade’) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;

foi aqui mencionado - o Direito escrito prevalece⁶⁹⁷, pois a fonte primária é a lei e, portanto, impera o princípio da legalidade, sendo tarefa do juiz aplicá-la aos casos jurídicos concretos.⁶⁹⁸

Na tradição do *Common Law*, o Direito, ao contrário, é formado prevalentemente pelo Judiciário, pelas decisões judiciais (*judge made the law*). Isso não quer dizer que a lei não seja importante ou que o juiz não deva cumpri-la. A lei é um elemento, porém, não é o mais importante. A lei desempenha sua função de criar o Direito, mas juntamente com outros institutos, como os costumes, as decisões judiciais, os precedentes, os repertórios de jurisprudência (*Law Reports*) e a doutrina.⁶⁹⁹

O *Common Law*, portanto, não é um sistema de Direito consuetudinário, mas fundamentalmente um Direito judicial. E o que isso significa? Significa fundamentalmente que nas matérias não previstas na *lex scripta* (*statute law*), a *common law* oferece

-
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;
 - e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.
 - f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standart* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604-605.

⁶⁹⁷ MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. **Il modello di Civil Law**. Quarta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2016. p. 1.

⁶⁹⁸ GALGANO, Francesco. Generalità. *In*: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993. p. 1.

⁶⁹⁹ SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: *Ratio Legis* Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 54.

respostas recorrendo às decisões dos seus tribunais, as quais são vinculativas desde que não sejam revogadas por lei.⁷⁰⁰

Assim, a jurisprudência (*case law*) na tradição do *Common Law* é uma fonte primária do Direito, ao lado da lei. Os juízes estão vinculados ao precedente judicial, “[...] por tradição ou por lei: a regra do precedente deve ser seguida não porque resolveu brilhantemente um caso, mas porque foi expressa em uma sentença que, qualificada como precedente, se torna vinculante, *binding*”⁷⁰¹

No Brasil, sem dúvida, a jurisprudência exercita uma ampla influência nos julgamentos futuros, mas, ao contrário do precedente da tradição do *Common Law*, não é vinculante.

Daniel Mitidiero também reforça o conceito de jurisprudência como um conjunto de julgados em um dado sentido,⁷⁰² e suas diferenças com o precedente, destacando a ausência de vinculação da jurisprudência. Mitidiero sustenta, entretanto, que, com a nova sistemática processual civil brasileira, é possível falar também em “jurisprudência uniformizadora”, que, ao contrário da jurisprudência tradicional, não dependeria da reiteração de julgados, teria forma específica para sua formulação (arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987, do CPC) e é obrigatória. A jurisprudência uniformizadora estaria representada pelas teses jurídicas extraídas dos julgamentos de incidente de assunção de competência (IAC), incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de controle de constitucionalidade.⁷⁰³

Mitidiero ainda defende o argumento de que tanto a jurisprudência tradicional como a jurisprudência uniformizadora resultam da interpretação formulada pelas

⁷⁰⁰ No original: El Common Law, por ello, no es un sistema de derecho consuetudinario sino fundamentalmente un derecho judicial. ¿Y que quiere decirse con esto? Significa fundamentalmente que en aquellas materias no recogidas por la *lex scripta* (*statute law*) el Common Law ofrece respuestas acudiendo a las decisiones de sus tribunales, que son vinculantes en tanto no resulten derogadas por la ley. In: SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 54.

⁷⁰¹ Texto no original: “[...] per tradizione o per legge: la regola del precedente deve essere seguita no perché ha risolto brillantemente un caso, ma perché è stata espressa in una sentenza che, qualificata come precedente, risulta essere vincolante, *binding*”. In: ALPA, Guido. La regola del precedente e i suoi “falsi amici”. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 130.

⁷⁰² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

⁷⁰³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

Cortes de Justiça, isto é, pelos tribunais de Justiça e tribunais regionais federais,⁷⁰⁴ já que as Cortes de Vértice, como expresso no módulo imediatamente anterior, na sua concepção, formulam precedentes e não jurisprudência.⁷⁰⁵

A formulação do conceito de jurisprudência uniformizadora feita por Mitidiero traz questão interessante, abordada adiante, que é a diferença entre padrões decisórios vinculantes e padrões decisórios de observância obrigatória.

De qualquer maneira, todas essas acepções confirmam que o termo *jurisprudência* não possui um só significado, mas também não deixam dúvidas quanto a sua diferença com o *precedente* da tradição do *Common Law*.⁷⁰⁶

3.2.3 O precedente na tradição do *Common Law* e os enunciados de súmulas no Direito processual brasileiro

Foi visto que as súmulas nasceram no Direito brasileiro (item 4.1) no Supremo Tribunal Federal, com suporte numa emenda no seu Regimento Interno por proposta do então ministro Victor Nunes Leal, e, como ainda hoje, busca uma saída para um problema numérico.⁷⁰⁷

Em várias passagens de uma palestra proferida à época, o ministro Victor Leal Nunes deixa clara a preocupação com a quantidade de processos e a necessidade de buscar um “método de trabalho” que permitisse julgar mais rápido. Vale destacar alguns trechos desse pronunciamento:

[...] Quando um Tribunal se vê a braços com êsse fardo asfixiante, há de meditar, corajosamente, sôbre o seu próprio destino. Se não o fizer, deixará que formulem a receita os que menos conhecem a instituição, ou aquêles que desejariam diminui-la, para mudar o nosso regime de liberdade garantida em sistema de liberdade tolerada [...]. “O que na verdade assoberba os tribunais, prejudicando o acurado exame dos temas difíceis, são os casos que se multiplicam, seriadamente, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos Juízes estivadores. Em relação a êsse enxame de

⁷⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 291.

⁷⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94;

⁷⁰⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 92-93.

⁷⁰⁷ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, n.78, p. 453-459. 1964. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2021.

casos típicos, uma vez definida a nossa orientação, impunha-se adotar um **método de trabalho**, que permitisse o seu julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios. (sem destaques no original).⁷⁰⁸

Como destacado em passagem anterior, a criação das súmulas de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal teve inspiração nos extintos assentos do Direito português⁷⁰⁹ e posteriormente elas foram adotadas pelo Código de Processo Civil de 1973 com a criação do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476),⁷¹⁰ ficando facultado, desde então, a qualquer tribunal, editar súmulas quando houvesse divergência de interpretação que acarretasse “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.⁷¹¹

Esse processo de “sumulação” da jurisprudência dominante se fortaleceu no Código de Processo Civil de 2015, que também disciplinou a edição de enunciados de súmulas pelos tribunais, nos seguintes termos:

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.** (Sem destaques no original)

⁷⁰⁸ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, n. 78, p. 453-459. 1964. p. 456. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁷⁰⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133. jan./mar. 1997. p. 53. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2021; MEURER JÚNIOR, Ezair José. **Súmula vinculante no CPC/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 90-91.

⁷¹⁰ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, **será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência**. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das **súmulas de jurisprudência predominante**. (sem destaques no original). *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

⁷¹¹ Art. 2º, § 1º da Lei nº 11.417/2006. *In*: BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

A súmula apenas faz uma compilação, em duas, três ou pouco mais linhas, da interpretação de um dado tribunal sobre determinada questão jurídica em certo momento histórico.⁷¹² A súmula não descreve os fatos ou as circunstâncias dos casos⁷¹³, que foram utilizados para sua edição, já que o seu objetivo é apenas anunciar uma tese jurídica de forma abstrata e genérica o suficiente para ser empregada no maior número possível de casos jurídicos posteriores.⁷¹⁴

No precedente da tradição do *Common Law*, os fatos são cruciais para a decisão judicial, pois são esses fatos que vincularão aos casos jurídicos futuros. É a *ratio decidendi* (*holding*), isto é, o conjunto de fundamentos determinantes de uma decisão judicial, que vai ser utilizado como um padrão normativo para casos jurídicos similares de maneira individualizada. A questão jurídica e fática será decisiva para definir a sua aplicação ou não.

O precedente é aplicado analisando e cotejando os fatores legais e fáticos do caso jurídico anterior que se tornou precedente e do caso jurídico sucessivo, em que o precedente será aplicado. O precedente vai de um caso particular para outro caso particular.⁷¹⁵

A súmula é a síntese de um entendimento jurídico consolidada em enunciados redigidos de maneira muito próxima a um dispositivo legal, onde consta

⁷¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 220.

⁷¹³ Marinoni, além de criticar as súmulas dizendo que elas “nunca tiveram serventia” e não podem ser consideradas como precedentes porque “neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição”, bem como levam a um déficit de legitimidade, pois no processo de sua elaboração não estão as partes que deram origem à formação da tese jurídica. No precedente, sustenta o autor, a legitimidade é conferida com a participação das partes em cada processo em que ele é aplicado mediante um contraditório, os quais buscam assegurar que a tese não seja desfigurada. Nesse ponto, a divergência com Alexandre Freitas Câmara, que embora também entenda que não se pode considerar a súmula como um precedente, na questão da legitimidade, sustenta que a possibilidade de participação de terceiros qualificados (*amici curiae*) e a possibilidade de realização de audiência pública, ampliando o contraditório, uma vez que ela tem a previsão para os casos de alteração da súmula, então, por uma razão maior deverá ser possibilitada no momento da sua edição (art. 927, § 2º). In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-160; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 220-226.

⁷¹⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

⁷¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra L.da, 1983. p. 12.

uma tese interpretativa sobre uma disposição legal. A súmula vai do geral (a norma extraída de vários casos) para o particular.⁷¹⁶

A súmula representa a interpretação da lei feita por uma Corte a vários casos jurídicos concretos⁷¹⁷ e entra no mundo jurídico para ser aplicada em casos jurídicos futuros de maneira geral e abstrata, uma vez que ela é desvinculada do caso ou dos casos jurídicos concretos, não fazendo, ou quando faz, de forma muito reduzida, qualquer indicação ao fato ou aos fatos que lhe deram origem, pelo simples motivo de ser impossível sintetizar as características dos casos anteriores em poucas linhas.⁷¹⁸

De modo geral, os fatos aparecem nas súmulas apenas como uma referência superficial e não como um evento concreto da vida, e por isso estão longe de representar uma solução para um caso jurídico concreto, mas como um parâmetro de uma classe abstrata de fatos para aproveitamento no futuro e sua aplicação parte do geral para o particular, como se um dispositivo legal fosse.⁷¹⁹

Embora conste no § 2º do art. 926 que os tribunais devem se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação da súmula, não é possível constar nos enunciados - naquelas duas ou três linhas já mencionadas - a descrição dos fatos dos julgados que levaram a sua edição.⁷²⁰

⁷¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra L.da, 1983. p. 12.

⁷¹⁷ Para Daniel Mitidiero, as súmulas e os precedentes estão em níveis distintos. As súmulas são enunciados que visam a retratar os precedentes e por isso está um nível acima do nível do precedente. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.93-94. Lucas Buri de Macêdo também comunga do entendimento de que as súmulas não se confundem com os precedentes, por completa diferença entre suas naturezas jurídicas, seus métodos e seus fundamentos. Segundo Buri, as súmulas possuem procedimento específico para sua criação, modificação e extinção, sendo atos jurídicos autônomos que não se confundem com a decisão judicial. Buri diz que a prática de sumular entendimentos jurisprudenciais está ligada à inexistência de eficácia obrigatória dos precedentes, pois, caso contrário, ou seja, se seguir os precedentes fosse uma obrigatoriedade no sistema jurídico do Brasil, não haveria nenhuma utilidade sumular entendimentos que são reiterados em decisões, uma vez que a primeira decisão que se constitui um precedente já se tornaria obrigatória para os juízes subsequentes. Portanto, não há como classificar as súmulas com espécie, ainda que em sentido lato, de precedente. Buri finaliza, dizendo que o CPC de 2015 faz essa diferença, ao distinguir no art. 927, as súmulas (incisos II e IV) dos precedentes judiciais (I,III,IV). *In*: MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 94-96.

⁷¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Caso, regola di diritto, massima. La giurisprudenza per massime e il valore del precedente**: con particolare riguardo alla responsabilità civile. Padova: Cedam, 1988. p. 107.

⁷¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra L.da, 1983. p. 12.

⁷²⁰ “[...] essa norma nada mais é do que uma curiosa admissão de que as súmulas são critérios do passado, enquanto o que atualmente importa são os precedentes das Cortes Supremas”.

As súmulas, mesmo com essa determinação legal (art. 926, § 2º), continuam a ser editadas do mesmo jeito como sempre foram (Lei nº 11.417/2006). A súmula, como exaustivamente expresse aqui, é um extrato da jurisprudência. São vários casos e deles se tira uma regra jurídica, uma interpretação sobre uma questão de Direito.

Por isso, não é possível descrever os fatos, porque cada caso é diferente do outro, e assim não há como se ater aos fatos desses julgados que formaram a jurisprudência dominante e que vão dar origem a uma súmula. Em duas ou três linhas⁷²¹ - não é demais repetir - onde se expressa uma interpretação jurídica de um dispositivo legal é impossível “se ater as circunstâncias fáticas dos precedentes”.

Daí que a súmula não tem a mesma garantia do precedente que está diretamente ligado as circunstâncias fáticas do caso jurídico anterior, e quando não presentes essas mesmas circunstâncias nos casos sucessivos, pode-se utilizar uma das válvulas de segurança⁷²² da teoria dos precedentes que é a distinção do caso (*distinguishing*). Se não tem fatos na súmula, como se faz a distinção?⁷²³

A súmula, desde a sua origem, constitui ato administrativo,⁷²⁴ elaborado “na mesa”,⁷²⁵ do tribunal, longe do caso jurídico concreto, representando nada mais do que uma interpretação de um dispositivo legal, pois “não deriva de um caso concreto e é fruto de uma deliberação que os membros do tribunal tomam (maioria qualificada) quando entendem oportuna sua intervenção”.⁷²⁶

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

⁷²¹ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 92, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷²² Termo emprestado de Luca Passanante. PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 102-104.

⁷²³ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 102-104; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 160.

⁷²⁴ TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 422; PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 100-104.

⁷²⁵ Esse termo tomou-se emprestado de Luca Passanante. PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 103/104.

⁷²⁶ TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 422.

A súmula trabalha artificialmente, porque a hipótese de interpretação nela contida é fruto de uma abstração, com uma previsão genérica para casos futuros.⁷²⁷ O precedente, ao contrário, não tem uma prescrição definida que possa ser descrita em um enunciado normativo, e sua aplicação depende da identificação direta com as circunstâncias do caso em julgamento, sendo que toda fundamentação (razões de decidir) será avaliada e não apenas o dispositivo da decisão. Por essas razões, a súmula exige uma nova interpretação no momento de sua aplicação⁷²⁸ diante de um

⁷²⁷ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 103/104.

⁷²⁸ A súmula vinculante nº 13, que veda o nepotismo no serviço público, editada em 21 de agosto de 2008, embora tenha o enunciado mais extenso (tentativa de universalizar o maior número de casos) entre as súmulas vinculantes (quicá entre todas as súmulas), até hoje sua aplicação suscita dúvidas, ante a infinidade de casos que se enquadram na hipótese geral prevista na súmula, mas que devida as infindáveis particularidades existentes nas nomeações para cargos em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública, se diferenciam da tese firmada na súmula, tendo o Supremo Tribunal Federal em incontáveis julgados posteriores adequar a interpretação da súmula em cada caso concreto. Em alguns julgados, o próprio STF deixa clara a impossibilidade de se prever todas as hipóteses de aplicação da súmula vinculante, devendo cada caso ser analisado dentro do seu contexto específico. Ou seja, a súmula carece de nova interpretação a cada questionamento feito. Colhem-se algumas passagens do voto do ministro Dias Toffoli no MS 31.697 para uma melhor compreensão: “Ao editar a Súmula Vinculante 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), **com as peculiaridades de organização em cada caso**. Dessa perspectiva, é certo que a edição de atos regulamentares ou **vinculantes por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, caput, da CF/1988**. (não há destaques no original). [MS 31.697, voto do rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 11-3-2014, *DJE* 65 de 2-4-2014.]. Em outro julgado, porém por decisão monocrática, o relator também afirma que a regra geral estampada no enunciado da súmula deve ser conformada na aplicação a cada caso concreto, inclusive fazendo referência que a interpretação do enunciado sumular vai depender, em algumas hipóteses, do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais com a razoabilidade, qualificação técnica ou inidoneidade moral. Verbis: “Em princípio, a questão parece enquadrar-se no teor da Súmula Vinculante 13: o interessado é parente de segundo grau, em linha colateral, da vice-prefeita do Município, que, embora não seja a autoridade nomeante, encaixa-se na categoria de “servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento”, se compreendida de forma ampla. Resta saber, portanto, se a circunstância de se tratar de cargo de natureza política impediria a incidência do enunciado. 6. Na Rcl 6.650 MC-AgR/PR (rel. min. Ellen Gracie), esta Corte afirmou a “[i]mpossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13, por se tratar de cargo de natureza política”. Não se pode perder de vista, no entanto, que se estava em sede cautelar, de modo que a matéria não foi conhecida de forma exauriente e aprofundada. Tanto assim que, nessa ocasião, alguns ministros observaram que a caracterização do nepotismo não estaria afastada em todo e qualquer caso de nomeação para cargo político, cabendo examinar cada situação com a cautela necessária. (...) 7. Notas semelhantes foram feitas quando do julgamento do precedente que resultou na edição da Súmula Vinculante (RE 579.951/RN, rel. min. Ricardo Lewandowski). Além do relator, os ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso registraram a possibilidade de se caracterizar o nepotismo em algumas dessas situações — o que só se poderia examinar no caso concreto. 8. Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvaria apenas as situações **de inequívoca**

caso jurídico concreto,⁷²⁹ porque o juiz estará interpretando uma nova disposição normativa criada para um número indeterminado de casos, que foi produzida com base noutra regra geral e abstrata (texto normativo), e não destinada à aplicação de um caso concreto específico.⁷³⁰

Na realidade, as súmulas funcionam como se fossem uma lei de nível inferior que tem por objetivo definir qual a “correta”⁷³¹ interpretação de textos normativos ou esclarecer quais os seus significados.

No caso da súmula vinculante, caso algum juiz ou tribunal inferior julgue de forma diferente, essa decisão pode ser invalidada. O precedente - repita-se - sempre se fundamenta na similitude dos fatos, e assim, se os fatos são análogos, o segundo juiz deve aplicar o precedente.⁷³² A súmula não, de regra, quando o tribunal publica um enunciado de súmula, não faz a análise de fatos, porque o seu objetivo é resolver um conflito de interpretação sobre um texto legal ou da Constituição da República.

A súmula procura reduzir ou simplificar a complexidade dos fenômenos sociais,⁷³³ como se o mundo real vivesse no mundo das teses jurídicas, dissociado do que acontece na realidade social e objetiva apresentar uma resposta pronta para casos futuros, como se fosse possível universalizar a interpretação de um texto normativo que vem resumido em um enunciado.

Na verdade, a súmula está mais próxima de um dispositivo legal⁷³⁴ do que de

falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de inidoneidade moral. (não há destaques no original) [Rcl 17.627, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 8-5-2014, *DJE* 92 de 15-5-2014.]

⁷²⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 159.

⁷³⁰ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 110-111.

⁷³¹ Luca Passanante diz que as súmulas representam uma espécie de resposta correta dworkiniana. PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 103.

⁷³² TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 92, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷³³ Marcelo Elias Naschenweng diz que “neste esforço de condensação de um entendimento há uma inafastável redução da complexidade que não seria de todo o mal, não fosse a deslocamento da simplificação que, por vezes, desvirtua o sentido normativo aplicado ao caso de origem. Do conjunto de casos se abstrai uma regra que, na sequência, será aplicada de modo subsuntivo. Essa norma é formada no âmbito do tribunal para aplicação em casos subsequentes, atividade que, assim, por lógico, muito se aproxima da tarefa legislativa.” *In*: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 205.

⁷³⁴ Lenio Streck compara a súmula vinculante com a medida provisória editada pelo Poder Executivo (art. 62 e art. 84, XXVII, ambos da CR/88). A edição de uma medida provisória permite a

um precedente da tradição *Common Law*.⁷³⁵

Além da sua origem nos assentos portugueses, percebe-se, também, grande semelhança das súmulas com as máximas (*le massime*) do Direito italiano, que são enunciados jurídicos ou princípios de Direito extraídos das sentenças proferidas pela Corte de Cassação e que servem de orientação para aplicação em casos futuros.⁷³⁶

3.2.4 O precedente na tradição do *Common Law* e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidades e arguição de descumprimento de preceito fundamental, produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 1º (Lei nº 9.882/99)⁷³⁷ e § 2º (Lei nº 9.868/99) da Constituição da República.

Produzir eficácia contra todos (*erga omnes*) é uma característica essencial do processo constitucional, porquanto o Supremo Tribunal Federal, quando declara a (in)constitucionalidade de uma lei ou dispositivo legal, ele o(a) retira ou confirma sua validade no mundo jurídico e naturalmente atinge toda a coletividade.

O acórdão proferido no controle concentrado tem força de lei para todos os que se encontram na mesma situação jurídica e não somente entre as partes do processo, pois o Supremo Tribunal Federal tutela interesse difuso quando emite uma declaração de (in)constitucionalidade e a todos atinge.⁷³⁸

Mitidiero diz que o Código de Processo Civil confunde eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente, pois as decisões em controle concentrado de

coincidência simultânea da criação da lei com a sua execução pelo próprio Poder Executivo. A súmula permite a coincidência da edição de uma disposição normativa pelo órgão judicial responsável pela sua concretização, isto é, o STF é o órgão responsável pela criação das súmulas vinculantes e ao mesmo tempo tem a competência dizer qual é a sua interpretação correta. *In*: STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 284-319. v. 78. mai./jun. 2009. p. 287.

⁷³⁵ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 93, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷³⁶ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 123-124.

⁷³⁷ Lei nº 9.882/1999. [...] § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

⁷³⁸ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 p. 590.

(in)constitucionalidade visam a aplicar a Constituição para determinar a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo com aplicação para todos. O que é suscetível de produzir precedentes, no sentido dado por Mitidiero, são os fundamentos determinantes constantes na fundamentação do julgado, como acontece com a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, isto é, a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal.⁷³⁹

Como já descrito, o precedente da tradição do *Common Law* surge de uma decisão de primeiro grau e passa por um amadurecimento no tempo e no confronto com outras teses e interpretações até se tornar uma decisão vinculante. Ele sempre começa e termina com o julgamento de um caso jurídico concreto.

No julgamento das ações concentradas, o Supremo Tribunal Federal interpreta sem decidir, pois a Corte limita-se a estabelecer as razões por que determinada lei ou ato normativo é (in)constitucional, estabelecendo uma tese jurídica ou interpretação de caráter objetivo, sem decidir um caso jurídico concreto.⁷⁴⁰

A Corte de Vértice nesses julgamentos de ações concentradas de (in)constitucionalidade executa uma função de interpretar longe dos fatos, totalmente desprovida de um caso real, em um ambiente estéril, desvinculado dos fatos de um caso específico,⁷⁴¹ e, de consequência, tem uma liberdade maior de interpretação do que juízes e tribunais inferiores que aplicarão essa interpretação jurídica feita em abstrato a casos individuais e com fatos concretos.⁷⁴²

Exatamente o que Luca Passanante diz sobre a Corte de Cassação italiana, e é perfeitamente aplicado ao Supremo Tribunal Federal, que nas ações de controle concentrado, interpreta sem decidir e os juízes e tribunais inferiores, quando aplicam a norma resultante desses julgamentos, se pensar em uma vinculação restritiva, decidem sem interpretar de acordo com os fatos.⁷⁴³

⁷³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 92.

⁷⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 186-187.

⁷⁴¹ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 92-93.

⁷⁴² PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 92-93; TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 94-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷⁴³ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 92-93.

Logo, os precedentes da tradição *Common Law* guardam uma abissal diferença com relação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado (in)constitucionalidade. Os precedentes surgem de um caso jurídico concreto, mediante a análise de uma situação fático-jurídica real, posta em julgamento. Não se forma um precedente de uma interpretação do texto normativo sem uma aplicação a um caso jurídico concreto.

Conforme asseverado por Marinoni⁷⁴⁴, Streck e Abboud⁷⁴⁵, as características do padrão decisório emanado do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle abstrato se assemelham mais ao precedente do Tribunal Constitucional alemão do que ao precedente do Direito inglês ou estadunidense.

3.2.5 O precedente na tradição do *Common Law* e o incidente de assunção de competência - IAC

O incidente de assunção de competência - IAC - previsto no art. 947 do Código de Processo é admissível quando o julgamento de qualquer recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver “relevante questão de Direito, com grande repercussão social e sem repetição em múltiplos processos”.⁷⁴⁶ Outra exigência é que o órgão do tribunal que assumiu a competência fará o julgamento “se reconhecer interesse público” na assunção de competência, conforme o § 2º do art. 947.

⁷⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 186.

⁷⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99.

⁷⁴⁶ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de Direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de Direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. *In*: BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

O IAC provoca a transferência da competência de um órgão fracionário do tribunal para um órgão de maior composição (art. 947, § 1º) indicado pelo Regimento Interno, que, de regra, deve ser o plenário ou corte/órgão especial, porque ele visa a estabelecer uma tese jurídica que corresponda ao entendimento da Corte e não apenas de um ou outro órgão fracionário, que, embora possa ser de maior composição do que o originariamente competente (turma, câmara ou seção), ainda continua a ser um órgão fracionário e eventualmente ter o acórdão modificado pelo plenário⁷⁴⁷ ou corte/órgão especial.⁷⁴⁸

E ainda há o requisito alternativo previsto no § 4º do art. 947 do CPC, que é a prevenção ou a composição de divergências entre câmara ou turma do tribunal. A doutrina, por essa razão, entende que se deve aplicar a regra do art. 978 do Código de Processo Civil que disciplina o órgão competente para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR –, ou seja, deve ser julgado pelo órgão encarregado da uniformização de jurisprudência do tribunal.⁷⁴⁹

No Código de Processo Civil de 1973 havia instituto semelhante, entretanto, somente nos julgamentos da apelação ou agravo quando fosse necessário prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderia o relator propor que fosse o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicasse, desde que reconhecido o interesse público na assunção de competência.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Inobstante esse entendimento, o STJ permite o julgamento do IAC por órgão fracionário que não seja a Corte Especial, conforme interpretação dos artigos 11, VI e 14, III, do Regimento Interno, alterado pela Emenda Regimental nº 24/2016. Tal permissão, porém, é passível de provocar novo IAC quando houver divergência entre as seções. Se é para prevenir ou compor divergências, o julgamento em órgãos fracionários somente adia essa definição da Corte sobre a questão de Direito, pois novas divergências podem surgir entre outros órgãos fracionários.

⁷⁴⁸ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal**. 14. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 770-771.

⁷⁴⁹ Nesse sentido o enunciado nº 202 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O órgão a que se refere o § 1º do art. 947 deve atender aos mesmos requisitos previstos pelo art. 978”.

⁷⁵⁰ Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)
§ 1º Ocorrendo relevante questão de Direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001). *In*: BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

Tanto no Código revogado como no atual, a prevenção é uma questão fundamental, na medida em que o objetivo do IAC é evitar que divergências jurisprudenciais comprometam a certeza do Direito a igualdade e, conseqüentemente, a previsibilidade das decisões judiciais.

Portanto, não há dúvida de que o IAC, como os demais padrões decisórios do art. 927, vão desempenhar uma importante função de estabelecer uma orientação interpretativa aos juízes e tribunais sobre questões de Direito, contribuindo com uniformidade e estabilidade do Direito.

No IAC a questão a ser decidida deve ser de unicamente de Direito⁷⁵¹. Embora aconteça o deslocamento do julgamento do caso em razão de uma questão com “grande repercussão social”, o mais importante é o julgamento da “relevante questão de Direito”.⁷⁵² O julgamento do caso, em outras palavras, em si não tem relevância para a Corte, o que realmente importa é uma “relevante questão de Direito” que o órgão competente entende ser de “grande repercussão social”.⁷⁵³

Fixada a tese jurídica, nos julgamentos dos casos subsequentes, os juízes constitucionalmente competentes para analisar a questão de Direito (princípio do juiz natural) terão que se submeter à solução dada pela Corte, visto que sua prerrogativa de examinar a questão é substituída pela solução já apresentada na tese firmada no IAC, enquanto as demais questões apresentadas no caso em julgamento serão decididas pelo juiz natural.⁷⁵⁴

⁷⁵¹ Importante é ressaltar que, embora seja sabido e ressabido, a questão de Direito não existe sem a influência da questão de fato, pois o “fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/Direito”, porém, “pode-se falar em questões de sejam predominantemente de fato e predominantemente de Direito”, como ensinam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. Isto significa que o acontecimento jurídico ou a questão controversa em julgamento pode estar afeta a uma questão fática ou a uma questão de Direito. No intuito de simplificar (se isso é possível, diante de uma questão complexa e que suscita debates intensos), poder-se-ia dividir, seguindo a lição de George Abboud e Ricardo Fernandes, as questões jurídicas que demandam dilação probatória e as questões jurídicas que não demandam dilação probatória. Assim, no IAC, as questões de Direito que podem ser apreciadas são aquelas que não requerem uma dilação probatória. *In*: ALVIM, Teresa Arruda. Distinção entre questão de fato e questão de Direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, p. 52-70, out-dez/1998. p. 53; ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 362-363; ABOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 279, p. 339-356, maio/2018. p. 342.

⁷⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 235.

⁷⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 235.

⁷⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*:

A conclusão é de que o juiz natural no julgamento de um caso decide algumas questões e outras serão decididas (na verdade, já foram decididas) pela Corte. A tese firmada no IAC antecipa a interpretação de uma questão de Direito e coloca para solução do caso em julgamento uma norma formada em outro processo.

Essas características do IAC afastam qualquer possibilidade de semelhanças ou mesmo da lógica da doutrina dos precedentes da tradição do *Common Law*. O precedente se funda sobre a analogia fática e jurídica que o juiz do caso em julgamento faz com os fatos do caso anterior, pois somente com essa condição se pode aplicar a regra de que os mesmos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) devem ser aplicados a casos semelhantes.⁷⁵⁵ Esses fundamentos determinantes são o núcleo essencial da decisão e indicam a forma de aplicação da norma extraída no caso anterior para resolução da controvérsia do caso jurídico sucessivo, diante da relação de semelhança e reconstrução dos fatos e da regra jurídica dos dois casos.⁷⁵⁶

A aplicação da interpretação de uma questão unicamente de Direito feita pela Corte, que vai fixada em uma tese jurídica de poucas linhas, não pode ser equiparada a um precedente, não, pelo menos, no sentido dado ao autêntico precedente da tradição do *Common Law*.

Uma vez fixada a tese no IAC, sobre questão de Direito, torna-se vinculante a todos juízes e órgãos fracionários (art. 947, § 3º); contudo, essa eficácia vinculante também não pode ser equiparada a vinculação típica dos precedentes da tradição do *Common Law*. No precedente, o que obriga - é necessário repetir - são os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que solucionaram o caso. No IAC, o que vincula é o resultado do julgamento, ou seja, a solução posta para a questão de Direito, “que pode ser tomada a partir de vários fundamentos, não importando se algum deles foi compartilhado pela maioria do colegiado”⁷⁵⁷

A tese firmada no IAC antecipa a função da jurisprudência, que é sanar as divergências que se formam com o tempo no debate jurídico com base nos diversos casos que vão a julgamento. A jurisprudência é produto do amadurecimento do

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 186.

⁷⁵⁵ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 131.

⁷⁵⁶ TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 437.

⁷⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 246.

debate constituído com o tempo em outras instâncias. O IAC impede que esse debate ocorra, pois antecipa uma definição da questão de Direito,⁷⁵⁸ daí o risco de se ter uma decisão que não atenda a comunidade jurídica.

No IAC, a tese firmada vai de um caso particular ao geral, pois sua prescrição é genérica e abstrata (abstrai a análise fática) destinada a resolver problemas de interpretação do texto normativo, mirando em decisões no futuro, muito próximo do que faz uma disposição legal.⁷⁵⁹

Com efeito, o IAC não há de ser, sob qualquer perspectiva, equiparado a um precedente da tradição do *Common Law*. A sua função é compor divergências internas entre os órgãos fracionários do tribunal e prevenir possíveis divergências em questões de relevante repercussão social, além de ser um instrumento para impedir a proliferação de decisões em sentido diverso sobre a determinada questão de Direito.

3.2.6 A tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas e o precedente da tradição do *Common Law*

No inciso I,⁷⁶⁰ do art. 928, o Código de Processo Civil define o incidente de resolução de demandas repetitivas (ao lado dos recursos especial e extraordinário repetitivos) como uma das hipóteses de julgamento de casos repetitivo.

Denominado de IRDR, o incidente está disciplinado do art. 976 ao art. 987 do Código de Processo Civil. Como o próprio nome sugere, constitui um mecanismo de tratamento da litigiosidade repetitiva, por meio de um incidente que pretende unificar decisões sobre questões unicamente de Direito, no âmbito de uma mesma Corte. A

⁷⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 247.

⁷⁵⁹ TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 424.

⁷⁶⁰ 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. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

questão da litigiosidade repetitiva é uma preocupação constante do legislador⁷⁶¹ e uma das principais novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

O IRDR foi inspirado no Direito alemão⁷⁶², que utiliza o chamado procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*),⁷⁶³ porém, foi adaptado à realidade brasileira, assumindo características próprias e muito semelhantes aos previstos para o julgamento de casos repetitivos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O propósito foi estabelecer o mesmo mecanismo para julgamento de litígios de massa existentes no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, só que, no segundo grau (Cortes de Justiça)⁷⁶⁴, onde esses tipos de ações também

⁷⁶¹ O CPC de 1973 ao longo do tempo sofreu inúmeras reformas na tentativa de acelerar o julgamento de casos repetitivos (a título de exemplo, as alterações estabelecidas pelas Leis nº 8.038/1990, nº 8.950/1994, nº 9.756/1998, nº 10.352/2001, nº 11.276/2008, nº 11.277/2008).

⁷⁶² Conforme consta da exposição de motivos redigida pela comissão instituída pelo Senado Federal para elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao>. Acesso em: 01 nov. 2020. Ver ainda: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27-69; HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 975-1022; NUNES, Dierle. **O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁷⁶³ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes cita vários outros equivalentes históricos do IRDR no Direito estrangeiro, como, por exemplo: *test claims* (norte americanas e inglesas); a previsão contida na legislação de fundos de investimentos da Suíça; as ações de Regime Processual Experimental português (não mais vigente); a extensão de efeitos na jurisdição contenciosa administrativa da Espanha; a Group Litigation Order (GLO) da Inglaterra e do País de Gales; o *Pilot-judgment procedure* da Corte Europeia de Direitos Humanos, além das ações coletivas na Alemanha (*Verbandsklagen*) e das ações representativas (*representatives actions*) na Inglaterra e País de Gales etc. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27-28.

⁷⁶⁴ Sobre a possibilidade de instauração do IRDR diretamente nos tribunais superiores, o STJ já enfrentou a questão, definindo em um primeiro momento que, “Quanto ao Pedido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a competência para julgamento do referido pedido é dos tribunais de segundo grau. O inciso III do § 4º do art. 942 do CPC/2015, quando faz referência à palavra “tribunais”, deve ser interpretado como as instâncias ordinárias competentes para o julgamento da Apelação, ou seja, os Tribunais de Justiça e o Tribunais Regionais Federais, e não as instâncias extraordinárias. (AgInt na PET no REsp 1577870 / DF Agravo interno na petição no Recurso Especial 2016/0009074-6. Relator(a) Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador – Segunda Turma ata do Julgamento 15/12/2016. Data da Publicação/Fonte DJe 6/03/2017). Depois, a questão voltou a ser discutida na Corte Especial do STJ, que fez uma nova interpretação do art. 976 e 987 do CPC, dessa vez admitido o IRDR nos tribunais superiores, mas somente nas demandas de competência originária. “O novo Código de Processo Civil instituiu microsistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à

causam decisões díspares e com isso compromete a certeza do Direito e a igualdade entre os jurisdicionados (art. 976, II, do CPC).⁷⁶⁵

A ideia é de que, com o julgamento de uma questão unicamente de Direito pelas Cortes, fixa-se uma tese jurídica que será posteriormente aplicada a todos os processos em julgamento - que ficam suspensos enquanto a Corte fixa a tese - que versarem sobre idêntica questão de Direito (art. 985, I, do CPC), bem como aos casos futuros que também tratem de idêntica questão (art. 985, II, do CPC), quando em ambos os casos tramitarem dentro do território da competência do tribunal.

Caso haja um recurso contra a decisão proferida em segundo grau para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, a solução dada sobre a questão de Direito se estende para todo o Território Nacional (art. 987, do CPC).

E eventual revisão da “tese jurídica” somente poderá ser feita pelo “mesmo tribunal” (art. 986, do CPC) e, no caso de não ser observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação (art. 985, § 1º do CPC).

O IRDR não julga uma demanda ou uma controvérsia, mas apenas fixa uma tese jurídica sobre uma questão de Direito que se repete em diversos processos. Não se analisam as questões de fatos (e outras questões de Direito que não se repetem em outros processos) e por isso não há que se falar em julgamento da causa que, obviamente, dependeria da análise da causa de pedir e dos pedidos.⁷⁶⁶

Desse modo, IRDR não é um recurso, mas uma técnica processual (incidente) de resolução de questões de Direito controvertidas (que é definida em um caso-piloto ou procedimento-modelo) que são replicadas em múltiplos processos pendentes de julgamento. Apesar de o art. 927, inciso III, do Código de Processo

jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.” (AglInt na Pet 11838 / MS Agravo interno na petição 2016/0330305-6. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Relator(a) p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Corte Especial. Data do Julgamento 07/08/2019. Data da Publicação/Fonte DJe 10/09/2019.). No STF, o ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática na petição nº 8.245/AM, entendeu que o IRDR foi originariamente para ser julgado por tribunal de 2º grau, pois para os tribunais superiores o Código de Processo Civil já prevê os recursos especial e extraordinário repetitivos, técnica semelhante para o tratamento de demandas seriais. Além disso, a competência do STF está prevista na Constituição da República e não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extrapolem os limites fixados no rol *numerus clausus* do art. 102 da Carta Magna.

⁷⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 17.

⁷⁶⁶ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 69.

Civil determinar que juízes e tribunais deverão observar os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas, não se os compara com um precedente da tradição do *Common Law*.

A decisão proferida no incidente para resolução de demandas repetitivas tem como objetivo definir a interpretação de uma questão de Direito que se repete em múltiplos casos pendentes de julgamento, enquanto o precedente tem a função de estabelecer fundamentos determinantes (*ratio decidendi/holding*) aplicáveis em casos futuros (universalizadas)⁷⁶⁷ com amparo na interpretação das circunstâncias fáticas e jurídicas que circunscrevem o caso em julgamento.

O precedente não está ligado somente a questões de Direito e muito menos à repetitividade dessas questões, embora em alguns casos isso possa acontecer e contribuir para manter a coerência e integridade do Direito.⁷⁶⁸

Marinoni, para explicar a confusão terminológica que classifica a decisão do IRDR como um precedente, oferece como exemplo as hipóteses de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, quando os representados (pelos legitimados legais que propuseram a tutela coletiva) nessas ações não podem ser prejudicados pela coisa julgada,⁷⁶⁹ enquanto no IRDR os titulares desses direitos

⁷⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

⁷⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 176.

⁷⁶⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e Direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. In: BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

correm o perigo de ser prejudicados sem haver participado do processo em que foi proferida a decisão vinculante.⁷⁷⁰

[...] um precedente surge naturalmente do exercício do Direito de ação e dos casos que são submetidos à Corte. Suspender o exercício do Direito de participação para formar um precedente retroativo é, sem qualquer dúvida, não só ignorar que o jurisdicionado tem Direito a um dia perante a Corte, mas também não perceber que o objetivo do sistema de precedentes é regular o modo de ser do Direito e não resolver casos de massa.

Uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o Direito fundamental de participação no processo.⁷⁷¹

Marinoni diz que o IRDR é destinado a regular casos que surgem ou podem surgir em relação a um determinado conflito, enquanto o precedente tem por objetivo estabelecer autoridade aos fundamentos determinantes estabelecidos pelas Cortes de Vértice. Sustenta que a tese firmada em IRDR visa a regular uma questão de Direito replicada em múltiplos casos pendentes, resolvendo somente casos idênticos, enquanto o precedente se preocupa em solucionar casos futuros e orientar a sociedade nos seus comportamentos.⁷⁷²

Para Sérgio Arenhart e Paula Pessoa Pereira, o tribunal, ao fixar uma tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas, não faz a “correta interpretação do Direito” e sim a “interpretação de certa questão de Direito”.⁷⁷³ As mais diversas e particulares circunstâncias fáticas que constam das demandas repetitivas não são levadas em consideração pelo tribunal no momento de fixação da tese jurídica.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ensina que a tese jurídica do IRDR em nada se assemelha a um precedente da tradição do *Common Law*, uma vez não há um julgamento de caso jurídico concreto do qual se extraia um fundamento

⁷⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 355-356.

⁷⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

⁷⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

⁷⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 189.

determinante (*ratio decidendi*), “a partir do contexto fático existente, para que os casos futuros possam seguir o precedente”.⁷⁷⁴

O fato, como ensina Castanheira Neves, “faz parte do problema do Direito. Ele não é, portanto, algo que subsista num mundo puramente abstracto-ideal distinto do mundo dos factos e que subsista aí em completa independência dos fatos.”⁷⁷⁵ É bem verdade que a tese jurídica firmada no incidente não está totalmente isenta de fatos⁷⁷⁶, porém, os fatos considerados são muito genéricos e por isso a Corte não se atém às particularidades dos diversos casos jurídicos concretos repetitivos, concentrando-se somente naqueles fatos que são comuns ou padronizados (fato-tipo)⁷⁷⁷ e que estão descritos nas demandas repetitivas.⁷⁷⁸

De forma mais clara, no julgamento do IRDR é necessária uma generalização excessiva do material fático justamente para abranger o maior número possível de casos e ser permitido firmar uma tese jurídica que seja replicada⁷⁷⁹ em todos os

⁷⁷⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 206-207.

⁷⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. **Curso de introdução ao estudo do Direito**. Coimbra: Coimbra. Datilografado e impresso em offset João Abrantes, 1971-72. p. 29-30.

⁷⁷⁶ Todo e qualquer julgamento sempre terá por referência um contexto fático para sua aplicação. No caso dos julgamentos repetitivos esses fatos são capturados de forma superficial, genérica ou padronizada, sem levar em consideração todas as particularidades dos fatos da causa. “Evidentemente, e aqui o legislador disse mais do que queria (*dixit plus quam voluit*), a questão não há de ser unicamente de Direito. Isto porque não há questões unicamente de Direito. O fenômeno jurídico é composto, necessariamente e sempre de fato e Direito. Ocorre no instante em que se ‘encontram’ o plano dos fatos e o plano normativo. De fato, em ação alguma (salvo em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações diretas de constitucionalidade) se discute só em torno de normas. Toda ação tem um quadro fático subjacente. Então, questões ditas de Direito, *quaestio juris*, são predominantemente de Direito. São aquelas em que não há discussão sobre os fatos porque, por exemplo, são comprováveis documentalmente. Ou, ainda, são aquelas situações em que os fatos já estão comprovados, por várias espécies de provas, e, não havendo dúvidas sobre que ocorreu, e sobre como ocorreu, discute-se apenas sobre sua qualificação jurídica. Trata-se de instituto vocacionado a resolver ações que envolvam Direitos individuais homogêneos, bem como questões de Direito de natureza processual, que sejam também idênticas.” *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.397.

⁷⁷⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 74-75.

⁷⁷⁸ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 74-75.

⁷⁷⁹ “No incidente, o tribunal deverá abstrair as circunstâncias concretas, concentrar os elementos homogêneos e recompor a imagem a fim de projetar um *fato-tipo*, para, a partir daí, fixar a tese jurídica. Para esta descrição do *fato-tipo*, o tribunal não deverá se ater aos elementos subjetivos e às mínimas particularidades das situações concretas, mas deverá descrever os elementos relevantes que se repetem e os padrões observados da realidade.” (destaques são originais do texto) *In*: TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 75.

processos repetitivos e até para casos futuros que apresentem padrões de semelhança com essas demandas em multiplicidade.

Ora, se os precedentes da tradição do *Common Law* são constituídos com amparo na analogia dos fatos entre o primeiro caso e os subsequentes, não se utilizam as decisões proferidas nos IRDR como se precedentes fossem. Em qualquer precedente, a comparação dos fatos entre o caso antecedente e o sucessivo é fundamental e, por isso, as razões de decidir (*ratio decidendi*) também devem ser similares. Se os fatos são diferentes, então, os fundamentos determinantes da decisão anterior não se aplicam ao caso posterior, e por isso o juiz tem a oportunidade de decidir diferentemente.

O precedente da tradição do *Common Law* surge quando a regra, ou melhor, os motivos determinantes que constam na sua fundamentação são aplicáveis a outros casos semelhantes com base no cotejo entre os fatos controvertidos. A tese jurídica firmada no incidente de resolução de demanda repetitivas tem a finalidade de dar interpretação apenas a uma questão de Direito contida em casos que se repetem.⁷⁸⁰

Por essa característica, a tese jurídica firmada no IRDR se aproxima dos enunciados de súmulas e até da *fattispecie* de um texto normativo,⁷⁸¹ mas está longe de ser, pelo menos, semelhante a um precedente da tradição do *Common Law*.

3.2.7 A tese jurídica firmada nos recursos especial e extraordinário e o precedente da tradição do *Common Law*

No inciso II⁷⁸², do art. 928, o Código de Processo Civil define os recursos especial e extraordinários repetitivos como as outras hipóteses de julgamento de casos repetitivos.

⁷⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

⁷⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 207.

⁷⁸² 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. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil.

No revogado Código de Processo Civil de 1973, já havia previsão de julgamentos repetitivos (ou por amostragem), que fora disciplinado pelas Leis nº 11.418/2006 (os art. 543-B) e nº 11.672/2008 (art. 543-C,) e agora estão previstos desde o art. 1.036 até o art. 1.041 no Código de Processo Civil de 2015.

A lógica dos recursos especial e extraordinário repetitivos é a mesma do IRDR. Supõe-se, de saída, que é possível estabelecer um padrão interpretativo assente no julgamento de alguns pouquíssimos casos (caso-modelo ou caso-piloto) sobre uma determinada questão de Direito e fixar uma tese jurídica. Depois, todos os demais casos semelhantes serão julgados com base na interpretação definida.

O problema também é o mesmo. Para formular uma tese jurídica sobre uma questão de Direito a ser universalizado, se deve ignorar aspectos específicos das demais demandas ou novas demandas repetitivas para se concentrar somente sobre as questões idênticas da tese firmada.

Na linha do que já foi exposto no estudo do IRDR, a técnica dos recursos especial e extraordinário repetitivos tem por finalidade gerir demandas que contenham idêntica questão de Direito que se multiplicam em vários processos e não há qualquer semelhança com os precedentes da tradição do *Common Law*. O objetivo é reduzir a carga de trabalho dos juízes e Cortes, impondo solução única para casos com características similares.⁷⁸³

O procedimento para o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivo tem início nas Cortes de Justiça (TJs e TRFs), por seleção dos recursos pelo presidente ou vice-presidente, quando identificarem uma multiplicidade de recursos com idêntica questão de Direito.

Os processos selecionados (dois ou mais) serão encaminhados para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, dependendo de se tratar de recurso especial ou extraordinário. Esses processos selecionados devem ser “representativos da controvérsia”.⁷⁸⁴ Essa seleção não vincula o relator na Corte

Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁷⁸³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 316; ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 184; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 330-334.

⁷⁸⁴ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de Direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as

de Vértice, que pode recusá-la por entender que não é o caso de se instalar o julgamento do repetitivo, bem como ele pode escolher outros processos que na sua avaliação represente melhor a controvérsia (art. 1036, § 4º).

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal realizam o julgamento de idêntica questão de Direito que se repete em múltiplos processos. Uma vez fixada a tese jurídica, caberá aos demais órgãos judiciais a aplicação nos casos (em andamento e os futuros) que contenha idêntica questão de Direito.

A tese jurídica firmada nos recursos especial e extraordinário é sobre a interpretação de uma questão unicamente de Direito, portanto, isenta da análise de toda matéria fática, e o tribunal define apenas qual seria a interpretação de determinado dispositivo legal ou texto normativo e sua incidência em uma determinada “situação fática padrão”⁷⁸⁵ e de um dado conjunto fático que supostamente contempla múltiplos casos, e por isso não há como comparar os fatos do processo que originou a tese jurídica e as peculiaridades dos processos futuros para fazer uma distinção quando necessário.⁷⁸⁶

Como se depreende, a técnica de solução de casos repetitivos dos recursos especial e extraordinário atua da mesma forma que a técnica do IRDR. Como já destacado, o IRDR, na verdade, acompanhou a mesma lógica dos repetitivos das Cortes de Vértice.

Observa-se que nos recursos especial e extraordinário repetitivos, também, acontece uma espécie de desmembramento na competência para o julgamento da causa. A questão de Direito repetitiva será julgada pela Corte de Vértice e os juízes e Cortes de Justiça inferiores ficarão encarregados da análise das demais questões

disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos **representativos da controvérsia**, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. (Não há grifos no texto original). BRASIL.

Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁷⁸⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 73-78.

⁷⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 190.

(art. 1.040, III e art. 1.041, § 1º e 2º, do CPC), quando eventualmente os processos ainda estiverem aguardando julgamento nessas instâncias inferiores.

A igual do que acontece no IRDR, os recursos especial e extraordinário repetitivos não têm qualquer semelhança com o precedente da tradição do *Common Law*. A tese fixada no julgamento de recursos repetitivos parte da análise de uma questão de Direito com um contexto fático-padrão o suficiente para alcançar todos os demais casos “idênticos”.⁷⁸⁷ O precedente não é formado somente com escora na resolução de questões de Direito,⁷⁸⁸ mas essencialmente sobre a analogia dos fatos entre o primeiro caso ou caso paradigmático e os fatos dos casos subsequentes.

Na realidade, o que a tese jurídica fixada no julgamento repetitivo cria é uma regra geral e abstrata. A Corte de Vértice fixa aquilo que, no seu entendimento, é o correto significado do texto normativo. Como os demais juízes e tribunais ficam obrigados a aplicar esse entendimento a situações jurídicas idênticas, essa tese jurídica estabelecida tem caráter de regra genérica e abstrata.⁷⁸⁹

Mais uma vez, a tese jurídica fixada nos julgamentos repetitivos, como no IRDR, mais se assemelha a um texto legal do que ao precedente judicial autêntico.

⁷⁸⁷ Alexandre Freiras Câmara faz uma importante observação sobre a impropriedade do texto normativo contido no art. 1.036 do CPC que utiliza a expressão “idêntica” questão de Direito, quando deveria utilizar a expressão “mesma” questão de Direito. Segundo ele, o aspecto repetitivo acontece quando se discute em vários processos a “mesma” questão de Direito e não “idêntica” questão de Direito. Transcreve-se, para melhor compreensão dessa importante diferença terminológica: “Deve-se, aqui, fazer uma crítica ao texto normativo: o art. 1.036 do CPC/2015 fala de múltiplos recursos com fundamento em ‘idêntica’ questão de Direito. Não se trata disso, porém. O que se tem nos casos repetitivos é uma multiplicidade de casos nos quais se discute a *mesma* questão de Direito. A mesma questão, e não questões idênticas. Perdoe-se a obviedade, mas não se pode confundir ‘questões idênticas’ com ‘a mesma questão’. Este, porém, é erro que o texto do Código de Processo Civil de 2015 reiteradamente comete. Veja-se, por exemplo, o § 2º do art. 337 (segundo o qual “[u]ma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”). Ora, se são as *mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*, não se trata de duas demandas idênticas, mas da mesma demanda duas vezes proposta. Confundir ‘*mesmo*’ e ‘*idêntico*’ não permitiria, por exemplo, que se entendesse a diferença entre afirmar que duas mulheres ficaram constrangida por terem ido a uma festa com vestidos idênticos (mas jamais seria possível que tivessem ambas ido com o *mesmo vestido*); ou se entender que é possível abrir uma caixa de fósforo e acender 40 vezes o *mesmo palito de fósforo*). O caráter repetitivo dos recursos excepcionais se manifesta quando em múltiplos recursos se discute a *mesma* questão de Direito.” In: CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 229, nota 129.

⁷⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 176.

⁷⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. v.1. p. 18.

Isso resulta na mesma indeterminação de qualquer texto.⁷⁹⁰ Vai sempre depender de nova interpretação, porque o Direito não se exaure na tese jurídica dos recursos repetitivos.⁷⁹¹

Enfim, os julgamentos de casos repetitivos representam uma técnica da gestão de casos repetitivos com a criação e aplicação de teses jurídicas que são de observância obrigatória para todos os juízes e tribunais e devem ser aplicadas aos processos em que repetem idêntica (ou a mesma)⁷⁹² questão de Direito.

A estabilidade, a coerência e a integridade do Direito, corolários da certeza do Direito e da igualdade, são mantidas na tradição do *Common Law* com aplicação do Direito (fundamentos determinantes) aos casos jurídicos concretos e semelhantes.⁷⁹³ As teses jurídicas dos julgamentos repetitivos objetivam, na verdade, resolver um problema numérico e de carga de trabalho dos tribunais.

3.2.8 O precedente na tradição do *Common Law* e a orientação do plenário ou do órgão especial das Cortes

As decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais, de acordo com o inciso V, do art. 927 do Código de Processo Civil, também deverão ser observadas pelos juízes e tribunais. Este inciso reforça a necessidade de se manter a jurisprudência dos tribunais, conferindo estabilidade, coerência e integridade nos seus julgados, não apenas para os juízes de primeiro grau, mas também para os órgãos fracionários das próprias Cortes.

As decisões desses órgãos (plenário ou órgão especial) que são de competência maior na estrutura dos tribunais e resolvem questões mais complexas e significativas, inclusive as divergências entre os órgãos fracionários, devem ser

⁷⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 191-192.

⁷⁹¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 318-319.

⁷⁹² CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 229, nota 768.

⁷⁹³ TARUFFO, Michele. Note sul precedente giudiziale. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. Bologna: Il Molino, 2018. p. 108-109; ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 193.

observadas por todos os demais órgãos inferiores para se manter a certeza do Direito e igualdade, além de evitar excessiva dispersão da jurisprudência dentro do mesmo tribunal.

Os limites da interpretação são postos pelo órgão máximo do tribunal, razão pela qual, ele próprio, plenário ou órgão especial, está vinculado aos próprios entendimentos. Além de representar a obediência a um sistema hierarquizado (competência funcional) sob o qual está constituído todo o sistema recursal, atua de forma didática e instrutiva para os demais órgãos fracionários e juízes vinculados, demonstrando a necessidade de se seguir a jurisprudência consolidada, mantendo a estabilidade e a integridade determinadas no art. 926 do CPC, garantindo a certeza do Direito e a igualdade de condições entre os jurisdicionados.

Embora o Código de Processo Civil não tenha feito referência expressa em outros artigos sobre quais seriam essas “orientações”, não há dúvida quanto às decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais locais em ações de controle de constitucionalidade do Direito estadual ou municipal, em face da Constituição estadual, ante a sua previsão no art. 125, § 2º da Constituição da República e a simetria com o controle concentrado previsto no art. 102, inciso I e § 2º da Constituição da República.⁷⁹⁴

As súmulas dos tribunais locais também devem ser observadas, pois elas representam a síntese da jurisprudência dominante das Cortes de Justiça. Essa conclusão é possível com supedâneo na interpretação do art. 926, § 1º, ao estabelecer que “os tribunais editarão enunciados de súmulas correspondente a sua jurisprudência dominante” com o art. 332, inciso IV, que possibilita o julgamento liminar de improcedência do pedido com base nessas súmulas, e o art. 932, incisos IV e V, que permite ao relator negar ou dar provimento ao recurso com fundamento nas súmulas dos tribunais locais.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁷⁹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 303.

Se as súmulas dos tribunais locais gozam de alguma proteção ou de mecanismo processual privilegiado em outros dispositivos do CPC, similar ao previsto aos demais provimentos judiciais do art. 927, a conclusão só pode ser que ela estaria contemplada como um padrão decisório de observância obrigatória.

As “orientações” dos tribunais locais, entretanto, não se limitam a esses dois provimentos judiciais, pois todas as decisões emanadas desses órgãos devem merecer observância dentro dos seus limites hermenêuticos, pois o Direito é uma continuidade e o respeito à tradição histórico-institucional de resolução das controvérsias impõe coerência e integridade do sistema, sendo que os juízes vinculados devem observá-las (as decisões) para os casos semelhantes.⁷⁹⁶

As orientações jurisprudenciais dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais possuem as mesmas características dos padrões decisórios analisados, ressalvadas as limitações de competência territorial, o que atrai as várias observações feitas até aqui a respeito das diferenças com os precedentes da tradição do *Common Law*.

No caso das Cortes de Vértice, embora os recursos especial e extraordinário sejam destinados a dar uniformidade ao Direito federal e constitucional, respectivamente, é comum a divergência interna nessas Cortes. A existência de órgãos fracionários que enfrentam igual problema conduz, frequentemente, a entendimentos diferentes, prejudicando a função dessas Cortes de promover a unidade do Direito.

Para resolver essas interpretações contraditórias sobre a mesma questão jurídica dentro das Cortes de Vértice, existe o recurso dos embargos de divergência (arts. 1043 e 1044). Este recurso é cabível somente contra decisão proferida em recurso especial ou recurso extraordinário e proferida por órgão fracionário, ou seja, ficam excluídas da possibilidade deste recurso as decisões da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Se sua finalidade é controlar as divergências de interpretações que surgem dentro da mesma Corte sobre o texto normativo, obviamente, a decisão proferida nos embargos de divergência deve prevalecer e unificar o entendimento e assim servir de paradigma para outros julgados.

⁷⁹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 303.

As Cortes de Vértice devem impedir que divergências de entendimento interno comprometam a unidade ao Direito. Por isso, os embargos de divergência atuam para uniformizar a interpretação, principalmente, porque os recursos especial e extraordinário têm essa finalidade e diferenças de entendimentos nos seus vários órgãos fracionários comprometeria sua atuação de promover o interesse público (*ius constitutionis*).

O recorrente que alegar divergência deve demonstrar a identidade entre os fatos jurídicos que são relevantes do caso jurídico concreto e do caso já julgado e indicado como paradigma, para que a decisão a ser proferida no recurso seja a mesma que esta.⁷⁹⁷

Marinoni alerta para a ideia de que, neste momento de demonstrar a divergência, a análise da questão fática já deve estar definida, uma vez que os fatos, “em determinado casos, sequer importa, uma vez que não raro a questão de Direito não recebe qualquer influência do contexto fático para efeitos de sua apreciação pela Corte”.⁷⁹⁸ Marinoni tem razão, porque os embargos de divergência existem apenas para dirimir uma divergência de interpretação sobre o texto normativo desde o julgamento de recurso especial e extraordinário, portanto, esse contexto fático foi definido muito antes, e não será neste momento que se fará qualquer análise jurídica sobre eles, mas sim a respeito da interpretação dada ao texto normativo aplicada a esses fatos definidos em outras instâncias.

Um ponto interessante e marcante na distinção com o precedente da tradição do *Common Law* é a hipótese de cabimento dos embargos de divergência prevista no § 3º do art. 1.043 do CPC, quando o “acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”. Ora, o próprio legislador incentiva decisões de caráter pessoal, e não institucional. A coerência e a integridade têm a função de impedir que decisões pessoais ou estratégicas, desviem do Direito vigente, ou melhor, do padrão decisório estabelecido.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 588.

⁷⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 218.

⁷⁹⁹ ABOUD, George. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 132-133.

Por isso a defesa da Hermenêutica de Gadamer associada com a teoria desenvolvida por Taruffo sobre o papel das Cortes e a função dos precedentes. A resposta é de acordo com o Direito, constituído pela tradição gerada pelos casos anteriores. No respeito à história do Direito judicial está a coerência. Embora essa história se renove a cada dia, ela não deve ser alterada por uma vontade pessoal do julgador, pois o Direito é institucional e não um ato discricionário.⁸⁰⁰ Retorna-se à lição de Gadamer, consoante a qual o Direito deve ser “entendido na sua continuidade com o presente, isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura 'assegurar a sobrevivência do Direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição do pensamento jurídico' ”.⁸⁰¹

Se a Corte firma um padrão decisório (e na linguagem do cotidiano forense, um precedente), ele deve ser respeitado por todos, inclusive pela própria Corte, e não é porque alterou a composição dos membros que autoriza a mudança de entendimento. A resposta de uma questão jurídica começa pela tradição, que vai subsidiar o ponto inicial para o ato de compreensão.⁸⁰² Se não ocorreu alteração do contexto fático ou social, a resposta jurídica tem que ser a mesma.

A superação do entendimento deve ser com base nos fatos, no ambiente social, nas mudanças da realidade, na percepção de que os fundamentos determinantes perderam sua consistência social, e não em um entendimento pessoal de um integrante da Corte.⁸⁰³ Será que a *Supreme Court* inglesa, bem como a seção jurisdicional da *House of Lords* e a Suprema Corte dos Estados Unidos (para citar só esses dois exemplos), alteram um precedente estabelecido *ad tempus*,

⁸⁰⁰ Parafraseando Ronald Dworkin, o dever de um juiz, e isso vale para qualquer tribunal ou instância, é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor por um desejo pessoal. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 240.

⁸⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 430.

⁸⁰² SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 146.

⁸⁰³ Essa prática é comum e sempre condenada pela doutrina. “Uma questão jurídica pacificada pelos Tribunais Superiores não deveria voltar a ser ali decidida, nem mesmo para reafirmação do precedente. Esta repetição interminável das mesmas atividades é a causa de muitos males do Judiciário brasileiro. Para isso, as técnicas dos recursos repetitivos, das súmulas (vinculantes ou não) e da jurisprudência dominante devem ser adequadamente utilizadas. Convém também que os Ministros compreendam a sua missão, sem os riscos que a ambição pessoal traz, de fixar os próprios precedentes, modificando decisões anteriores da Corte”. In: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Presente e Futuro do Recurso Especial. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.) **Panorama atual do Novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 468. Sobre a mesma temática, ver ainda: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 14 e ss.

com base no entendimento pessoal de algum ou alguns novos integrantes? As diferenças são muito evidentes.

Não é segredo para ninguém a verdade conforme a qual, a cada novo integrante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a expectativa é saber qual o seu entendimento sobre essa ou aquela matéria.⁸⁰⁴ Como pensar em estabelecer, como querem muitos, vinculação de padrões decisórios quando um integrante da Corte de Vértice não se sente obrigado a seguir o Direito vigente, ou, mais grave, a própria legislação positiva essa possibilidade? A observância aos padrões decisórios também deve vir das Cortes!

Em suma, os embargos de divergência se prestam para dirimir diferenças de interpretações sobre questões de Direito e não há uma comparação fática entre casos nos moldes do precedente do *Common Law*, porque ele definirá apenas qual das interpretações que foi dada em um recurso especial ou em um recurso extraordinário deve prevalecer.

Por final, como é perceptível, embora se aprenda muito com outras tradições jurídicas, precisa-se, também, compreender as diferenças que impõem a separação de quem opera o Direito e como funciona cada uma delas, com suas características e particularidades que foram sendo estabelecidas à medida do tempo, e até o modo de pensar dos seus juristas, porque as *via operandi* dos juízes são diferentes, pois, na tradição do *Common Law*, não existe julgamento por teses jurídicas ou por súmulas (aliás, instituto estranho àquela tradição), e o juiz sempre desenvolve um raciocínio analógico e complexo com base nas circunstâncias fáticas relevantes do caso anterior com o caso sucessivo e não uma operação de subsunção com base em teses jurídicas.

Luca Passanante adverte para a noção de que este costume de olhar para outras tradições jurídicas e equiparar seus institutos na tentativa de simplificar aquilo que não pode ser simplificado,⁸⁰⁵ inclusive chamando uma coisa (precedente) com o

⁸⁰⁴ Outro fenômeno ligado a essa prática, que Fabrício Castagna Lunardi denomina de individualismo decisional nos julgamentos colegiados, muito mais comum do que se possa imaginar, é quando o integrante da Corte de Vértice vota sem considerar os votos dos seus pares. Adiciona-se a essa hipótese a ideia de que um novo integrante não se ache obrigado a seguir a tradição do Direito judicial por um entendimento de caráter estritamente pessoal. In: LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2020. p. 191.

⁸⁰⁵ No mesmo sentido, a advertência de Evaristo Aragão Santos: “Não acredito que devemos simplesmente ‘importar’ uma teoria do precedente formulada para a realidade do Common Law, adaptando para o nosso contexto aquilo que lá representaria seus institutos fundamentais. Afirimo, aliás, por acreditar não existir nem mesmo o que propriamente ‘importar’. Não porque as concepções estrangeiras sejam em si inadequadas. Pelo contrário. Digo isso porque, não obstante

nome de outra (teses jurídicas, súmulas, jurisprudência, julgado, acórdão etc.) é possível conduzir a sedimentar equívocos perigosos,⁸⁰⁶ como, no caso em análise, tratar mecanismos e institutos da gestão de processos repetitivos⁸⁰⁷ (problema numérico) como se precedente fosse, ou impor, via legislação, a vinculação de interpretações feitas em abstrato.⁸⁰⁸

O estudo e o uso dos precedentes, diz Passanante, é uma operação complexa e exige aprendizado, enquanto a aplicação de súmulas (no Direito italiano, as *massimas*) ou teses jurídicas exige obediência. E acrescenta a ideia de que essa tentativa de estabelecer o precedente judicial e sua vinculação por determinação legal, enquanto na tradição do *Common Law* ela decorre de uma tradição e não de uma imposição legal, leva a descaracterizar a sua identidade, ao ponto de torná-lo de fato um “precedente impossível”.⁸⁰⁹

a amplitude e sofisticação do debate que há séculos se desenvolve lá fora a respeito do tema, ainda assim não se pode dizer existir uma concepção anglo-americana clara, sistemática e definida, em todos os seus aspectos, a respeito do precedente judicial”. *In*: SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

⁸⁰⁶ Mesma advertência é feita por Taruffo, conforme expresso alhures. *In*: TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 422-433.

⁸⁰⁷ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “Não há como concordar, destarte, com qualquer entendimento que sugira que o Direito brasileiro tem migrado para o Common Law ou algo similar, representando o CPC de 2015 o ápice dessa escalada de emprestar normatividade vinculante a variadas decisões judiciais. O que há – e é muito diferente – é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de 1973 (abandonando a já mencionada e sempre esquecida ‘uniformização de jurisprudência’) no sentido de que, se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de processos e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico entre os jurisdicionados. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram e o que inquestionavelmente querem. Nada mais do que isso.” *In*: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2. p. 388-389.

⁸⁰⁸ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 151-152.

⁸⁰⁹ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 152.

4 OS JUÍZES E AS CORTES DE JUSTIÇA: “válvula respiratória” para a evolução do Direito

Observou-se, amiúde, que o sistema jurídico brasileiro sempre possuiu os próprios mecanismos e institutos para concretização dos ideais de certeza do Direito e igualdade, e que o Código de Processo Civil de 2015 faz um aprimoramento dessas técnicas e institutos, porém, embora com os mesmos objetivos do sistema de precedentes da tradição do *Common Law*, são diferentes desde a sua formação até a modalidade de aplicação.

Neste capítulo – o derradeiro - indica-se o alcance dos padrões decisórios elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, com a necessária obrigatoriedade de sua observância nos casos em julgamento, como maneira de manter a tradição do Direito judicial, tutelando a certeza do Direito e a igualdade de tratamento para os casos semelhantes, mas sem que julgadores renunciem à atividade interpretativa. Ao mesmo tempo, se discorre a respeito da importância do papel desempenhado por juízes e Cortes de Justiça na sua formação e aplicação desses padrões decisórios, bem como acerca da imprescindível função de aplicar o Direito ao caso jurídico concreto e garantir a evolução do Direito⁸¹⁰ contemporaneamente com as necessidades sociais.

4.1 Padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil: vinculantes ou de observância obrigatória? Existe hierarquia entre esses provimentos?

Como aludido noutras passagens desta tese, para atingir o objetivo de dotar o sistema processual de maior certeza e igualdade, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15) traz, como um dos seus pilares, institutos e técnicas para uniformizar a jurisprudência, torná-la mais estável, coerente e íntegra, estabelecendo um rol de provimentos judiciais que devem ser observados por juízes e tribunais. Estabelece, ainda, que os tribunais deverão editar súmulas da sua jurisprudência dominante (art. 926 *caput*, e § 1º, e art. 927, ambos do CPC).

⁸¹⁰ Sobre a evolução do direito, consultar: JHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito**. (Zweck im Recht). Vertido da trad. Francesa de O. De Meulenaere. Conselheiro da Relação de Gand, por Abel D’Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand. José Bastos & C.a – Editores, 1963.

O art. 927 do Código de Processo Civil, entretanto, não instituiu um “sistema de precedentes vinculantes”⁸¹¹ nos moldes da tradição do *Common Law*.⁸¹² Sem

⁸¹¹ Durante as discussões no Congresso Nacional para aprovação da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, houve uma tentativa na Câmara dos Deputados de instituir um capítulo (capítulo XV) tratando do precedente judicial, conforme constava do chamado “texto base” aprovado no Projeto de Lei nº 8046/2010. Então, se o próprio legislador recusou essa terminologia ou a implantação desse “sistema”, parece ser grande equívoco afirmar a sua existência a partir dos mecanismos de padronização decisória previsto no art. 926 do CPC.

⁸¹² É vasta a doutrina sobre essa temática. Dentre outros: ABBOUD, George; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 459-493; ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressupostos para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Thoth, 2021; ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018; ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014; BARREIRO, Lorena Miranda Santos. Estrutura de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER, Fredie Jr. (coord.) *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 183-201; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aloisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. v.1. p. 33; BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 253, ano 41, p. 347-385, mar. 2016; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018; CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. *In*: DIDIER Jr, Fredie. *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 729-751; CASTRO MENDES, Aloisio Gonçalves de. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130; FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15 n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**. v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 667-688; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São

nenhuma dúvida, o legislador infraconstitucional, seguindo a tradição processual brasileira, buscou valorizar a jurisprudência consolidada, reforçando a tradição processual (vide item 3.1), em especial, das Cortes de Vértice do País.

Não se afirme, entretanto, que o art. 927 do Código de Processo Civil tenha atribuído a todos os provimentos judiciais o caráter vinculante. É difícil equiparar uma súmula vinculante ou uma decisão proferida em ação de controle concentrado de (in)constitucionalidade, ambas de índole constitucional e com procedimentos específicos previstos na Constituição da República para sua aprovação e superação,⁸¹³ e estabelecer para a súmula comum (persuasiva) e para a tese

Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente: o cuidado da coerência e da integridade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020; NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018; ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 52. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2021; SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências: Um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado de Ceará**. Belo Horizonte: Dialética, 2020; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista brasileira de ciências criminais**, p. 284-319. v. 78. mai./jun. 2009; VIANA, Antônio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018; ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁸¹³ Art. 102 [...] III – [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou Incidente de Assunção de Competência (IAC), a mesma vinculação.⁸¹⁴

Se isso fosse verdade, o Código de Processo Civil estaria atribuindo o mesmo nível de vinculação entre a súmula vinculante e as ações diretas de (in)constitucionalidade com os demais provimentos do art. 927 do CPC o que, em tese, seria inconstitucional.⁸¹⁵ Não há, todavia, que se falar em inconstitucionalidade porque o Código de Processo Civil em momento algum estabelece que os provimentos do art. 927 seriam vinculantes. Consta no *caput* do art. 927 que os “juízes e os tribunais observarão”. O sentido de observar não parece ser o mesmo de vincular,⁸¹⁶ pois o legislador não haveria de determinar a vinculação de todos os

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁸¹⁴ FILARDI, Hugo. **Precedentes obrigatórios inconstitucionais**: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 148-149

⁸¹⁵ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a “Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de *lei*, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos *concretos*, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição.” In: NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1980. Cassio Scarpinella Bueno também entende que para emitir decisões vinculantes de maneira generalizada aos demais órgãos jurisdicionais dependeria de autorização constitucional, como foi o caso da súmula vinculante do STF. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2. p. 386-392. Podemos ainda citar outros autores: STRECK, Lenio Luiz; ABBUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (Coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.220-1.224; ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); OLIVEIRA, Pedro Miranda de(coord.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65-82; FILARDI, Hugo. **Precedentes obrigatórios inconstitucionais**: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 148-149.

⁸¹⁶ Segundo Daniel Mitidiero, “vincular significa *obrigar* [...] Vinculação como obrigação, portanto, aponta para a ausência de opção”; porém, logo em seguida na mesma obra, Mitidiero faz uma diferenciação entre o efeito vinculante de uma decisão com a de um precedente e dizendo que a decisão obriga pelo dispositivo que julga a controvérsia, enquanto o precedente obriga pelas razões elaboradas a partir do julgamento de outra controvérsia. Mitidiero diz que a interpretação e

provimentos judiciais na mesma intensidade do estabelecido na Constituição da República.

Também não é o fato de alguns padrões decisórios de observância obrigatória, previstos no art. 927, comportarem a reclamação que estabeleceria “graus” de vinculação.⁸¹⁷ Observe-se que a reclamação, também de matriz

a aplicação de um precedente envolvem diferentes atividades. “Em primeiro lugar, é preciso identificar o precedente, isto é, individualizar a sua *ratio decidendi*. Em segundo lugar, é preciso interpretar o caso ao qual se pretende aplica-lo para saber se é juridicamente idêntico ou suficientemente semelhante. Se não é, deve-se fazer uma distinção, rejeitando-se a sua aplicação. Se é, deve ser aplicado, julgando-se o caso concreto. Enquanto na afirmação da abrangência e do conteúdo de uma decisão já houve julgamento de uma controvérsia particular, na interpretação e aplicação de um precedente o julgamento ainda ocorrerá – sendo justamente o precedente o meio empregado para realiza-lo.” *In*: MITIDIERO, DANIEL. **Reclamação nas Cortes Supremas**: entre autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 53-55. Embora esse entendimento de Mitidiero possa em superficial análise transparecer uma divergência do que se defende na tese, observe-se que ele reforça a necessidade de interpretação do juiz do caso sucessivo na aplicação do precedente, o que é ponto central neste trabalho. Além disso, como se verá, tanto ele quanto Marinoni entendem que os provimentos do art. 927 do CPC não podem ser considerados como autênticos precedentes, no sentido da tradição do *Common Law*. Ambos, todavia, postulam o argumento de que estes provimentos devem vincular os juízes e Cortes de Justiça, mas sempre com a possibilidade de interpretação que é inerente à atividade de qualquer juiz. Mitidiero sustenta que o art. 927 do CPC “é qualitativa e funcionalmente incompleto, porque alude a ‘acórdãos’ de ‘julgamento’ (art. 927, III, do CPC), quando na verdade deveria no mínimo ter feito referência às razões constantes da fundamentação dos acórdãos. Ainda que tivesse corretamente aludido às razões, faltaria, porém, substância ao dispositivo, porque nada diz a respeito da qualidade das razões – nem todas as razões devem ser seguidas, mas apenas as necessárias e suficientes para definição da questão – e da forma de julgamento necessária para que as cortes supremas bem possam desempenhar as suas funções de outorga de unidade ao Direito: decisão colegiada – e não plural – e com fundamentação unânime ou majoritária – e não com fundamentação concorrente.” *In*: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93. Já Marinoni é mais enfático com relação aos padrões decisórios previstos no art. 927 do CPC: “Lamentavelmente, o Legislador perdeu oportunidade, ao instituir o Código de Processo Civil de 2015, de regular adequadamente os precedentes. Considerando-se as regras que foram estabelecidas sobre o assunto, especialmente o art. 927, a única coisa que se pode dizer é que o código perdeu boa oportunidade para ficar calado.” *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. A definição da interpretação da lei pelo STJ como requisito para a atuação do STF. **Revista de processo**, São Paulo, v. 381, p. 167-187, jan. 2021. p. 171.

⁸¹⁷ Hermes Zaneti Júnior propõe uma classificação de três graus de vinculação: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes. Na primeira classificação, os julgados-precedentes serão utilizados a partir da premissa de que casos iguais devem ser julgados de forma igual e isso dependeria de um ônus argumentativo para superar ou afastar os julgados-precedentes na análise do caso em julgamento (vinculação horizontal) e ainda porque as decisões das Cortes de Vértice devem ser observadas pelos juízes e tribunais inferiores no momento de decidir os casos em julgamento (vinculação vertical). A impugnação às decisões que não seguirem os julgados-precedentes seria feita por via recursal e com base nos textos legais para permitirem a reforma; na segunda classificação, a vinculação é prevista em lei, isto é, haveria uma obrigatoriedade legal em seguir julgados-precedentes e valeria tanto para a própria corte que proferiu o julgamento-precedente quanto para os juízes e Cortes hierarquicamente inferiores. A impugnação para as decisões que não seguirem os julgados-precedentes seria pela via recursal, porém, com referência à não observância desses julgados-precedentes. Na terceira classificação, a vinculação é a partir do ônus argumentativo previsto em lei, reforçando a necessidade de vinculação para todos (vinculação horizontal e vertical) e a impugnação seria feita pela via recursal normal e também “por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária). *In*:

constitucional, prevista para preservar a competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi estendida para o descumprimento da tese firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência (IAC).

O cabimento ou não da reclamação é irrelevante para determinar se um provimento judicial é ou não vinculante. A consequência para a não aplicação de qualquer dos padrões decisórios é a sua reforma, assim como é para aplicação equivocada da lei ou dispositivo legal.⁸¹⁸ Esse tipo de impugnação (reclamação) é mais uma via para a correção na aplicação dos padrões decisórios do art. 927 (além de garantir a autoridade da Corte que a proferiu).

Daniel Mitidiero defende o ponto de vista conforme o qual a vinculação da reclamação fora dos casos previstos na Constituição, como fez o legislador no Código de Processo Civil de 2015, seria inconstitucional. Segundo o autor, a Constituição só admite a reclamação para as Cortes de Vértice e para garantir a autoridade de suas decisões, e não para proteger padrão decisório ou precedente, ressalvada a súmula vinculante que consta no art. 103-A.⁸¹⁹

O Código de Processo Civil quis estabelecer aos juízes e tribunais um dever de coerência e integridade, com suporte no respeito ao desenvolvimento institucional do Direito, vale dizer, respeito ao passado das decisões judiciais, estabelecido permanentemente e que somente se prescinde ante uma alteração legislativa ou do

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 348-352. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, também, estabelecem três graus de obrigatoriedade. Em sentido forte, quando é cabível a reclamação no caso de desrespeito ao precedente ou padrão decisório. Em sentido médio, quando o desrespeito a um precedente pode ser corrigido por intermédio dos recursos processuais. Em sentido fraco, quando decorre apenas do bom senso, da razoabilidade ou da lógica do Direito em que o juiz deve sempre decidir de forma igual quando as questões são iguais. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 276-279. Fabrício Castagna Lunardi faz uma interessante distinção entre precedentes persuasivos (que possuem apenas o efeito de influenciar o julgador), precedente com força intermediária (que não possui efeito vinculante, mas que pode servir de paradigma para produzir consequências no processo, como, por exemplo, o julgamento liminar de improcedência, julgamento monocrático do art. 932 do CPC etc.) e precedente vinculante (que no caso brasileiro ocorre apenas em relação aos precedentes que a Constituição e a lei determinam ser vinculantes, como as súmulas vinculantes, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos dos tribunais em julgamentos repetitivos e o no IAC. *In*: LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 663-670.

⁸¹⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 174.

⁸¹⁹ MITIDIERO, DANIEL. **Reclamação nas Cortes Supremas**: entre autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 51-52.

suporte fático, perante as particularidades do caso jurídico concreto,⁸²⁰ ou quando perde consistência com a realidade social, exigindo, em qualquer hipótese, um ônus argumentativo para os postulantes e para o juiz.

O próprio sistema hierarquizado do Poder Judiciário (competência funcional) já deixa evidente que as decisões das Cortes devem ser seguidas. Essa é uma das funções das Cortes de Vértice, conforme destacado no primeiro capítulo.

Embora a jurisprudência dominante e as súmulas das Cortes de Justiça não estejam elencadas (expressamente, como já observado em 3.2.8) no rol de padrões decisórios previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, a principiologia constitucional impõe o dever de que as instâncias inferiores, para os casos semelhantes, observem as decisões anteriores, preservando a tradição do Direito judicial e, conseqüentemente, garantindo um nível de aceitável certeza ao Direito e promoção da igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

De outra parte, se não se conseguiu evitar uma dispersão do entendimento das Cortes com as súmulas da jurisprudência predominante (desde 1963), ou com as súmulas vinculantes no Supremo Tribunal Federal (desde 2004), é difícil imaginar que com outros padrões decisórios será possível determinar uma vinculação automática para se garantir certeza do Direito de forma artificial - o que, aliás, já foi dito em vários momentos. O concreto, a realidade, não se adapta a um esquema formal. O pluralismo jurídico, expresso na Constituição de 1988⁸²¹, requer a busca da solução mais adequada para os casos jurídicos concretos, excluindo os

⁸²⁰ O precedente da tradição do *Common Law* funciona da mesma maneira, isto é, está vinculado as particularidades do caso concreto. “[...] Daí que a autoridade do precedente depende e é limitada aos ‘fatos e condições particulares do caso’ que o processo anterior ‘pretende adjudicar. Conseqüentemente, os precedentes não devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior.” RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994. p. 283.

⁸²¹ CRF/88. PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna, pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sem destaques no original). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

automatismos legais ou soluções jurídicas muito rígidas que não possam ser adequadas a uma aplicação mais justa, vinculada a cada caso concreto.⁸²²

Pensar na certeza do Direito pela utilização de padrões decisórios formalmente vinculantes pode ser apenas uma busca ilusória para oferecer aos jurisdicionados uma orientação segura e tranquilizadora por parte do Poder Judiciário, sendo que o valor mais importante é exatamente a possibilidade do Direito de adaptar-se a situações concretas⁸²³

A impressão que se tem é de que a resposta para as incertezas do Direito somente pode vir da tradição do *Common Law*, no esquema clássico dos precedentes judiciais, sempre na tentativa de combinar a função de uniformização e unidade do Direito que cabe às Cortes, com o objetivo de a qualquer forma conceder efeito vinculante aos padrões decisórios, em particular, das Cortes de Vértice.⁸²⁴

O sentido de observar o padrão decisório descrito no art. 927 do Código de Processo Civil está relacionado com a fundamentação das decisões judiciais, sendo que os juízes e tribunais deverão segui-los sempre, salvo quando eles não representarem a solução mais justa para o caso jurídico concreto em julgamento.⁸²⁵ O dever de fundamentar não é somente para quando se desvia do padrão decisório, mas também quando o segue, pois o dano ao sistema jurídico pode ser ainda maior quando se aplica em situações hermenêuticas diferenciadas (art. 489, § 1º V).⁸²⁶

Somente por intermédio da atividade interpretativa é que o juiz pode se posicionar de acordo ou desacordo em relação a quaisquer dos padrões decisórios do art. 927 do Código de Processo Civil. Não existe essa vinculação formal, afirma Taruffo, nem mesmo na tradição do *Common Law*,⁸²⁷ que a doutrina busca como

⁸²² PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018, p. 540. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁸²³ PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018, p. 518-520. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 jan. 2020

⁸²⁴ FRANCARIO, Fabio. Il diritto alla sicurezza giuridica: note in tema di certezza giuridica e giusto processo. **Diritto e società**, Editoriale Scientifica: Napoli, 2018, fasc. 1 p. 11-29. RIV ITA 386. p. 21.

⁸²⁵ “[...] o CPC fala que juízes e tribunais ‘observarão’. Não há a palavra ‘vinculação’. In: STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 24.

⁸²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 366.

⁸²⁷ Na tradição do *Common Law* o precedente também não tem caráter absoluto e funciona como um *principium* argumentativo para a interpretação e aplicação do direito, conforme leciona Edward D. Re, *verbis*: “É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um *ponto de partida*. Diz-se que o caso decidido estabelece

referência para o sistema de padronização decisória do CPC⁸²⁸.

[...] não é apropriado dizer que o precedente de *common law* é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga – como, de fato, normalmente acontece –, mas essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir. No sistema americano, a força do precedente existe, mas em grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e por isso os juízes normalmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha. No caso concreto, o precedente vem *overruled*.⁸²⁹

Ronald Dworkin descreve a existência de duas correntes doutrinárias nos países anglo-saxônicos que explicam a vinculação dos precedentes da tradição do *Common Law* – a doutrina estrita e a doutrina atenuada.⁸³⁰

Dworkin descreve assim a doutrina estrita:

A doutrina estrita obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível na hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas. A forma exata da doutrina estrita varia de lugar para lugar; é diferente nos

um *princípium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz, no sistema do common law afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito.” *In*: RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994. p. 282.

⁸²⁸ No mesmo sentido, PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 231.

⁸²⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p. 143.

⁸³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30-31.

Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos. De acordo com o que pensa a maioria dos juristas ingleses com relação à doutrina estrita, o Tribunal de Apelação, cuja autoridade só é inferior à da Câmara dos Lordes, não tem outra escolha a não ser seguir suas próprias decisões anteriores; já os juristas norte-americanos negam que os tribunais de hierarquia comparável tenham essa obrigação. Os juristas de uma jurisdição específica às vezes divergem – pelo menos quanto aos detalhes – da doutrina estrita tal como esta se aplica a eles: a maioria dos juristas norte-americanos pensa que os tribunais federais inferiores são absolutamente obrigados a seguir as decisões já tomadas pela Suprema Corte, mas esse ponto de vista é condenado por alguns.⁸³¹

Para a doutrina atenuada, Dworkin faz a seguinte conceituação:

[...] a doutrina atenuada do precedente exige apenas que o juiz atribua algum peso a decisões anteriores sobre o mesmo problema, e que ele deve segui-las a menos que as considere erradas o bastante para suplantá-las a seu favor. Essa doutrina para suplantá-las a seu favor. Essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países.⁸³²

Dworkin ainda relata que a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) declarou há décadas que a “doutrina estrita do precedente não exige que se adotem as decisões que ela mesma tomou no passado”.⁸³³ Como se vê, nem mesmo na tradição do *Common Law* existe uma vinculação automática.

No Brasil, parece que sua doutrina caminha em sentido contrário ao da tradição do *Common Law*. Enquanto aqui se busca uma vinculação formal e quase inflexível das decisões das Cortes de Vértice, nos países anglo-saxônicos, a evolução é no sentido de uma menor vinculação das decisões anteriores.⁸³⁴

No *Common Law*, a vinculação ao precedente é uma tradição, um costume; faz parte da cultura jurídica anglo-saxônica constituída à extensão dos séculos.⁸³⁵ A

⁸³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30-31.

⁸³² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30-31.

⁸³³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 32. Ver ainda: TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 439.

⁸³⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 334-335.

⁸³⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito comparado e brasileiro**. 2. ed. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 121-138 e 153-168.

vinculação ao precedente não decorre de uma regra escrita, pois os “juízes ingleses e americanos dispõem de várias possibilidades para evitar de seguir um precedente”.⁸³⁶ O juiz da tradição do *Common Law* segue o precedente porque são as decisões judiciais que formam todo o arcabouço jurídico. Na tradição do *Civil Law*, é a lei o ponto de partida, a vinculação do juiz está na legislação. Não é mudando a legislação ou tentando estabelecer uma vinculação formal entre decisões judiciais que se consegue alterar a forma de julgar culturalmente estabelecida.⁸³⁷

Ninguém questiona que o juiz deve sempre observar o padrão decisório estabelecido em demandas futuras, mas sempre será ele, o juiz do caso em julgamento, que vai decidir se os fatos relevantes do caso anterior são os mesmos fatos relevantes do caso em decisão e se podem ser colocados sobre os mesmos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*). O juiz procede ao cotejo dos fatos e permanece com o poder de distinguir caso a caso e se estes a ele permite excluir a relevância do padrão decisório.⁸³⁸

Considerar os padrões decisórios do art. 927 como vinculantes seria atribuir uma “força”, de que fala Taruffo,⁸³⁹ maior do que aquelas previstas na lei e na Constituição.⁸⁴⁰ Ora, não se há de esquecer de que o juiz pode, inclusive, deixar de aplicar uma lei, um dispositivo legal ou princípio constitucional,⁸⁴¹ então, com muito maior razão, poderá, fundamentadamente, deixar de aplicar o padrão decisório.

Luca Passanante observa que, de acordo com a clássica definição de lei,

⁸³⁶ No texto original: “[...] i giudice inglesi e americani dispongono di varie possibilità per evitare di seguire i precedenti.” *In*: TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020. p. 423 e 439.

⁸³⁷ Remo Caponi, em uma de suas aulas na Universidade de Florença, disse que “[...] as vezes o legislador pensa que mudando uma ou outra palavra na lei se pode mudar uma cultura”. Já Hermes Zaneti Júnior defende o argumento de que a previsão constitucional e também legal da vinculação aos provimentos judiciais é uma forma de auxiliar no processo de mudança cultural que poderia levar muito tempo e apresentar menor garantia aos Direitos fundamentais. *In*: ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 352.

⁸³⁸ FRANCIOSI, Fabio. Il diritto alla sicurezza giuridica: note in tema di certezza giuridica e giusto processo. **Diritto e società**, Editoriale Scientifica: Napoli, 2018, fasc. 1, p. 11-29. RIV ITA 386. p. 15.

⁸³⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p. 143.

⁸⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 25.

⁸⁴¹ Recordam-se as seis hipóteses apresentadas por Lenio Streck, quando o Poder Judiciário poderá deixar de aplicar uma lei votada pelo parlamento (nota 696). *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604-605.

produto da legislação, embora às vezes possa ser questionada, mas geralmente é aceita, o elemento que tipicamente distingue uma lei escrita (jurídica) de todas as outras é a sua coercitividade,^{842 843} ou seja, a possibilidade de aplicação de uma penalidade quando ela for transgredida.⁸⁴⁴

Por isso, defende Passanante, para saber se existe uma vinculação formal aos precedentes ou padrões decisórios, deve-se pesquisar em cada ordenamento jurídico se existe uma regra que imponha ao juiz o respeito absoluto ao precedente e, de outro lado, uma penalidade aos juízes que violam essa regra.⁸⁴⁵

No Código de Processo Civil brasileiro não existe nenhuma regra jurídica que estabeleça alguma punição aos juízes⁸⁴⁶ que não seguirem os padrões decisórios do art. 927. Evidentemente, há defesas doutrinárias quanto a possíveis consequências disciplinares para os juízes que relutam em seguir a orientação jurisprudencial dos tribunais, além da possibilidade de prejudicar o magistrado na sua ascensão na carreira (Resolução nº 106/2010 do CNJ que determina os critérios objetivos para promoções dos magistrados), porém, não há qualquer regra jurídica estabelecida neste sentido.

⁸⁴² André Franco Montoro, no seu clássico **Introdução à ciência do Direito**, apresentando as características das “normas jurídicas” (lei escrita), diz que a força coercitiva é a primeira distinção com as demais regras sociais. Sustenta que essa força coercitiva obriga ao cumprimento da prescrição legal e que pode, inclusive, ser utilizada a força para sua execução por quem a lei atribui o Direito de exigir o seu cumprimento. In: MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 21. ed. refundida, com a colaboração de Luiz Antônio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 306-307; De Plácido e Silva diz que a lei jurídica se distingue de todas as demais pela sanção legal. “A sanção, que a torna obrigatória, mostra-se efetiva pela *coação material*, mesmo com o emprego da força (*manu militari*), em virtude da qual o poder público faz cumprir o preceito legal. E é a sanção que se distingue da que se observa na transgressão ou não cumprimento de outras leis. Assim, a sanção na *lei moral* resulta no remorso ou na inquietude da consciência. Na *lei religiosa*, no temor às penas ou castigo eterno. Na *lei social*, no desprezo ou perda da estima de seus semelhantes. Na lei natural, nas consequências que o fato possa trazer ao transgressor. A inflexibilidade da lei, em relação à sua obrigatoriedade e generalidade, é revelada no aforismo: ‘*Dura lex, sed lex*’”. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 481.

⁸⁴³ Sobre a complexa diferença entre sanção e coerção, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una nueva teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004, p. 33-35.

⁸⁴⁴ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 232.

⁸⁴⁵ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 232.

⁸⁴⁶ Na Reforma do Judiciário em 2004, quando foi instituída a súmula vinculante, consta no relatório feito pelo senador Bernardo Cabral, na Emenda Constitucional nº 29, que o “estabelecimento de sanção funcional ao juiz ou tribunal que negar aplicação às súmulas vinculantes parece fora de propósito, no que secundamos a lição do Ministro Celso de Mello.” In: Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/2002/2002%20Livro%2018.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

Passanante sustenta que nem mesmo nos ordenamentos jurídicos da tradição do *Common Law*, em particular, na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde ninguém duvida da vigência da regra do precedente vinculante, não existe, formalmente, uma regra sancionatória para os juízes que não seguem o precedente (embora o constrangimento institucional possa representar já uma punição),⁸⁴⁷ mesmo porque há uma grande flexibilidade na sua aplicação. E conclui Passanante, afirmando que, “em nenhum desses ordenamentos que estão em vigor existe uma norma dotada de sanção, que imponha ao juiz o respeito aos precedentes.”⁸⁴⁸

Portanto, a questão de se seguir ou não o precedente, na tradição do *Common Law* é uma questão cultural, como é na tradição do *Civil Law* a obediência ao Direito legislado, que pode eventualmente impor àqueles juízes que sistematicamente não respeitam a lei algum tipo de punição disciplinar (Escola do Direito livre).

Se os provimentos judiciais que formam os padrões decisórios de observância obrigatória que constam do art. 927 fossem vinculantes, sem a possibilidade dos juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça (quando os padrões decisórios forem das Cortes de Vértice) promoverem a sua superação, há o risco de engessamento do

⁸⁴⁷ Rupert Cross e J. W. Harris descrevem a possibilidade de os juízes que sistematicamente não seguem os precedentes de sofrerem algum tipo de constrangimento por parte de seus pares, além da possibilidade de remoção do cargo, porém, sem expressa previsão legal. “Assim, se um juiz inglês de forma persistente e declarada se recusar a seguir os casos que lhe são vinculantes e que está obrigado a seguir de acordo com inúmeras declarações de outros juízes, é possível que isso resulte na destituição de seu cargo; entretanto, seria errado tentar captar a natureza da obrigação do juiz de agir de acordo com as regras do precedente, à luz de uma solução tão drástica. É muito mais realista dizer que se trata de regras de prática judiciária, cujo não cumprimento pode dar lugar a comentários negativos de outros juízes, se para compreendê-los se leva em consideração que é necessário referir-se a uma sanção derivada do descumprimento. Obviamente, não há muitos exemplos de tais comentários nos Repertórios de Jurisprudência (Law Reports), já que a força que a obrigação de seguir a prática judicial pode ter está justamente no fato de a prática ser seguida com um grau muito alto de uniformidade”. No texto original: “Así, si un juez inglés de forma persistente y abierta rehúsa seguir los casos que le son vinculantes y que está obligado a seguir de acuerdo con innumerables declaraciones de otros jueces, es posible que ello termine en la remoción de su despacho; sin embargo, sería equivocado intentar captar la naturaleza de la obligación del juez de actuar de acuerdo con las reglas del precedente, a la luz de una solución tan drástica. Es mucho más ajustado a la realidad decir que se trata de reglas de la práctica judicial, cuya inobservancia puede dar lugar a comentarios negativos de otros jueces, si es que para comprenderla se considera necesario referirse a una sanción derivada del incumplimiento. Obviamente, no existen muchos ejemplos de dichos comentarios en los Repertorios de Jurisprudencia (Law Reports) ya que la fortaleza que puede tener la obligación de seguir la práctica judicial radica precisamente en que la práctica es seguida con un altísimo grado de uniformidad.” *In*: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente em el Derecho inglés**. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 125. Na versão em inglês e original: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, fourth edition, 1991. p. 99.

⁸⁴⁸ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 235.

Direito e de mecanização da atividade judiciária. Basta pensar nos julgamentos repetitivos (recursos extraordinário e especial repetitivos e o IRDR), que se o juiz e os tribunais de segundo grau seguirem o padrão decisório, este dificilmente será um dia alterado, ante os filtros que impedem a sua (re)análise pelas Cortes de Vértice.⁸⁴⁹

Na verdade, qualquer julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça repercute em todo sistema judicial brasileiro. Basta uma dessas Cortes proferir um julgado (às vezes até uma decisão monocrática) sobre um tema de grande repercussão jurídica ou quando muda entendimento sobre questão já decidida, a reverberação é imediata no sistema jurídico, corroborando a tradição brasileira de dar continuidade ao Direito e de respeito às decisões das Cortes de Vértice.

Mesmo com essa tradição de deferência aos provimentos das Cortes de Vértice, entretanto, o respeito pelo padrão decisório não pode ficar condicionado apenas a um critério hierárquico, imposto de cima para a base, pois a sua obrigatoriedade sempre vai depender da consistência dos seus fundamentos determinantes. É a “força”⁸⁵⁰ hermenêutica que atrai o juiz do caso sucessivo.

Aqui, mais uma vez, há que se voltar com Gadamer e Taruffo.⁸⁵¹ O Direito é argumentativo e a aplicação dos padrões decisórios não estão imunes ao controle de validade feito pela interpretação e aplicação no julgamento do novo caso. Respeitar a tradição não é estar vinculado de forma automática a um passado que nem sempre se adapta ao presente. A Hermenêutica de Gadamer refuta qualquer técnica, instrumento ou doutrina para o desenvolvimento do pensamento, uma vez que a “riqueza do conhecimento produzido pela inteligência humana” não pode se aprisionar a uma metodologia.⁸⁵²

⁸⁴⁹ Art. 986 e art. 1.030, do CPC.

⁸⁵⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p.144.

⁸⁵¹ TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019; TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231-251; TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado: ensaios**. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 130-132; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 358. STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 25.

⁸⁵² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 230-231.

Para Gadamer, aquele que se enfronta numa leitura não precisa esquecer todas as opiniões prévias sobre o seu conteúdo e todas as próprias opiniões. O importante é estar aberto para o que a realidade apresenta, ou para a opinião do texto, que pode ser o padrão decisório ou a lei, que em cada caso expressa uma solução mais justa. "A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminada por esta".⁸⁵³

Daí já se percebe que os provimentos judiciais descritos no art. 927 do Código de Processo Civil (decisões, enunciados, orientações) não exauram as possibilidades de outros padrões decisórios emitidos por juízes e tribunais.⁸⁵⁴ O que realmente vincula é a qualidade hermenêutica da parte da decisão que foi utilizada para solucionar um caso jurídico específico (fundamentos determinantes), isto é, a sua força para influenciar decisões sucessivas,⁸⁵⁵ independentemente se essa decisão foi proferida no primeiro grau de jurisdição ou em uma Corte de Vértice.

4.1.1 Padrões decisórios e o microssistema fora do sistema: o caso dos juizados especiais estaduais

O mecanismo de padronização decisória do Código de Processo Civil, como visto, está de acordo com a tradição judicial brasileira de observância de decisões passadas para fundamentar os julgamentos e com a principiologia constitucional, porém, sem uma vinculação automática, mecânica e de subsunção, ou seja, os padrões decisórios do art. 927 serão um ponto de partida, serão princípios

⁸⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 358.

⁸⁵⁴ Mitidiero defende que o rol do art. 927 é meramente exemplificativo, pois deixa de mencionar, por exemplo, julgados de recursos extraordinário e especial não repetitivos e os embargos de divergência. Segundo o autor, "a uma, se o recurso extraordinário e o recurso especial por si só visam a viabilizar a outorga de unidade do Direito, então é óbvio que não é necessário ligar necessariamente a formação de precedente mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC) ou à forma repetitiva (arts. 1.036 a 1.041 do CPC) – como, nada obstante, sugere o art. 927, III, do CPC. A duas, o recurso de embargos de divergência visa justamente a viabilizar a composição de eventuais dissensos entre decisões no âmbito das cortes supremas, de modo que a sua função só pode estar evidentemente atada à superação do dissenso e à busca pela unidade do Direito." *In*: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93.

⁸⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p. 143.

argumentativos⁸⁵⁶ e sempre será necessária a Hermenêutica para atribuir sentido ao texto, porque eles "são textos normativos que devem ser novamente interpretados para a solução dos casos futuros, para aí dar surgimento a novas normas".⁸⁵⁷

Embora essa adesão ao passado não seja uma regra absoluta, é preciso uma coerência com princípios constitucionais para que todos sejam tratados igualmente e respeitando as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

No sistema dos juizados especiais estaduais,⁸⁵⁸ entretanto, com exceção do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, não há outro recurso para assegurar aplicação dos padrões decisórios das Cortes hierarquicamente superiores (tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça).

É verdade que o Código de Processo Civil ampliou a competência do instituto da reclamação, prevista no art. 988⁸⁵⁹, para os casos de descumprimento de alguns padrões decisórios, todavia, não atribuiu a todos aqueles previstos no art. 927 a aptidão de ensejar o manejo da reclamação, certamente porque outros instrumentos

⁸⁵⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 131.

⁸⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1237.

⁸⁵⁸ Sobre o tema, vide ensaio em: NICOLI, Ricardo Luiz. **Levando os juizados especiais estaduais a sério**: coerência e integridade como vetores do acesso à justiça com igualdade e segurança. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/area-do-associado/eventos/34q12098/trabalho/KOZraj9Wz1IZ63HU>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁸⁵⁹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. *In*: BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 13 fev. 2018.

processuais poderão garantir a observância do padrão decisório (apelação, agravo de instrumento, agravo interno, recurso especial, extraordinário, embargos de divergência), enquanto que, no sistema dos juizados especiais estaduais, existe a limitação de manejar apenas o recurso extraordinário para fins de preservar a interpretação conforme a Constituição da República para o Supremo Tribunal Federal e, como dito, a reclamação, porém, esta, com aplicação limitada, uma vez que apenas quatro dos provimentos judiciais de observância obrigatória previstos no art. 927 do Código de Processo Civil dão causa ao seu manejo: (i) os enunciados de súmula vinculante e de decisões do Supremo Tribunal Federal em (ii) controle concentrado de constitucionalidade (já previsto na Constituição, art. 102, I); (iii) os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de (iv) incidente de assunção de competência (IAC).

Assim, os demais padrões decisórios de observância obrigatória (enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) não ensejarão o uso da reclamação.

Com isso, em matéria infraconstitucional, não é possível utilizar o recurso especial para fazer valer entendimento consolidado (e até sumulado) pelo Superior Tribunal de Justiça. Até mesmo os julgados e súmulas das Cortes de Justiça (tribunais de Justiça) podem ser ignorados pelas turmas recursais sem qualquer possibilidade de controle por meio de recursos processuais.

Assim, ante a ausência de previsão na Lei nº 9.099/95 de qualquer mecanismo voltado à resolução de divergências jurisprudenciais, tem-se que, em termos de harmonização da interpretação da norma infraconstitucional, o panorama dos juizados especiais estaduais assumiu os seguintes contornos: se, mediante decisão do juízo *a quo*, a lei federal é interpretada em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, caso a parte recorra, a interpretação da norma pode ser confirmada ou reformulada pela turma recursal. Sendo possível que turma recursal adote entendimento dissonante relativamente à orientação do Superior Tribunal de Justiça, a parte sucumbente não tem a quem recorrer, pois o entendimento é de que não cabe o recurso especial contra decisão da turma recursal, ante a interpretação restritiva (ou defensiva) do art. 105, inciso III,

da Constituição da República, expressada pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 203.⁸⁶⁰

Caso o padrão decisório seja definido em julgamento de recurso especial repetitivo, a parte prejudicada por decisão incoerente e/ou não íntegra das turmas recursais poderá se valer da reclamação (art. 988, § 5º, inciso II, do CPC). Existe, porém, um vácuo no sistema dos juizados especiais estaduais. Os padrões decisórios não são apenas os proferidos em julgamentos de casos repetitivos. - Como fazer com a jurisprudência dominante e até mesmo com as súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça? Da mesma forma com relação à jurisprudência dominante, às súmulas e as orientações do plenário ou órgão especial editadas pelas Cortes de Justiça. Embora a jurisprudência dominante e as súmulas das Cortes de Justiça não estejam elencadas de forma específica no art. 927 do Código de Processo Civil (as súmulas, como visto, são contempladas no inciso V), a principiologia constitucional impõe o dever de igualdade, portanto, de coerência e integridade do sistema, sendo que as instâncias inferiores devem observá-las (as decisões) para os casos semelhantes. Acrescente-se que a reiteração de julgados no mesmo sentido (jurisprudência dominante) deve ensejar a edição de súmulas, conforme previsão do art. 926, § 1º do Código de Processo Civil.⁸⁶¹

Para as orientações do plenário ou do órgão especial do Tribunal de Justiça, qualificados como padrões decisórios (art. 927, V, CPC), os demais órgãos do Tribunal (vinculação horizontal) e os juízos inferiores (vinculação vertical) deverão observar sua aplicação. Caso isso não ocorra, o jurisdicionado do sistema de justiça comum tem todos os recursos disponíveis para fazer valer a tese jurídica (e até os fundamentos determinantes de outras decisões) definida pela Corte de Justiça (agravo de instrumento, apelação, agravo interno, reclamação).

Por outro lado, o jurisdicionado dos juizados especiais estaduais não dispõe de nenhum instrumento recursal para isso. Essa situação, além de atentar contra a

⁸⁶⁰ O Superior Tribunal de Justiça recusa julgar o recurso especial contra os julgados das turmas recursais com a interpretação gramatical do art. 105 da Constituição da República, ao dizer que o recurso especial é cabível contra decisões proferidas pelos "tribunais", e como as turmas recursais não são tribunais, estaria afastada a possibilidade do recurso especial. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 203**. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=410>. Acesso em: 23 fev. 2018.

⁸⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 926 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.215.

certeza do Direito e os direitos fundamentais de igualdade, quebra a harmonia do sistema processual-constitucional, criando situações diferentes para órgãos judiciários que têm a mesma função e comprometendo a integridade do sistema jurídico. A competência dos juizados especiais estaduais não difere em nada da competência da Justiça comum estadual. A limitação que existe é de complexidade na produção da prova⁸⁶² e do valor do proveito econômico almejado,⁸⁶³ mediante um procedimento simplificado.

Assim, no modelo então vigente, por inexistir previsão legal que disponibilize ao jurisdicionado instrumento hábil para fazer prevalecer o entendimento da Corte de Vértice que tem a missão constitucional de guardião da lei federal, é possível que os órgãos recursais acabem por proferir, dentro do sistema dos juizados especiais estaduais, a última palavra no tocante à exegese do Direito federal infraconstitucional - quer este entendimento esteja conforme ou contrário à orientação do Superior Tribunal de Justiça. E, mais grave, esse entendimento contrário pode prevalecer sem a devida fundamentação, já que as turmas recursais podem confirmar as decisões de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos (art. 46 da Lei nº 9.099/95, de duvidosa constitucionalidade).

Importante é salientar que essa limitação imposta ao jurisdicionado concede azo a situações de desigualdade, de forma que aquele que opta por submeter sua lide aos juizados especiais estaduais, e não à Justiça comum, teria menos instrumentos processuais para cobrar uma prestação jurisdicional justa. Isto porque, embora o labor exegético dos juízes dos juizados especiais e suas turmas recursais seja deveras relevante e respeitável, não estão eles isentos da possibilidade de uma

⁸⁶² Sobre as várias acepções da palavra prova, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. p. 64.

⁸⁶³ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
III - a ação de despejo para uso próprio;
IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. *In*: BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 18 fev. 2018.

interpretação divergente daquela aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelas Cortes de Justiça, sem contar as hipóteses de decisões solipsistas.

Em decorrência dessa anomalia do “sistema de precedentes”, como muitos denominam o mecanismo de padronização decisória, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 3/2016, estabelecendo a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, e súmulas e precedentes, para os Tribunais de Justiça.

Essa Resolução, todavia, não resolve o problema, ao contrário, até agrava a situação, pois, além de ser inconstitucional, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça delega competência que lhe é outorgada constitucionalmente⁸⁶⁴ para os Tribunais de Justiça, ainda cria outra instância para os jurisdicionado dos juizados especiais estaduais, porquanto, se as Cortes de Justiça mantiverem a divergência, certamente, precisarão recorrer àquele órgão superior por intermédio do recurso especial (ou será outra reclamação?). E não se pode perder de vista a noção de que a reclamação não é um recurso, mas ação autônoma para impugnação de ato judicial e não é realizada no mesmo processo em que o ato reclamado foi praticado.

E o mais interessante é que consta como justificativa dessa Resolução o “fluxo volumoso de Reclamações no Superior Tribunal de Justiça”. Este não é um argumento jurídico. Observe-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça trata os juizados especiais estaduais como um sistema de menor importância dentro do sistema democrático-constitucional de processo, pois – se reitera - delega competência que foi concedida pelo constituinte originário para outro órgão com a justificativa de excesso de demanda! Mais uma vez a preocupação é com a gestão de processo.

É compreensível que a estrutura funcional do Superior Tribunal de Justiça não seja capaz de atender a demanda por prestação jurisdicional e eliminar essa crise numérica de processos; que o trabalho dos servidores e ministros ultrapassa a normalidade, porém, isso não permite que o Superior Tribunal de Justiça faça

⁸⁶⁴ O STF, nos embargos de declaração ao RE 571572, de relatoria da ministra Ellen Gracie de 26/08/2009, percebendo o risco de insegurança jurídica com a manutenção de decisões divergentes entre arenas diferentes dentro do mesmo sistema processual-constitucional, entendeu pelo cabimento de reclamação para o STJ para fazer prevalecer, até criação de uma turma de uniformização nacional dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

escolhas aleatórias e arbitrárias para delegar a outros órgãos competência que constitucionalmente é sua, indicando a preferência por julgar casos do sistema comum de justiça em detrimento do sistema dos juizados especiais estaduais. O Superior Tribunal de Justiça está abdicando, de forma ilegítima e inconstitucional, de sua competência de uniformizar o entendimento sobre a legislação infraconstitucional, ferindo o princípio constitucional do juiz natural.⁸⁶⁵

Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça criou classes ou categorias de jurisdicionados e ainda fez escolhas de quais recursos dos sistemas processuais existentes prefere julgar. Seria o mesmo que o Supremo Tribunal Federal delegar o controle concentrado de constitucionalidade a outros tribunais.

Se o problema é de estrutura, talvez seja o momento de se pensar em uma ampliação do Superior Tribunal de Justiça. Realmente, não há como dar vazão ao grande número de processos. Fazendo um comparativo, se o Tribunal de Justiça de São Paulo, para atender a uma população de aproximadamente 45 (quarenta e cinco) milhões de habitantes, é composto de 360 desembargadores, certamente que o Superior Tribunal de Justiça, com apenas 33 ministros, não vai conseguir dar vazão e atender a demanda de mais de 213 milhões de brasileiros⁸⁶⁶. Nem por isso, lhe é conferida a legitimidade de delegar competência.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça são de observância obrigatória, independentemente de estar ou não entre aquelas listadas no rol do art. 927 do CPC, pois, como expresso alhures, é a Constituição da República que lhe confere a função de uniformizar o entendimento da legislação infraconstitucional (art. 105, III).

O legislador tentou corrigir essa deficiência recursal com a Lei nº 12.153/09, que instituiu os juizados especiais da Fazenda Pública e criou o sistema dos juizados especiais dos Estados e do Distrito Federal (art. 1º, parágrafo único)⁸⁶⁷,

⁸⁶⁵ DIDIER, Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 633-635.

⁸⁶⁶ Fonte: IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas sociais**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao.html>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁸⁶⁷ Art. 1º Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Parágrafo único. O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública. BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos

diferentemente da estrutura estabelecida para os juizados especiais federais pela Lei nº 10.259/01, uma vez que os juizados especiais da Fazenda Pública não possuem um colegiado de uniformização nacional. E somente existe a hipótese de competência para julgamento dos incidentes de uniformização nos casos em que a contrariedade, em questão de Direito material (isso mesmo, somente Direito material!), se der entre turmas recursais de diferentes Estados ou, ainda, entre decisão de turma recursal e entendimento do Superior Tribunal de Justiça materializada em enunciado de súmula, conferida ao Superior Tribunal de Justiça a competência para dirimir a divergência, consoante previsão do § 3º, do art. 18, da Lei n. 12.153/09.⁸⁶⁸

Outro ponto que merece destaque refere-se à previsão de salvaguarda da autoridade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pela Lei nº 10.259/01 (juizados especiais federais), que em seu art. 14, § 2º, prevê outra hipótese de cabimento do incidente nacional de uniformização, julgado pela Turma Nacional de Uniformização, além da divergência entre decisões de turmas recursais de regiões diversas, qual seja, o pedido de uniformização fundado na divergência entre a decisão proferida pela turma recursal dos juizados especiais federais e súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁶⁹

Ainda, no âmbito dos juizados especiais federais, buscando garantir a autoridade do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 10.259/01 estabeleceu, no art. 14, § 4º, que, quando a orientação acolhida pela Turma Nacional de Uniformização,

Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

⁸⁶⁸ Art. 18. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de Direito material.
[...]

§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado. BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

⁸⁶⁹ Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de Direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º [...]

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

em questões de Direito material (processual nunca), contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação desta Corte, que dirimirá a divergência.⁸⁷⁰

Ora, mesmo nos juizados especiais federais, o jurisdicionado enfrenta uma verdadeira *via crucis* (e com limitações) para chegar até o Superior Tribunal de Justiça. Por aí já se nota que até entre os juizados especiais existem instrumentos processuais diferentes, apenando, ainda mais, aqueles que litigam no sistema estadual.

Além das distorções apontadas entre o sistema da justiça comum e o microsistema dos juizados especiais estaduais, há um tratamento desigual entre os microsistemas dos juizados especiais dos Estados e dos juizados especiais federais.

O Código de Processo Civil aumenta essas distorções, já que não coloca à disposição do sistema dos juizados especiais estaduais mecanismos de salvaguardar a interpretação dos tribunais locais (com exceção do IRDR)^{871 872} e mesmo do Superior Tribunal de Justiça, já que a reclamação – insiste-se - não pode ser utilizada fora das hipóteses previstas no art. 988 do Código de Processo Civil.

E a reclamação tem a função apenas de resguardar entendimento anterior, isto é, teses jurídicas já definidas. Em outras palavras, os juizados especiais estaduais ficam fora de grande parte do sistema de formação dos padrões decisórios de observância obrigatória do art. 927 do Código de Processo Civil.

⁸⁷⁰ § 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questão de Direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

⁸⁷¹ 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**. (grifos nossos). BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁸⁷² Outra preocupação é a possibilidade dos juizados especiais estaduais julgarem seus próprios IRDR, abrindo oportunidade para existência de conflitos entre tese jurídica extraída de IRDR julgados pelas Cortes de Justiça com os IRDR dos próprios juizados especiais. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 159-167. Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): Enunciado 21: O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais. Enunciado 44: Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema.

As teses jurídicas ou os fundamentos determinantes que vão formar um padrão decisório, em raras vezes, terão a contribuição das partes que litigam nos juizados especiais estaduais. Na verdade, a única exceção é o recurso extraordinário, que pode fornecer subsídios para a edição de uma súmula vinculante ou formação de uma tese jurídica em julgamento de casos repetitivos. Nos demais provimentos que constam do art. 927, os juizados especiais deles não participam. Estão excluídos. Só para lembrar, a reclamação (art. 988) não forma padrão decisório, apenas garante a autoridade da decisão já estabelecida pelo tribunal. Mais uma vez, o sistema dos juizados especiais estaduais fica aliado do sistema processual-constitucional vigente.

É o microssistema, parte do sistema processual-constitucional vigente, fora do sistema de padronização decisória do Código de Processo Civil. E o mais grave é que essa distorção decorre de uma interpretação feita de um dispositivo constitucional,⁸⁷³ e não de uma imposição legal! Mais uma vez, não há como falar, então, em “sistema de precedentes”, uma vez que os aludidos precedentes não são para todo o sistema!

4.2 Os juízes de primeiro grau e a formação dos padrões decisórios

O art. 927 do Código de Processo Civil estabelece uma obrigatoriedade para todos. Por isso, deve-se falar em dever de observância jurisprudencial em sentido vertical e em sentido horizontal.⁸⁷⁴ Os juízes devem observar todos os padrões decisórios descritos no art. 927 (sentido vertical), enquanto as Cortes de Justiça devem observar seus padrões decisórios e das Cortes de Vértice (sentido horizontal e vertical), e estas, por sua vez, devem observar os próprios padrões decisórios (sentido horizontal).

Evidentemente, quando um padrão decisório é emitido por uma Corte de Vértice, ante sua posição hierárquica dentro do sistema jurídico, seu poder de

⁸⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 203**. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=410>. Acesso em: 23 fev. 2018.

⁸⁷⁴ Taruffo fala do precedente vertical, “[...] quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judiciária.” Ele ainda trata do precedente horizontal “[...] para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão”. In: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p. 145.

influenciar a observância de suas decisões deve ser considerado, pois, tradicionalmente, o respeito ao padrão decisório se baseia sobre a autoridade e deferência com a Corte. Um padrão decisório emitido pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, obviamente, deve ser considerado por todos os juízes e Cortes de Justiça, ou seja, o peso da decisão de uma Corte de Vértice é inquestionável e responde a um comando constitucional e a própria lógica funcional do sistema jurídico.⁸⁷⁵ Isso, contudo, não é suficiente, porque o critério hierárquico pode ceder a outros critérios, desde que justificados.⁸⁷⁶ É o mesmo que acontece quando se deixa de aplicar uma lei em face de um princípio. No caso do padrão decisório, sua aplicação pode ser excepcionada mediante fundamentação adequada e com a demonstração de particularidades no caso em julgamento que o distingue, pela perda da consistência social ou alteração do contexto fático-jurídico.

Da mesma forma que um juiz de primeiro grau não pode decidir sem observar os padrões decisórios das Cortes, estas também não podem (ou não poderiam) desconsiderar as decisões proferidas no primeiro grau de jurisdição.⁸⁷⁷ Como acontece na tradição do *Common Law*, é o juiz de primeiro grau⁸⁷⁸ que profere a decisão que pode se tornar um precedente, ou seja, que fornece os fundamentos determinantes que vão se concretizando com suporte nos casos subsequentes que juízes os utilizam para solucionar casos similares.⁸⁷⁹ Obviamente que essa vinculação depende da mencionada “força”⁸⁸⁰ hermenêutica, de que Taruffo e Gadamer cuidam.⁸⁸¹

Outrossim, nos países da tradição do *Civil Law*,⁸⁸² o juiz de primeiro grau,

⁸⁷⁵ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 124.

⁸⁷⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 421.

⁸⁷⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 420.

⁸⁷⁸ José Igreja Matos faz interessante estudo sobre o papel do juiz na tradição do *Common Law* e na tradição do *Civil Law*. *In: MATOS, José Igreja. Um modelo de juiz para o processo civil actual.* Coimbra: Woltes Kluwer e Coimbra, 2010.

⁸⁷⁹ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti.** A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Molino. 2018. p. 229.

⁸⁸⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo,** São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011. p.144.

⁸⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 473.

⁸⁸² Sobre os perfis dos juízes na tradição ocidental, consultar: **HOMEM, António Pedro Barbas (org.) O perfil do juiz na tradição ocidental.** Coimbra: Almedina, 2007.

quando decide um caso, faz uma interpretação que será submetida ao controle das Cortes de Justiça e de Vértice e poderá ser utilizada para solucionar outros casos.⁸⁸³ Daí que o juiz também participa da formação do padrão decisório. Por isso a importância do seu papel e a necessidade de que as Cortes de Vértice também observem as decisões das instâncias inferiores,⁸⁸⁴ pois é essa interlocução interna que forma o padrão decisório.⁸⁸⁵

No atual contexto do Direito contemporâneo, com sua pluralidade e versatilidade, consequência da fluidez da vida moderna, em que as transformações são rápidas e às vezes inesperadas (quem teria pensado há pouco tempo as mudanças decorrentes da pandemia e todas suas consequências legislativas e jurisprudenciais ou a problemática das *fake news* nas eleições ou em todos os ambientes políticos etc), e que exigem cada vez mais a intervenção do Direito e, conseqüentemente, do Poder Judiciário,⁸⁸⁶ os juízes de primeiro grau são chamados – e na maioria das vezes, antes do Poder Legislativo, porque a realidade social se transforma rapidamente e nem sempre a lei chega contemporaneamente aos

⁸⁸³ É preciso lembrar, também, da advertência de Jerome Frank, de que as sentenças dos juízes de primeiro grau, mesmo que não sejam utilizadas como precedentes em outros casos, têm consequências para os litigantes do caso em julgamento. Assim, além da enorme responsabilidade do juiz de primeiro grau na construção e individualização dos fatos que serão submetidos à interpretação e aplicação do direito e que servirão de fundamentos determinantes para a construção de padrões decisórios, não se pode esquecer que suas sentenças produzem resultados – que podem ser irreversíveis - na vida das pessoas. *Verbis*: “Como precedente, como possível ingrediente que pode servir para fundamentar uma sentença futura, pode se desgastar. Mas se teve origem em uma versão completamente errada dos eventos, seus efeitos negativos sobre o litigante derrotado não serão dissipados, infelizmente, pela recusa dos tribunais em segui-lo como um precedente em outras ações judiciais subsequentes”. No texto original: Como precedente, como posible ingrediente que puede servir para fundar una sentencia futura, ella puede desgastarse. Pero si se originó em una versión de los hechos completamente equivocada, sus malos efectos sobre el litigante derrotado no se desgastarán, infortunadamente, por la negativa de los tribunales a seguirla como precedente em otros pleitos posteriores”. *In*: FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara. 3ª edición, México, 2001. p. 99.

⁸⁸⁴ Esse diálogo “amplia o quadro de análise, constrange ao confronto, atenua o perigo de opiniões preconceituosas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (tradução livre). Texto no original: “...amplia invece il quadro dell’analisi, costringe al raffronto, attenua il pericolo di opinioni preconcepite e favorisce la formazione di un giudizio più aperto e ponderato.” *In*: TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974. p. 645.

⁸⁸⁵ COVELLI, Maria Rosaria. L’uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. **Il vincolo giudiziale del passato**: I precedenti. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Molino. 2018. p. 232.

⁸⁸⁶ Para um estudo aprofundado sobre a moderna concepção de jurisdição e a necessidade de uma atuação integrativa do texto legal aos casos jurídicos concretos, consultar: SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do juiz no Direito Processual Civil moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

problemas sociais – para dar uma resposta diante das peculiaridades do caso jurídico concreto e com a responsabilidade social da sua função.⁸⁸⁷

Em regra, é o juiz de primeiro grau que tem o primeiro contato com as necessidades da sociedade,⁸⁸⁸ faz a primeira análise dos fatos apresentados pelas partes e é o primeiro a buscar uma solução para as demandas sociais dentro do ordenamento jurídico – insiste-se - às vezes, antes mesmo de qualquer iniciativa legislativa, quando então o juiz decide com base na tradição jurídica (Direito judicial) e, antes disso, de forma íntegra com a lei e a Constituição.

O juiz, diante da proximidade dos fatos,⁸⁸⁹ pode fornecer, de imediato (e a urgência para solucionar do caso é mais intensa com o juiz de primeiro grau porque ainda não existe qualquer provimento jurisdicional), a tutela adequada e efetiva para a proteção do cidadão, e sua decisão, em muitas vezes, é o primeiro delineamento jurídico para questões ainda não disciplinadas ou discutidas judicialmente.

E não se pode esquecer de que não é incomum o juiz de primeiro grau ter que decidir perante orientações jurisprudenciais conflitantes das Cortes de Vértice, ou enfrentar reiteradas mudanças de entendimentos⁸⁹⁰ com inevitáveis repercussões

⁸⁸⁷ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del "giudice del merito". In: CARLEO, Alessandra, **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 228.

⁸⁸⁸ A Constituição da República quando determina que o juiz titular deve residir na comarca certamente uma das finalidades é para que o julgador possa sentir e compreender as necessidades da sociedade (art. 93, VII, CR/88).

⁸⁸⁹ Cristiano Becker Isaiá leciona que é por intermédio da oralidade, representada pela imediatividade e pela identidade física do juiz, em particular na colheita da prova, quando ocorre a aproximação e vinculação (democrática) do juiz com as partes, aparecem as condições de possibilidades de se atribuir sentido ao caso concreto de acordo com suas singularidades, já que o juiz "somente interpreta quando inserido numa dada situação hermenêutica, a qual antes do próprio ato interpretativo terá lhe proporcionado a pré-compreensão daquele contexto (daquele caso) que lhe será enfim a condição de possibilidade para interpretar-aplicar o direito." In: ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2011. No mesmo sentido sobre a importância da oralidade e da aproximação do juiz com as partes para um julgamento equânime, consultar: NICOLI, Ricardo Luiz. **Audiência única e duração razoável do processo nos Juizados Especiais Cíveis**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 79-81.

⁸⁹⁰ Basta lembrar do caso dos juros compensatórios nas desapropriações. Em outubro de 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2.332) contra o art. 1º da Medida Provisória nº 2.027-43 e suas reedições, na parte que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/41, introduzindo o art. 15-A, que fixava em 6% (seis por cento) os juros compensatórios anuais nas desapropriações e ainda exigiu a comprovação de efetiva perda de renda para ter Direito a tais juros. Em setembro de 2001, o Plenário do STF, em sede de juízo cautelar, deferiu liminar, com eficácia *ex nunc*, para suspender o dispositivo questionado e com isso voltou a aplicar o entendimento da súmula 618 do próprio STF que previa a aplicação de juros de 12% (doze por cento) ao ano, independentemente da comprovação de produtividade do imóvel objeto da desapropriação. Depois de 16 anos de vigência da medida cautelar, em maio de 2018, o STF julgou o mérito da ação e declarou a constitucionalidade do referido dispositivo, de maneira que os juros no caso de desapropriação serão de 6% (seis por cento) ao ano, sendo necessária a

no momento de solucionar um caso jurídico concreto.⁸⁹¹ Daí a pertinência das Cortes de Vértice observarem as decisões dos juízes de instâncias inferiores na formação de padrões decisórios, que, em regra, se concretiza e se esgota perante o juiz de primeiro grau (o cumprimento de sentença é na instância singular).⁸⁹²

É importante que as Cortes, principalmente na formação de padrões decisórios que envolvem demandas de massa, como no caso do IRDR e dos recursos repetitivos, considerem as decisões das instâncias inferiores e observem seus efeitos na sociedade.⁸⁹³

Segundo Fabrício Castagna Lunardi,⁸⁹⁴ as Cortes deveriam se utilizar do experimentalismo institucional⁸⁹⁵ das instâncias inferiores, mediante a observação de suas decisões e dos seus efeitos sociais e dinâmicos, como forma de viabilizar um maior amadurecimento das questões já decididas, possibilitando às instâncias superiores a colheita de uma quantidade “maior de argumentos e observar os efeitos dessas decisões no mundo real, o que permite a formação de um precedente mais maduro – e, também, de forma mais democrática – acerca da questão que está

comprovação de perda de renda para receber essa remuneração. O caso ainda aguarda julgamento dos embargos de declaração interpostos pela parte autora e pela Advocacia Geral da União (26/08/2021).

⁸⁹¹ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 232.

⁸⁹² COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 234-235.

⁸⁹³ Em pesquisa empírica realizada em 267 acórdãos do STF em julgamento de ações de controle concentrado, os ministros fizeram 3.290 citações de legislação, 1.990 citações de precedentes, 45 citações de súmulas, 1.123 citações de literatura, 189 citações de pareceres e 21 citações de manifestações em audiências públicas. Por esses dados, podemos perceber que a Suprema Corte cita mais poesias do que decisões dos juízes ou Cortes de Vértice. In: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 88-90.

⁸⁹⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. **A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade à luz da questão institucional: política, cidadania, democracia discursiva e experimentalismo**. 2014. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 161-167; LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 683.

⁸⁹⁵ O experimentalismo institucional é uma expressão cunhada por Roberto Mangabeira Unger para descrever a necessidade das democracias contemporâneas de reconstruir o projeto democrático, de forma institucional e coletiva. Para Mangabeira Unger, o “vínculo entre a ideia da democracia e a prática do Direito é clara e simples. Devemos conceber a democracia hoje como, antes de qualquer coisa, processo de descoberta e de aprendizagem coletivas.” A democracia, complementa, é “um procedimento para criar o novo. É forma institucional e coletiva de imaginação.” In: UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 257, p. 57-72, mai./ago. 2011. p. 59 e 70.

sendo decidida.”⁸⁹⁶

De igual maneira, os juizes de primeiro grau devem observar as decisões dos demais juizes de mesma instância (sentido horizontal), em particular quando ainda não existe uma orientação jurisprudencial consolidada pelas Cortes sobre um tema novo que outro juiz já enfrentou.⁸⁹⁷

Se uma determinada tese ou interpretação de uma questão jurídica já parte da base do sistema judicial de forma homogênea (ou com certo grau de uniformidade), a chance dessa interpretação se manter e influenciar na formação do padrão decisório é muito maior, pois as Cortes também tendem (provavelmente) a seguir entendimentos que já estão estabilizados nos órgãos inferiores, evitando mudanças jurisprudenciais que se consolidaram no tempo, preservando, assim, a certeza do Direito.

Em muitos casos, essas demandas somente chegam e são julgadas nas Cortes de Vértice muitos anos depois de decididas nas instâncias inferiores, e uma guinada de entendimento nessas instâncias, certamente, frustra as expectativas dos jurisdicionados e provoca uma enorme insegurança, exatamente o contrário dos que pregam a vinculatividade dos padrões decisórios, além do descrédito do Poder Judiciário.

Para isso, uma importante contribuição administrativa das Cortes e, em especial, do Conselho Nacional de Justiça, seria a criação de um sistema de compartilhamento de decisões judiciais de primeiro grau aos moldes das existentes para pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos de todos os tribunais (consulta jurisprudencial); um banco de dados nacional com decisões da primeira instância, bem definidas por temas ou assuntos, para que se constitua uma jurisprudência desde o primeiro grau.⁸⁹⁸

É bom lembrar que uma grande parte – talvez a maior – das questões decididas nas instâncias inferiores não chega às Cortes de Vértice.⁸⁹⁹ Alguns temas

⁸⁹⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 683.

⁸⁹⁷ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 234-235.

⁸⁹⁸ COVELLI, Maria Rosaria. L'uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 234-235.

⁸⁹⁹ De acordo com a justificativa apresentada ao Projeto de Lei nº 2.384/2015, que culminou com a edição da Lei nº 13.256/2016, que (re)instituiu o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial no âmbito das Cortes de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos

são decididos apenas no primeiro grau e, às vezes, nas Cortes de Justiça. Basta lembrar dos juizados especiais estaduais, cujas decisões não chegam às Cortes de Justiça e nem mesmo ao Superior Tribunal de Justiça (vide tópico 4.1.1).

A uniformidade, a coerência e a integridade do sistema jurídico não constituem atribuição apenas das Cortes de Vértice, por isso a necessidade de compartilhamento de decisões de primeiro grau, que pode muito contribuir para decisões semelhantes em casos jurídicos semelhantes, não importando em qual região ou Estado o caso esteja sendo julgado.

Assim, além de contribuir com a preservação e continuidade do Direito judicial, é muito importante para a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, e, particularmente, no primeiro grau, onde as demandas com tutelas de urgências são uma rotina e o juiz precisa rapidamente dar uma resposta para o jurisdicionado. A possibilidade de consultar outras decisões de primeiro grau, onde juízes já enfrentaram questões semelhantes, e aproveitar o raciocínio jurídico e seus fundamentos determinantes para solucionar o caso (inédito naquele juízo), sem dúvida alguma, contribui para desde a base do sistema jurídico uniformizar entendimentos, além de atender a um julgamento em prazo razoável.⁹⁰⁰

Parece ilógico imaginar que é preciso esperar o pronunciamento das instâncias superiores para formar um padrão decisório, quando a maior parte das demandas - é necessária a repetição - não chegam até as Cortes de Vértice. Se existisse um sistema de compartilhamento eficiente de decisões judiciais em primeiro grau, certamente, a unidade do Direito começaria na base do sistema jurídico.

Se cada juiz, nas milhares de unidades judiciárias do País, decide de uma forma quando lhe é apresentado um caso novo (e repetitivo em outros juízos) ou ainda sem julgamento nas Cortes, a uniformidade quando (e se) chegar – após as Cortes de Vértice formarem um padrão decisório – já terá causado injustiças e provocado no jurisdicionado insegurança e descrédito ao Poder Judiciário. A “cultura

recursos especiais interpostos na origem (Cortes de Justiça) não são remetidos ao STJ porque são “trancados” nos tribunais locais. Isso, no sistema anterior ao CPC de 2015. Esses números, sem sobra de dúvida, devem ser maiores em razão dos filtros instituídos por essa lei (art. 1.030 do CPC) que entraram em vigência junto com o CPC de 2015.

⁹⁰⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 395; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. **Revista de processo**, v. 28, p. 341-356, ago. 2016.

do precedente”⁹⁰¹ deve ser incentivada desde o início, no sentido horizontal, e não aguardar que uma Corte de Vértice forme um padrão decisório anos depois, talvez até décadas depois, o que não é incomum.⁹⁰²

A uniformidade e estabilidade das decisões judiciais se formam é a partir da base do sistema jurídico. Uma questão nova, por exemplo, em um contrato bancário, decidida pela primeira vez em uma comarca do Rio Grande do Sul, pode servir de parâmetro para a primeira decisão de um juiz no Estado de Goiás em caso semelhante. As vezes no mesmo Estado não é possível se conhecer as razões de decidir de outros juízes para casos que comportariam a mesma solução. Um juiz da capital do Estado pode decidir uma questão que já foi enfrentada em outra comarca do interior e vice-versa. Sem esses mecanismos para compartilhamento de decisões, os juízes, com a multiplicidade de opções interpretativas que lhe são apresentadas, tendem, naturalmente, a proferir decisões distintas para casos semelhantes.⁹⁰³

Se uma questão jurídica já parte do primeiro grau uniforme, com força hermenêutica, coerência com a base na tradição do Direito judicial e íntegra com o sistema jurídico, as possibilidades dos seus fundamentos determinantes serem adotados pelas Cortes de Justiça e de Vértice e formarem padrões decisórios é realmente concreta.

As demandas de massa, que se transformam nos casos repetitivos, começam pela falta de unidade de julgamento no primeiro grau. Sempre haverá decisões divergentes (acontece também com frequência nas Cortes), mas se existir um sistema de compartilhamento de decisões de primeiro grau essas divergências podem ser reduzidas e desestimular a litigância aventureira.

⁹⁰¹ Essa “cultura” deve ser formada da base ao vértice. Hermes Zaneti entende que a imposição legal da vinculação pode auxiliar esse processo cultural que demoraria muitos anos e poderia comprometer Direitos fundamentais. Todavia, se essa conscientização se der apenas pela força normativa, partindo do vértice do sistema jurídico para a primeira instância, o processo vai ser longo e sem garantia de eficácia e realmente pode comprometer Direitos fundamentais. Não podemos esquecer que as divergências de interpretações e mudanças jurisprudenciais não são exclusividade dos juízes e Cortes de Justiça. *In*: ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 352.

⁹⁰² LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2020. p. 183-184 e 232.

⁹⁰³ Talvez os centros de inteligência idealizados pelo CNJ e que estão em fase de implantação venham a contribuir com essa padronização dos decisórios desde a primeira instância (Resoluções nºs 349 e 374 do CNJ).

A utilização de fundamentos determinantes de outros julgamentos facilita e agiliza a tomada de decisão por parte dos juízes. Não se pode imaginar que juízes de primeiro grau queiram “inventar a roda” e decidir sempre com uma fundamentação diferente se tiverem a oportunidade de conhecer decisões já proferidas para casos semelhantes. Dadas a quantidade e a complexidade das causas que aportam às mesas dos juízes, por mais das vezes sem estrutura condizente com a sua carga de trabalho, e a exigência de produtividade pelos órgãos de controle (CNJ e corregedorias locais), não seria crível imaginar que pudessem desconsiderar argumentação e fundamentos jurídicos em curso.

Os juízes trabalham com metas.⁹⁰⁴ Parece pouco provável que ficariam decidindo de forma diversa dos padrões decisórios quando seria muito mais simples repetir o que já está decidido, aproveitando o raciocínio jurídico desenvolvido pelas instâncias superiores.

Na verdade, porém, a obrigatoriedade que propõe o Código de Processo Civil não é uma repetição pura e simples de decisões das Cortes, “mas o dever de considerá-las e superá-las” de acordo com os fatos da demanda.⁹⁰⁵ A vinculação ou obrigatoriedade de um padrão decisório deve partir da legitimação hermenêutica e não por imposição legislativa.

Como já foi objeto de pesquisa neste trabalho, a história do Direito processual brasileiro revela que sempre se utilizou de decisões passadas para decidir os casos presentes. Dificilmente se encontra uma decisão de primeiro grau que não faça referência a um julgado, jurisprudência ou outro padrão decisório dos tribunais (além do suporte doutrinário). Sem referência para casos novos, ante a multiplicidade de opções interpretativas, a possibilidade de cada juiz decidir de uma forma sem qualquer referência é uma realidade.

Um sistema coerente e íntegro exige do intérprete que ele observe as interpretações anteriores, resgatando os caminhos anteriormente percorridos, quando será possível (re)atribuir sentido ao novo texto (padrão decisório).

⁹⁰⁴ Entre outras, algumas metas nacionais para o ano de 2021: Meta 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (todos os segmentos); Meta 2 – Julgar processos mais antigos (todos os segmentos); Meta 5 – Reduzir a taxa de congestionamento (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados).

⁹⁰⁵ ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? *In*: MORAES, Vânia Cardoso de (coord.); FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. *et al.* **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016. p. 129-130.

Portanto, não se há de dizer que somente as Cortes de Vértice podem estabelecer padrões decisórios, pois os juízes e Cortes de Justiça desempenham função fundamental no sistema jurídico e para evolução do Direito, e não apenas servem como rito de passagem para a uniformização da jurisprudência.

Sobre a importância do juiz de primeiro grau para a realização da justiça e, conseqüentemente, da análise fática para a formação e aplicação de padrões decisórios, merece destaque a sempre viva lição de Taruffo:

[...] estou convencido de que a justiça é feita na primeira instância e se faz sobre os fatos. A justiça se administra aplicando a lei, interpretando a lei em função dos fatos sobre os quais as partes estão em litígio. Se deixamos os fatos de lado, que tipo de justiça estamos administrando? Estamos 'brincando com palavras', porque uma regra bastante óbvia é que quanto mais subimos a escala da abstração, mais deixamos de lado o mundo real; e em minha opinião, a justiça é uma coisa do mundo concreto, é uma coisa dos fatos, os interesses reais, das pessoas envolvidas em qualquer processo civil, criminal, etc. Estou muito mais interessado no nível da administração concreta da justiça, ou seja, na primeira instância, onde as pessoas se reúnem, os fatos são conhecidos [...].⁹⁰⁶

Ressalta-se que não se está defendendo qualquer tipo de arbitrariedade ou desobediência pura e simples do juiz de primeiro grau ou das Cortes de Justiça, mas apenas ressaltando a necessidade de valorização do trabalho dessas instâncias para moldar o caso jurídico concreto e aplicar o Direito para uma prestação jurisdicional qualificada, com amparo na possibilidade de interpretação dos padrões decisórios e não uma reprodução de sentidos de forma irrefletida ou “a tolher a liberdade decisória.”⁹⁰⁷

⁹⁰⁶ Texto no original: “[...] yo estoy convencido que la justicia se hace en primera instancia, y se hace sobre los hechos. La justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley en función de los hechos sobre los que las partes están en litigio. Si dejamos de lado los hechos, ¿qué tipo de justicia estamos administrando? Estamos “jugando con las palabras”, porque una regla bastante evidente es que mientras más subimos en la escala de la abstracción, más dejamos de lado el mundo real; y en mi opinión, la justicia es una cosa del mundo concreto, es una cosa de los hechos, de los intereses reales, de las personas involucradas en cualquier proceso civil, penal, etc. A mí me interesa mucho más el nivel de la administración concreta de la justicia, es decir, la primera instancia, donde se conocen las personas, se conocen los hechos [...]”. In: TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019. p. 95.

⁹⁰⁷ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER Jr, Fredie. *et al. Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 744-746.

4.3 A natural tendência de acompanhar as Cortes de Vértice e os riscos de uma padronização decisória rígida

Seguramente, não haverá quem possa ser contra a previsibilidade das decisões judiciais e de maneira mais ampla possível. O respeito à tradição judicial do Direito é questão de maior eficiência e credibilidade do Poder Judiciário e, mais ainda, questão de preservação das instituições pátrias. A flutuação ou oscilação excessiva da jurisprudência, ao contrário, submete a dúvida ou desacredita a Justiça.

De outro lado, uma excessiva cristalização da jurisprudência, refratária a decisões de acordo com a realidade social, pode comprometer a certeza do Direito e, conseqüentemente, a credibilidade do Poder Judiciário. A maior eficiência pode contrastar com uma decisão de melhor qualidade. A maior eficiência não pode sacrificar uma decisão mais justa para um caso jurídico concreto. Como todo e qualquer Direito, a previsibilidade das decisões judiciais nunca será um valor absoluto e pode ceder perante de outros direitos.

Sempre que se busca justificar a implantação de um sistema formal de padronização decisória ou de precedentes, nos moldes da tradição do *Common Law*, apresenta-se uma série de vantagens, sendo que a certeza do Direito e a igualdade de tratamento aos litigantes, por via da previsibilidade das decisões judiciais, são as mais destacadas.⁹⁰⁸ Outras razões - como a economia processual, a celeridade e a diminuição do número de processos - também são sempre enumeradas.⁹⁰⁹

Sendo, entretanto, formalmente vinculantes padrões decisórios ou precedentes, juízes e tribunais inferiores, ficam limitados em sua independência e autonomia, pois tendem a seguir os padrões decisórios, sem a necessária

⁹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 98-102; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-25 e 69; MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84-92; ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 358-365.

⁹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 130-140.

interpretação no caso jurídico concreto, tornando-se meros replicadores da jurisprudência vinculante.⁹¹⁰

Os juízes, até por economia mental, ficam propensos a seguir as decisões precedentes.⁹¹¹ Como referido no tópico imediatamente anterior, a carga descomunal⁹¹² de trabalho dos juízes brasileiros⁹¹³, associada à exigência cada vez maior de produtividade⁹¹⁴ e metas para serem cumpridas,⁹¹⁵ os juízes, naturalmente, inclinam-se a reproduzir as decisões das Cortes. Por que os magistrados deveriam decidir de forma diferente de um padrão decisório, quando é muito mais fácil aproveitar um raciocínio jurídico que já está pronto?

A elaboração de argumentos para se distinguir ou forçar uma reanálise pelas Cortes com vistas à superação de padrão decisório é uma operação complexa que leva muito mais tempo e esforço mental. O precedente ou padrão decisório passa a ser utilizado como uma espécie de alívio para o trabalho de pensar e justificar uma decisão. No sentido de eficiência, os padrões decisórios aumentam

⁹¹⁰ MARTÍN, Nuria Beloso. Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los Tribunales Inferiores? **Revista interdisciplinar de Direito da faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1 p. 267-297, jan./jun. 2018. p. 288.

⁹¹¹ VARANO Vicenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law* Common Law. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 179.

⁹¹² “De acordo com Toffoli, os dados do relatório Justiça em Números denotam o Poder Judiciário brasileiro como um dos mais eficazes do mundo. Como comparativo, Dias Toffoli apresentou dados da Comissão Europeia de Eficiência da Justiça (CEPEJ), os quais apontam que a produtividade média em países como Itália, Espanha, França, Portugal e Alemanha – cujos sistemas de justiça possuem muitas semelhanças com o brasileiro – variam de 50 a 900, menos da metade dos números do Brasil. “O Poder Judiciário brasileiro caminha no rumo certo, se aprimorando em eficiência, transparência e responsabilidade, conforme evidenciado por mais um ano de melhora sem precedentes nos indicadores de desempenho e de produtividade da Justiça”, disse. *In*: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2020-nova-edicao-confirma-maior-productividade-do-judiciario/>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁹¹³ “O volume de processos médio sob a gestão dos magistrados foi de 6.962 em 2019 (aumento de 13%)”, segundo o CNJ. Justiça em números (2020) p. 105. *In*: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021

⁹¹⁴ “Nesse período de 5 anos, a produtividade aumentou em 24,2%, alcançando a média de 2.107 processos baixados por magistrado em 2019, ou seja, uma média de 8,4 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos.” *In*: CNJ. Justiça em números (2020) p. 105. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁹¹⁵ As metas nacionais do CNJ para o ano de 2021 podem ser consultadas no endereço. *In*: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

significativamente a capacidade de produção dos juízes por meio de repetições de enunciados e teses com menor esforço de raciocínio.⁹¹⁶

Além disso, os juízes, certamente, não sentem qualquer satisfação em ver suas sentenças frequentemente reformadas pelas instâncias superiores. Consequentemente, as Cortes, principalmente as de Vértice, possuem uma autoridade fortemente “persuasiva”.⁹¹⁷ Até porque não seguir as decisões dos tribunais ou padrões decisórios pode ser prejudicial na sua movimentação na carreira, como já salientado.⁹¹⁸

Essas circunstâncias já são suficientes para indicar que um sistema formalmente rígido de padronização decisória pode ser nefasto para o Direito, na medida em que constroem os juízes para uma obediência irrestrita às decisões das Cortes, o que, sem dúvida, prejudica a justiça do caso jurídico concreto e a evolução do Direito contemporaneamente com a dinâmica social, ou seja, atrapalha não só a criação judicial, mas, também, a atualização jurisprudencial que é feita a partir do caso jurídico concreto.⁹¹⁹

Essa problemática também é uma preocupação na tradição do *Common Law*,⁹²⁰ como conta Neil Duxbury:

Existem muitas razões para não seguir precedentes. A adesão inabalável aos precedentes pode ser um indicativo da falta de coragem, maturidade, iniciativa, diligência ou de bom senso de um

⁹¹⁶ CONSOLO, Claudio. Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fato del caso concreto. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 165.

⁹¹⁷ VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p.179.

⁹¹⁸ Resolução CNJ nº 106/2010.

Art. 5º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração:

a) a redação;

b) a clareza;

c) a objetividade;

d) a pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas;

e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. (Não há destaques no original). *In*: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução Nº 106 de 06/04/2010**. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁹¹⁹ CONSOLO, Claudio. Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fato del caso concreto. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018. p. 166-168.

⁹²⁰ “A doutrina do *stare decisis* consequentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo.” *In*: RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994. p. 285.

juiz.” [...] O objetivo principal do tribunal que produziu o precedente era decidir uma disputa, não emitir uma decisão que os tribunais posteriores possam identificar e aceitar prontamente; e assim, mesmo quando um precedente é seguido, os juízes que o seguem sabem que eles devem fazer muito da operação de princípio por si mesmos. (Tradução livre).⁹²¹

Em suma, seguir precedentes ou padrões decisórios é uma atitude muito mais simples e fácil para os juízes. Corre-se, porém, o risco de uma produção mecânica⁹²² de julgamentos, excessivamente procedimental, como se fosse uma fábrica de decisões, totalmente contraditória em relação à circularidade hermenêutica⁹²³ que parte da interação que se estabelece do texto normativo (constituição, lei, padrão decisório) com a hipótese interpretativa.⁹²⁴ Um texto normativo pré-fabricado sempre será deficitário como uma regra geral para atender os anseios das sociedade, e o juiz necessitará de promover a sua aplicação em cada caso jurídico concreto de uma maneira consentânea à nova situação,⁹²⁵ “a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o Direito consiste em promover a concreção do Direito”.⁹²⁶

⁹²¹ Texto no original: “There are many reasons for not following precedents. Unswerving adherence to precedents might be indicative of a judge's lack of courage, maturity, initiative, in or sound judgment. [...] The primary objective of the court which produced the precedent was to decide a dispute, not issue an edict which later courts can readily identify and accept; and so, even when a precedent is followed, the judges who follow it know that they must do much of the working out of principle for themselves.” *In*: DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 150.

⁹²² “A teoria de um juiz como simples autômato repetidor da lei foi definitivamente invalidada, na França, pela controvérsia entre a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional acerca da compreensão da expressão ‘disposição legislativa que pode ser objeto de uma questão prioritária de constitucionalidade’. Para a Corte, se o requerente não impugnasse a disposição legislativa, mas a sua interpretação pelos juízes, a questão não seria admissível e não deveria ser transmitida ao Conselho. Por outro lado, para o Conselho, ‘ao propor uma questão prioritária de constitucionalidade, qualquer litigante tem o Direito de contestar a constitucionalidade do alcance efetivo que a interpretação jurisprudencial confere a esta disposição.’ Estando assim plenamente reconhecidas a diferença entre o texto e a norma, sobretudo o papel decisivo que o juiz assume na transição de um para o outro, evidenciou-se que é seu trabalho de interpretação que faz a norma, que dá a um texto jurídico seu ‘alcance efetivo’. *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Unisino, 2019. p. 138.

⁹²³ CONSOLO, Claudio. Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino. 2018. p. 164.

⁹²⁴ ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017. p. 10.

⁹²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 408.

⁹²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 79.

A doutrina também sente os efeitos de uma vinculação formal de padrões decisórios. As críticas por parte da doutrina sobre as decisões judiciais levam as Cortes a reanalisarem seus entendimentos. E, por outro lado, um padrão decisório que se fundamenta em uma doutrina respeitada tem maiores possibilidades de se legitimar perante a comunidade interpretativa,⁹²⁷ principalmente se for uma decisão sobre desacordos morais da sociedade.⁹²⁸

Quando se tenta estabelecer uma vinculação imperativa ou automática de decisões judiciais, a doutrina, ante a necessidade de fornecer material de trabalho aos profissionais do Direito, passa a apresentar apenas comentários sobre decisões judiciais.⁹²⁹ Os advogados, quando existente um sistema de padronização decisória vinculante, citam menos a doutrina e mais a jurisprudência.

Assim, a doutrina, ao contrário de desenvolver seu papel na ciência e apresentar novas teorias que antecipem as mudanças jurisprudenciais, passa a reproduzir comentários⁹³⁰ sobre as novas (e últimas) decisões judiciais.⁹³¹

Um sistema jurídico não há de prescindir do fundamental papel crítico da doutrina, a qual compete apresentar opções e soluções jurídicas.⁹³²

4.4 A permanente reconstrução do Direito: a incessante tarefa dos juízes e Cortes de Justiça de solucionar o caso jurídico concreto

O Código de Processo Civil, no art. 489, incisos V e VI, exige a identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos para a aplicação de um padrão decisório, além de exigir

⁹²⁷ José Rodrigo Rodriguez alerta para o fato de que “Aqui juízes e os juristas não debatem entre si a melhor solução para o caso concreto e para os problemas jurídicos pensados em abstrato.” *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 16.

⁹²⁸ VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 180-181.

⁹²⁹ VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018. p. 181.

⁹³⁰ Lenio Streck vem alertando sobre este fenômeno há vários anos. *In*: STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹³¹ DI PORTO, Andrea. Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo. *In*: CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna: Il Molino. 2017. p. 122-123.

⁹³² CANZIO, Giovanni. Nomofilachia e diritto giurisprudenziale. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino. 2018.

que, na hipótese de deixar de aplicá-los, quando invocados pelas partes, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento firmado.⁹³³

Essas técnicas da distinção e da superação (de evidente inspiração na regra do *stare decisis*, que se utiliza do *distinguishing* e do *overruling*, e suas diversas variações, para justificar a recusa a um precedente), evidenciam que os padrões decisórios exigirão uma nova interpretação⁹³⁴ no momento da aplicação, pois a norma, como destacado em várias oportunidades, é produzida a partir dos elementos colhidos do texto,⁹³⁵ que pode ser a lei ou o padrão decisório e “a norma será sempre o resultado da interpretação do texto”⁹³⁶. Isso quer dizer, o sentido do padrão decisório somente pode ser conhecido no momento da sua *applicatio* pelo juiz.^{937 938}

⁹³³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 292.

⁹³⁴ No mesmo sentido de que o precedente (e vale para o padrão decisório) sempre vai comportar interpretação diante do caso jurídico concreto e por isso pode ser redefinido seu sentido no momento de sua aplicação, Eduardo Scarparo argumenta que, “Quando se apresenta um candidato a precedente para solucionar um caso, faz-se necessário interpreta-lo, buscando-se a obtenção de um sentido normativo de modo a verificar se efetivamente se trata de precedente aplicável ao caso problema. Para tanto, identifica-se seus fatos determinantes – que indicarão as hipóteses de incidência – e as consequências determinadas na solução jurídica do precedente. Essa atividade é necessária definição dos termos de inevitável atenção para a aplicação do precedente. Para saber se da decisão analisada pode-se extrair precedentes aplicável ao caso problema, precisa-se saber inicialmente quais os seus casos típicos de incidência. Com isso, pode-se avançar sobre o caso problema e relacioná-los, testando-os analítica e comparativamente. Além da formação de precedentes, também na atividade de sua interpretação reside a viabilidade da consideração de um papel criativo do intérprete e, nesse ponto, potencialmente a hermenêutica pode até mesmo redefinir a significação do precedente. Na famosa construção de um romance em cadeia, proposta por Dworkin, os precedentes teriam seus sentidos ressignificados constantemente assumindo-se coerência com a tradição narrativa anterior.” *In*: SCARPARO, Eduardo. Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes. **Revista brasileira de direito processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 141-163, out./dez. 2019. p. 156-157.

⁹³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192 - 221.

⁹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 312.

⁹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 312.

⁹³⁸ Neste ponto, Mitidiero diz que “a atividade jurisdicional constitui uma atividade de *reconstrução* do sentido normativo das proposições e dos enunciados fáticos-jurídicos à vista do caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito. Como observa a doutrina, ‘o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significados de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado’. Isso quer dizer que se assume a separação entre *texto e norma* – o legislador *outorga textos, não normas*. As normas são fruto de uma *outorga de sentido aos textos* pelos seus destinatários.” (Os destaques são originais do texto). *In*: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20-21.

O padrão decisório não consegue, como a lei, prever todas as hipóteses ou estabelecer uma regra geral que pode ser universalizável para todas as situações sobre determinada questão jurídica, pois a aplicação do Direito deve ser de acordo com o caso jurídico concreto,⁹³⁹ evitando o automatismo nas decisões que tragam injustiças e também de preservar o caráter institucional do Direito, dando continuidade nas decisões judiciais anteriores,⁹⁴⁰ utilizando-as com princípio argumentativo para solução de casos futuros e ao mesmo tempo, permitindo a dinamização do sistema jurídico que exige evolução constante, evitando que o engessamento de interpretações ou mesmo a correção de eventual vício ou equívoco na sua formação se prolongue demasiadamente.

4.5 Juízes e Cortes de Justiça e a distinção do padrão decisório no caso em julgamento

A distinção⁹⁴¹ (*distinguishing*) no caso em julgamento prevista no Código de Processo Civil (art. 489, § 1º VI) acontece quando o juiz ou tribunal for aplicar um

⁹³⁹ Ensina Remo Caponi que, “O mecanismo que permite a uma construção jurídica aprender com a vida é a relação eterna entre regra e exceção. Essa relação garante o andamento da lei. Entre regra e exceção não há oposição, mas há um entrelaçamento vital: “A exceção é mais interessante do que o caso normal. O último nada prova, a exceção prova tudo; não apenas confirma a regra: a própria regra vive apenas da exceção” (C. Schmitt). Significa que a regra é compreendida em todo o seu significado apenas do ponto de vista da exceção e vice-versa. Você deve ter cuidado com as regras que não conhecem exceções. Olhando mais de perto, eles não são mais regras: eles se tornam necessidades naturais.” (tradução livre). No original: “Il meccanismo che consente ad una costruzione giuridica di imparare dalla vita è l’eterno rapporto tra regola ed eccezione. Questo rapporto assicura il progresso del diritto. Tra regola ed eccezione non vi è opposizione, ma vi è un intreccio vitale, “L’eccezione è più interessante del caso normale. Quest’ultimo non prova nulla, l’eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell’eccezione” (C. Schmitt). Vuol dire che la regola si coglie nel suo pieno significato solo dal punto di vista dell’eccezione, e viceversa. Si deve diffidare delle regole che non conoscono eccezioni. A ben vedere, non sono più nemmeno regole: diventano necessità naturali.” CAPONI, Remo. Prospective overruling: Bilancio di una vicenda. **Revista eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, ano 12, v. 9, n.2, mai./ago. 2018. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. p. 177-178.

⁹⁴⁰ Mitidiero diz que “[...] é preciso ter presente, de um lado, que *distinguishing* e *overruling* são técnicas que justamente pressupõem a força vinculante do precedente. A distinção server justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente. O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica. A distinção e a superação, portanto, são técnicas que, longe de infirmarem a vinculação ao precedente, a pressupõe.” *In*: MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

⁹⁴¹ Para um maior aprofundamento sobre a distinção prevista no CPC e a sua relação com o *distinguishing* da tradição do *Common Law*, consultar: JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR,

padrão decisório ou mesmo utilizar uma decisão anterior como referência, verificando que as circunstâncias fáticas e jurídicas utilizadas não estão presentes neste novo caso em julgamento.

Herbert Hart define que “[...] Este processo de “distinção” do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente”.⁹⁴² Neil Duxbury, de maneira mais objetiva, diz que a “distinção é o que os juízes fazem quando diferenciam um caso de outro.”⁹⁴³

A técnica da distinção não invalida o padrão decisório, “quer dizer, sua validade como norma universal não é infirmada”,⁹⁴⁴ mas coloca para os juízes e Cortes, bem como para os advogados e demais profissionais do Direito, a necessidade de fazer o confronto caso a caso e “dialogar”⁹⁴⁵ com o padrão decisório para somente aplicá-lo quando seus fundamentos determinantes forem relevantes ou suficientes para resolução do caso concreto sucessivo.

Noutras palavras, a distinção reforça a existência e obrigatoriedade da aplicação do padrão decisório, uma vez que ele é reconhecido como uma referência ou um endereço argumentativo válido no primeiro momento e logo depois de ser feita a sua diferenciação para concluir que não pode naquele caso em julgamento ser aplicado em decorrência da existência de singularidades que o distinguem.⁹⁴⁶

Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 65-94.

⁹⁴² HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 6. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 148.

⁹⁴³ Tradução livre. Texto no original: “Distinguishing is what judges do when they make a distinction between on case and another.” *In*: DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 113.

⁹⁴⁴ No original: “[...] es decir, su validez como norma universal no es infirmada”. (tradução livre). *In*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoría del precedente judicial**: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales. Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano e Brian L. Ragas Solórzano. Lima/Perú: Ediciones Legales, 2016. p. 479.

⁹⁴⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 290. Marcelo Elias Naschenweng defende que o fundamento da decisão precedente, ainda que ocupe uma posição privilegiada decorrente da presunção de validade do precedente, deve dialogar com os demais critérios decisórios. Não serve, no sistema jurídico atual, o apoio único no critério da autoridade, em uma vinculação formal que se recusa a considerar a novidade advinda da temporalidade e da facticidade irrepetíveis como fator de possibilidade de mudança de entendimento. *In*: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 288.

⁹⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoría del precedente judicial**: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales. Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano e Brian L. Ragas Solórzano. Lima/Perú: Ediciones Legales, 2016. p. 479; NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 226-227; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**:

Se os fundamentos determinantes do padrão decisório não se amoldam ao caso jurídico concreto sucessivo, em decorrência de fatos e circunstâncias jurídicas diversas, faz-se a distinção. A técnica da distinção ensina é que a busca pela certeza do Direito não pode ser tão rígida⁹⁴⁷ que impeça o juiz de decidir de forma diferente quando deparar casos substancialmente desiguais.⁹⁴⁸ A segurança jurídica e a igualdade representada pela previsibilidade das decisões judiciais, que aqui se chama de certeza do Direito, cede lugar para a igualdade material, elemento essencial para a coerência e integridade do sistema jurídico.⁹⁴⁹

Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso alertam para a ideia de que, a fim de utilizar a técnica da distinção, deve-se avaliar e confrontar os fatos relevantes de cada caso, isto é, os casos utilizados para formação do padrão decisório e o caso em julgamento, bem como textos normativos que incidem sobre cada conjunto de fatos. Se duas demandas se diferenciam, sustentam os autores, a tendência é de que também incidirão textos normativos diversos sobre a questão de Direito debatida, e, possivelmente, os fundamentos que justificaram a decisão do padrão decisório serão insuficientes para decidir o novo caso.⁹⁵⁰

É dever dos juízes formular juízos de distinção quando perceberem que os fatos relevantes e os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do caso em julgamento são diferentes ou quando a questão jurídica colocada pelas partes é distinta daquela utilizada no padrão decisório.⁹⁵¹

Quando um juiz ou uma Corte faz a distinção entre os casos, ele está limitando o alcance ou excepcionando um padrão decisório com base em

formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 290 - 291.

⁹⁴⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente en el Derecho inglés**. Traducción de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 153. Na versão original em inglês: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, fourth edition, 1991. p. 125.

⁹⁴⁸ “Não pode um ordenamento jurídico, ainda mais num país com dimensões que o Brasil tem, ser estagnado, imune às mudanças, razão pela qual, mesmo em sua unidade, ela acaba sendo maleável a partir das técnicas hoje existentes.” *In*: JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 68.

⁹⁴⁹ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017. p. 308.

⁹⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 29-30.

⁹⁵¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 674.

particularidades que o diferenciam do caso em julgamento.⁹⁵² A questão é que o modelo de julgamento é dedutivo e silogístico e os padrões decisórios no Brasil são instituídos, em regra, com apoio em teses jurídicas sobre questões de Direito (súmulas, repetitivos, IAC) aplicados a um determinado contexto e posteriormente adaptados aos casos sucessivos em julgamento, enquanto a técnica da distinção exige o confronto analítico dos fatos e do Direito que foram considerados no caso ou casos utilizados para formação do padrão decisório ou as diferenças de *fattispecie*.⁹⁵³

Essas circunstâncias levam a pensar na aplicação da técnica da distinção de forma muito criteriosa como todo e qualquer julgamento, sob pena de corroer toda a tradição do Direito judicial que ao longo do tempo formou o padrão decisório. Por outro lado, se essa distinção está acontecendo com frequência, de forma consistente, possivelmente, o padrão decisório está perdendo a congruência social e deverá ser superado.⁹⁵⁴

Ao mesmo tempo em que se deve evitar a produção serial de distinções que possam provocar insegurança jurídica, não se pode tolher os juízes e Cortes de Justiça da sua realização, sob pena de cristalizar o Direito ou perpetuar decisões inadequadas, além de tornar a atividade judicante uma mera repetição de interpretações passadas.

4.6 Qual a função dos juízes e Cortes de Justiça na superação do padrão decisório?

A superação do entendimento expressado em um padrão decisório (que na tradição do *Common Law* é denominado de *overruling*) é uma técnica que permite o Direito de evoluir contemporaneamente com a sociedade. A lei é constante, porém, o Direito se renova permanentemente. O texto normativo é fixo, a norma se

⁹⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 674.

⁹⁵³ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017. p. 304-305.

⁹⁵⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 295-296.

concretiza na sua aplicação.⁹⁵⁵ São os fatos e suas particularidades que vão direcionar a aplicação da lei e, conseqüentemente, surgirá a norma do caso em julgamento.

A superação pode se dar de forma concentrada ou difusa.⁹⁵⁶ Na forma concentrada, seria decorrente de um procedimento específico para a revisão do padrão decisório, como são os casos da súmula vinculante (Lei nº 11.417/2006) e da revisão de tese firmada em IRDR (art. 986) e, também, o previsto nos regimentos internos dos tribunais para alteração das súmulas da jurisprudência predominante. No modelo concentrado, a revisão ou o cancelamento somente pode ser pedida por entes com capacidade processual, ou seja, não pode ser solicitada por qualquer pessoa e nem mesmo em qualquer processo.⁹⁵⁷

No modelo difuso, não haveria um procedimento específico e seria feito incidentalmente em qualquer processo e requerido por qualquer dos agentes da atividade judiciária. O modelo difuso é o mais comum e é o modelo utilizado pela tradição do *Common Law*.⁹⁵⁸

Ravi Peixoto ressalta que esses dois modelos convivem normalmente, pois a previsão de um procedimento específico para revisão não impede que seja feito de modo incidental, pois essa revisão de súmula ou de tese jurídica pode ser suscitada e acolhida pela Corte (que utilizaria a prerrogativa de suscitar de ofício) em um caso concreto diante de um argumento novo.⁹⁵⁹

Assim, a superação do entendimento expressado em um determinado padrão decisório não ficaria limitada a poucos legitimados, que podem não ter interesse em

⁹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 406-411; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 192 - 221; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 45-57; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344-354.

⁹⁵⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 208; DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 496;

⁹⁵⁷ DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 496.

⁹⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 208; DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 496;

⁹⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 208-209.

utilizar o procedimento específico. Essa possibilidade é fundamental, porque não impede a evolução do Direito quando surgir um fundamento em um caso específico.⁹⁶⁰

A sistemática de revisão dos padrões decisórios na forma concentrada dificulta ou retarda em demasia a evolução do Direito e leva o jurisdicionado a uma verdadeira peregrinação recursal na tentativa de superar um entendimento que pode não se coadunar com a realidade social.

Embora ainda seja polêmica na doutrina, o fato é que órgãos judiciais inferiores podem superar entendimentos formulados pelas Cortes. É importante, mais uma vez, destacar a noção de que a previsão do art. 489, § 1º, inciso VI do Código de Processo Civil, não limita a superação dos entendimentos às Cortes que o instituíram.⁹⁶¹ E também não há qualquer outro dispositivo no Código de Processo Civil que traga qualquer restrição dessa superação por parte dos juízes ou das Cortes inferiores.

Na verdade, o que acontece é uma provocação por parte dos juízes e das Cortes inferiores ao decidirem de forma diversa dos padrões decisórios, sendo que a superação somente ocorrerá se a Corte que instituiu o padrão decisório acolher a decisão do órgão judicial inferior. Caso contrário, a Corte reestabelece o entendimento fixado mantendo o padrão decisório, dentro da sistemática recursal.⁹⁶²

Também não é o caso de fazer a denominada ressalva de entendimento⁹⁶³ (*dissapprove precedente*, na tradição do *Common Law*), que consiste no juiz aplicar os fundamentos determinantes ou a tese jurídica fixada no padrão decisório, mas

⁹⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 208-209.

⁹⁶¹ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 127.

⁹⁶² Marco Jobim e Zulmar Duarte defende que seriam duas as situações que se permite aos juízes e tribunais inferiores anteciparem a superação do precedente. Uma, “quando o Tribunal competente para superar o precedente já venha decidindo de forma diferente ao estabelecido neste (embora não tenha revogado expressamente o precedente)”; a segunda, “na hipótese de o Tribunal, que editou o precedente, dar sinais de que irá superá-lo por sua inadequação atual (*technique of signaling*)”. In: JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 128.

⁹⁶³ Sobre as diversas forma de superação na tradição do *Common Law*, consultar: FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017. p. 309-318; E ainda sobre a relação entre a técnica do *overruling* e a técnica da superação prevista no CPC e seus institutos afins, consultar: JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 95-141.

ressalvar outro posicionamento que entende mais adequado para que a Corte no futuro realize eventual superação.⁹⁶⁴

Esse mecanismo não resolve o problema ou resolve parcialmente, pois, no caso dos recursos especial e extraordinário repetitivos, não abre para as partes a possibilidade de recorrer até as Cortes de Vértice, ante os filtros do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

Igualmente ocorre com relação às ações concentradas de (in)constitucionalidade e súmulas vinculantes, pois o cabimento da reclamação demanda uma decisão contrária ao que foi decidido. Se não houver essa decisão contrária, isto é, uma decisão de acordo com o padrão decisório, fazendo apenas uma ressalva de entendimento, dificilmente esses fundamentos chegarão à Corte de Vértice (ou chegarão muito tarde) para que ela proceda, se for o caso, a uma reanálise dos fundamentos determinantes e altere o padrão decisório.

No caso das súmulas (comum ou persuasivas), impede a utilização da reclamação direta à Corte, porém, ainda continua a via recursal, embora com várias etapas processuais dificultando a remessa do recurso até a Corte, uma vez que poderá o relator negar seguimento do recurso com fundamento no art. 932, IV, desafiando o agravo interno e, posteriormente, em caso de confirmação pelo colegiado, que surgirá a possibilidade de cabimento do recurso especial ou extraordinário.

Além disso, não se há de esquecer de que a busca por justiça no caso jurídico concreto não pode ser sacrificada por uma estabilidade ou previsibilidade das decisões judiciais promovidas à custa da manutenção de um padrão decisório sem suporte social. Outra preocupação é o tempo para se alcançar essa alteração.

Como já por várias vezes mencionado, é no primeiro grau que as mudanças sociais são primeiramente sentidas e a alteração da jurisprudência por intermédio da via recursal pode levar anos (e sabe-se que até décadas)⁹⁶⁵, conforme demonstram as estatísticas do CNJ.⁹⁶⁶

⁹⁶⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. **Revista de Processo**, v. 28, ago. 2016. p. 346.

⁹⁶⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2020. p. 153-215.

⁹⁶⁶ Segundo o relatório Justiça em Números, do CNJ, o tempo médio, do Poder Judiciário, é de 5 anos e 2 meses. *In*: Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020. p. 181. Figura 140.

O desafio é possibilitar uma decisão conectada com a realidade e de forma contemporânea com o desenvolvimento social. Se se pensar que o prazo de julgamento dos processos até a análise final das Cortes de Vértice leva em média mais de 5 (cinco) anos, aguardar essa alteração pode representar o inverso do objetivo dos mecanismos de padronização decisória, que é a certeza do Direito, pois a insegurança também advém das decisões que não atendem as reais necessidades da sociedade no tempo. O padrão decisório cumpre a sua função quando aplicado de acordo com o tempo presente (quando o caso está sendo julgado em não no tempo da sua formação) e com os fatos do caso jurídico concreto.⁹⁶⁷

Não se ignora, caso uma mudança de posicionamento jurisprudencial possa comprometer a certeza do Direito e o princípio da proteção da confiança, que a Corte tem a possibilidade de modular seus efeitos, conforme previsto no art. 927, § 3º do Código de Processo Civil; porém, na ausência de uma regra específica e de critérios sobre a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* na modulação de efeitos, e nas suas diversas variações⁹⁶⁸, a doutrina e a jurisprudência⁹⁶⁹ também divergem muito quanto à escolha da espécie de eficácia temporal que deve ser aplicada a cada caso.⁹⁷⁰

⁹⁶⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 288.

⁹⁶⁸ Sobre o tema: “De acordo com a doutrina, são identificadas as seguintes eficácias: a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória; b) aplicação retroativa clássica, em que o tribunal iria aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado; c) aplicação prospectiva pura, quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes; d) aplicação prospectiva clássica, quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes no caso concreto, abrangidos pelo novo precedente e e) aplicação prospectiva a termo, em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente.” *In*: DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 504. Outros autores apontam algumas variações na nomenclatura, sendo certo que não existe uma uniformidade terminológica, porém, na prática, pode-se observar que os efeitos são sempre os mesmos. Sobre o tema, ver, entre outros: ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 141-145; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 303-330 e 402-405; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 273-397.

⁹⁶⁹ Ravi Peixoto, em pesquisa detalhada sobre vários julgados do STF, conclui que a própria Corte Constitucional encontra certa dificuldade em padronizar a aplicação da modulação de efeitos, destacando: “O problema é que não se percebe um padrão decisório na jurisprudência do STF. Até porque não se chega a ser percebível uma uniformização do que seria o princípio da segurança jurídica, confiança legítima ou boa-fé objetiva para a Corte. Em geral, cada Ministro manifesta sua própria concepção de cada uma das normas, sendo ainda mais comum a sua mera

O fundamento dessa técnica reside na necessidade de conjugar a evolução jurisprudencial com a proteção da confiança e previsibilidade das decisões judiciais (certeza do Direito). Realmente, em alguns casos, o juiz pode chegar à conclusão da necessidade da superação do padrão decisório, mas, ao mesmo tempo, deve proteger a confiança baseada em interpretações já sedimentadas.

Não se há de perder de vista, contudo, o fato de que, ante a corrosão do padrão decisório e sua insuficiência perante as urgências da sociedade, também se desgasta a confiança nos seus fundamentos determinantes ou nas teses jurídicas fixadas.⁹⁷¹ A dificuldade reside nestes pontos. - As superações dos padrões decisórios devem retroagir a casos passados ou aplicadas somente a casos futuros?

Nos casos das modulações de efeitos para o futuro ou prospectiva (*ex nunc*), também conhecida pela expressão em inglês *prospective overruling*, outra dicção que, embora inspirada no Direito estadunidense, encontra resistência nos demais países da tradição do *Common Law*,⁹⁷² a Corte, ao superar um precedente, estabelece um novo padrão decisório (fundamento determinante) que será aplicado, em algumas situações, em casos futuros, sem sequer aplicar ao caso em julgamento (*puré prospective overruling*). Isso desestimula os litigantes à busca de atualizações

invocação, sem maiores explanações.” *In*: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 325.

⁹⁷⁰ DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 500-506; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 273-397.

⁹⁷¹ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 335.

⁹⁷² Esta técnica encontra resistência dentro da própria tradição do *Common Law*. “O instituto do *prospective overruling*, como é bem sabido, não encontra difusão homogênea no mundo do *Common Law* e, de fato, pode-se dizer que ele não pode representar, de forma alguma, nas pesquisas sistemáticas, um aspecto característico desta tradição, já que existem alguns ordenamentos do *Common Law* que sempre rejeitaram sua aplicabilidade.” (tradução livre). No texto original: “L’istituto del *prospective overruling*, com’è noto, non trova una omogenea diffusione nel mondo di *Common Law* ed, anzi, si può ben dire come esso non possa affatto rappresentare, nelle indagini sistemologiche, un tratto caratteristico tipico di questo modello, posto che vi sono alcuni ordinamenti di *Common Law* che ne rifiutano da sempre l’applicabilità.” *In*: VIGLIONE, Filippo. **L’overruling nel processo civile italiano**: un caso di flusso giuridico controcorrente. Il Mulino – Rivisteweb. Politica del diritto, Fascicolo 4, dicembre. 2014. ISSN 0032-3063. p. 672. Luca Passanante reforça essas afirmações dizendo que a técnica do *prospective overruling* nasceu nos Estados Unidos, mas que nunca persuadiu os juristas ingleses. *In*: PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 283; Lucas Buri conta que “Muito embora a reconhecida utilidade de dar efeitos prospectivos à superação dos precedentes, a prática não é adotada institucionalmente no Direito inglês. Aliás, tanto nos Estados Unidos como em outros países europeus em que a prática foi adotada, com o tempo criou-se certa resistência em sua utilização, por variados motivos, tornando-a possível apenas em uma gama bastante limitada de casos.” *In*: MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 332.

jurisprudenciais, pois, mesmo que eles venham a alcançar a alteração do padrão decisório, não serão beneficiados. Assim, somente os litigantes habituais⁹⁷³ seriam beneficiados, porquanto a superação para o futuro seria aproveitada em outros litígios semelhantes que se repetem nas suas demandas.⁹⁷⁴

Na hipótese de superação retroativa, o novo padrão decisório aplica-se também aos casos anteriores à prolação da sentença (*retrospective overruling*), mas ainda sujeitas à decisão jurisdicional (e até mesmo aos casos já julgados, com a possibilidade de utilização da ação rescisória).

A preocupação com a superação retroativa é com os prejuízos que litigantes poderão sofrer por moldarem seus comportamentos de acordo com o padrão decisório estabelecido e, depois, serem surpreendidos com uma mudança jurisprudencial, penalizando-os, justamente, por agirem em conformidade com o Direito posto, o que também merece proteção.⁹⁷⁵

O problema (ou talvez a solução) é porque o Código de Processo Civil não trouxe uma regulamentação específica sobre a eficácia temporal (art. 927, §§ 3º e 4º) quando ocorrer a superação de um padrão decisório, o que parece ter sido intencional, visto que a Corte de Vértice poderá adequar a eficácia temporal de acordo com a necessidade de se retroagir ou não a eficácia do padrão decisório.

Em alguns casos pode ocorrer um desgaste gradual no tempo, e o padrão decisório (várias distinções) vai perdendo força, não sendo mais capaz de influenciar comportamentos, e uma mudança de paradigma não implicaria quebra de expectativas dos jurisdicionados. Por outro lado, nos casos em que não há qualquer sinalização da deterioração do padrão decisório e a Corte promove sua alteração, a modulação dos efeitos garantirá expectativas baseadas no paradigma anterior.

Como já enfatizado, os juízes não superam os padrões decisórios, na verdade, eles provocam as Cortes de Vértice a reanalisarem (e superarem) seus

⁹⁷³ Os litigantes habituais são as pessoas e empresas com experiência judicial e que sempre estão com litígios e por isso podem fazer planejamento com os resultados dos julgamentos e diluir riscos em razão do grande número de casos, além de poder testar estratégias judiciais para garantir decisões mais favoráveis. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 25.

⁹⁷⁴ DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 504-505.

⁹⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 371.

entendimentos, cabendo a estes tribunais a tarefa de uma vez aceita a superação, modular seus efeitos para atingir questões passadas ou somente para o futuro.

Os juízes de primeiro grau solucionam questões concretas, relacionadas aos direitos subjetivos dos litigantes.⁹⁷⁶ A decisão de primeiro grau (e assim também no caso de recurso para a Corte de Justiça) está circunscrita aos limites dos pedidos formulados pelas partes, não sendo possível estabelecer qualquer eficácia temporal para validade da sentença (que atingiria terceiros ou a coletividade). Estas produzem normas individualizadas que determinam obrigações somente às partes.

Portanto, juízes e Cortes de Justiça forçam as Cortes de Vértice a se manifestarem novamente sobre o padrão decisório, e com isso acrescentam novos fundamentos jurídicos (de todos os intérpretes) que vão contribuir para a evolução do Direito e auxiliar na resolução do caso, podendo a Corte confirmar a distinção ou superação do entendimento⁹⁷⁷ e manter a decisão dada; reformar a decisão do órgão inferior por entender que o caso em julgamento merece o mesmo tratamento jurídico

⁹⁷⁶ No mesmo sentido Dominique Rousseau, que dentro do novo conceito por ele proposto de democracia, denominado de democracia contínua, argumenta que os juízes, por estarem mais próximos da realidade da população, em contado direto com situações humanas e sociais individualizadas, têm a capacidade de perceberem mais rapidamente a necessidade de avançar ou modificar a interpretação do texto normativo. Sustenta que os juízes, diante dos problemas que lhe são apresentados nos casos jurídico concretos, estão “em posição de ver a evolução da sociedade, dos costumes, das expectativas sociais e, por consequência, os coloca em condições de fazer evoluir a interpretação das regras.” *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 133.

⁹⁷⁷ Segundo Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Banqueiro, quando os órgãos judiciais inferiores formularem uma distinção com amparo nos fatos e argumentos jurídicos relevantes, pode-se dizer que elas produziram uma *distinção consistente*. Ao contrário, se a distinção foi feita sem amparo na diversidade de fatos ou em argumentos jurídicos irrelevantes e as diferenças entre os casos são valorizadas artificialmente ou o critério utilizado para reconhecer as semelhanças entre os dois casos foi muito rigoroso, justamente com o objetivo de fugir da aplicação dos fundamentos determinantes, denomina-se *distinção inconsistente*. Evidentemente não é essa a *distinção inconsistente* que se defende neste trabalho. A distinção (e a superação) que se postula é feita com a responsabilidade e ética que são inerentes ao desenvolvimento da função judicante. A segurança jurídica e de consequência à igualdade entre os jurisdicionados depende da lealdade dos juízes e tribunais aos ditames da Lei e em consonância com os julgados anteriores que estabelecem as interpretações sobre determinados dispositivos legais. Obviamente, não se pode admitir distinções apenas por capricho ou por entender que a decisão da corte não é a adequada. O sistema jurídico com tribunais de sobreposição existe para dar a melhor interpretação ao Direito e também emitir endereços jurisprudenciais que servirão de guias ou princípios argumentativos para solução de casos semelhantes. Das exceções ou desvios eventualmente existentes, o próprio sistema faz as correções mediante os instrumentos processuais disponíveis. Essas distinções, feitas dentro das balizas legais, funcionam com mecanismo de correção e atualização dos padrões decisórios. *In*: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 675.

fixado no padrão decisório ou ainda formular outra decisão mais adequada ou ainda um outro padrão decisório.⁹⁷⁸

4.7 O papel dos juízes e Cortes de Justiça na evolução da interpretação nos casos das ações concentradas de (in)constitucionalidade

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade têm eficácia para todos (*erga omnes*) e efeito vinculante aos demais órgãos judiciários e à Administração Pública. Uma vez declarada uma lei ou dispositivo legal inconstitucional ou constitucional, não se poderá aplicá-la de modo diferente.⁹⁷⁹ Em caso de descumprimento, a própria Constituição da República prevê a emprego da reclamação para impor o seu cumprimento.

O efeito vinculante nessas ações suscita divergências quanto a sua extensão, ou seja, quais seriam seus limites objetivos. - Seria ele limitado ao dispositivo do acórdão constitucional⁹⁸⁰ ou alcançaria os fundamentos determinantes que constam na fundamentação da decisão (*ratio decidendi/holding*)⁹⁸¹ ou até mesmo as “coisas ditas de passagem” (*obiter dicta*)?⁹⁸²

Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, com apoio da doutrina alemã, entende que a eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações concentradas de (in)constitucionalidade deve seguir a teoria da transcendência dos motivos determinantes, de maneira que as razões de decidir (fundamentos determinantes) sobre a interpretação da Constituição devem ser observadas por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive órgãos

⁹⁷⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 8, n. 1, abr. 2018. p. 674.

⁹⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66-68.

⁹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.240-1.241;

⁹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1297-1298; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 195-198 e 285-287; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 278-280.

⁹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1297-1298.

estatais que não são partes do processo, e de forma concreta, e por isso abrangeria também os próprios fundamentos que embasaram a decisão e não somente o dispositivo do acórdão proferido nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.⁹⁸³

Essa transcendência dos motivos determinantes, como o próprio nome já indica, abarcaria não a totalidade da fundamentação contida na decisão da Corte, mas os fundamentos que foram relevantes e utilizados para decidir a questão posta em julgamento.⁹⁸⁴

Eventual limitação do efeito vinculante ao dispositivo, argumenta Gilmar Mendes, levaria ao descrédito do instituto, uma vez que pouco ou nada acrescentaria ao instituto da coisa julgada material e impediria ou reduziria o Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento e preservação da ordem constitucional.⁹⁸⁵

Luís Roberto Barroso, também ministro do Supremo Tribunal Federal, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirma que os chamados efeitos transcendentais “integram a lógica da jurisdição constitucional” e que todos os juízes e tribunais devem observar as teses do Supremo Tribunal Federal e por isso todo o julgamento, isto é, os fundamentos determinantes e o dispositivo do acórdão devem apontar o entendimento estampado na decisão, “o que, no Direito anglo-saxão, se chama *holding*.”⁹⁸⁶

Isso implica dizer que juízes e tribunais – e outros órgãos estatais – estão vinculados não somente ao dispositivo, mas também às razões de decidir, e devem observar a “norma abstrata”⁹⁸⁷ que dos fundamentos determinantes se extrai.

⁹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1297-1298.

⁹⁸⁴ MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 102, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1400-1401; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1297-1298.

⁹⁸⁵ MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 102, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1400-1401; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1297-1298; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 278-279.

⁹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 279.

⁹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1300.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão no julgamento da Reclamação nº 1.987 (DJU de 21/05/2004), da relatoria do então ministro Maurício Correa, da qual se transcreve a parte que trata do tema específico:

[...]

A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2126, DJ de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segunda a qual a **'eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros'**, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. (Sem destaques no original).

Em consequência desse entendimento, terceiros que não foram partes no processo seriam legitimados a fim de ajuizar reclamação para assegurar o cumprimento da decisão em controle concentrado,⁹⁸⁸ conforme também já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880 (DJU de 19/03/2004), também de relatoria do ministro Maurício Correa, *in verbis*:

[...]

Nas situações em que a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade for definitiva, à qual a lei confere efeito vinculante, entendo legitimado para a reclamação aquele que tenha contra si provimento diverso do entendimento fixado por este Tribunal, como no caso ocorre, para que seja resguardada a eficácia subordinante dos comandos que derivem do ato descumprido.

[...]

Da mesma forma, pronunciamentos do Tribunal, especificamente nos casos de inobservância de decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade, com eficácia vinculante, **têm admitido a reclamação independentemente da condição de parte no processo**, ou mesmo de legitimação concorrente para a sua propositura [...]. (Sem destaques no original).

⁹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 279; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1299-1300.

Essa tese, entretanto, ainda não foi completamente pacificada na Suprema Corte.

O próprio Luís Roberto Barroso, em sede doutrinária, observou que “a discussão acerca da eficácia transcendente dos motivos determinantes das decisões proferidas em controle concentrado não está encerrada,”⁹⁸⁹ pois, em decisões posteriores aquelas colacionadas, o Supremo Tribunal Federal passou a negar a eficácia da teoria transcendente dos fundamentos determinantes⁹⁹⁰ em vários outros julgados,⁹⁹¹ sendo que no momento não é possível estabelecer com exatidão qual o posicionamento daquela Corte de Vértice sobre essa questão, ou seja, se são ou não vinculantes os motivos determinantes (*ratio decidendi*) nas ações concentradas de (in)constitucionalidade.⁹⁹²

Em julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 19.384, acórdão publicado em 22/06/2016, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de aplicação da teoria transcendente dos motivos determinantes.

Na parte que interessa, transcrevem-se os seguintes trechos da fundamentação do acórdão:

[...]

⁹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 281.

⁹⁹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 836-865.

⁹⁹¹ Transcreve-se parte do voto da ministra Carmen Lúcia na Reclamação nº 11.479, acórdão publicado em 25/02/2013), em que ela ainda traz a lume vários outros julgados no mesmo sentido: “Na espécie vertente, o que pretende o Agravante é valer-se desse instituto para exigir respeito aos **fundamentos determinantes** aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, que não teriam sido observados pela autoridade reclamada. No entanto, a aplicação da **teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal**, sendo exemplo disso: Rcl 5.703-AgR/SP, de minha relatoria, DJe 16.9.2009; Rcl 5.389-AgR/PA, de minha relatoria, DJe 19.12.2007; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007; Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007. (não há destaques no original).

⁹⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 855.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. Dessa forma, **o que vincula os demais órgãos não é a fundamentação dos julgados, mas apenas seu dispositivo, afastando-se a chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes.** (Sem destaque no original).

Lenio Streck e George Abboud,⁹⁹³ seguindo a tese do julgado acima, exprimem que somente o dispositivo é acobertado pela coisa julgada material. Alertam, entretanto, para o fato de que uma leitura desatenta de suas razões conduz à interpretação de que isso estaria em confronto com a tese da teoria da transcendência dos motivos determinantes, mas, na verdade, elas expressam o mesmo sentido. Eles sustentam que a vinculação não está na fundamentação, somente no dispositivo da decisão, porém, ele deve ser interpretado em consonância com todo o conteúdo do acórdão, pois apenas assim é possível aclarar todo seu alcance interpretativo.

Ainda segundo os mencionados autores, o Código de Processo Civil, no art. 927, não vinculou os fundamentos determinantes da sentença constitucional nas ações de controle concentrado, porque não houve qualquer previsão legal para isso e também pelo fato de que poderá acarretar uma limitação à evolução natural do Direito constitucional, impedindo alteração desse entendimento nos casos de mudanças sociais, políticas, econômicas ou jurídicas.

Argumentam, também, que, no caso de atribuir efeito vinculante aos fundamentos determinantes, poderia a Corte de Vértice ter uma atuação de ofício no controle concentrado de (in)constitucionalidade. É porque o Supremo Tribunal Federal, nessas ações, por não estar vinculado à causa de pedir - que no caso das ações concentradas de (in)constitucionalidade é aberta -⁹⁹⁴ possibilitaria a troca ou

⁹⁹³ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.240-1.241.

⁹⁹⁴ Nesse sentido: EMENTA: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Decisão agravada mediante a qual se negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade em virtude de nela se impugnar norma já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3.378/DF. Tentativa de modificação do entendimento então firmado sob nova fundamentação. **Causa de pedir aberta da ação direta de inconstitucionalidade**. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. No julgamento da ADI nº 3.378/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, que tinha por objeto os §§ 1º, 2º e 3º do art. 36 da Lei Federal nº 9.985/2000, o STF julgou procedente a ação tão somente no tocante ao § 1º do art. 36 do mencionado diploma legal, de modo que, dado o caráter dúplice das ações de controle concentrado, restou declarada a conformidade dos demais dispositivos legais com a Constituição Federal de 1988, dentre eles, o

substituição dessa causa de pedir e, assim, por via oblíqua, permitiria que a Corte julgasse questões sem ter sido provocada.⁹⁹⁵

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni diz que seria incongruente sustentar que o Supremo Tribunal Federal consiga revelar todo o seu entendimento apenas no dispositivo de um acórdão nas ações concentradas de (in)constitucionalidade, defendendo a aplicação da teoria transcendente dos motivos determinantes.

Marinoni adverte, entretanto, que se deve desenvolver critérios para permitir a identificação do que realmente expressa o pensamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão constitucional, já que não seria prudente generalizar o efeito vinculantes para toda a fundamentação.⁹⁹⁶

Dessa maneira, somente as razões de decidir, isto é, os fundamentos que realmente foram determinantes para a decisão, devem adquirir o efeito vinculante. O efeito vinculante estaria somente naquela “porção da fundamentação”⁹⁹⁷ que foi utilizada para decidir o caso, e isso representaria, guardadas as devidas proporções, a *ratio decidendi* e o restante da fundamentação estaria a *obiter dicta*.

Para Marinoni, o conceito de motivos determinantes ou efeitos transcendentais dos motivos determinantes seriam utilizados, tão-somente, para evidenciar o real fundamento que a Corte utilizou para decidir o caso.

Nesse ponto, observa-se que estão muito próximas as teses defendidas pelos autores até aqui mencionados. Apenas olhares diversos sobre o mesmo instituto. Todos eles defendem, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade,

art. 36, § 3º, novamente impugnado na presente ação. 2. **A causa de pedir, no controle objetivo de normas, é aberta, o que significa dizer que a adequação ou não de determinado texto normativo é realizada em cotejo com todo o ordenamento constitucional vigente ao tempo da edição do dispositivo legal. Assim, caso declarada a constitucionalidade de uma norma, consideram-se repelidos todos e quaisquer fundamentos no sentido da sua inconstitucionalidade, e vice-versa.** 3. É de se negar seguimento à ação direta de inconstitucionalidade em que se impugne norma cuja constitucionalidade já tiver sido reconhecida pela Corte sem que haja quaisquer alterações fáticas ou jurídicas relevantes que justifiquem a rediscussão de tema já pacificado. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI 5180 AgR, Relator(a): Dias Toffoli,, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2018, processo eletrônico DJe-116 Divulg. 12-06-2018 Public. 13-06-2018) (sem destaques no original).

⁹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.240-1.241.

⁹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 196.

⁹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 200.

que os motivos (fundamentos) determinantes (*ratio decidendi*) devem ser integrados com o dispositivo para que se possa obter todo o significado do acórdão.⁹⁹⁸

A divergência está mais evidente com relação aos efeitos que essa vinculação é capaz de causar no tempo, já que, como dito por Streck e Abboud, pode ser um entrave a evolução do Direito constitucional,⁹⁹⁹ enquanto Marinoni afirma que a evolução da interpretação do Direito constitucional será feita a qualquer momento pelo Supremo Tribunal Federal, desde que haja uma realidade social diversa ou quando suas decisões perderem consistência.¹⁰⁰⁰

Essa, entre outras, é uma das maiores preocupações quando se pensa em trabalhar com padrões decisórios formalmente vinculantes. - Como e quem provocará a Corte de Vértice para nova manifestação sobre o tema que já foi debatido e tem efeito vinculante? A única hipótese, neste caso, está em os juízes e Cortes de Justiça superarem o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando ele estiver em discrepância relativamente ao contexto social e jurídico.

Sabe-se que, quando o legislador publica uma legislação, ele o faz no presente para aplicar naquilo que deverá acontecer no futuro.¹⁰⁰¹ E, como já destacado em outro momento, o legislador tem a sua dinâmica e não consegue acompanhar as mudanças sociais na mesma velocidade. A sociedade a cada dia se transforma e se desenvolve com maior rapidez, e é tarefa dos tribunais, por meio da jurisprudência, acompanhar essas alterações sociais ou mesmo, em virtude de uma evolução hermenêutica, ir alterando a interpretação dada ao texto normativo ou determinado dispositivo legal.

Nos casos de declaração de (in)constitucionalidade, pode ocorrer alteração da realidade social, econômica ou jurídica, e o Supremo Tribunal Federal tenha que alterar os fundamentos da decisão em momento futuro. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa possibilidade ante alterações relevantes das

⁹⁹⁸ Streck e Abboud defendem que essa é a forma que melhor se aproxima de uma aplicação dos precedentes do *stare decisis* da tradição do *Common Law*. In: STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.240.

⁹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.240.

¹⁰⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 201.

¹⁰⁰¹ SCHAUER, Frederick. **Il ragionamento giuridico**: una nuova introduzione. Traduzione di Giovanni Battista Ratti. Roma/IT: Carocci, 2018. p. 252-253.

circunstâncias fáticas, podendo uma legislação ou dispositivo legal, que anteriormente fora declarado constitucional, em momento posterior ser considerado inconstitucional ou vice-versa.

A questão é mais bem explicada com base na transcrição de alguns trechos elucidativos do voto do ministro Gilmar Mendes, que, no julgamento da Reclamação nº 4.374, abordou o tema.

[...]

Como ensinado por Liebman, com arrimo em Savigny (Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 25-26), as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as **alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente)** [Cf., também, entre outros, Adolf Schönke, *Derecho procesal civil*, tradução da 5. ed. alemã. Barcelona, 1950, p. 273 e s].

Daí parecer **plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional**. Há muito a jurisprudência constitucional reconhece expressamente a possibilidade de **alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas** (cf., a propósito, RE 105.012, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 1º.7.1988).

Assim, tem-se admitido a possibilidade de que o Tribunal, **em virtude de evolução hermenêutica, modifique jurisprudência consolidada**, podendo censurar preceitos normativos antes considerados hígidos em face da Constituição. (Os destaques em itálico são do original, mas os em negritos não)

Nesses casos de controle concentrado, no entanto, essa evolução ou atualização da interpretação depende da propositura de nova ação direta a ser proposta por um dos legitimados¹⁰⁰² contra a lei ou dispositivo legal anteriormente declarado constitucional.

¹⁰⁰² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

Aqui o entrave para a evolução do Direito destacado por Streck e Abboud. Dificilmente um dos (poucos) legitimados proporá uma nova ação direta para rediscutir a (in)constitucionalidade de lei ou dispositivo legal, e a questão deverá surgir apenas como questão incidental ou controle difuso,¹⁰⁰³ o que poderá impedir ou retardar excessivamente a evolução da interpretação do Direito, provocando exatamente o objetivo inverso do efeito vinculante, que é garantir certeza do Direito e igualdade formal e material aos jurisdicionados.

Essa dificuldade de acompanhar a evolução social e a preocupação com a possibilidade de fossilização do Direito foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que passou a alterar interpretações dadas nas ações concentradas de (in)constitucionalidade por meio do instituto da reclamação.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰³ Reclamação nº 4.374, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

¹⁰⁰⁴ O Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4.374, citou vários julgados anteriores que reconheciam a reclamação como instrumento hábil para alteração da interpretação constitucional de um texto normativo e da própria Constituição, já realizada pelo STF. São os seguintes casos citados: “na RCL-AgR 2009, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.12.2004, na qual o Tribunal fixou os contornos das decisões proferidas nas ADI 1.098 e 1.662, atestando que nelas não se tratou sobre do conceito de precatórios pendentes para efeito de incidência da norma do art. 78 do ADCT (em sentido semelhante, confira-se também o julgamento da RCL-AgR 3.293, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.4.2007); e RCL 1.525, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 3.2.2006, na qual o Tribunal delimitou o alcance da decisão proferida na ADI 1.662, especificamente sobre a amplitude do significado de “preterição” de precatórios para fins de sequestro de verbas públicas. A decisão cautelar na ADI 3.395, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10.11.2006, deu interpretação ao art. 114, I, da Constituição, assentando o entendimento no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho nele prevista não abrange o julgamento das causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, que lhes sejam vinculados por relação jurídico-estatutária. Desde então, diversos questionamentos sobre a abrangência dessa decisão chegam ao Tribunal pela via da reclamação. Nesses casos, o STF passou a definir a extensão dessa decisão para as hipóteses de contratos temporários firmados pelo Poder Público e para os casos em que estejam envolvidos cargos em comissão (RCL 4.904, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17.10.2008; RCL-AgR 4.489, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 21.11.2008; RCL-AgR 4.054, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJ 21.11.2008; RCL-MC-AgR 4.990, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; RCL-MC-AgR 4.785, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; RCL-AgR 7.633, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.9.2010; RCL AgR 8.110, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 12.2.2010). No julgamento da ADI 3.460, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2007, o Tribunal estabeleceu o conceito de atividade jurídica e fixou os requisitos para a sua comprovação nos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público, novidade trazida pela EC 45/2004. Não obstante, o efetivo alcance desse conceito e dos requisitos para sua comprovação apenas ficaram assentados mediante o julgamento de diversas reclamações, dentre as quais sobressaem a RCL 4.906, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 11.4.2008, e a RCL 4.939, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.4.2008. O alcance da decisão na ADI 3.460 foi também definido, inclusive, em julgamento de mandados de segurança, com especial importância o referente ao MS 26.682, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 27.6.2008. Outros exemplos também se encontram nas reclamações que delimitaram (ainda que por decisão monocrática) o conteúdo da decisão na ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 5.8.2005, a qual tratou da observância da regra da congeneridade das instituições no processo de transferência obrigatória de alunos (servidores militares ou seus dependentes) do ensino superior. Em alguns casos, questionava-se sobre a hipótese de transferência obrigatória entre instituições públicas, quando o ingresso primário tivesse ocorrido em instituição privada, hipótese esta que, em princípio, não teria sido abarcada pela decisão na ADI 3.324 (RCL 3.665, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2005; RCL 3.480, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.8.2005; RCL 3.664, Rel. Min.

Foi o que ficou assentado no julgamento da Reclamação nº 4.374, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que reconheceu, diante no caso jurídico concreto, a necessidade de reinterpretar uma legislação já submetida a controle concentrado de (in)constitucionalidade, e até mesmo da própria Constituição da República,¹⁰⁰⁵ quando uma nova realidade social impõe um hiato com o texto normativo.¹⁰⁰⁶

A modificação poderia ser realizada por intermédio de uma nova ação concentrada, porém, como reconhecido pelo relator, isso seria muito difícil de ocorrer e a reclamação seria o melhor meio para realizar a evolução do entendimento.

Evidenciam-se alguns trechos do voto do ministro Gilmar Mendes que expressa esse entendimento, *in verbis*:

[...] é natural que o Tribunal, ao realizar o exercício – típico do julgamento de qualquer reclamação – de confronto e comparação entre o ato impugnado (o objeto da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o parâmetro da reclamação), **sinta a necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir seus contornos fundamentais**. A jurisprudência do STF está repleta de casos em que o Tribunal, **ao julgar a reclamação, definiu ou redefiniu os lindes de sua própria decisão apontada como o parâmetro da reclamação**. [...] esses apresentados servem apenas como um exemplo desta atividade que é típica do julgamento da reclamação: **a reinterpretação e, portanto, a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada (decisão-parâmetro ou decisão-paradigma)**. O “**balançar de olhos**” (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do Direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção

Sepúlveda Pertence, DJ 10.11.2005; RCL 3.277, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 2.6.2005; RCL 3.653, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.8.2005; RCL 3.469, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.8.2005).”

¹⁰⁰⁵ Não é possível ignorar o fenômeno da mutação constitucional. “... A noção de mutação constitucional, assim como a de reforma constitucional, guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas...” *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158-159.

¹⁰⁰⁶ Dominique Rousseau conta que em “2010, o Conselho Constitucional francês declarou inconstitucional o sistema de prisão preventiva que ele mesmo havia entendido ser constitucional em 1993, sob o motivo de que em dezessete anos o número de prisões preventivas tinha aumentado significativamente, alterando a percepção da sociedade sobre esta prática judiciária. No mesmo sentido, em 2009, o Conselho Constitucional levou em consideração, expressamente, as mudanças nos padrões de consumo, a fim de declarar que a ampliação da possibilidade de abrir lojas aos domingos está em conformidade com a Constituição.” *In*: ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019. p. 133-134.

entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. **É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (des *Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão.** Como é sabido, a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional. Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: “Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. **Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração**” (ênfases acrescentadas) [*Hans Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für Willi Geiger, cit., p. 809 (826)*]. (...) Assim, tem-se admitido a possibilidade de que o Tribunal, em virtude de evolução hermenêutica, modifique jurisprudência consolidada, podendo censurar preceitos normativos antes considerados hígidos em face da Constituição.

[...]

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, **salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes** [*BVerfGE 33/199 e 39/169; Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, cit., p. 409; Hans Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für Willi Geiger, cit., p. 809 (818); Stern, Bonner Kommentar, 2. tir., art. 100, n. 139; Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, cit., p. 228*].

[...]

No controle abstrato de constitucionalidade, por outro lado, a oportunidade de reapreciação ou de superação de jurisprudência fica

a depender da propositura de nova ação direta contra o preceito anteriormente declarado constitucional. Parece evidente, porém, que essa hipótese de nova ação é de difícil concretização, levando-se em conta o delimitado rol de legitimados (art. 103 da Constituição) e o improvável ressurgimento da questão constitucional, em searas externas aos processos subjetivos, com força suficiente para ser levada novamente ao crivo do STF no controle abstrato de constitucionalidade. (Sem destaque no original, com exceção desse último)

Como se sabe, nessas ações de controle concentrado, não se cuida de resolver um caso concreto, mas da interpretação de questão de Direito em tese, com a submissão ao Supremo Tribunal Federal de uma lei ou ato normativo para a análise de sua (in)constitucionalidade. Não se tem, como no controle difuso, um conflito de Direito subjetivo.

Portanto, a reclamação pode ser o único meio possível para uma atualização ou revisão de posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ante as dificuldades e se reapresentar uma ação de controle concentrado para possibilitar essa conformação hermenêutica com a nova realidade fática.

Sendo assim, é no caso jurídico concreto, decidido na primeira instância ou nas Cortes de Justiça, aplicando a lei e a Constituição em função dos fatos concretos apresentados pelas partes em litígios que se opera a realização da justiça, conformando a tese extraída do julgamento das ações de controle abstrato e o caso concreto em julgamento, pois, como alertado por Taruffo, “uma regra bastante evidente é que quanto mais subimos a escala da abstração, mas deixamos de lado o mundo real”.¹⁰⁰⁷

Por isso, o efeito vinculante das ações concentradas deve ser observado por todas as instâncias do Judiciário, entretanto, não pode prescindir do controle hermenêutico, porque a norma sempre será o resultado da aplicação da interpretação de um texto normativo, seja ele uma lei, um enunciado ou os motivos determinantes da fundamentação posta em uma ação de controle abstrato de (in)constitucionalidade.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁷ No texto original: “[...] una regla bastante evidente es que mientras más subimos en la escala de la abstracción, más dejamos de lado el mundo real”. In: TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹⁰⁰⁸ DIDIER Jr, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, out. 2014/jan. 2015. p. 577.; TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los

Se determinada lei ou ato normativo legal foi declarada, por exemplo, inconstitucional por certo fundamento, esses fundamentos devem ser os mesmos aplicados para situações posteriores iguais. Agora, não se pode esquecer de que tais fundamentos espelham um determinado momento histórico. As transformações sociais, a evolução da tecnologia e as alterações da própria compreensão do Direito sobre determinada questão podem exigir uma nova interpretação e valoração de uma lei que foi ou não considerada constitucional.¹⁰⁰⁹

Portanto, a vinculação dos efeitos decorrentes da decisão em controle abstrato não pode servir de obstáculo para a rediscussão de constitucionalidade da lei. Os juízes e Cortes de Justiça devem encontrar o ponto de equilíbrio entre a interpretação dada à Constituição decorrente das ações concentradas e os fatos postos no caso em julgamento. Se a interpretação da disposição legislativa aplicada pelo Supremo Tribunal Federal não merece ser aceita à luz dos fatos do caso, ante a alteração da realidade social e dos valores da sociedade,¹⁰¹⁰ os juízes e Cortes de Justiça não podem se furtar de dar nova interpretação para declarar um texto normativo inconstitucional que antes foi proclamado constitucional, como admitido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação nº 4.374. A própria modulação de efeitos, prevista na Lei nº 9.868/1999, que textualmente faz referência ao controle concentrado de (in)constitucionalidade é um indicativo de que a aplicação no “campo social”¹⁰¹¹ pode ser muito mais complexa.¹⁰¹²

sistemas de *Civil Law*. **Revista IUS ET VERITAS**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 102, § 2º. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1396-1405; ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 591-594; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99-104; compreendendo também que pode revogar as *rationes decidendi* diante da alteração da realidade social: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 201.

¹⁰⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1057-1062.

¹⁰¹⁰ PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G.Giappichelli, 2018. p. 93-94.

¹⁰¹¹ Essa expressão é do ministro Teori Zavascki. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 82.

¹⁰¹² “Evidentemente, mudanças frequentes e em curtos espaços de tempo, de pautas de conduta, seja elas provenientes, originariamente, do Legislativo, dos Tribunais Superiores, de súmulas ou não...etc. são indesejáveis e têm o condão de comprometer a segurança jurídica, no sentido da estabilidade. Por outro lado, mudanças são necessárias, muitas vezes. A lida com o Direito

Na verdade - é preciso mais uma vez reforçar - não é o juiz de primeiro grau ou a Corte de Justiça que vai alterar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um texto normativo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em ação de controle abstrato. A função das instâncias inferiores é provocar essa alteração da interpretação, decidindo de acordo com o atual momento histórico, e não se acomodar (ou acovardar) sob a tutela de uma suposta vinculação formal de padrões decisórios. A interpretação é inerente à função judicante, seja no primeiro grau ou em Corte de Vértice.

4.8 Os juízes e a superação da tese firmada em incidente de assunção de competência - IAC

Conforme já visto, o IAC é cabível quando no recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, houver relevante questão de Direito a ser resolvida, com grande repercussão social, desde que sem repetição em múltiplos processos,¹⁰¹³ e ainda quando for conveniente para a prevenção ou composição de divergências entre órgãos fracionários do tribunal.

O legislador quis conferir um certo grau de objetividade nos requisitos para evitar que o IAC se torne um mecanismo de interesses subjetivos ou de arbitrariedades, já que não seria plausível um órgão judicial assumir uma competência que, original e constitucionalmente, não seria sua (princípio do juiz natural), apresentando argumentos que não transcendessem aos interesses subjetivos das partes do processo, e assim estabelecer teses jurídicas que realmente contribuam com a coerência e integridade do Direito.

envolve tratar do delicado equilíbrio que deve haver entre a necessidade de sua *adaptação* às alterações sociais e a de que haja *estabilidade*. Sem estabilidade não há previsibilidade (= calculabilidade, em grau considerável). Sem previsibilidade, neste sentido, não há Direitos: há caos.” (os destaques são do texto) *In*: ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.33-37.

¹⁰¹³ Conforme ensina Alexandre Câmara Freitas, o requisito negativo do art. 947 (sem repetição em múltiplos processos) não quer dizer que as questões jurídicas que podem ser resolvidas no IAC não se repetem, ao contrário, as questões de Direito podem ser repetir, mas em processos que não são seriais (heteromórficas), como por exemplo quando surge a mesma questão de Direito relacionada ao procedimento de descon sideração da personalidade jurídica, porém, em incontáveis processos completamente diferentes uns dos outros. As questões de Direito se repetem, os processos é que não são repetitivos. *In*: CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 252-254.

O legislador utilizou-se, entretanto, de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados como expressões de grande repercussão social, relevante questão de Direito e reconhecer o interesse público (art. 947, *caput* e § 1º). Todos são termos polissêmicos, expressões que permitem ao intérprete extrair os mais diversos significados para justificar o deslocamento da competência e ainda a fixação de teses que repercutirão em outros órgãos judiciais.

E o legislador utiliza-se dessa técnica porque sabe que não é possível estabelecer na legislação - ante o dinamismo da vida social - todas as hipóteses para sua aplicação, deixando sob responsabilidade do juiz, à vista do caso jurídico concreto, completar o texto normativo.¹⁰¹⁴

Se, ao mesmo tempo, essas cláusulas gerais permitem ao juiz um espaço para adaptação ao caso jurídico concreto diante da realidade discutida nos autos, pode se transformar em uma preocupação maior, na medida em que concede uma liberdade muito ampla para a Corte definir o significado das expressões “grande repercussão social”, “relevante questão de Direito” e “reconhecer o interesse público”.

Como observado por Luiz Guilherme Marinoni, a textura aberta dessas expressões permite à Corte modificar um dos mais relevantes direitos fundamentais processuais: a garantia do juiz natural, já que um órgão de maior competência decide assumir o julgamento da questão.¹⁰¹⁵

Dessa maneira, se a lei não determina ou indica quais seriam os critérios para definir grande repercussão social, relevante questão de Direito ou reconhecer o interesse público, será a Corte que vai atribuir o significado a essas expressões ou termos jurídicos, o que exige o suporte da Hermenêutica para elaborar um significado ou um conceito arrimado na reconstituição histórica institucional do Direito judicial da questão de Direito posta em julgamento.

Sem o suporte da Hermenêutica, corre-se o risco de aumentar a discricionariedade judicial nas Cortes, justamente o contrário do objetivo estabelecido nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil. As cláusulas abertas prevista no art. 947 do Código de Processo Civil não podem se transformar

¹⁰¹⁴ COSTA, Judith Martins. O Direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 139, jul./set. 1998. p. 8.

¹⁰¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 239.

em parâmetro que possibilite a instauração do IAC a todo e qualquer momento para estabelecer decisões vinculantes.

Somente uma jurisprudência consolidada (e obviamente influenciada pela doutrina) poderá definir quais os limites para os significados dessas expressões, ou seja, o sentido partirá sempre dos conceitos antes disponíveis na tradição do Direito judicial que o sistema jurídico construiu ao longo dos tempos, que compartilham um conjunto de valores, objetivos e finalidades, tornando-se parâmetros de avaliação das possíveis alternativas para se atribuir seus significados.¹⁰¹⁶

Quanto à aplicação da tese firmada no IAC, obviamente, não existe uma vinculação absoluta, conforme já ressaltado, no sentido de que os juízes devem aplicá-la sem a devida interpretação ante o caso jurídico concreto,¹⁰¹⁷ podendo dele se afastar, demonstrando, se houver, a distinção dos casos ou a superação do entendimento, nos termos do art. 489, § 1º, VI, Código de Processo Civil.

É bem verdade que a distinção de casos, nesta hipótese, não deixa de ser algo complexo. Na distinção de um padrão decisório, o juiz deve fazer o confronto analítico entre os fatos do caso anterior e o caso sucessivo, identificando suas diferenças e semelhanças para afastar sua aplicação. No caso da tese jurídica firmada do IAC, isso se torna uma operação difícil, ao passo que, para o julgamento do incidente, não há uma análise pormenorizada dos fatos da causa, porquanto a tese jurídica é fixada sobre uma questão de Direito, e o cotejo analítico com os casos futuros será sempre problemático de ser demonstrado, dificultando para uma distinção segura entre os casos.

De igual modo sucede com relação à possível superação de entendimento. Pode-se defender o argumento de que existe a previsão de revisão de tese, exatamente para correção de rumos e atualização do entendimento das questões de Direito submetidas a julgamento no IAC. A questão de Direito decidida no IAC, entretanto, não pode ser mudada no futuro, pois não há previsão de que os novos litigantes argumentem que ocorreu uma mudança no cenário social a exigir outra interpretação. É preciso, primeiro, propor a revisão da tese, quando o processo já estiver em grau de recurso no mesmo tribunal que firmou a tese.

¹⁰¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016. p. 239-240.

¹⁰¹⁷ FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Comentário ao artigo 947 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.265-1.267.

Ou seja, aí começa a peregrinação processual que as partes terão que enfrentar para convencer a Corte a revisar a tese jurídica do IAC, sendo que até mesmo o recurso interposto poderá ser desprovido, monocraticamente, caso o julgamento no primeiro grau tenha seguido o entendimento firmado no IAC, conforme previsão do art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.¹⁰¹⁸

O Código de Processo Civil, também, não especificou como seria o procedimento, o que não deixa de trazer uma certa insegurança, pois fica a critério de cada Corte a sua modalidade de processualização. O que a doutrina vem defendendo é a aplicação subsidiária do procedimento previsto para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ante a similaridade dos institutos.¹⁰¹⁹ Realmente, os institutos são semelhantes, exceto a desnecessidade de demandas seriais para a instauração do IAC.

No caso da revisão da tese, prevista no § 3º do art. 947, ante a ausência de proibição, pode ser provocada pelas partes no julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária. De qualquer maneira, juízes também poderão provocar a Corte que instituiu a tese a fazer a superação, quando necessário uma melhor solução jurídica, a partir do julgamento do caso jurídico concreto, acrescentando novos argumentos de acordo com o tempo presente (a tese foi feita no passado) e a facticidade (os fatos são novos), enriquecendo hermeneuticamente a interpretação, fazendo com que a Corte reanalise a tese jurídica.

¹⁰¹⁸ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

[...]

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]. (não há destaques no original). BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰¹⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 510-512; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 254-256; DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal**. 14. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 761-764.

4.9 Os juízes e a superação da tese em incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR

Recordando, para a instauração e julgamento do IRDR, é necessário que uma mesma questão de Direito que esteja sendo discutida em demandas repetitivas coloque em risco a igualdade e a segurança jurídica (art. 976, CPC). A Corte extrai dos casos já em tramitação uma tese jurídica a ser adotada para todos os processos individuais ou coletivos pendentes e aos casos futuros, quando em ambas as hipóteses versarem sobre a mesma questão de Direito (art. 985, CPC).¹⁰²⁰

Luiz Guilherme Marinoni chama a atenção para o fato de que a decisão proferida em sede de IRDR não pode ser rediscutida por terceiros, mesmo aqueles que não puderam participar e discutir com as partes do processo paradigma em que a tese jurídica foi definida.¹⁰²¹

Por essa razão, Marinoni defende a ideia de que a decisão proferida no IRDR produz coisa julgada sobre questão, pois torna indiscutível uma questão que vai atingir inúmeros outros casos repetitivos. É de se observar, defende Marinoni, o fato de que, no IRDR, a coisa julgada não recai somente sobre a parte dispositiva, mas sobre uma questão fundamental (ou prejudicial) para resolução de vários casos que estão em julgamento.¹⁰²²

Marinoni lembra que o Código de Processo Civil não limita a coisa julgada à parte dispositiva, conforme disposto no art. 503, podendo ela incidir sobre a “resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo” desde que (entre outras condições) “a seu respeito tiver havido contraditório prévio¹⁰²³ e efetivo, não se aplicando no caso de revelia”.¹⁰²⁴

¹⁰²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 19-20.

¹⁰²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 355-356; MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 21-25; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321-323.

¹⁰²² Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 19-20.

¹⁰²³ Darcy Guimarães Ribeiro ensina que no contraditório prévio o “juiz houve ambas as partes para posteriormente decidir. A atividade judicial aqui é resultado da atividade das partes que precisam ser primeiramente comunicadas para legitimar a manifestação posterior do juiz.” *In*: RIBEIRO, Darcy Guimarães. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. Londrina: Thoth, 2020. p. 24.

¹⁰²⁴ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Ele lembra, ainda, da regra do art. 506 do Código de Processo Civil, que não admite que a coisa julgada prejudique terceiros¹⁰²⁵ em razão do princípio do contraditório,¹⁰²⁶ visto que, se não é admissível a participação do terceiro nos debates, inegavelmente, esse terceiro não teve a oportunidade de discutir a questão de Direito que lhe é prejudicial na resolução do processo, e estaria, assim, ferindo seu Direito de participar e influenciar o convencimento do juiz, que é um corolário do Direito de ação previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da CR/1988) e que garante a “qualquer cidadão a um dia perante a Corte ou o Direito ao devido processo.”¹⁰²⁷

Nicolò Trocker, na sua célebre obra *Processo Civile e Costituzione*, editada em 1974, ao comentar o art. 103 da Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) e o art. 24 da Constituição Italiana, diz que as partes têm o Direito de serem escutas e de participarem do processo judicial, que é a base do Direito de ação e de defesa.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰²⁵ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰²⁶ Direito fundamental ao contraditório: “[...]aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (art. 5º, LV, CR/88). O contraditório é a essência do processo [...]. Se, então, para o procedimento de formação do provimento judicial, as atividades preparatórias através das quais são verificadas as condições do próprio provimento, também são chamados a participar, em uma ou mais fases, os interessados em contraditório, entendemos a essência do processo; que é, na verdade, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre eles, as partes interessadas, ou seja, os destinatários dos efeitos deste ato”. (tradução livre) “[...]Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gli <<interessati>>, in contraddittorio, cogliamo l'essenza del <<processo>>; che è, appunto, un procedimento al quale, oltre all'autore dell'atto finale, partecipano, in contraddittorio fra loro, gli <<interessati>>, cioè i destinatari degli effetti di tale atto.” In: FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Quinta edizione. Padova/IT: CEDAM, 1989. p. 8.

¹⁰²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35-36; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-328.

Trocker ressalta que o contraditório é constituído pelo dever do juiz de escutar as razões que as partes expõem em juízo¹⁰²⁸

Trocker, apoiado na doutrina alemã, lembra que o sistema judiciário com seus diversos graus e ramos de jurisdição corre o risco de se tornar inútil se o juiz não tiver tempo suficiente para escutar os cidadãos que lhe pedem justiça.¹⁰²⁹ E ainda acrescenta que contraditório não pode ser apenas formal ou técnico, mas deve representar um instrumento de efetiva participação do jurisdicionado.

Mas a particular importância assumida pela garantia da ação e da defesa na sua mais simples manifestação de escuta, destacou sobretudo a necessidade de religar o contraditório não só à defesa técnica, mas também (e sobretudo) à defesa pessoal. Os intérpretes mais atentos sublinham com razão que o cidadão individual deve ser capaz de exercer uma parte ativa no processo - e quantas vezes não será 'o' processo de sua vida - para afetar concretamente a formação da convicção do juiz, e não deve se sentir relegado ao papel de espectador passivo de um evento 'técnico' cuja atuação é reservada para pessoas 'competentes' e 'iniciadas'. Através da escuta dos mais diretamente interessados, a garantia constitucional em exame visa, pois, a retirar do processo aquele caráter de misterioso rito formal que o distingue muitas vezes aos olhos dos cidadãos e que tenta devolver-lhe uma exata dimensão humana. E, neste sentido, requer uma aplicação cuidadosa dessas instituições, como o comparecimento pessoal e o interrogatório livre, que permitem aos verdadeiros protagonistas da polêmica inserir-se na dinâmica da relação processual e recuperar aquele elemento de humanidade que é em grande parte negligenciada na prática judicial de processos cíveis. (Tradução livre)¹⁰³⁰

¹⁰²⁸ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974. p. 451-452.

¹⁰²⁹ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974. p. 452.

¹⁰³⁰ No texto original: "Ma l'importanza particolare che assume la garanzia di azione e di difesa nella sua manifestazione più semplice dell'ascolto, ha fatto soprattutto emergere l'esigenza di ricollegare il contraddittorio non soltanto alla difesa tecnica bensì anche (e soprattutto) alla difesa personale. Gli interpreti più attenti sottolineano giustamente che il singolo cittadino deve poter esercitare una parte attiva nel processo - e quante volte non sarà 'il' processo della sua vita - al fine di incidere concretamente sulla formazione del convincimento del giudice, e non deve sentirsi relegato al ruolo di spettatore passivo di un avvenimento 'tecnico' il cui svolgimento è riservato a persone 'competenti' ed 'introdotte'. Attraverso l'audizione dei più diretti interessati, la garanzia costituzionale in esame mira quindi a togliere al processo quel carattere di misterioso rito formale che spesso lo contraddistingue agli occhi dei cittadini, e cerca di ridare al esso una precisa dimensione umana. E in tal senso essa richiede un'attenta applicazione di quegli istituti, come la comparizione personale e l'interrogatorio libero, che permettono di inserire i veri protagonisti della controversia nella dinamica del rapporto processuale e di recuperare e di recuperare quell'elemento di umanità che viene largamente trascurato nella pratica giudiziaria del processo civile." *In*: TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974. p. 453-454.

Darci Guimarães Ribeiro, na mesma esteira da concepção de Trocker, diz que o princípio do contraditório confere às partes não só o Direito de serem ouvidas em juízo, mas, principalmente, de poderem influenciar o juiz. Reforça Darci Ribeiro a ideia de que certos princípios processuais podem até admitir exceções, porém, o princípio do contraditório é absoluto e deve sempre ser respeitado.¹⁰³¹ Se um terceiro não participa do IRDR e não lhe foi oportunizado o contraditório, essa decisão padece de legalidade.

Retomando o pensamento de Marinoni, a questão de Direito decidida no IRDR somente pode beneficiar terceiros, jamais os prejudicar, pois qualquer decisão só pode prejudicar pessoas que tiveram a oportunidade de participar do processo,¹⁰³² conforme disposto nos arts. 7º, 9º, 10 e 489 § 1º, IV, do CPC.

E outro efeito deletério da sistemática do IRDR é a possibilidade de favorecer litigantes habituais ou que causam prejuízos em massa. No caso de uma violação de direitos em um grande número de cidadãos, estes precisam propor ações individuais que contenham questões de Direito prejudiciais idênticas. Enquanto o litigante que causou o prejuízo em um grande número de cidadãos, frequentemente, uma grande empresa, poderá se defender em apenas um local (e processo) perante os tribunais, “sem ter qualquer adversário capaz de representar aqueles que entendem que os seus Direitos foram violados”.¹⁰³³

Em outras palavras, inverte-se a lógica para proteção em geral, dos menos favorecidos, representados por grupos de interesses comuns (individuais homogêneos)¹⁰³⁴ ou consumidores, que a legislação pátria, há anos, tenta compensar com a edição de várias leis, como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, a Lei Maria da Penha, o Estatuto do Idoso, a Lei de proteção à pessoa portadora de deficiência, o Estatuto da Igualdade Social etc.

¹⁰³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 5º do Código de Processo Civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

¹⁰³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

¹⁰³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-45.

¹⁰³⁴ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; WERNECK, Isadora Tofani Gonçalves Machado; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.) **Panorama atual do novo CPC 2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 138-145.

Ao contrário de aperfeiçoar o processo coletivo,¹⁰³⁵ o legislador preferiu investir em um mecanismo processual que obriga cada prejudicado, individualmente, a buscar a sua proteção, a igual tempo em que facilita aos violadores dos direitos em massa uma só instância para resolver inúmeros casos com procedência em apenas um processo que não pode nunca representar os demais¹⁰³⁶ - isso sem esquecer das já conhecidas vantagens dos litigantes organizacionais e habituais apontados por Mauro Cappelletti na sua pesquisa denominada *Projeto Florença* que cabe para a discussão sobre o IRDR.

[...]1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias mais favoráveis em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos.¹⁰³⁷

Esses aspectos negativos para os litigantes individuais em demandas repetitivas também foram alertados pelo ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 911.802/RS. Embora não se tratasse de julgamento de IRDR, os fundamentos de seu voto são perfeitamente aplicados para a problemática discutida. Merece transcrição parte de seu voto, pela clareza e profundidade sobre o tema em debate.

1. Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do Direito de acesso à justiça de milhões de consumidores

A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois freqüentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes

¹⁰³⁵ SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano**. Disponível em: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/655/H.V.M.%20Sica.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021. Sobre as novas teorias do processo coletivo, consultar: VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão x precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-45.

¹⁰³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 25-26.

decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas.

Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal "afetação", na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda.

Os pontos complexos que este processo envolve - e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto - não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, **debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores).**

Difícil negar que, no âmbito do STJ, **a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil.** Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos dez.

É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, **triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 - consumidora, pobre e negra** -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. **Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.**

Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.

Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de três bilhões e meio de reais com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007).

Curvo-me à decisão técnica dos meus ilustres Pares, posição essa que também é político-pragmática. O bom juiz tem sempre um tanto de *pragmaticus legum*, posição totalmente compreensível em um cenário de enxurrada de Recursos Especiais relativos à assinatura básica (fala-se em dezenas de milhares de ações em todo o País), o que por certo estimulou os e. Ministros a não esperarem por precedentes nas duas Turmas.

Não obstante esse reconhecimento que faço das razões nobres que levaram meus Pares a encurtar um debate judicial que deveria ser o mais rico, amplo e profundo possível, não tenho como esconder que me sinto inescapavelmente prisioneiro do feixe de objetivos e princípios sociais dos dois microsistemas normativos (consumidor e telecomunicações) em questão (*philosophus legum!*), o que me força a homenageá-los, mesmo que sob o risco de ser arrastado a um poço inesgotável de Recursos Especiais.

Como minoria que sou neste julgamento, mantenho a esperança de que, no futuro, a hoje Maioria - ou, quem sabe, uma outra Maioria - aperfeiçoe sua forma de pensar. E se assim não for, que o legislador, observador atento das perplexidades da prática judicial, possa fazer as alterações legislativas pertinentes a uma adequada, eficaz e justa proteção dos sujeitos vulneráveis: *in casu*, os consumidores de telefonia fixa.

Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC). (Somente o primeiro destaque consta do texto original).

É exatamente na experiência das ações coletivas que Marinoni apresenta duas possíveis soluções para sanar a inconstitucionalidade do IRDR.

A primeira é o chamamento de todos à participação, o que inviabiliza o incidente de resolução de demandas repetitivas.¹⁰³⁸

A segunda opção é apresentar a possibilidade de terceiros serem adequadamente representados,¹⁰³⁹ como os legitimados à tutela dos direitos de grupos, previstos nas legislações que disciplinam as ações para defesa dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, entre outras.¹⁰⁴⁰

Nas ações coletivas, os ausentes do processo são substituídos pelos legitimados indicados na lei (legitimação extraordinária), enquanto no IRDR não existe essa substituição processual e a parte do próprio processo em que o IRDR tenha sido instaurado não substituirá nenhuma das outras partes (terceiros) na defesa de seus direitos subjetivos.¹⁰⁴¹

O grande problema é pensar em como todas as partes das demais demandas repetitivas, isto é, daquelas que estão na mesma série da demanda que originou o incidente de resolução de demandas repetitivas, e ainda os demais interessados (quais seriam esses?) estarão adequadamente representados.

Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara, exprime que a legitimação democrática do incidente de resolução de demandas repetitivas estaria resolvida com a previsão contida no art. 983 do Código de Processo Civil, que amplia o

¹⁰³⁸ “[...] modelo vislumbrado nos Estados Unidos para situação curiosamente diferente. Como nos Estados Unidos não se ousa imagina a possibilidade de proibir o terceiro prejudicado de discutir a questão decidida – lembrando-se que isso foi inclusive grifado pela Suprema Corte estadunidense -, o *non-mutual colateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório.” In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 328-329. O mais interessante é que o modelo jurídico estadunidense é sempre referência para parte da doutrina quando o assunto é garantir segurança jurídica e igualdade, porém, a ânsia para resolver o problema de carga de trabalho do judiciário faz com que o legislador atrepele Direitos fundamentais dos litigantes, como o Direito de participação no processo (contraditório).

¹⁰³⁹ Marinoni cita o caso *Hansberry x Lee* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos que definiu que nas *action class* (ações coletivas) que somente pode prejudicar aqueles que não participaram diretamente do processo, quando estes estão com um ‘representante adequado’ “na vigorosa defesa dos ausentes” e não poderia ser “prejudicado o terceiro quando aquele que participa do processo *não tem condições concretas* para tutelar os Direitos daqueles que ficaram alheios à discussão, conferindo à ‘representação adequada’ (que não pode ser qualquer representação) a condição de *requisito constitucional indispensável* para que a coisa julgada possa prejudicar pessoas que não participaram do processo.” In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 355-356.

¹⁰⁴⁰ Leis nº 7.347/85; 8.078; 8.069/90; 11.340/2006; 10.741/2003; 7.853/89; 12.228/2010; 7.913/89).

¹⁰⁴¹ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 136-141

contraditório, prevendo a participação das partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades (*amicus curiae*)¹⁰⁴² com interesse na controvérsia.¹⁰⁴³

Freitas Câmara observa que “não é que todas as pessoas interessadas participem, mas que *todos os interessados possam estar representados no processo de formação do padrão decisório vinculante.*”¹⁰⁴⁴ (Os destaques são do texto original). E acrescenta a necessidade de estabelecer um limite numérico para a participação daqueles que são sujeitos dessas demandas com semelhante questão de Direito que ensejou a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Sustenta Freitas Câmara que essa limitação permite racionalizar o julgamento, pois seria impossível o relator dar oportunidade a todas as partes e interessados (dezenas, centenas, milhares) de apresentarem petições com suas razões, o que inviabilizaria o julgamento em tempo razoável.¹⁰⁴⁵

Se é assim, o princípio do contraditório não foi respeitado, porque, como antes expresso, não é o caso de legitimação extraordinária em que as partes podem ser representadas por outras. A parte no processo que originou o incidente não está a defender em nome próprio direito alheio. Quem é parte está a defender seu direito subjetivo e a sua intervenção direta deve ser garantida. Nem mesmo o art. 983 do Código de Processo Civil limita essa intervenção e transferir à Corte a conveniência

¹⁰⁴² Não se há de esquecer de que o *amicus curiae* pode, inclusive, defender direito contrário aos litigantes. Pesquisa empírica analisou uma série de recursos especiais repetitivos no STJ, classificados, pela própria Corte, como pertinentes ao Direito do consumidor, onde foram fixadas 77 (setenta e sete) teses. Em 41 (quarenta e um) dos processos analisados, houve intervenção de *amici curiae*, o que representa 53,25% (cinquenta e três vírgula vinte e cinco por cento) dos casos analisados. Não há, contudo, critérios objetivos a indicar as razões pelas quais o Relator entendeu por apontar determinadas entidades como representativas dos interesses nos recursos, bem como para aceitar ou declinar pedidos de intervenção, limitar o número ou distribuí-lo em condições de igualdade a partir dos interesses em conflito. Ademais, nos processos analisados, o STJ entende que o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União são órgãos capazes de atender ao quesito de representação adequada dos interessados e dos legitimados. *In*: NICOLI, Ricardo Luiz; SILVA, Lucas Cavalcante. **Técnica de julgamento de demandas repetitivas e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça**: todos têm seu dia perante a corte? (no prelo).

¹⁰⁴³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 240.251.

¹⁰⁴⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 243.244.

¹⁰⁴⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. p. 243.244.

ou não da participação de parte ou interessados, quando – insiste-se - nem mesmo o legislador o fez, fere o Direito de participar em contraditório.¹⁰⁴⁶

Daí se retrocede ao ponto de partida: a decisão do incidente vai atingir a esfera jurídica de pessoas que não tiveram a oportunidade de se manifestar. Se assim ocorrer, essa tese firmada só pode beneficiar quem não participou, jamais prejudicar.¹⁰⁴⁷

Agora, por maior razão, essa tese firmada não pode prejudicar as partes de casos futuros que versem idêntica questão de Direito (art. 985, II, do CPC). Essas partes, além de não participarem do contraditório, não terão nem mesmo a oportunidade de pedir a revisão de tese, porquanto não são legitimadas para tanto.

É que o art. 986, do Código de Processo Civil, disciplina que somente o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do mesmo tribunal, de ofício, poderão requerer a revisão da tese firmada. E, quando existe essa proibição de discutir questões já decididas pelas partes de processo, outra coisa não é senão coisa julgada.¹⁰⁴⁸

Essa vedação engessa a evolução natural da interpretação decorrente das mudanças jurídicas, sociais, culturais, tecnológicas e políticas, provocando o efeito inverso do que se busca com a certeza do Direito, na medida em que se torna um óbice quase intransponível a revisão da tese, além de depender da discricionariedade dos legitimados para pedir revisão das teses que entenderem conveniente.

Apesar da reconhecida importância institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública, não é crível imaginar que defenderiam direitos privados em juízo, portanto, certamente, não serão essas instituições que poderão adequadamente representar os interessados.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes sustenta o entendimento de que as partes interessadas também podem pedir a revisão de tese. Argumenta que o texto aprovado no Senado Federal continha a previsão das partes como legitimados. Diz que no art. 977, que foi aprovado, havia somente dois incisos. No inciso II,

¹⁰⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-328.

¹⁰⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15; 35-37; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-328.

¹⁰⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-328.

constavam como legitimados as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. No texto que foi sancionado pelo Presidente da República, entretanto, ocorreu uma modificação da redação que desmembrou o original inciso II nos incisos II e III: - no inciso II, as partes, e no inciso III, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Essa modificação teve repercussão jurídica no art. 986, que continuou a fazer referência somente ao inciso III como legitimado para a revisão da tese do IRDR.¹⁰⁴⁹

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes entende que a interpretação do texto normativo deve levar em conta o texto que foi efetivamente aprovado, que, em decorrência de uma modificação redacional posterior, alterou o alcance em termos de legitimados para a revisão da tese.¹⁰⁵⁰

Sem dúvida, essa tese não só recobra o texto efetivamente aprovado, como torna um pouco mais democrática a técnica de tratamento de demandas repetitivas instituídas no Código de Processo Civil de 2015.

No caso do IRDR, a atribuição para definir uma questão de Direito que se repete em vários outros processos é determinada a um outro órgão judicial superior, enquanto a competência para dirimir as questões de fato e as demais questões de Direito que não foram afetadas cabe ao juízo natural a sua análise. O legislador parte da premissa de que o Direito é matemático, objetivo e com sentido único e que cabe às Cortes apenas declarar ou desvelar esse Direito que já existe no texto normativo e, para isso, é dispensável a análise fática para definir uma questão de Direito.¹⁰⁵¹

No caso da tese jurídica firmada no IRDR, haverá obstáculos para fazer a distinção, alegando que as circunstâncias fáticas do caso em julgamento são diferentes daquela utilizada na fixação da tese jurídica no incidente, já que as particularidades fáticas são abstraídas da interpretação da questão de Direito (igualmente nas súmulas).

¹⁰⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 249-250.

¹⁰⁵⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 249-250.

¹⁰⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 184.

Ao firmar a tese jurídica, a Corte o faz em abstrato, sem os mais variados suportes fáticos contidos nos autos, por isso, o juiz terá dificuldades para depois fazer a distinção, porque não há fatos a serem analisados ou cotejados entre o caso anterior que fixou a tese jurídica e o caso sucessivo.

A possibilidade de interposição dos recursos especial e extraordinário, inclusive com a presunção da repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, de maneira independente em relação à futura aplicação da tese jurídica firmada aos processos repetitivos, reforça a concepção de que os fatos dos casos jurídicos concretos não são relevantes para aplicação da tese firmada no IRDR.¹⁰⁵² Esses recursos excepcionais visam a proteger somente o Direito objetivo, enquanto a discussão do IRDR acontece nas Cortes de Justiça, que visa a tutelar o direito subjetivo.

Na hipótese do IRDR, a responsabilidade dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça é ainda maior, pois não pode haver a provocação por parte dos interessados, ante a falta de previsão legal (art. 986). Cabe aos juízes de primeiro grau, com suas decisões, demonstrarem a necessidade de alteração da tese firmada. Lembra-se, sempre, que essas decisões devem estar sustentadas em uma carga hermenêutica robusta e sobre suporte fático-social que demonstre a inconsistência sistêmica e a necessidade de alteração, fazendo com que a própria Corte de Justiça o faça de ofício, conforme a permissão do art. 986.

Caso isso não aconteça, em eventual recurso, corre-se o risco de ser o recurso indeferido monocraticamente pelo relator na Corte de Justiça, ante a permissão prevista no art. 932, incisos IV e V, do CPC.

Por isso, a importância de uma fundamentação consistente do juiz de primeiro grau, acrescentando um ganho hermenêutico capaz de demonstrar a necessidade de fazer uma possível distinção (com toda a dificuldade de comparar fatos do padrão decisório e do caso em julgamento) ou mesmo a superação do entendimento.

Caso o IRDR tenha sido levado às Cortes de Vértice, a possibilidade de engessamento da interpretação se intensifica, cabendo às Cortes de Justiça forçarem a reanálise do caso com a aplicação antecipada de outro entendimento, ou mesmo o juiz de primeiro grau discordar do padrão decisório, o que abriria a

¹⁰⁵² ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 190.

possibilidade de manejar recurso ou até mesmo a reclamação (art. 985, § 1º), possibilitando a atualização por este instrumento processual, como ocorre no caso das ações concentradas, embora existam discordâncias quanto à utilização desta ação autônoma para a superação de entendimentos firmados em padrões decisórios,¹⁰⁵³ em especial, para preservar possível tese firmada em sede de IRDR, porque estaria subvertendo “a hierarquia estabelecida entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 92 da CR/88), desvirtuando o sistema de revisão das questões decididas”¹⁰⁵⁴ dentro da competência de cada instância jurisdicional.

4.10 O acesso às Cortes de Vértice e os filtros de “admissibilidade” dos recursos extraordinário e especial: os juízes e Cortes de Justiça como condição de possibilidade de evolução do Direito

Embora no título dessa seção estejam descritos os filtros em termos de “admissibilidade”, na realidade, eles se referem ao conteúdo dos recursos (o juízo, na verdade, é de mérito), conforme se deflui da previsão contida nos incisos I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵³ Concorde-se com o entendimento de Daniel Mitidiero, pois tal previsão é inconstitucional, visto que a Constituição só admite reclamação para as cortes de vértice para garantia da autoridade de suas decisões, e não de seus padrões decisórios, com exceção da súmula vinculante, que também está prevista na própria Constituição. *In*: MITIDIERO, DANIEL. **Reclamação nas Cortes Supremas**: entre autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.51-60.

¹⁰⁵⁴ OLIVEIRA Jr. Zulmar Duarte de; Comentário ao artigo 988. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA Jr. Zulmar Duarte de. **Execução e recursos**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 905.

¹⁰⁵⁵ 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: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

Observe que, se a decisão das instâncias inferiores sempre seguirem o padrão decisório (hipótese do inciso I), o jurisdicionado não conseguirá submeter seus argumentos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para provocar a reanálise do caso e possibilitar mudanças de entendimento ou até mesmo demonstrar a distinção de casos em julgamento.

Exprimindo de outra maneira, os filtros do art. 1.030 impedem, por exemplo, que a Corte de Vértice proceda a uma simples adequação de uma aplicação errônea do padrão decisório, quando as particularidades do caso demonstrem a necessidade de uma outra decisão ou da distinção que não foi acolhida pela corte de Justiça.

Nessas hipóteses, o jurisdicionado enfrentará uma romaria procedimental sem a menor possibilidade de sucesso. Observe-se que, desde a petição inicial, ele pode já enfrentar barreiras para conseguir realizar a distinção ou a superação do padrão decisório e, ainda, uma decisão de acordo com os fatos do caso jurídico concreto em julgamento.

O art. 332, inciso II, do Código de Processo Civil¹⁰⁵⁶ confere ao juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, se contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016). (sem destaques no original). BRASIL. **Lei n.**

13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰⁵⁶ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre Direito local. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

repetitivos. Depois, se o litigante apresentar recurso à Corte de Justiça, o relator poderá, monocraticamente, negar seguimento ao seu recurso com base no art. 932, IV, do Código de Processo Civil,¹⁰⁵⁷ forçando o recorrente a ingressar com agravo interno (art. 1.021), que não resolverá o problema, porque também poderá ser negado sob argumento dos mesmos fundamentos utilizados para a incidência do padrão decisório, além de imputar ao litigante a multa prevista no § 4º do art. 1.021.¹⁰⁵⁸

Continuando sua peregrinação, o litigante poderá interpor o recurso especial ou extraordinário, quando o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça, no juízo de admissibilidade¹⁰⁵⁹ previsto no mencionado art. 1.030, inciso I, poderá negar seguimento nas hipóteses em que o (i) recurso extraordinário ao qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral, ou ainda (ii) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral e, da mesma forma, negar seguimento (iii) a recurso extraordinário ou a

¹⁰⁵⁷ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

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

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰⁵⁸ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...]

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰⁵⁹ O juízo de admissibilidade no REsp e RE é feito em dois momentos (bifásico), ou seja, primeiro no tribunal de origem e, depois, caso recebido, na Corte de Vértice. Esse procedimento era previsto no CPC/73 e teria sido alterado para apenas um juízo de admissibilidade no tribunal *ad quem*, conforme a redação original do CPC/2015. Porém, com a entrada em vigência da Lei nº 13.256/2016, o juízo de admissibilidade retornou para dois momentos distintos.

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.

Esse dispositivo legal, ao conferir ao presidente ou vice-presidente o juízo de admissibilidade e a possibilidade de vetar o seguimento do recurso que esteja em conformidade com o padrão decisório fixado no regimento de julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, cria um obstáculo intransponível para a parte interessada em levar seus argumentos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

A previsão do recurso de agravo interno (art. 1.030, § 2º) contra o juízo de admissibilidade negativo não soluciona o problema, pois não há previsão de recurso¹⁰⁶⁰ para impugnar o julgamento desse agravo interno, que é feito pelo Órgão Especial da Corte de Justiça, de maneira que possibilite a remessa do recurso principal ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, Cortes constitucionalmente competentes para promoverem a unidade do Direito, dando a interpretação final sobre a legislação federal e constitucional.

De efeito, os litigantes ficam impossibilitados de conseguir superar teses jurídicas nas instâncias ordinárias e de levar às Cortes de Vértice o recurso especial ou extraordinário para reanálise do entendimento e consequente superação do padrão decisório. Esse rigoroso mecanismo de filtragem recursal impede o acesso à Justiça, na medida em que retira o direito das partes de participarem do processo judicial e de serem ouvidas pelas Cortes de Vértice.¹⁰⁶¹

¹⁰⁶⁰ O STJ em julgado recente admitiu mandado de segurança contra decisão do Órgão Especial de Corte de Justiça que desproveu agravo interno, interposto ainda sob a égide do CPC de 1973, e manteve decisão contra seguimento de recurso especial por entender que o acórdão recorrido estava de acordo com tese firmada em recurso especial repetitivo. Porém, ficou consignado no julgamento que o cabimento do *writ* é excepcional, tendo em vista que a decisão recorrida manifestava ilegalidade e teratologia ao indeferir o referido agravo interno por entender que o recurso cabível seria o previsto no art. 544 do antigo Código de Processo Civil (agravo em recurso especial) e porque também na questão de mérito, aplicou de forma equivocada tese firmada em julgamento repetitivo. (AglInt no recurso em mandado de segurança nº 53790 – RJ. Relator Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/05/2021).

¹⁰⁶¹ Não se há de esquecer o alerta feito por Nicolò Trocker sobre a necessidade de se garantir aos litigantes a participação no processo e um contraditório substancial: “[...] quantas vezes não será 'o' processo de sua vida - para afetar concretamente a formação da convicção do juiz, e não deve se sentir relegado ao papel de espectador passivo de um evento "técnico" [...]” (tradução livre). No texto original: “[...] e quante volte non sarà 'il' processo della sua vita – al fine di incidere concretamente sulla formazione del convincimento del giudice, e non deve sentirsi relegato al ruolo di spettatore passivo di un avvenimento 'tecnico' [...]” *In*: TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974. p. 451-452. Marinoni, em crítica ao instituto do IRDR, perfeitamente aplicável aos recursos repetitivos, fala da impossibilidade dos litigantes de se chegarem até as Cortes de Vértice para reapreciação de uma

A consequência é o engessamento do Direito e o risco de padrões decisórios perderem a consistência social e não atenderem mais aos anseios da sociedade, permanecendo por muito tempo no cenário jurídico até a sua atualização, além da possibilidade de provocar injustiças e não ocorrerem as distinções nos casos substancialmente diversos.

Haja vista esse quadro, o único socorro para os litigantes são os juízes e Cortes de Justiça não se acomodarem com uma aplicação mecânica dos padrões decisórios. Ou seja, a possibilidade de desenvolvimento do Direito, contemporaneamente, com as mudanças sociais, são responsabilidade dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça, recusando uma adesão cega e o impulso de seguir padrões decisórios sem nova e acurada interpretação na sua aplicação em cada caso jurídico concreto.

Se a continuidade do Direito ou o respeito à tradição do Direito judicial é uma necessidade para garantir igualdade e certeza do Direito, “a mobilidade da jurisprudência é um fato fisiológico e coerente com a ‘pluralidade’ do sistema social.”¹⁰⁶²

Essa possibilidade de o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça fazer um juízo de mérito sobre o recurso endereçado às Cortes de Vértice, sob o disfarce de juízo de admissibilidade, exclui as funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que devem julgar “as causas”¹⁰⁶³ que lhes são apresentadas, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, além

tese jurídica (padrão decisório) definida em julgamento repetitivo, dizendo que o Direito de efetivamente participar em contraditório do processo para influir sobre o convencimento do juiz é um corolário do Direito de ação previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da CR/1988) assegurando a todo e “qualquer cidadão a um dia perante a Corte ou o Direito ao devido processo, que também pode ser visto como o Direito de influenciar a Corte”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35-36; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-328.

¹⁰⁶² DENTI, Vittorio. **Sistemi e riforme**: studio sulla giustizia civile. Bologna/IT: Mulino, 1999. p. 329.

¹⁰⁶³ CR/88 - Art. 102 [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas** decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]

CR/88 – Art. 105 [...]

III - julgar, em recurso especial, **as causas** decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...]. (sem os destaques no original). BRASIL. [Constituição (1988)].

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

de impedir o desenvolvimento do Direito com a oxigenação e atualização dos seus padrões decisórios.¹⁰⁶⁴

O legislador, ciente dessa circunstância e dificuldade para o jurisdicionado, assestou sobre os ombros dos juízes e das Cortes de Justiça a responsabilidade de funcionar como uma válvula respiratória para o mecanismo de padronização decisória. Observa-se que o próprio art. 1.030 do Código de Processo Civil indica o caminho a ser seguido para possibilitar a evolução do Direito.

A primeira hipótese (inciso I, a e b) é quando for negado seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal (i) 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, ou nos casos de (ii) recursos extraordinários ou especiais interpostos contra acórdãos que estejam em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, exarados no regime de recursos repetitivos (art. 1.036). Conforme é consabido, todo recurso extraordinário, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, para que seja analisado seu mérito, deve preencher o requisito da repercussão geral, que significa a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses das partes do processo e tenham impactos na sociedade.¹⁰⁶⁵

O grande problema aqui é que uma só decisão sobre a repercussão geral (positiva ou negativa) de uma matéria pelo Supremo Tribunal Federal impede que essa mesma matéria volte a ser reanalisada, ou seja, o acesso a essa Corte está definitivamente impossibilitado, se o padrão decisório fosse vinculante e não houvesse a possibilidade de os juízes e Cortes de Justiça divergirem do padrão decisório.

¹⁰⁶⁴ NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489. 2019.

¹⁰⁶⁵ CPC. Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

No caso dos recursos repetitivos, o problema é o mesmo, porquanto, uma vez firmada uma tese pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, simplesmente não haverá possibilidade de uma nova provocação das Cortes de Vértice para a superação do entendimento, caso a Corte de Justiça negue seguimento ao recurso, por considerar o caso em análise semelhante ao exarado em julgamento de recurso repetitivo. Não seria possível nem mesmo a análise de eventual distinção a ser feita pela Corte de Vértice, mesmo se as circunstâncias fáticas do caso em julgamento denotem peculiaridades em relação ao padrão decisório definido.¹⁰⁶⁶

Portanto, cabe aos juízes de primeiro grau, quando as partes demonstrarem a necessidade de superação do entendimento ou quando houver distinção de casos, contribuir com um reforço hermenêutico às razões exprimidas pelos litigantes, levando a questão até a apreciação da Corte de Justiça, para que esta se convença da necessidade de alteração forçando o presidente ou vice-presidente a fazer o juízo de “admissibilidade”¹⁰⁶⁷ e determinar o encaminhamento do recurso para que a Corte de Vértice reanalise o caso, e, eventualmente, promova a superação do entendimento, ou faça a distinção de casos proposta pelos litigantes.

Essa dificuldade imposta pela legislação de possibilitar o acesso às Cortes de Vértice para a realização da distinção ou da superação de entendimento, confere ainda mais distância entre as regras do Código de Processo Civil com o sistema de precedentes inspirado na tradição do *Common Law*, pois esses dois institutos, distinção e superação, pertencem (são próprios) do Direito anglo-saxônico.¹⁰⁶⁸ Até mesmo a eventual análise do cabimento da rediscussão ou distinção do instituto da repercussão geral, de clara inspiração no *writ of certiorari*, do Direito estado-

¹⁰⁶⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 456; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 215-216.

¹⁰⁶⁷ Aqui, mais uma vez, cabe a repetição. Não se trata somente de um juízo de admissibilidade que é competência das Cortes de Justiça, mas, verdadeiramente, na hipótese do inciso I, do art. 1.030, os tribunais de segundo grau, quando fazem a verificação e aplicação de padrões decisórios, fazem o juízo de mérito recursal. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 458.

¹⁰⁶⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 112-115; EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-145; SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de common law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013. p. 145-147.

unidense, que lá somente é feita pela própria Suprema Corte do Estados Unidos,¹⁰⁶⁹ aqui fica a critério das Cortes de Justiça¹⁰⁷⁰ a sua conformidade ou não com o que consta do recurso extraordinário.¹⁰⁷¹

Então, a possibilidade para a distinção de casos e superação de entendimentos passa, obrigatoriamente, pelos juízes e pelas Cortes de Justiça. Se esses órgãos admitirem que os padrões decisórios do art. 927 são vinculantes, sem chance de julgamento divergente, o Direito, nesses casos, permanecerá fossilizado e sem perspectiva de atualização ou julgamento destituído de elementos da realidade social, e, ainda, a aplicação de uma norma distinta do caso jurídico concreto.

Somente com a decisão divergente, feita por juízes ou Corte de Justiça, é que se abre caminho para uma reanálise da questão (existência ou não de repercussão geral ou tese firmada em recursos repetitivos), podendo a decisão ser reformada com a manutenção do entendimento fixado no padrão decisório, ou a confirmação de eventual distinção ou a necessidade de superação (ampliação ou restrição) do entendimento anteriormente instituído.

Na hipótese do inciso II do art. 1.030, é quando o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça encaminha o processo para o órgão julgador que tiver proferido a decisão (turma, câmara ou seção do tribunal que proferiu o acórdão recorrido) para o juízo de retratação, caso esse acórdão esteja em divergência relativamente a julgamento de recurso repetitivo realizado pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal (ou seja, houve decisão das Cortes de Vértice sobre o tema, após o julgamento pela Corte de Justiça e interposição do recurso especial ou extraordinário). Nessa hipótese, o órgão julgador pode se

¹⁰⁶⁹ BARSOTI, Vitoria. **L'arte di Tacere**: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino/IT: Giappichelli, 1999. p 15-20.

¹⁰⁷⁰ Lucas Buriel faz crítica nesse sentido, dizendo que o “[...] art. 1.030 do CPC passou a largo da correta compreensão do sistema de precedentes. Ignorou, por completo, a possibilidade – *rectius*, necessidade – de distinções que acabarão sendo realizadas pelo presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário e, em seguida, em caso de recurso, pelo pleno ou órgão especial do tribunal”. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 458-459.

¹⁰⁷¹ Alguns autores defendem a inconstitucionalidade do art. 1.030 do CPC por trazer novos requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial não previstos na Constituição da República, pois, como dito, isto impede, inclusive, que a matéria já analisada retorne às Cortes de Vértice para viabilizar a distinção ou superação. *In*: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentário ao artigo 1.030 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.415.

retratar ou preservar o acórdão recorrido. O legislador abriu a oportunidade de o órgão julgador (turma, câmara ou seção) demonstrar - com novos e robustos fundamentos determinantes – a distinção do caso ou apontar particularidades que demonstrem a necessidade de superar (mesmo que parcialmente) o padrão decisório fixado. Então, negada a retratação, o recurso deverá ser encaminhado à Corte de Vértice, que não pode devolver o recurso e determinar a aplicação do padrão decisório, devendo reanalisar o caso com esteio na fundamentação do recurso e nas decisões dos órgãos inferiores, surgindo, assim, a possibilidade de atualização do Direito e até distinção do caso.¹⁰⁷²

Na hipótese do inciso III, o legislador determinou ao presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça o sobrestamento dos recursos cuja controvérsia estiver em análise pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça mediante recurso repetitivo. Nessa hipótese, ainda não existe uma tese jurídica a ser aplicada. Na hipótese do inciso IV, o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça deverá selecionar recurso representativo da controvérsia para análise das Cortes de Vértice para eventual julgamento de recurso repetitivo.

Então, nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.030, após a definição da tese jurídica nos recursos repetitivos, aplicam-se novamente as hipóteses do inciso I ou II, refazendo o ciclo de admissibilidade, ou melhor, de mérito. Assim, os litigantes podem permanecer em um círculo processual que impede o acesso às Cortes de Vértice.

O inciso V, letra “c” do art. 1.030, em consonância com os demais dispositivos legais¹⁰⁷³, prescreve que, se for refutado o juízo de retratação, deverá o presidente

¹⁰⁷² UCHOA, Sheila Monteiro. **Juízo de adequação aos precedentes**: vinculação e possibilidade de recusa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 96.

¹⁰⁷³ 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: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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;(Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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

ou vice-presidente da Corte de Justiça remeter o recurso às Cortes de Vértice, permitindo o reforço na interpretação de que não há uma vinculação incondicional aos padrões decisórios fixados no regime de repercussão geral e recursos repetitivos.

Portanto, o legislador colocou no primeiro e segundo graus de jurisdição a incumbência de provocar a distinção do caso em julgamento e a superação de entendimentos. Esses órgãos não podem fugir a essa responsabilidade e acreditar que os padrões decisórios, em particular, os recursos repetitivos, como vinculantes em um sentido absoluto e que jamais possam deles discordar quando existirem circunstâncias fáticas e jurídicas para entendimentos consentâneos com o caso em julgamento.

A questão do déficit de contraditório nos recursos especial e extraordinário também segue a mesma problemática discutida no IRDR, pois, embora exista a previsão de participação de terceiros (*amicus curiae*) e a realização de audiência pública (art. 1.038, II)¹⁰⁷⁴, a parte litigante não tem “o Direito a um dia perante a

Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência). (Sem destaques no original). BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰⁷⁴ De acordo com Fabrício Castagna Lunardi, as audiências públicas realmente constituem um excelente instrumento para ampliar o debate entre a sociedade e o STF, com grande apelo democrático e popular, contribuindo para minimizar problemas de legitimidade; entretanto, está sendo utilizado, na prática, como instrumento retórico de pseudolegitimação de decisões e não como método dialógico e construtivo da decisão judicial, pois, segundo o autor, pesquisas empíricas demonstram baixo índice de participação dos ministros da Corte e pouca influência na

Corte” e muito menos “representação adequada”,¹⁰⁷⁵ pois o Ministério Público ou a Defensoria Pública não se prestam a defender interesses privados em juízo e o *amicus curiae* pode, inclusive, como já se expressou, defender direito contrário aos litigantes.¹⁰⁷⁶

Escolhidos dois ou mais processos, o que é “representativo da controvérsia”, os demais processos em julgamento aguardam a definição da tese jurídica pela Corte de Vértice que depois será aplicada. Ora, se a própria Constituição da República garante a todos o direito de recorrer às Cortes de Vértice quando afirmarem alguma violação de dispositivo da Constituição (art. 102, III, a) ou da lei federal (art. 105, III, a) ou, no caso de divergência jurisprudencial (art. 105, III, c), excluí-los do julgamento de repetitivos, retirando o direito de apresentar petições, fazer sustentação oral e recorrer, fere o direito “fundamental de participação no processo”.¹⁰⁷⁷

Se outras questões jurídicas existirem nos autos, serão analisadas pelo juízo natural, e as partes litigantes terão assegurados seu direito ao contraditório, mas a tese firmada no julgamento repetitivo deve ser aplicada nas questões idênticas com as limitações de discussões.

Nos recursos especial e extraordinário repetitivo, depois de firmada a tese jurídica sobre a questão de Direito, fazer a distinção (*distinguishing*) será uma tarefa quase impossível, pois, como observado no item anterior, essa técnica vital para a teoria dos precedentes da tradição do *Common Law* utiliza da comparação entre os aspectos fáticos e de direito do caso anterior com o caso em julgamento. Se a tese

fundamentação de seus votos. *In*: LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2020. p. 158-163.

¹⁰⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43.

¹⁰⁷⁶ Novamente importante é reproduzir (nota 1003) pesquisa empírica que analisou uma série de recursos especiais repetitivos no STJ, classificados, pela própria Corte, como pertinentes ao Direito do consumidor, onde forma fixadas 77 (setenta e sete) teses. Em 41 (quarenta e um) dos processos analisados houve intervenção de *amici curiae*, o que representa 53,25% (cinquenta e três vírgula vinte e cinco por cento) dos casos analisados; contudo, não há critérios objetivos a indicar as razões pelas quais o Relator entendeu por apontar determinadas entidades como representativas dos interesses nos recursos, bem como para aceitar ou declinar pedidos de intervenção, limitar o número ou distribuí-lo em condições de igualdade a partir dos interesses em conflito. Ademais, nos processos analisados, o STJ entende que o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União são órgãos capazes de atender ao quesito de representação adequada dos interessados e legitimados. *In*: NICOLI, Ricardo Luiz; SILVA, Lucas Cavalcante. **Técnica de julgamento de demandas repetitivas e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça**: todos têm seu dia perante a Corte? (no prelo).

¹⁰⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 334-335.

jurídica firmada nos julgamentos repetitivos é apenas para questões de direito, fazer distinção entre as singularidades de cada caso em julgamento com o caso utilizado para a julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivo onde os fatos não foram destacados será tarefa muito difícil para os juízes.

Na tradição do *Common Law*, o juiz do caso em julgamento decide de acordo com os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do caso anterior, desde que os fatos do caso sucessivo e os fatos do caso julgado precedentemente sejam semelhantes o suficiente para justificar a aplicação das mesmas razões de decidir.¹⁰⁷⁸ O precedente não nasce da vontade da Corte de Vértice, e sim do juiz do caso sucessivo em julgamento que o faz utilizando a *ratio decidendi* do caso anteriormente julgado para decidir. Ao contrário, as teses dos julgamentos repetitivos são decididas nas Cortes e são aplicadas a partir de uma obediência hierárquica dos juízes e Cortes de Justiça.

A norma, inclusive a constitucional, “não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”¹⁰⁷⁹

Nunca é demais repetir que não se está defendendo uma atitude de desobediência dos juízes e/ou Cortes de Justiça, pelo contrário, o objetivo deste trabalho é demonstrar a responsabilidade e a importância desses órgãos judiciários na garantia da certeza do Direito, que é representada pelo princípio constitucional de acesso à Justiça, não apenas no sentido formal, mas também em sentido material, quando os casos diversos devem ser tratados com normas diversas, garantido igualdade diante do caso jurídico concreto.

A tradição do Direito judicial deve ser preservada para preservar a lógica processual estabelecida pelo art. 927, e qualquer eventual discordância deve ser formulada com um ganho hermenêutico em relação ao padrão decisório.¹⁰⁸⁰ O juiz na primeira instância deverá observar as alterações do contexto social e apresentar

¹⁰⁷⁸ TARUFFO, Michele. Note sul precedente giudiziale. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino, 2018. p. 107-108.

¹⁰⁷⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1999. p. 14.

¹⁰⁸⁰ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 287-292.

uma proposta de mudança da interpretação do Direito, visando a adaptá-lo à realidade social.¹⁰⁸¹

Ante a sistemática do Código de Processo Civil, essa evolução do Direito somente acontece com a possibilidade do dissenso feita pelos juízes e/ou Cortes de Justiça. A divergência ou o dissenso são próprios do Direito, e tentar adestrar a interpretação dos juízes impondo uma vinculação formal e artificial aos padrões decisórios, que não existe nem mesmo na tradição de *Common Law*, compromete a finalidade do Direito de dizer o que é justo em cada caso concreto.

Não existe uma norma universal a ser aplicada a todos os casos supostamente semelhantes. A lei pode ter caráter universal, o padrão decisório, serve de guia, de endereço jurisprudencial, mas ele não é uma norma. Ele é a abertura para a interpretação e não o fechamento dela. A norma é a norma do caso jurídico concreto.

Se o juiz não compreender bem a sua função e tiver uma submissão absoluta aos padrões decisórios, ele poderá ser muito mais prejudicial ao sistema jurídico que o juiz que deixa de segui-los, pois, neste caso, quando se julga contra uma tese jurídica ou contra outros padrões decisórios, as Cortes poderão fazer a correção, enquanto que, na hipótese de sempre confirmar o padrão decisório, o resultado será um Direito judicial descontextualizado da dinâmica social porque as Cortes não terão a oportunidade de atualizar ou superar o padrão decisório.

É até paradoxal, pois se estabelece uma sistemática procedimental que visa a dificultar o acesso às Cortes de Vértice para valorizar os padrões decisórios e diminuir a carga de trabalho dessas Cortes,¹⁰⁸² mas, ao mesmo tempo, embaraça suas atribuições constitucionais de desenvolvimento do Direito.¹⁰⁸³ Para possibilitar que o padrão decisório sempre esteja em harmonia com o contexto social, é preciso que juízes e tribunais inferiores provoquem as Cortes responsáveis pela superação

¹⁰⁸¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 38.

¹⁰⁸² Na justificativa do projeto que culminou na Lei nº 13.256/16, consta que um dos objetivos era aliviar a carga de trabalho das cortes de vértice, pois somente no STJ, “48% dos recursos especiais interpostos na origem não foram recebidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 148 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo. *In*: Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01jn59s7kdfgh11bnwnpisesemq6927947.node0?codteor=1362368&filename=PL+2384/2015. Acesso em: 04 mar. 2021.

¹⁰⁸³ UCHOA, Sheila Monteiro. **Juízo de adequação aos precedentes**: vinculação e possibilidade de recusa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 85.

ou distinção do padrão decisório. Sem essa participação ativa, em especial dos juízes de primeiro grau, que estão mais próximos dos fatos e do contexto social, a fossilização do Direito será inevitável.

Apesar da necessidade de continuidade, o Direito também reivindica constante desenvolvimento.¹⁰⁸⁴ O padrão decisório é uma fotografia do passado. Ele trata do que já foi posto. Nem sempre ele representará o mais correto no presente ou futuro. Evidentemente, o padrão decisório representa a melhor resposta, a continuidade do Direito, até que outra melhor seja oferecida.¹⁰⁸⁵ Isso somente é possível saber no momento da interpretação e aplicação do Direito, na concretização da norma perante a realidade do caso em julgamento.

O padrão decisório é como a experiência humana ou como guiar um carro com os olhos no retrovisor. Ilumina ou mostra o que já passou. O novo, o inédito, ele pode ajudar a enfrentar de acordo que as experiências anteriores, mas não tem respostas para aquilo que não foi experimentado. Assim é o padrão decisório, ele é um endereço jurisprudencial, mas não há de permanecer imutável.

¹⁰⁸⁴ Para Marinoni, “[...] a Corte que se nega a revogar precedentes desgastados ou claramente equivocados deixa de observar o seu compromisso com o desenvolvimento do Direito, de modo que o problema se situa num patamar não só diferente, mas também antecedente, ao do *due process* [...]Tendo em vista que o ponto não se situa no âmbito da coisa julgada, mas na esfera dos precedentes obrigatórios ou do *stare decisis*, o certo é estimular as Cortes a se postarem de modo adequado diante do dever institucional do Judiciário de eger e revogar precedentes em nome da tutela da coerência da ordem jurídica, da segurança, da liberdade e da igualdade”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 350 – 351.

¹⁰⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I. p. 430.

5 CONCLUSÃO

Logo no início da pesquisa, constatou-se que o tema sobre os precedentes judiciais ou a padronização decisória, nos países da tradição do *Civil Law*, é um dos mais complexos e instigantes, conjugando significativos interesses práticos e teóricos, despertando interesse das mais variadas áreas do conhecimento, em particular da doutrina processualista, que há tempos demonstra preocupação em instituir mecanismos ou instrumentos processuais que possibilitem manter a unidade do Direito para assegurar certeza e estabilidade das relações sociais e jurídicas.

No Brasil, tal constatação foi comprovada facilmente, pois, ao longo dos tempos, a legislação foi progressivamente sendo alterada de forma a conferir maior eficácia à jurisprudência dominante, consolidando a prática jurídica de utilizar entendimentos judiciais anteriores como instrumento de justificação de novas decisões.

E com as alterações legislativas advindas com o Código de Processo Civil de 2015, que instituiu, nos artigos 926 e 927, mecanismos processuais para formação e aplicação de padrões decisórios que passaram a constituir fonte de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais em seus julgamentos, o debate sobre tema se intensificou, inclusive com grande parte da doutrina defendendo o argumento de que o legislador brasileiro teria instituído um sistema de precedentes vinculantes, inspirado no *stare decisis* e na teoria dos precedentes judiciais vinculantes da tradição do *Common Law*.

Na doutrina italiana, a que se recorreu, também, nesta pesquisa, esse tema foi iniciado e incentivado, desde os anos de 1960, por Gino Gorla (embora Piero Calamandrei já tivesse perpassado pela temática quando escreveu nos anos de 1940 sobre as funções da Corte de Cassação) e, depois, intensificado nos anos de 1980, por Francesco Galgano e, mais recentemente, por Michele Taruffo, dentre outros. Com a introdução do art. 360 *bis* do Código de Processo Civil Italiano, pela Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que instituiu um mecanismo de filtragem à interposição do recurso à Corte de Cassação, essa temática voltou novamente para o centro do debate na doutrina e nos tribunais da Itália.

O fato é que o uso de decisões anteriores ou da jurisprudência para amparar outros julgados sempre foi uma técnica utilizada pelos países da tradição do *Civil Law*, como meio de oferecer uma orientação aos juízes e demandantes. É natural e

até uma questão de lógica jurídica que as Cortes de Vértice tenham a missão constitucional de uniformizar jurisprudência e que os juízes inferiores devem observar as interpretações que se consolidaram no tempo, como forma de garantir certeza do Direito e igualdade entre os cidadãos.

As sociedades contemporâneas, no entanto, são complexas e dinâmicas, marcadas pelo pluralismo, pela globalização econômica e com grandes e rápidas transformações sociais, econômicas, tecnológicas, políticas e jurídicas e, conseqüentemente, essas características levam (ou deveriam levar) a constantes alterações dos entendimentos jurisprudenciais, visando a adaptar a lei ao caso jurídico concreto e à realidade do contexto social.

Portanto, se, por um lado, são necessárias a estabilização e a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, com a instituição de mecanismos de padrões decisórios para se garantir a certeza do Direito com a previsibilidade das decisões judiciais, essa mesma certeza do Direito é condenada ou execrada, quando se constata que ela é passível de ser um obstáculo à evolução do Direito e perpetuar decisões injustas ou fora da realidade.

Concretamente, e para buscar respostas para as questões suscitadas na presente tese, concluiu-se sobre a importância das Cortes de Vértice para a unidade e estabilidade do Direito, o que impacta diretamente na sociedade. Como ficou registrado em vários momentos desta pesquisa, não existem dúvidas de que o sistema jurídico deve viabilizar a certeza (ou, pelo menos, um certo grau dela) a respeito de como as pessoas devem se comportar, de maneira que elas se organizem e planejem suas vidas. Os padrões decisórios emitidos pelas Cortes criam expectativas de comportamento, por isso o Poder Judiciário deve ter apenas uma voz.

Foi evidenciado, por outro lado, o fato de que, se a padronização decisória é importante para a certeza do Direito e a igualdade entre jurisdicionados, a permanência de determinados entendimentos jurisprudenciais no sistema jurídico, quando já ocorreu seu desgaste social, acarreta o risco de perpetuar o sentido do Direito que é atribuído pelas Cortes de Vértice, o que pode provocar a desvalorização dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça (TJs e TRFs), que são obrigados a aplicar padrões decisórios desatualizados, ensejando efeito inverso e provocando intranquilidade no meio social e jurídico.

Haja vista tais considerações, o problema proposto pela tese partiu da seguinte pergunta: - qual a importância da atuação dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça na superação dos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice, de modo a garantir a evolução do Direito de forma contemporânea com as mudanças sociais e ao mesmo tempo promover a certeza do Direito e a igualdade entre os jurisdicionados?

Considerando esse problema formulado, a **originalidade da hipótese** estava em demonstrar que os juízes de primeiro grau e dos tribunais de segundo grau (Cortes de Justiça), ante uma nova realidade social, determinada pelas particularidades fáticas reveladas no caso jurídico concreto e analisadas no primeiro grau de jurisdição, que podem ser reexaminadas e ser objeto de nova valoração no segundo grau de jurisdição, não se sujeitem incondicionalmente aos padrões decisórios instituídos pelas Cortes de Vértice, quando demonstrada a necessidade de sua alteração, fazendo para isso, a refutação do padrão decisório com uma fundamentação hermenêutica consistente e específica (ônus argumentativo) ao propor sua alteração.

Ao final da pesquisa realizada pela tese, afirma-se que a hipótese original foi confirmada, porque ficou demonstrado que a interpretação do texto normativo não pode ser apenas uma interpretação formal, burocrática, mas uma interpretação de compatibilidade e congruência substancial entre o padrão decisório e cada caso jurídico concreto, evitando decisões injustas e fora da realidade. É dever do juiz, e por isso a importância do seu papel, decidir se as circunstâncias fáticas do padrão decisório são as mesmas do caso em julgamento e se podem ser colocadas sobre os mesmos fundamentos determinantes. Como a realidade está em perpétuo movimento, a solução dada a um caso anterior pode não estar em conformidade com a justiça do caso subsequente, e dependerá de nova interpretação para atribuir ao padrão decisório um novo sentido ou mesmo a sua superação por não mais representar a melhor solução diante do contexto social.

Outra circunstância que reforça a confirmação da hipótese de pesquisa é que se os padrões decisórios de observância obrigatória que constam do art. 927 fossem vinculantes, sem a possibilidade dos juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça (quando os padrões decisórios forem das Cortes de Vértice) promoverem a sua superação, haveria o risco de engessamento do Direito e de mecanização da atividade judiciária. O próprio legislador, ciente da necessidade de possibilitar a

evolução do Direito, atribuiu aos juízes de primeiro grau e às Cortes de Justiça a responsabilidade de funcionar como uma válvula respiratória para o mecanismo de padronização decisória, como se observa das disposições do art. 489, incisos V e VI, do Código de Processo Civil, que exige a identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos para a aplicação de um padrão decisório, além de exigir que, na hipótese de deixar de aplicá-los, quando invocados pelas partes, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento firmado.

Ou, ainda, como no caso do art. 1.030 do Código de Processo Civil, que indica o caminho a ser seguido para possibilitar a evolução do Direito, autorizando juízes e Cortes de Justiça a refutarem a aplicação de um padrão decisório originado do julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo. E essa possibilidade de não seguir o padrão decisório é a válvula respiratória que o próprio sistema processual instituiu para que a interpretação jurídica acompanhe a dinâmica da vida social, sua realidade cultural na qual está sendo aplicada com igualdade e diferença para situações particularizadas, e ainda reforça a tese de que os padrões decisórios são provimentos judiciais de observância obrigatória e não vinculantes.

O **objetivo geral** desta pesquisa, conforme sustentado inicialmente na hipótese original, era analisar e demonstrar, com suporte nas teorias sobre as funções das Cortes de Vértice e os precedentes judiciais na tradição do *Civil Law* de Michele Taruffo e a Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, a importância do papel institucional dos juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça (tribunais de segundo grau) na constante evolução do Direito e promoção de efetivo acesso à Justiça com a superação dos padrões decisórios previstos do art. 927 do Código de Processo Civil.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido porque, no decorrer de toda a pesquisa, foi demonstrado que juízes de primeiro grau, no exercício de suas funções e pela proximidade com as partes e o contexto social em que elas vivem, são os primeiros a perceber as suas necessidades, fazendo a primeira análise dos fatos expressos pelos demandantes e entregando a tutela mais adequada para a solução dos conflitos sociais dentro do ordenamento jurídico. De semelhante maneira em relação às Cortes de Justiça, que também podem reexaminar as provas produzidas e dar nova definição jurídica aos fatos trazidos pelas partes.

Pela sistemática atual do Código de Processo Civil que – diga-se, acertadamente - procura valorizar as decisões consolidadas das Cortes, em especial as Cortes de Vértice, existem diversos obstáculos processuais que dificultam ou retardam em demasia a reanálise dos padrões decisórios emitidos, sendo que, para possibilitar que as decisões judiciais sempre estejam em harmonia com o contexto social, é preciso que juízes e Cortes de Justiça provoquem as Cortes responsáveis pela superação ou distinção dos padrões decisórios. Sem essa participação ativa, em especial dos juízes de primeiro grau, que estão mais próximos dos fatos e do contexto social, a fossilização do Direito será inevitável, provocando decisões injustas ante realidades diferentes.

Em outras palavras, somente com a decisão divergente, feita por juízes ou Cortes de Justiça, é que se abre caminho para uma reanálise da questão já definida em um padrão decisório, podendo a decisão ser reformada com a manutenção do entendimento fixado ou a confirmação de eventual distinção ou a necessidade de superação (ampliação ou restrição) do entendimento anteriormente instituído.

Não se há de olvidar o fato de que a busca por justiça no caso jurídico concreto não pode ser sacrificada por uma estabilidade ou previsibilidade das decisões judiciais promovidas à custa da manutenção de um padrão decisório sem suporte social. A ideia de estabelecer julgamentos com técnicas de gestão de processos repetitivos e despersonalizados é passível de conduzir o julgador a aplicar uma jurisdição sem qualquer reflexão ou descompromissada com a solução individualizada do caso jurídico concreto, o que não é permitido, a teor do art. 489 do Código de Processo Civil.

Como foi exposto no correr de toda a tese, o desafio é possibilitar uma decisão conectada com a realidade e de maneira contemporânea com o desenvolvimento social. Pensando no prazo natural do trâmite processual até a análise final das Cortes de Vértice, que leva anos e às vezes décadas, aguardar a alteração de entendimentos pode representar o inverso do objetivo dos mecanismos de padronização decisória, que é a certeza do Direito, pois a insegurança também advém das decisões que não atendem as reais necessidades da sociedade no tempo. O padrão decisório cumpre a sua função, quando aplicado de acordo com o tempo (quando o caso está sendo julgado e não no tempo da sua formação) e com os fatos do caso jurídico concreto.

O **primeiro objetivo específico** visava a defender o ponto de vista de que o acesso à Justiça de forma material e efetiva pressupõe a certeza do Direito e a igualdade no tratamento dos cidadãos, mediante uma tutela jurisdicional assente na unidade do Direito e no dever de fundamentação das decisões judiciais. Este objetivo foi atendido, uma vez demonstrado o fato de que o Direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CR/88) é um dos direitos mais fundamentais da pessoa humana porque é por intermédio dela que é possível concretizar qualquer outro Direito. Por isso, é dever do Estado instituir leis que proporcionem maior acesso da população ao Poder Judiciário, oferecendo mecanismos e procedimentos para realização de uma justiça formal e materialmente igualitária, pois impedir ou dificultar o acesso à Justiça corresponde a negar a própria função estatal.

Assim, quando se fala em interpretar e aplicar a legislação, ou padrões decisórios, faz-se necessário levar em conta que o acesso à Justiça envolve, não apenas, a possibilidade de ingresso no Judiciário e a célere solução dos conflitos, mas, sobretudo, o resultado alcançado em casos semelhantes, no plano do Direito material e processual, o que implica igualdade entre os jurisdicionados, bem como a adaptabilidade das soluções judiciais de acordo com as particularidades do caso jurídico concreto, permitindo a evolução do Direito judicial e a possibilidade de controle dos julgamentos que não representem a resposta mais justa.

Portanto, ao se reportar ao acesso à Justiça, fala-se de acesso a uma ordem jurídica que possibilite uma prestação jurisdicional apoiada na garantia da certeza do Direito e igualdade entre todos os jurisdicionados mediante a previsibilidade das decisões judiciais, no entanto, também, exige observar as diferenças, aplicando a máxima albergada pelo princípio da igualdade, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, exigindo, assim, uma fundamentação consistente e um ganho hermenêutico quando for necessário demonstrar a superação dos padrões decisórios já estabelecidos.

De outra parte, uma aplicação indiscriminada ou mecânica de decisões anteriores (precedentes ou padrões decisórios) sem a devida fundamentação e a manutenção de teses jurídicas em descompasso com a realidade social e fática diante das constantes e das inexoráveis transformações da sociedade, certamente, terá o efeito inverso, provocando julgamentos de casos jurídicos distintos como se iguais fossem, causando incerteza e desigualdade material, o que representa a negação do acesso à Justiça, na medida em que retira o Direito das partes de serem

ouvidas pelas Cortes de Vértice, uma vez que os litigantes ficam impossibilitados de conseguir superar teses jurídicas nas instâncias ordinárias.

O **segundo objetivo específico** foi o de evidenciar o fato de que a uniformização da jurisprudência e os padrões decisórios devem ser aplicados para proteger os jurisdicionados, como veículo para preservar a certeza do Direito e o princípio da igualdade e isso não rompe com a necessidade de interpretar o padrão decisório estabelecido, inclusive a fim de demonstrar a necessidade de sua superação ante o seu desgaste social ou perante a sua incoerência jurídica.

Este objetivo foi alcançado com origem no exame das disposições do Código de Processo Civil, que confere às Cortes o dever de uniformização da sua jurisprudência, de mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926). A uniformização trabalha para eliminar qualquer divergência sobre a mesma questão jurídica, pois entendimentos divergentes dentro da mesma Corte corrompem todo o sistema processual e impedem a promoção da igualdade de resultados, além de causar insegurança entre os jurisdicionados. A coerência nas decisões e a consistência lógica entre julgamentos semelhantes garantem a igualdade entre os jurisdicionados, porquanto todos os casos terão a mesma forma de apreciação pelo Poder Judiciário, igual tratamento e semelhante resultado. A estabilidade é a proibição de mudança constante de posicionamento, quando não houver alteração do contexto social. A integridade impõe que os juízes respeitem a tradição do Direito judicial, interpretando e aplicando o texto normativo (lei ou padrão decisório) com argumentos jurídicos conectados ao conjunto do Direito, em particular com obediência à Constituição da República.

Se a Corte estabelece um padrão decisório, este deve ser respeitado por todos. A resposta de uma questão jurídica começa pela tradição do Direito judicial, que vai subsidiar o ponto inicial para o ato de compreensão. Se não ocorreu alteração do contexto fático ou social, a resposta jurídica tem que ser a mesma. Um sistema coerente e íntegro exige do intérprete que ele observe as interpretações anteriores, recuperando os caminhos anteriormente percorridos, quando será possível atribuir sentido ao novo texto (padrão decisório).

Ao mesmo tempo, contudo, o Código de Processo Civil, no art. 489, incisos V e VI, exige a identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos para a aplicação de um padrão decisório, além de exigir que, na hipótese de deixar de aplicá-los, quando

invocados pelas partes, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento firmado, ou seja, a própria legislação confirma que os padrões decisórios exigirão uma nova interpretação no momento da aplicação, pois a norma será sempre o resultado da interpretação e aplicação pelo juiz.

No **terceiro objetivo específico**, a pesquisa teve o propósito de demonstrar que, apesar de competir às Cortes de Vértice (STJ e STF), no desempenho das suas funções nomofiláticas, a uniformidade do Direito infraconstitucional e constitucional, as Cortes de Justiça (TJs e TRFs) e os juízes de primeiro grau, onde as mudanças sociais e suas repercussões jurídicas são percebidas mais rapidamente, até pela proximidade do julgador com os jurisdicionados e os fatos sociais, desenvolvem fundamental função na evolução do Direito, pois é com apoio na análise dos fatos construídos no primeiro grau e reexaminados no segundo grau de jurisdição que os padrões decisórios, que não devem ser inflexíveis, são formados e haverão de ser superados.

Para atingir este objetivo específico, restou demonstrado o fato de que, quando as Cortes de Vértice, no Brasil, estabelecem alguns tipos de padrões decisórios, que, em regra, são teses jurídicas para aplicação de forma geral e abstrata, corre-se o risco de uma visão superficial ou parcial do caso jurídico concreto, já que essas teses são fixadas com amparo no julgamento de pouquíssimos casos (caso-modelo ou caso-piloto) sobre a interpretação de uma determinada questão de Direito e, depois, todos os demais casos semelhantes serão julgados com base na interpretação que foi definida, portanto, de caráter geral e abstrato, e não sobre uma interpretação/aplicação a casos concretos específicos.

Adite-se, ainda, a ideia que, até pela demora natural de percorrer todos os trâmites processuais e pela modalidade de julgamento colegiado, que demanda maior ritualística, além da sempre deficiente estrutura operacional das Cortes, há impacto na função de responder contemporaneamente aos anseios da sociedade, pois o tempo necessário para se estabelecer uma interpretação uniforme das Cortes de Vértice, naturalmente, é por demais dilatado e o suficiente para transportar insegurança, já que a uniformização da jurisprudência sobre determinados assuntos deve ser em tempo breve, sem contar que, até a consolidação de um padrão decisório, novos conflitos vão surgindo derivados dessa espera de uniformização e pelas próprias mudanças da jurisprudência dentro das Cortes de Vértice.

Em vários momentos na tese, foi registrada a ideia de que não se questiona o dever funcional do juiz de sempre observar o padrão decisório estabelecido em julgamento de demandas futuras, mas sempre será ele, o juiz do caso em análise, também por dever funcional, que vai decidir se os fatos relevantes do caso anterior são os mesmos fatos relevantes do caso em julgamento e se podem ser colocados sobre os mesmos fundamentos determinantes ou sobre o mesmo enquadramento jurídico. O juiz procede ao cotejo dos fatos e permanece com o poder de distinguir caso a caso e se estes permitem que ele exclua a relevância do padrão decisório e até faça (ou provoque) a superação se ocorreu uma transformação na realidade social.

O juiz, como já expresso, por estar próximo dos fatos e das partes, é capaz de fornecer, de imediato, a tutela adequada e efetiva para proteger o cidadão, e sua decisão, não raro, é o primeiro delineamento jurídico para questões que ainda não foram disciplinadas legalmente ou discutidas judicialmente. Por essas razões, a obrigatoriedade que propõe o Código de Processo Civil não é uma repetição pura e simples dos padrões decisórios das Cortes, com uma despersonalização da demanda, mas um dever constitucional dos juízes de dar uma resposta individual ao cidadão, ainda que sua demanda esteja dentro de uma moldura interpretativa extraída de um padrão decisório, porque não há (ou pelo menos não deveria haver) julgamento sem os fatos da demanda. A vinculação ou obrigatoriedade de um padrão decisório deve partir da legitimação hermenêutica e não por imposição legislativa.

No **quarto objetivo específico**, a pesquisa tencionou analisar os padrões decisórios de observância obrigatória do Código de Processo Civil (art. 927), mostrando características e diferenças com o precedente da tradição do *Common Law*.

Este objetivo foi realizado ao ser indicado o modo como se forma e se aplicam, um por um, os padrões decisórios elencados no art. 927 do Código de Processo Civil e as suas distinções com o autêntico precedente de origem no Direito inglês. Restou demonstrado que, na tradição do *Civil Law*, o termo precedente tem vários significados ou acepções e que, no Brasil, até pouco tempo, precedente era uma palavra pouco empregada e com sentido totalmente diverso do significado dado pela tradição do *Common Law*. Conquanto o uso e o estudo do Direito jurisprudencial sempre tenham existido no Direito pátrio e que atualmente a unidade

de ideia precedente seja de emprego corrente no léxico jurídico brasileiro, a sua utilização é recente no sentido de uma decisão judicial anterior, proferida pelos tribunais, que poderia vincular juízes e outros tribunais para aplicação em julgamentos posteriores.

A pesquisa destacou a noção de que, na prática forense brasileira, o termo precedente é empregado para identificar qualquer julgado utilizado pelos profissionais do Direito como referência para sustentar suas teses jurídicas, empregando-o como argumento de autoridade para aplicação no caso em julgamento. Dos inúmeros sentidos, o vocábulo precedente é aplicado, também, no sentido de decisão judicial ou acórdão, e é representado, na maioria das vezes, por uma ementa. Outro significado muito comum atribuído à palavra precedente é como sinônima de acórdão, súmula e jurisprudência predominante, dicções utilizadas nos comentários de artigos de lei, nas doutrinas de modo geral e nas peças processuais. É um termo em uso até mesmo para se referir a uma tese jurídica extraída da interpretação de uma questão de Direito de um determinado caso jurídico e que tenha qualquer similitude com outros casos em julgamento, como nas teses firmadas em IRDR e IAC.

Foi apontado na pesquisa o fato de que nem mesmo a legislação processual brasileira define o termo precedente no mesmo sentido do precedente da tradição do *Common Law*, sendo que o atual Código de Processo Civil dá o mesmo tratamento para o que considera como precedente e súmula, enquanto, na tradição do Direito anglo-saxônico, a súmula é instituto desconhecido. Para o legislador brasileiro, o precedente está no mesmo nível da súmula, da jurisprudência, das teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e incidente de assunção de competência e das orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais (artigos 926 e 927 do CPC).

Também foi identificada a distinção entre jurisprudência, em seus diversos significados ao largo da história, com o precedente autêntico. Não há dúvida de que a jurisprudência tem a função de contribuir com a interpretação e aplicação do texto normativo, fornecendo parâmetros que foram aplicados em outros casos e são repetidos em casos sucessivos, porém, a jurisprudência tem seus limites na lei. Na tradição do *Civil Law*, o Direito codificado prevalece, pois a lei é a fonte primária. A lei é vinculante. A jurisprudência, embora de uso intenso e decisiva em sede de interpretação e aplicação do Direito, não é vinculante. Na tradição do *Common Law*, os juízes estão vinculados a uma sentença que, uma vez qualificada como

precedente, se torna obrigatória sua aplicação aos casos sucessivos.

No caso da distinção com as súmulas, estas fazem uma compilação, em poucas linhas, da interpretação sobre uma determinada questão jurídica. As súmulas não descrevem os fatos ou as circunstâncias dos casos, que foram utilizados para sua edição, já que o seu objetivo é apenas anunciar uma tese jurídica de forma abstrata e genérica o suficiente para ser empregada no maior número possível de casos jurídicos posteriores. No precedente da tradição do *Common Law*, os fatos são cruciais para a decisão judicial, pois são esses fatos que vincularão os casos jurídicos futuros. É a *ratio decidendi*, isto é, os fundamentos determinantes de uma decisão judicial, que vai ser utilizado como um padrão normativo para casos jurídicos similares de forma individualizada. A questão jurídica e fática será decisiva para definir a sua aplicação ou não. O precedente é aplicado analisando e cotejando os fatores legais e fáticos do caso jurídico anterior que se tornou precedente e do caso jurídico sucessivo, em que o precedente será aplicado. O precedente vai de um caso particular para outro caso particular. A súmula vai do geral (a norma extraída de vários casos) para o particular.

Ainda dentro deste mesmo objetivo específico, foi possível assinalar as diferenças entre o precedente e as decisões emanadas nos julgamentos das ações concentradas de (in)constitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal Federal, que executa uma função de interpretar em abstrato, longe dos fatos, totalmente desprovido de um caso real. Na tradição do *Common Law*, não se forma um precedente de uma interpretação do texto normativo sem uma aplicação a um caso jurídico concreto. Os precedentes surgem mediante a análise de uma situação fático-jurídica real, posta em julgamento. Não se forma um precedente de uma interpretação em abstrato do texto normativo.

Não é diferente com as teses jurídicas firmadas em julgamentos de casos repetitivos (IRDR e recursos especial e extraordinário repetitivos) e incidente de assunção de competência (IAC). Nestas espécies de padrões decisórios, o julgamento do caso em si não tem relevância para a corte, pois o que interessa é definir uma interpretação sobre uma questão unicamente de Direito. A tese jurídica firmada nestes provimentos vai de um caso particular ao geral, pois sua prescrição é genérica e abstrata (abstrai a análise fática) destinada a resolver problemas de interpretação do texto normativo, mirando em decisões no futuro, muito perto da função de uma lei.

Essas características afastam qualquer possibilidade de semelhanças ou mesmo da lógica da doutrina dos precedentes da tradição do *Common Law*. Na verdade, conforma uma técnica processual para resolução de problemas que se multiplicam em outros processos (gestão de processos repetitivos) ou como modalidade de compor divergências internas entre órgãos fracionários do mesmo tribunal e prevenção de possíveis divergências em questões de Direito (IAC).

É a tentativa de tomar uma decisão antes mesmo de examinar e compreender as particularidades dos conflitos por intermédio de enunciados destituídos de suporte fático como se lei fossem. O precedente se funda sobre a analogia fática e jurídica que o juiz do caso em julgamento faz com os fatos do caso anterior, pois somente com essa condição se pode aplicar a regra de que os mesmos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) devem ser aplicados a casos semelhantes. Esses fundamentos determinantes são o núcleo essencial da decisão e indicam a maneira de aplicação da norma extraída no caso anterior para resolução da controvérsia do caso jurídico sucessivo, diante da relação de semelhança e a reconstrução dos fatos e da regra jurídica dos dois casos. A tese jurídica firmada no julgamento dos casos repetitivos e no incidente de assunção de competência não contém um fundamento determinante extraído com amparo no contexto fático (questões unicamente de Direito), uma vez que os fatos nestes padrões decisórios são muito genéricos e analisados superficialmente, justamente para que a tese seja replicada em inúmeros outros processos e para casos futuros.

No **quinto objetivo específico**, a pesquisa postulou defender que a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) é a condição de possibilidade para a superação dos precedentes e padrões decisórios, pois é na *applicatio* (aplicação no caso jurídico concreto) que se evidencia o fato de que o padrão decisório está desgastado ou sem coerência e integridade social e jurídica.

Em todos os momentos da tese, foi destacada a ideia de que a observância das decisões anteriores é fundamental para manter a coerência e a integridade do sistema jurídico, mas os padrões decisórios emanados das Cortes não estão isentos de interpretação, pois configuram regras de interpretação feitas com base em casos já julgados, sendo que, para sua utilização correta, dependem dos fatos legais e jurídicos do caso concreto subsequente.

A Hermenêutica Filosófica ensina que a compreensão não acontece do nada, e sim de uma pré-compreensão que se completa pela interpretação e aplicação em

um momento único (interpretação e aplicação não podem ser cindidas). O ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz não pode ser previsto ou calculado matematicamente, porque sempre dependerá da adaptação da lei ou padrão decisório aos fatos singulares do caso jurídico concreto. Gadamer entende que não é possível trabalhar com respostas prontas, já que nem todas as situações da vida são previsíveis ou iguais.

É nessas circunstâncias que a teoria sobre os precedentes judiciais de Michele Taruffo, embora conforme matriz teórica diversa, se conecta à Hermenêutica de Gadamer. Sustenta Taruffo o argumento de que sobre os fatos particulares deve se fundar a interpretação da lei (ou o padrão decisório porque ambos são textos normativos) que há de ser aplicada ao caso jurídico concreto, pois é a referência aos fatos que deve guiar a interpretação e aplicação da lei. Taruffo diz que a justiça se faz interpretando e aplicando a lei (ou os padrões decisórios) em função dos fatos postos pelas partes que estão em litígio. Os fatos e suas peculiaridades, em suma, é que irão guiar o juiz na aplicação da regra jurídica.

Se, de um lado, a certeza do Direito impõe ao juiz, no momento de decidir, observar as expectativas da sociedade, sobretudo pela orientação posta pela lei e pelos padrões decisórios (tradição), de outra vertente, como a realidade está em perpétuo movimento, a solução dada a um caso anterior é suscetível de não estar em conformidade com a justiça do caso subsequente, e dependerá de nova interpretação para atribuir-lhe um novo sentido.

Perfilhando o pensamento de Gadamer e Taruffo, defendeu-se o ponto de vista de que os padrões decisórios são enunciados com uma finalidade de sentido que vão se ajustando ou não no decorrer da atividade interpretativa, porquanto, quando se está perante qualquer texto (lei, padrão decisório ou precedente), cria-se a expectativa de um sentido, prévio, que deve ser constantemente revisado conforme se avança na interpretação. A Filosofia gadameriana leciona que o juiz (ou intérprete) não tem liberdade absoluta diante dos padrões decisórios, porque é a tradição herdada do pensamento jurídico que vai subsidiar o ponto inicial do ato de compreensão, que deve ser ajustado de acordo com o conjunto probatório e as circunstâncias do caso jurídico concreto e de acordo com o contexto social do momento.

Se a norma jurídica é o resultado da compreensão, interpretação e aplicação do texto normativo, que não acontece em abstrato, mas em um processo de

concretização com os acréscimos trazidos pelo juiz de acordo com a realidade e com as circunstâncias do caso jurídico concreto, aquilo que se passou em outro julgamento, não é possível ser simplesmente reproduzido de forma automática em outro. A interpretação deverá ser renovada a cada novo caso em julgamento, pois as circunstâncias fáticas e o contexto social não serão os mesmos que influenciaram a formação do padrão decisório.

Constatou-se que a interpretação parte dos conhecimentos e da experiência do juiz – que é a base da sua pré-compreensão, essencial para a compreensão – e estes formam a realidade presente, que está constantemente se redefinindo diante dos novos conhecimentos adquiridos, e não pode ser limitada pelos conhecimentos do passado, quando a lei ou o padrão decisório foi criado.

Apesar da necessidade de continuidade, o Direito também reivindica constante desenvolvimento e o padrão decisório representa o passado e nem sempre ele representará o mais justo no presente ou no futuro. Para legitimar uma superação de um padrão decisório, que nada mais é do que quebrar a tradição do Direito judicial, é preciso entrar no círculo hermenêutico, integrando o passado com o presente, fazendo o que Gadamer chama de fusão de horizontes. É o novo e o velho que se encontram, é traduzir a linguagem do passado, representado pelo padrão decisório, na linguagem do presente, do novo caso posto em julgamento, quando, então, não se consegue mais distinguir o que é o velho e o que é o novo. É a união entre o que foi construído no passado com a realidade do presente.

Essa fusão acontece porque cada interpretação do padrão não é uma operação que se possa separar da sua aplicação, que não é uma parte acidental e secundária do fenômeno da compreensão, mas o constitui na sua essência do início ao fim e, por isso, ela parte de dados da realidade. A cada nova interpretação, o juiz acrescenta algo ao texto, de acordo com a realidade, com as circunstâncias do caso jurídico concreto, ou seja, o entendimento nada mais é do que a aplicação de um sentido presente, porque o exercício da jurisdição não pode ser despersonalizado, e, mais ainda, desumanizado. Ao juiz cumpre o trabalho de dar um alcance efetivo ao padrão decisório.

O que vai definir a norma jurídica é a interpretação e aplicação no novo contexto fático-jurídico apresentado, que pode confirmar ou não a aplicação do padrão decisório, impondo a sua manutenção, distinção, alteração ou superação. A compreensão, interpretação e aplicação do Direito, como ensina a Hermenêutica de

Gadamer, acontecem em momento único em que o intérprete, perante o caso jurídico concreto, verifica, em um processo circular, qual a regra jurídica a ser aplicada.

Esta operação interpretativa não é discricionária como se o intérprete estivesse começando do zero, porque sempre há algum sentido que o precede. Como nem tudo é legítimo, e pode levar a erro, o intérprete a todo tempo deverá identificar e combater seus preconceitos ilegítimos, não fundados no conhecimento e na tradição. É essa prudência que vai fornecer os limites da interpretação e aplicação do Direito, que começa pela pré-compreensão que é fornecida pela sua realidade histórica, passa pela legislação, que é a fonte primária do intérprete, seguindo pela tradição do Direito judicial (padrão decisório) e finalizando no suporte fático apresentado e no contexto histórico-social, já que transformações nas mais diversas searas – jurídicas, econômicas, sociais, tecnológicas etc – são constantes e inexoráveis.

Evidentemente, em muitos casos, essa é uma operação simples e os padrões decisórios desempenham importante tarefa na gestão de múltiplos processos. Essa circunstância, todavia, não elimina a necessidade de interpretação, pois o Direito tem caráter argumentativo e o padrão decisório não apresenta um sentido único e nem todas as situações da vida podem ser iguais ou previsíveis, daí a importância dos fatos e do contexto histórico e social para a solução de qualquer caso jurídico.

Haja vista tais considerações, e trilhando os caminhos abertos por trabalhos acadêmicos, esta tese teve o propósito de oferecer uma contribuição crítica ao estudo sobre o papel dos juízes e das Cortes na padronização decisória prevista no Código de Processo Civil, com suporte na relevância constitucional da função jurisdicional em todas as instâncias do Poder Judiciário e da vida forense que está arraigada na cultura jurídica brasileira.

Foi uma tentativa de apresentar uma maneira de entender o uso de decisões judiciais passadas para justificar julgamentos subsequentes e as dificuldades naturais de se copiar e introduzir, no sistema jurídico do Brasil, técnicas e procedimentos de culturas completamente diferentes. O dinamismo e a complexidade do sistema jurídico e social contrasta com a tentativa de simplificar a atividade judicial, em particular dos juízes de primeiro grau, ou de reduzi-la a uma atividade mecânica e de mera subsunção ao que é posto pelas Cortes de Vértice.

Uma padronização decisória muito rígida, hierarquizada, compromete todo o sistema judicial, pois empobrece a doutrina, limita a criatividade dos advogados e fomenta o comodismo judicial de repetir o que está preestabelecido.

Pelo fato de, neste parágrafo, ser impossível o emprego do discurso impessoal, em geral, modo de operar a escrita de textos científicos, dado que a comunicação é absolutamente particular, pede-se licença aos consulentes deste texto para, somente neste instante, utilizar a primeira pessoa do singular. Então, cumprindo o proposto pelo método fenomenológico-hermenêutico, com incursões analítico-descritivas, inserto no ambiente onde a pesquisa foi realizada, eu não poderia deixar de expressar a relevância e as contribuições para minha atuação profissional - e os influxos para outros profissionais do Direito - haja vista que trabalho em um Juizado Especial das Fazendas Públicas com milhares de ações judiciais (atualmente no acervo são 26.000) e muitas com assuntos ou temas repetitivos, vivenciando a importância da padronização decisória do art. 927 do Código de Processo Civil para gestão de múltiplos processos com questões de Direito idênticas, entretanto, mesmo na aplicação de súmulas ou teses extraídas de julgamentos repetitivos, por elas veicularem informação fáticas de forma simplificada (quando isso acontece), não é possível no julgamento distanciar das particularidades do caso jurídico concreto, sob pena de proferir julgamentos sem reflexão e distante do drama humano existente em cada processo e contrário ao dever jurisdicional que a Constituição da República confere aos juízes.

Consciente do desalinhamento em relação à maioria das contribuições da doutrina sobre o tema e percorrendo um caminho menos percorrido, pretendeu-se oferecer uma leitura, por outro prisma, ao que se convencionou chamar de “sistema de precedentes vinculantes” do processo civil brasileiro.

Nessa perspectiva, a pesquisa não se encerra com a conclusão da tese, pois aqui é posta uma hipótese possível para oferecer um caminho para outros estudos sobre tema de tamanha complexidade e de natureza multifacetada, que por isso provoca veementes debates na doutrina e constantes dúvidas na prática forense, não tendo a investigação, portanto, ambição de oferecer certezas definitivas, mas carrega consigo de maneira muito contundente a intenção de evitar o comodismo nos profissionais do Direito ante o que está preestabelecido.

A comprovação da hipótese é apenas uma das respostas possíveis de um processo que está sempre em (re)construção, porque a aplicação do Direito é um

trabalho hermenêutico, e, como tal, será sempre uma tarefa inacabada e recomeçada de (re)significação dos sentidos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ABBOUD, George. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

ABBOUD, George; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 279, p. 339-356, maio/2018.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. *In*: MENDES, Aloisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II.

ACQUARONE, Lorenza et al. **Sistemi giuridici nel mondo**. 2. ed. Torino/IT: Giappichelli, 2016.

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito português**. 8. ed. Lisboa: Arco-Íris – Artes Gráficas, 1993.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1860.

ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de processo**, São Paulo, ano 41, v. 260, p. 277-304, out. 2016.

ALPA, Guido. *et al.* Due iceberg a confronto: le derive di Common Law e *Civil Law*. **Quaderni della rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 12. Milano/IT: Giuffrè, 2009. ISBN: 9788874745759;

ALPA, Guido. Il diritto giurisprudenziale e vivente. **Rivista di sociologia del diritto**, n. 3, 2008. DOI:10.3280/SD2008-003002. Disponível em: <https://www.francoangeli.it/Riviste/Schedarivista.aspx?IDarticolo=35316>. Acesso em: 04 out. 2020.

ALPA, Guido. Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 137-147, 2018. A cura di italiadecide.

ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli/IT: Editoriale Scientifica, 2006. ISBN: 88-95152-16-6.

ALPA, Guido. La regola del precedente e i suoi "falsi amici". *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino. 2018.

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? *In*: MORAES, Vânia Cardoso de (coord.); FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. *et al.* **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. Distinção entre questão de fato e questão de Direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de processo**, São Paulo, v. 92, p. 52-70, out-dez/1998.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

AMAYA, Amalia. Coherencia, justificación y derecho: respuesta a los participantes. **Revista discusiones X**, v.10, 2011.

AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012. ISSN: 0214-8676.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressupostos para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Thoth, 2021.

ANNONI, Daniele. **Direitos humanos & acesso à Justiça no Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2003.

ANNONI, Daniele. **O Direito Humano de acesso à Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Presente e Futuro do Recurso Especial. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.) **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedente e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm e Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVOLI, Alberto. Nomofilachia un concetto al plurale. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 43 - 47, 2018. A cura di italiadecide.

AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. Terza edizione. Torino/IT: Unione tipografico-editrice torinese, 1957.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Coleção constituições brasileiras: volume II**. Org. Walter Costa Porto. 3. ed. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica).

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. p. 187. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/21512>. Acesso em: 03 fev. 2019.

BARREIRO, Lorena Miranda Santos. Estrutura de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade

multicultural. *In*: DIDIER, Fredie Jr. (coord.). *et al. Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARSOTI, Vitoria. **L'arte di Tacere**: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino/IT: Giappichelli, 1999.

BARTOLINI, Francesco. **Codice di Procedura Civile**: e leggi complementari. 35. ed. Piacenza/IT: La Tribuna, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: vol.1. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 253, ano 41, p. 347-385, mar. 2016.

BERTEA, Stefano. **Certezza del diritto e argomentazione giuridica**. Soveria Mannelli (Cantazaro): Rubbettino, 2002.

BESSO, Chiara; CHIARLONI, Sergio. **Problemi e prospettive delle corti supreme**: esperienze a confronto. Napoli/IT: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1979.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v. 1.

BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. **Revista de processo**, São Paulo, v. 249, p. 249-274, nov. 2015. p. 249-250. Ver ainda: CAPRI, Federico. L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri. Disponível em: <https://www.iusexplorer.it/riviste/PrintExportSend>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRAGA, Theophilo. **História do Direito Portuguez**: os foraes. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868. p. 39. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310701093&view=image&seq=63>. Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923**. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1923. Revogado pelo Decreto n. 11 de 1991. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em: 12 jun. 1919.

BRASIL. **Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875**. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, p.183, v. 1, pt I. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1876, p. 300, v.1, pt. II. (Publicação Original). Não consta revogação expressa. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11672.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.** Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Revogado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10352.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1990]. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%277%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%277%27).sub). Acesso em: 15 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 203.** Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=410>. Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoría del precedente judicial: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales**. Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano e Brian L. Ragas Solórzano. Lima/Perú: Ediciones Legales, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Obter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, maio-ago. 2018.

BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. **Revista AJURIS**, v. 12, n. 34, p. 189–217, jul. 1985.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Tomo I, volumen I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**, Opere giuridiche. Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei e Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Roma/IT: RomaTrepress, 2019. v. VI.

CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. *In*: OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Roma: Giuffrè, 1968.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Volume VI – La Cassazione civile (prima parte), Roma/IT: Edizione Roma TRE-PRESS, 2019.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. DIDIER Jr, Fredie. *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

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

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de processo**, São Paulo, ano 41, v. 260, p. 277-304, out. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPODONICO, Francesco. La génesis de la ambigüedad: apuntes para una investigación histórica sobre la conmixti3n entre *jus constitutionis* y *jus litigatoris*. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico. In: PINO, Giorgio; SHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (coord). **Filosofia del diritto**: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Torino: G. Giappichelli, 2013.

CANZIO, Giovanni. Nomofilachia e diritto giurisprudenziale. In: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino, 2018.

CAPONI, Remo. Prospective overruling: Bilancio di una vicenda. **Revista eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, ano 12, v. 9, n.2, mai./ago. 2018. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduaç3o Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Traduç3o de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONE, Enrico. Quattro tesi sulla nomofilachia. **Politica del diritto**. Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da Stefano Rodotà. 4/2004, p. 599-616. DOI: 10.1437/19105.

CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna/IT: Il Mulino, 2017.

CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: i precedenti. Bologna: Il Molino. 2018.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e aç3o civil pública: uma nova sistematizaç3o da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. **O novo processo civil brasileiro**: temas relevantes. Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. vol.1.

CARNELUTTI, Francesco. Certezza, autonomia, libertà e diritto. **Discorsi Intorno al Diritto**. Padova: CEDAM, 1961. volume terzo.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorizaç3o da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER Jr, Fredie. *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CASELLI, Eduardo Piola. Giurisprudenza. **Il digesto italiano**. Torino/IT: Diretta da Luigi Lucchini. Unione Tipografico Editrice. v. XII, 1900-1904.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Curso de introduç3o ao estudo do Direito**. Coimbra: Coimbra. Datilografado e impresso em offset João Abrantes, 1971-72.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 6, nota 13.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. **Analise e diritto**, 2004, p. 78-79. Disponível em: <https://it.readkong.com/tmp/readkong--il-precedente-giudiziale-8492636.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2008.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06). **Decreto-lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966**. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral. (Revogado pelo Dec.-Lei 329-A/95, de 12-12). *In*: Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 07 out 2019.

COLESANTI, Vittorio. Giurisprudenza. *In*: AZARRA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice Torinese. VII, 1957.

COMOGLIO, Luigi Paolo; CARNEVALE, Valentina. Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, n. 4, 1037-1070, ott./dic. 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números (2020)**. p. 105. *In*: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução Nº 106 de 06/04/2010**. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>. Acesso em: 25 out. 2020.

CONSLEHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020. Figura 140.

CONSOLO, Claudio. Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fato del caso concreto. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018.

CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legittimità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1979.

COSTA, Judith Martins. O Direito privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 139 jul./set. 1998.

COVELLI, Maria Rosaria. L’uso giudiziario del precedente. Ruolo e specificità del “giudice del merito”. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente em el Derecho inglés**. Traducción de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, fourth edition, 1991.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth Ediotra, 2021.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **Do modelo de regras à prática interpretativa**: o romance em cadeia na aplicação dos padrões decisórios como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito. 2018. Tese (Doutorado em DIREITO) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

CURZIO, Pietro. Il giudice e il precedente. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato: I precedenti**. Bologna: Il Molino. 2018.

DALFINO, Domenico. Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale. **Il giusto processo civile**, Bari, fasc. 4, 2017, pag. 1023 -1065. 2017. ISSN 1828-311X.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DE RITIS, Francesco. Riflessioni sparse su *jus litigatoris* e *jus constitutionis*. **Il Giusto Processo Civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. p. 259. ISSN: 1828311X.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça (BDJur). 2007. Coleção: Produção Intelectual dos Ministros do STJ. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>. Acesso em: 9 mar. 2018.

DENTI, Vittorio. **Sistemi e riforme**: studio sulla giustizia civile. Bologna/IT: Mulino, 1999.

DI PORTO, Andrea. Calcolo giuridico secondo la legge nell’età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo. *In*: CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna: Il Molino. 2017.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente,

coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER Jr, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, out. 2014/jan. 2015.

DIDIER Jr, Fredie; Souza, Marcus Seixas. O Respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. **Revista de processo comparado**, São Paulo, v. 2, jul./dez. 2015.

DIDIER, Fredie Jr. Formação do precedente e amicus curiae no Direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 220, jun. 2013.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, Direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Quinta edizione. Padova/IT: CEDAM, 1989.

FERRARESE, Maria Rosaria. Nomofilachia e complessità del contesto giuridico odierno. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, p. 179 - 194, 2018. A cura di italiadecide.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado**: uma análise empírica. 235 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica), 2017.

FIGUEIREDO, Jozé Anastasio de. **Synopsis Chronologica**: subsídios ainda os mais raros para a história e estudo crítico da legislação portuguesa. Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1790.

FILARDI, Hugo. **Precedentes obrigatórios inconstitucionais**: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANCARIO, Fabio. Il diritto alla sicurezza giuridica: note in tema di certezza giuridica e giusto processo. **Diritto e società**, Napoli, fasc. 1, p. 11-29. 2018. RIV ITA 386.

FRANCARIO, Fabio. Il diritto alla sicurezza giuridica: note in tema di certezza giuridica e giusto processo. **Diritto e società**, Editoriale Scientifica: Napoli, 2018, fasc. 1, p. 11-29. RIV ITA 386.

FRANCO, Giuseppe. **Conoscenza e interpretazione**: l'inaspettata convergenza tra l'espitemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer. Soveria Mannelli/IT: Rubbettino, 2012.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara. 3ª edición, México, 2001.

FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione**: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'ottocento. Torino: Giappichelli, 2012.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Comentário ao artigo 947 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini e revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis/ Rio de Janeiro: Vozes, 2017. v. II.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. I.

GALGANO, Francesco. Generalità. *In*: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993.

GARAPON, Antonie; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos e revisão de Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIANFORMAGGIO, Letizia. **Filosofia del diritto e ragionamento giuridico**. A cura di Enrico Diciotto e Vito Velluzzi. Ristampa riceduta a cura di Silvia Zorzetto. Torino/IT: G. Giappichelli, 2018.

GINO, Gorla. Precedente giudiziale. *In*: **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istituto della enciclopedia italiana Treccani, 1991, volume XXVI.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito português**: fontes do Direito. I vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1933.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORLA, Gino. **Giurisprudenza**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1969.

GORLA, Gino. Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze. **Il Foro Italiano**, v. 87, n. 7. 1964. p. 73-74 e 87/88. Published by: Societa Editrice Il Foro Italiano. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23154584>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GORLA, Gino. **Precedente giudiziale**. Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1991. v. XXVI. p. 1 – 14.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do Direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRIFFI, Filippo Patroni. Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa. *In*: **Calcolabilità giuridica**. A cura di Alessandra Carleo. Bologna: Il Mulino, 2017.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marco Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Bari/IT: Laterza, 2012.

GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. Bari/IT: Laterza, 2015.

GUERRA, Sérgio. **Discricionarietà e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 6. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 1999.

HOMEM, António Pedro Barbas (org.) **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Coimbra: Almedina, 2007.

HOY, David C. **Il circolo ermeneutico**: letteratura, storia ed ermeneutica filosofica. Bologna/IT: Il Mulino, 1990.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas sociais**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao.html>. Acesso em: 22 jun. 2021.

IRTI, Natalino. IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Torino: G. Giappichelli, 2016.

IRTI, Natalino. Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica. *In*: CARLEO, Alessandra. **Calcolabilità giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2017.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito**. (Zweck im Recht). Vertido da trad. Francesa de O. De Meulenaere. Conselheiro da Relação de Gand, por Abel D'Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand. José Bastos & C.a – Editores, 1963.

JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista de estudos históricos**, v. 9, n. 18, 1996. p. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 08 abr. 2018.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. A cura di Giovanni Marino. Milano/IT: Giuffrè, 2003.

KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

KERN, Christoph. El rol de la Suprema Corte. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. **Revista de processo**, v. 28, ago. 2016.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, 78, p. 453-459. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/26723/25591>. Acesso em: 24 set. 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Giurisprudenza. **Nuovo digesto italiano**. A cura di Mariano D'amelio. Torino/IT: Unione Tipografico Editrice, 1938.

LONGO, Mario. Certezza del Diritto. **Novissimo digesto italiano**. A cura di Antonio Azara e Ernesto Eula, 1957: Unione tipografico-editrice torinese: Torino/IT, Terza edizione.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade à luz da questão institucional**: política, cidadania,

democracia discursiva e experimentalismo. 2014. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2020.

LUQUE, Pau. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo. **Ragion pratica**. Rivista semestrale, 1/2015. Doi: 10.1415/79630.

LUZZATI, Claudio. **L'interprete e il legislatore**: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. (eds). **Interpreting precedents**. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo; revisão técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINHO, Arthur Leandro da Silva. **Sobre o princípio da identidade dos indiscerníveis na filosofia de Leibniz**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17083/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Arthur%20Leandro%20da%20Silva%20Marinho.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão x precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos

de Mestrado e Doutorado em Direito processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A definição da interpretação da lei pelo STJ como requisito para a atuação do STF. **Revista de processo**, São Paulo, v. 381, p. 167-187, jan. 2021.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARTÍN, Nuria Belloso. Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los Tribunales Inferiores? **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1 p. 267-297, jan./jun. 2018.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Woltes Kluwer e Coimbra, 2010.

MATTEI, Ugo; ARIANO, Emanuele. **Il modello di Common Law**. Quinta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinários e especial. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BANQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista brasileira de políticas públicas**. v. 8, n. 1, abr. 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15 n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 102, § 2º. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di Civil Law**: nell'analisi di un giurista di Common Law. A cura di Mauro Cappelletti. Presentazione di Gino Gorla. Milano/IT: Giuffrè, 1973.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MEURER JÚNIOR, Ezair José. **Súmula vinculante no CPC/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MITIDIEIRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIEIRO, Daniel. Dos modelos de Cortes de Vértice: Cortes Superiores y Cortes Supremas. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

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

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, DANIEL. **Reclamação nas Cortes Supremas**: entre autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. **Il modello di Civil Law**. Quarta edição. Torino/IT: Giappichelli, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 21. ed. refundida, com a colaboração de Luiz Antônio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28;

MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. *In*: GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Seconda edizione. Bologna/IT: Zanichelli, 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUNOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y del precedente vinculante**. Plamplona: Aranzadi, 2011.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NICOLI, Ricardo Luiz. **Audiência única e duração razoável do processo nos Juizados Especiais Cíveis**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

NICOLI, Ricardo Luiz. Discrecionabilidade e integração de conceitos jurídicos indeterminados: os limites do controle positivo das questões técnicas complexas pelo Poder Judiciário. *In*: GUERRA, Sérgio (org.) **Transformações do Estado e do Direito**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

NICOLI, Ricardo Luiz. **Levando os juizados especiais estaduais a sério: coerência e integridade como vetores do acesso à justiça com igualdade e segurança**. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/area-do-associado/eventos/34q12098/trabalho/KOZraj9Wz1IZ63HU>. Acesso em: 26 ago. 2021.

NICOLI, Ricardo Luiz; SILVA, Lucas Cavalcante. **Técnica de julgamento de demandas repetitivas e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça**: todos têm seu dia perante a corte? (no prelo).

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito comparado e brasileiro**. 2. ed. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle. **O IRDR do novo CPC**: este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentário ao artigo 1.030 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489. 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; WERNECK, Isadora Tofani Gonçalves Machado; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.) **Panorama atual do novo CPC 2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA Jr. Zulmar Duarte de; Comentário ao artigo 988. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA Jr. Zulmar Duarte de. **Execução e recursos**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017.

OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele. Milano: Giuffrè, 1968.

OÑADE, Flavio Lopez. **La certezza del diritto**. A cura di Guido Astuti. Roma: Casa Editrice Gismondì, 1942.

OTEÍZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 187, p.181-230, set. 2010.

PAJNO, Alessandro. Un memorandum virtuoso. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, 2018.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Dopo la certezza**: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia. Bari/IT: Edizione Dedalo, 2006.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PASSANANTE, Luca. Il Common Law: Inghilterra. **Sistemi giuridici nel mondo**. Seconda edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2016.

PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civil. Torino: G.Giappichelli, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. **Diritto pubblico, rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini**, n. 2/2018, p. 520. DOI: 10.1438/91833. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/issn/1721-8985/issue/7569>. Acesso em: 09 Jan 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 810/93**. A questão da inconstitucionalidade da norma do art. 2.º do Código Civil - o instituto dos assentos. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/4837>. Acesso em: 30 out. 2019.

POSTEMA, Gerald J. **Common Law e sistema**: una prospettiva di teoria del diritto Traduzione dall'inglese di Luigi Mariano e Andrea. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli/IT, 2019.

RAGONE, Álvaro Pérez. El complejo de sísifo y la corte suprema chilena. *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 5º do Código de Processo Civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma Teoria Processual do Direito. *In*: DIDIER, Fredie (org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la tutela judicial efectiva:** hacia una nueva teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro:** presente e futuro. Londrina: Thoth, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa.** v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997. p. 52. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 29 set. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica:** entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem (Ideias). São Leopoldo: Unisinos, 2019. E-book. posição 2858.

RORDORF, Renato. La nomofilachia nella dialettica Sezioni semplici-Sezioni unite e Cassazione-Corte costituzionale. *In:* ACIERNO, Maria; CURZIO, Pietro; GIUSTI, Alberto. **La Cassazione civile:** lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana. Bari/IT: Cacucci. 2011.

ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. **Revista dos Tribunais**, v. 879. jan. 2009.

ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira:** a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia:** proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019.

RUSCIANO, Silvia. **Nomofilachia e ricorso in Cassazione.** Torino/IT: G. Giappichelli, 2012.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências:** Um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado de Ceará. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito.** 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno.** São Paulo: Atlas, 2008.

SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti:** lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Torino/IT: Giappichelli.

SANTOS, Andrés de la Oliva. Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo spagnolo. *In*: BESSO, Chiara; CHIARLONI, Sergio. **Problemi e prospettive delle corti supreme**: esperienze a confronto. Napoli/IT: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça**: A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Tomás J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca/ES: Ratio Legis Librería Jurídica/Universidad internacional de la Rioja, 2013.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 1º, caput. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf. Acesso em: 05 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVARESE, Eduardo. **Certeza del diritto e diritto internazionale**: coerenza e identità tra fonti e argomentazione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2018.

SCARPARO, Eduardo. Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes. **Revista brasileira de direito processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 141-163, out./dez. 2019.

SCARPARO, Eduardo. **Retórica Forense**: história, argumentação e invenção retórica. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SCARSELLI, Giuliano. *Ius constitutionis e ius litigatoris* alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione. **Rivista di Diritto Processuale**. 2017, p. 355-357. Disponível em: <http://www.studiolegale.leggiditalia.it/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

SCHAUER, Frederick. **Il ragionamento giuridico**: una nuova introduzione. Traduzione di Giovanni Battista Ratti. Roma/IT: Carocci, 2018.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano**. Disponível em: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/655/H.V.M.%20Sica.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione. **Le corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 105 – 116, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

SORIANO, Leonor Moral. **El precedente judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro: Colônia e Império**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014. p. 113 -116. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15279?mode=full>. Acesso em 29 set. 2020.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. **Sobre a essência do fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 926 do Código de Processo Civil. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - A exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo;

LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPODIVM, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista brasileira de ciências criminais**. v. 78, p. 284-319, mai./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. Comentário ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. executivo Alexandre Freire). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. Comentário ao artigo 1º, caput. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta n. 1. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. *In*: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARELLO, Giovanni. **L' interpretazione della legge**. Milano/IT: Giuffrè, 1980.

TARELLO, Giovanni. **Sul problema della crisi del diritto**. Torino/IT: Giappichelli, 1957.

TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vítor Mendonça Sica, CINTRA, Lia Carolina Batista. **I colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *In*: **Studi in memoria di Gino Gorla**. Tomo I. Milano/IT: Giuffrè, 1994.

TARUFFO, Michele. El precedente judicial em los sistemas de *Civil Law*. **Revista Ius et Veritas**, n. 45, p. 88-95, Diciembre. 2012. ISSN 1995-2929. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>. Acesso em: 22 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo**: ensayos sobre la Casación civil. Traducción de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Org. e ver. das traduções: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars interpretandi**, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2018. ISSN 1722-8352.

TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e *Civil Law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de processo**, São Paulo, v. 181, mar. 2010.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2 p. 195-208, jul./dez. 2010.

TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, [1991?].

TARUFFO, Michele. La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 27, n. 2, p. 9-19, Diciembre. 2014. DOI: 10.4067/S0718-09502014000200001. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173733391001>. Acesso em: 07 abr. 2019.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Le Corti Europee: accesso, filtri e selezione. **Le corti Supreme**. Milano: Giuffrè, p. 95 – 104, 2001. Atti del convegno in Perugia, 5-6 maggio 2000.

TARUFFO, Michele. Le Funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e Giustizia. **Revista eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de**

Janeiro – REDP, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 438-439. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547/15867>. Acesso em: 31 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. Note sul precedente giudiziale. *In*: CARLEO, Alessandra. **Il vincolo giudiziale del passato**: I precedenti. Bologna: Il Molino. 2018.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, São Paulo, v. 199, set. 2011.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Daniel Mitidiero (apresentação, organização e tradução). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Sobre el precedente. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coord.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino/IT: Giappichelli, 2020.

TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TRENTO, Simone. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no Direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade: São Paulo: Saraiva, 2016.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè. 1974.

UCHOA, Sheila Monteiro. **Juízo de adequação aos precedentes**: vinculação e possibilidade de recusa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 257, p. 57-72, mai./ago. 2011.

VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito especialmente do Direito brasileiro**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VARANO Vincenzo; BARSOTTI Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Testo e materiale per un confronto *Civil Law Common Law*. Sesta edizione. Torino/IT: Giappichelli, 2018.

VETTORI, Giuseppe. La giurisprudenza come fonte del diritto privato. **Persona e mercado**, n. 2. 2016. p. 144. Disponível em: <http://www.personaemercato.it/la-giurisprudenza-come-fonte-del-diritto-privato-di-giuseppe-vettori/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

VIANA, Antônio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIGLIONE, Filippo. **L'overruling nel processo civile italiano**: un caso di flusso giuridico controcorrente. Il Mulino – Rivisteweb. Política del diritto, Fascicolo 4, dicembre. 2014. ISSN 0032-3063.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma/IT: Editori Laterza, 1999.

VIOLANTE, Luciano. Introdução. **La nomofilachia nelle tre giurisdizioni**: Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti. Bologna: Il Mulino, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Finalidade maior dos juizados especiais cíveis. **Revista cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, ano 3, n. 7, 2º semestre, 1999 – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. v. 1.

WEBER, Max. **O Direito na economia e na sociedade**. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.

WEBER, Max. **Storia economica**: linee di una storia universale dell'economia e della società. Introdução di Carlo Trigilia. Traduzione di Sandro Barbera. Roma: Donzelli, 1997.

WOLKER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. **Dicionário de filosofia jurídica**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo-RS e Rio de Janeiro-RJ: Unisinos e Renovar, 2006.

ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do Direito**. Tradução Arno Dal Ri Jr. Revisão Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Dr. Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017.

ZACCARIA, Giuseppe. Introduzione. Crisi della fatipecie, crucialità del caso, concetto di legalità. **Ars interpretandi**, Bologna, Fascicolo 1, gennaio-giugno. 2019. ISSN 1722-8352.

ZACCARIA, Giuseppe. **La comprensione del diritto**. Bari/IT: Editori Laterza, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Caso, regola di diritto, massima. *In*: **La giurisprudenza per massime e il valore del precedente**: con particolare riguardo alla responsabilità civile. Padova: Cedam, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge diritti giustizia. Einaudi Contemporanea: Torino/IT. 1992.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.