



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

SHEILA MONTEIRO UCHÔA

**O JUÍZO DE RETRATAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE DISSENSO EM RELAÇÃO AOS
PRECEDENTES FIRMADOS SOB OS REGIMES DA REPERCUSSÃO GERAL E
DOS RECURSOS REPETITIVOS**

**FORTALEZA
2020**

SHEILA MONTEIRO UCHÔA

O JUÍZO DE RETRATAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE DISSENSO EM RELAÇÃO AOS
PRECEDENTES FIRMADOS SOB OS REGIMES DA REPERCUSSÃO GERAL E DOS
RECURSOS REPETITIVOS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, como requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientador: Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

U17j

Uchôa, Sheila Monteiro

O juízo da retratação na admissibilidade dos recursos excepcionais e a possibilidade de dissenso em relação aos precedentes firmados sob os regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos. / Sheila Monteiro Uchôa. – 2020.
78 f.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Especialização em Direito Processual Civil, Fortaleza, 2020.
Orientação: Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto.

1. Precedentes judiciais. 2. Admissibilidade dos recursos excepcionais. 3. Juízo de retratação. 4. *Overruling*. I. Título.

CDDIR 342.46

SHEILA MONTEIRO UCHÔA

O JUÍZO DE RETRATAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE DISSENSO EM RELAÇÃO AOS
PRECEDENTES FIRMADOS SOB OS REGIMES DA REPERCUSSÃO GERAL E DOS
RECURSOS REPETITIVOS

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Processo Civil da Escola
Superior de Magistratura do Estado do Ceará,
como requisito para obtenção do título de
Especialista em Processo Civil.

Aprovada em: 27/05/2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho
Centro Universitário Christus

Prof. Me. Eduardo Régis Girão de Castro Pinto
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

RESUMO

O artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil atribui ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal, conforme dispuser seu regimento, a competência para, no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, encaminhar o processo ao órgão julgador para a realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de entendimento exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos. A problemática enfrentada neste trabalho consiste em aferir, à luz do dispositivo em questão, se os tribunais podem divergir de teses firmadas sob tais sistemáticas. Partindo do texto legal, pretende-se responder à seguinte indagação: o órgão julgador que profere o acórdão divergente daqueles padrões decisórios está obrigado a realizar o juízo de retratação quando instado a tanto? A análise se inicia pelo estudo de premissas teóricas necessárias para a compreensão da matéria, como os conceitos de precedentes, jurisprudência, súmulas e ementas, destacando-se as diferenças entre os institutos. Em seguida, abordam-se os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro que motivaram a construção do novo regime de aplicação de padrões decisórios, as peculiaridades da sistemática adotada e sua relação com as garantias constitucionais do acesso à justiça, da razoável duração do processo e da segurança jurídica, com enfoque nas repercussões no sistema recursal. O derradeiro capítulo trata da admissibilidade dos recursos excepcionais e da dificuldade imposta ao *overruling* difuso pelo novel regramento, com ênfase no juízo de retratação dos órgãos julgadores aos padrões decisórios, disciplinado pelo artigo 1.030, inciso II, do CPC. Investiga-se a possibilidade do dissenso dos tribunais ordinários em relação a precedentes firmados sob os regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos. A metodologia empregada para a investigação foi a pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa é aplicada. Trata-se de assunto relevante que repercute de forma direta na prática forense, assim como na esfera jurídica dos cidadãos que buscam no Poder Judiciário a resolução dos seus conflitos com a expectativa de ter a oportunidade de influenciar o julgador na tomada de decisões. Admissão da divergência de juízes e tribunais em relação aos padrões decisórios vinculantes, desde que observado o ônus da fundamentação em densidade compatível com a força do precedente desafiado e com um acréscimo de significado à sua *ratio decidendi*, reduz os danos advindos da interpretação literal do artigo 1.030, I. Tal solução permite que os tribunais superiores, únicos competentes para a superação dos seus precedentes, revisem suas teses quando as Cortes de

segundo grau, ao refutarem o juízo de retratação disciplinado pelo artigo 1.030, II, do CPC, mantiverem os acórdãos proferidos em sentido contrário aos padrões decisórios firmados sob os regimes dos recursos repetitivos e da repercussão geral. A abertura do sistema de precedentes ao dissenso contribui para a garantia do acesso à justiça dos sujeitos cujas demandas surjam após o julgamento do *leading case* e que, portanto, não tenham participado do debate antecedente à formação do padrão decisório, compatibilizando a sistemática implementada pelo CPC com o princípio democrático.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Admissibilidade dos recursos excepcionais. Juízo de retratação. *Overruling*.

ABSTRACT

The Brazilian Code of Civil Procedure gives the president or vice-president of the court the power to, in the context of the admissibility of exceptional appeals, return the case to the judging body for retraction, when the decision goes against the binding precedents of the higher courts. The problem faced in this thesis consists in assessing whether the courts can diverge from rulings established under the repetitive appeal regimes. The purpose of this work is to answer the following question: is the judging body that issues the ruling different from those decision standards obliged to review its decision when asked to do so? The analysis begins with the study of theoretical premises necessary to understand the subject, such as the concepts of binding precedents, jurisprudence and decision standards, with emphasis on the differences between these institutes. Afterwards, the challenges faced by the Brazilian Judiciary that motivated the construction of the new regime of binding judicial precedents, the peculiarities of this system and its connection with the constitutional guarantees of access to justice, the reasonable duration of procedures and legal security issues are addressed, focusing on its repercussions in the appeals system. The last chapter tackles the admissibility of exceptional resources and the difficulty imposed on overruling binding precedents after the new regulation, emphasizing on the ruling of retraction disciplined by article 1.030, item II, of the Civil Procedure Code. The methodology used for the investigation was bibliographic and documentary research. As for the use of the results, the research is applied. The subject is relevant and has a direct impact on the work of legal practitioners, as well as in the lives of individuals who seek solution to their conflicts expecting to influence the judge's decisions. Admitting the divergence among judges and courts in relation to binding decision-making standards, provided that the burden of reasoning in a density compatible with the strength of the precedent and with an addition of meaning to its *ratio decidendi* is observed, reduces the damages resulting from literal interpretation of article 1.030, I, of the Civil Procedure Code. This solution allows the higher courts to review their own theses when the courts of appeal refute the retraction judgment and uphold the judgments given in opposition to the decision standards established in the systems of repetitive appeals and general repercussions. The possibility to dissent guarantees access to justice for subjects whose demands arise after the judgment of the leading case, making the system implemented by the CPC compatible with the democratic principle.

Keywords: Biding Precedents. Admissibility of extraordinary appeal. Ruling of retraction. Overruling.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 TEORIA DOS PRECEDENTES: CONCEITOS ELEMENTARES..... | 10 |
| 3 PADRÕES DECISÓRIOS NO CPC/2015: A TENSÃO ENVOLVENDO ACESSO À JUSTIÇA, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA RECURSAL | 22 |
| 3.1 Justiça em números: realidade dos tribunais brasileiros quando da aprovação do Código de Processo Civil de 2015..... | 23 |
| 3.2 Vinculação como integridade x autoritarismo judicial: a necessária abertura dialógica dos precedentes judiciais..... | 30 |
| 3.3 Sistema de aplicação de padrões decisórios do CPC | 39 |
| 4 JUÍZO DE RETRATAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS EXCEPCIONAIS E O <i>OVERRULING</i> DIFUSO: PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.030, INCISOS II E V, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 54 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 70 |
| REFERÊNCIAS..... | 73 |

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) intensificou, no plano normativo, a tendência observada durante a vigência da codificação anterior de incentivo à uniformização das decisões judiciais e de atribuição de eficácia vinculante a teses firmadas pelas cortes superiores mediante procedimentos qualificados.

Sucessivas reformas não concatenadas sofridas pela Constituição Federal de 1988 e pelo CPC de 1973 conceberam uma sistemática embrionária de padrões decisórios a serem observados pelos julgadores como forma de otimizar o processo, conferir estabilidade à jurisprudência e prestigiar a segurança jurídica. Exemplos representativos desse fenômeno são os poderes conferidos ao relator no âmbito dos tribunais (artigo 557 do CPC/1973), a súmula vinculante (artigo 103-A da CF/1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004) e a criação do regime da repercussão geral e do julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores (artigos 543-A a 543-C do CPC/1973, incluídos pela Lei n. 11.672/2008).

Com o CPC atual buscou-se corrigir a fragmentação do sistema anterior e aprimorá-lo, ascendendo a autoridade dos precedentes a um novo patamar. As mudanças foram intensas, mas não se deve cogitar da migração para um modelo de *common law*. A mera incorporação de institutos inspirados naquele sistema não tem o condão de transmutar o sistema jurídico de um país.

No Brasil, o Direito permanece centrado na lei escrita, sua fonte imediata, e, ao contrário do que ocorre nos países anglo-saxões, o efeito expansivo obrigatório de decisões tomadas pelas cortes judiciais limita-se às situações expressamente enumeradas na constituição ou na lei. É manifesto, todavia, o influxo sofrido entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, fenômeno global que, em nosso País, impactou fortemente a redação do Código Fux, como ficou conhecido o CPC atual, em homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal que presidiu a comissão do Senado responsável pelos estudos voltados à sua elaboração.

A adaptação dos sujeitos que atuam no processo à nova sistemática e o consequente sucesso do modelo adotado pressupõe a compreensão de suas premissas teóricas. Objetiva-se, com este trabalho, colaborar com esse estudo, sob um viés pragmático. Diante da amplitude do

tema concernente aos precedentes judiciais e da vasta produção acadêmica nesse campo, optou-se por um recorte que contribua para a solução de problemas enfrentados no cotidiano forense.

Foi nesse contexto que a autora, a partir da experiência obtida enquanto servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, observou pairarem dúvidas acerca da aplicação das disposições contidas nos artigos 1.030 e 1.042 do Código de Processo Civil, que tratam da admissibilidade dos recursos excepcionais. Tais dispositivos foram modificados ainda no período da *vacatio legis* do CPC pela Lei n. 13.256/2016, que fez ressurgir o duplo juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, extirpado pela redação original do Código.

A referida lei também ampliou os poderes conferidos aos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais ordinários, com o intuito de prestigiar os precedentes judiciais oriundos das cortes de superposição e filtrar o número de recursos submetidos à jurisdição destas, atualmente assoberbadas com uma carga de trabalho impraticável.

Contudo, a depender da forma como as regras decorrentes das modificações trazidas pela Lei n. 13.256/2016 sejam interpretadas e aplicadas, há um risco de engessamento da jurisprudência, ao se impedir que as partes provoquem a superação de padrões decisórios emanados de tribunais superiores.

O artigo 1.030, inciso II, do CPC atribui ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal, conforme dispuser seu regimento, a competência para, no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

A problemática enfrentada neste trabalho consiste em aferir, à luz do dispositivo em questão, se os tribunais podem divergir de teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça sob tais regimes. Com base no texto do artigo 1.030, inciso II, do CPC, pretende-se responder à seguinte indagação: o órgão julgador que profere o acórdão divergente daqueles padrões decisórios está obrigado a realizar o juízo de retratação quando instado a tanto?

A análise se inicia pelo estudo de premissas teóricas necessárias para a compreensão da matéria, como os conceitos de precedentes, jurisprudência, súmulas e ementas, destacando-se as diferenças entre os institutos.

Em seguida, abordam-se os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro que motivaram a construção do novo regime de aplicação de padrões decisórios, as peculiaridades da sistemática adotada e sua relação com as garantias constitucionais do acesso à justiça, da razoável duração do processo e da segurança jurídica, com enfoque nas repercussões no sistema recursal.

O derradeiro capítulo trata da admissibilidade dos recursos excepcionais e da dificuldade imposta ao *overruling* difuso pelo novel regramento, com ênfase no juízo de retratação dos órgãos julgadores aos padrões decisórios, disciplinado pelo artigo 1.030, inciso II, do CPC. Investiga-se a possibilidade do dissenso dos tribunais ordinários em relação a precedentes firmados sob os regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

A metodologia empregada para a investigação foi a pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa é aplicada.

O estudo foi iniciado no âmbito da disciplina “Precedentes Judiciais”, ministrada no Curso de Especialização em Processo Civil oferecido pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), o que levou a autora a publicar o artigo intitulado “Impactos da Lei n. 13.256/2019 sobre o *overruling* difuso” no Boletim Conteúdo Jurídico, n. 933, Ano XI, em 23/11/2019.

A partir daquele trabalho embrionário e da constatação da amplitude do tema, bem como das diversas possibilidades apontadas pela doutrina para solucionar o problema relacionado à superação de precedentes após a referida mudança legislativa, optou-se por efetuar um recorte temático sobre o juízo de retratação a que alude o artigo 1.030, inciso II, do CPC, por se tratar de uma possível solução extraída do próprio texto legal, sem a necessidade de nova reforma nem de interpretação extensiva que conduza ao cabimento de recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais não contemplados pelo Código para esse fim.

Trata-se de assunto relevante que repercute de forma direta na prática forense, assim como na esfera jurídica dos cidadãos que buscam no Poder Judiciário a resolução dos seus

conflitos com a justa expectativa de ter a oportunidade de influenciar o julgador na tomada de decisões.

Espera-se contribuir para a superação de possíveis obstáculos normativos impostos ao *overruling* difuso por força do regramento indicado e propor solução que prestigie o amplo acesso à justiça, bem como a permeabilidade do Direito à evolução da sociedade e do pensamento jurídico.

2 TEORIA DOS PRECEDENTES: CONCEITOS ELEMENTARES

Como ponto de partida para a compreensão da problemática enfrentada na pesquisa, serão expostos conceitos básicos relacionados à teoria dos precedentes judiciais, a começar pelo sentido em que essa expressão é aqui empregada.

Diante do escopo pragmático deste trabalho e do recorte do estudo realizado, não há a pretensão de esgotar as controvérsias doutrinárias acerca de tais definições, objetos de vasta produção acadêmica, mas tão somente revelar os signos necessários para decifrar a linguagem ora adotada e permitir que o leitor apreenda com maior precisão as ideias desenvolvidas no texto.

Precedentes, na lição de MacCormick e Summers, “são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana” (MACCORMICK, 1997, p. 1). Servem como fonte normativa para decisão de caso subsequente envolvendo fatos semelhantes, sob jurisdição do mesmo tribunal ou de juízo inferior (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 38).

Nem todo julgado constitui um precedente. Este pressupõe um acréscimo de sentido e exerce função mediadora entre o texto legal e a realidade. Como destaca Lopes Filho (2016), a definição de precedente está ligada à ideia de possível utilização no futuro por trazer uma contribuição hermenêutica e facilitar a mediação entre o Direito em sentido amplo e a realidade social em que se insere, mediante o fornecimento de experiência.

Precedente não se confunde com jurisprudência, termo com múltiplas acepções que, no sentido mais usual, remete a uma análise quantitativa e corresponde ao “corpo de decisões de juízes e tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos” (MACÊDO, 2019, p. 92).

Uma única decisão pode formar um precedente, enquanto a jurisprudência pressupõe a multiplicidade de julgados em um mesmo sentido proferidos ao longo de um considerável espaço temporal. É possível que um único precedente promova a superação ou modificação de entendimento consolidado na jurisprudência.

Ainda que se reconheça sua aptidão para funcionar como fonte do direito, é importante destacar que precedentes se referem a casos concretos. As teses firmadas pelo Poder Judiciário na solução de causas submetidas à sua apreciação não devem ser tratadas como enunciados abstratos aplicáveis a hipóteses sem identidade com aquelas que lhes são subjacentes, peculiaridade que diferencia da atividade legislativa a atuação dos magistrados na criação da norma.

Ao se compreender o precedente como uma resposta, ele se vincula às indagações formuladas no processo que lhe deu origem e àquelas suscitadas no novo caso, em que se pretende aplicá-lo. De acordo com Lopes Filho (2016, p. 275-276), “é justamente a compreensão do precedente nesse jogo de perguntas e respostas (que corresponde ao próprio trabalho hermenêutico exercido pelo magistrado) que impedirá que haja uma generalização e abstração automática e não fundamentada”.

Da análise do *case* se extrai as razões de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*), conceituada por Tucci (2013) como a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). São os argumentos ou premissas que justificam que se chegue à mesma conclusão nos casos futuros. Sob o aspecto analítico, o autor indica três elementos que a integram: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e c) o juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, 2013).

A relevância do caso concreto na formação da norma é da essência da teoria dos precedentes judiciais e o inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC adota essa lógica ao estabelecer que se considera não fundamentada qualquer decisão 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.

Por seu turno, o artigo 926, após dispor no *caput* que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, prescreve no parágrafo 2º que ao editar súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante, as cortes devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Já o artigo 966, § 5º, acrescido pela Lei n. 13.256/2016, prevê o cabimento de ação rescisória contra “decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a

questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento” (BRASIL, 2015, online), por considerar que nesse caso há manifesta violação de norma jurídica. Tal comando ilustra a magnitude do vício da decisão que deixa de observar a incompatibilidade entre os fundamentos que ensejaram a formação da tese paradigmática e o caso a que esta venha a ser aplicada.

A vinculação entre o precedente e as indagações formuladas no caso concreto impede que artificialmente se desprenda uma parte da decisão (tese) como se fosse estanque e autônoma para ser utilizada em uma multiplicidade de situações posteriores (LOPES FILHO, 2016), desvio que causaria uma confusão entre a atividade do julgador e a função legislativa, em confronto com o princípio da separação dos poderes e o regime democrático.

O legislador elabora o texto legal (norma legislada) e o julgador, ao aplicá-lo ao caso concreto, faz nascer a norma pela via interpretativa (norma de decisão ou julgada). Do ponto de vista substancial, o processo legislativo e o jurisdicional de criação da norma não são diversos, pois ambos constituem processos de criação do direito. A diferença está, sobretudo, no modo de criação (CAPPELLETTI, 1993).

Ressalvados os casos de controle abstrato de constitucionalidade e de edição de súmulas vinculantes, ambos com assento constitucional, admitir a formação de teses vinculantes dissociadas de casos concretos que ensejaram a atuação jurisdicional configuraria usurpação das funções atribuídas ao Legislativo pela Constituição Federal de 1988, cujos preceitos são a base sobre a qual assenta tanto o exercício do poder como a competência dos órgãos estatais (BONAVIDES, 2000).

Haveria, nesse fenômeno, um choque de legalidade (em sentido amplo) e de legitimidade: a um só tempo, a criação de “juízes legisladores”, com competência para editar teses dotadas de abstração e generalidade, ofenderia o texto constitucional, no que diz respeito à distribuição das funções dos três Poderes previamente definida, e esse excesso de poder seria exercido em desconformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática (BONAVIDES, 2000).

Ao povo, por seus representantes eleitos, e não aos juízes e Tribunais, incumbe a produção normativa em abstrato. As exceções a essa regra devem ter previsão na própria Constituição Federal, como ocorre na autorização conferida ao Poder Judiciário para a

elaboração dos regimentos dos tribunais e o exercício da iniciativa privativa de leis em hipóteses definidas constitucionalmente, como mecanismos necessários para a preservação da sua autonomia.

Os precedentes judiciais são concebidos no exercício da função típica jurisdicional, que se desenvolve mediante provocação (princípio da inércia) e é limitado pelo princípio da congruência ou adstrição, segundo o qual “[é] vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (artigo 492 do CPC). Por isso, salvo nas hipóteses constitucionalmente definidas, as teses firmadas pelo poder Judiciário na solução de casos não são dotadas de abstração e generalidade, atributos das leis.

É essencial preservar a relação entre precedente e caso. Como destaca Macêdo (2019), a criatividade na elaboração da tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou na edição de enunciado sumular é limitada aos fundamentos necessários para a solução do problema submetido à jurisdição. Qualquer avanço além de tal limite padece de ilegitimidade, ainda que a tese ou enunciado trate de temas subjacentes aos casos enfrentados. Esse é o principal aspecto diferenciador entre os processos de criação do direito praticados pelos legisladores e pelos magistrados.

A atividade judicante, contudo, não está completamente dissociada da função legislativa. Leis e decisões judiciais influenciam e sofrem influência umas das outras, em permanente diálogo.

Diferente das leis da natureza, que o ser humano não cria nem modifica, mas tão somente conhece e manipula para a obtenção de resultados úteis, a norma jurídica é racionalmente elaborada visando à consecução de determinados fins. A realidade externa e a consciência individual que antecedem a atividade legiferante influenciam, senão condicionam, a compreensão do legislador e, por consequência, a elaboração do texto normativo. Nessa realidade encontram-se os fatos sociais e suas condicionantes, dentre as quais estão os atos normativos preexistentes, a jurisprudência e os precedentes.

As próprias leis influenciam e participam da formação de outras leis. Exemplos desse fenômeno são as metanormas, ou normas de segundo grau, que tratam da elaboração de outras normas. Ademais, a Constituição Federal de 1988, de caráter dirigente, consagra

inúmeras tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos e apresenta mandados expressos destinados ao legislador. Sua influência vai desde o momento que antecede o processo legislativo até a aplicação da lei, num incessante ciclo.

Quanto às decisões judiciais, embora estas se prestem a solucionar problemas (questões fáticas e jurídicas), sua eficácia pode se expandir para além do processo a que se refere.

Por vezes, a jurisprudência se antecipa à própria legislação, como foi o caso da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, de 1964, que trata da equiparação da união estável ao casamento para fins de partilha de bens, vindo a Constituição Federal de 1988 a ser modificada décadas após, em 2010, para reconhecer a união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º). Outro exemplo de antecipação da jurisprudência em relação à lei foi a Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata do pagamento de horas dispendidas *in itinere* pelos trabalhadores, entendimento posteriormente positivado pelo artigo 58, § 2º, da Lei n. 10.243/2001 e possivelmente superado com a recente reforma trabalhista.

As questões jurídicas, entendidas como pontos sobre os quais recai controvérsia acerca de “qual Direito aplicar ou qual a melhor interpretação do Direito a aplicar” (JORGE NETO, 2019, p. 41), são a um só tempo objetos de um diálogo interno, no processo judicial em que a matéria é decidida, e de diálogos externos, travados nos demais processos judiciais que tomem a decisão como paradigma no enfrentamento de questão idêntica ou semelhante, no influxo do sistema de precedentes e no seio da sociedade em geral, aí incluídas a comunidade acadêmica, a imprensa e a troca de ideias no meio familiar, nas ruas e nas redes sociais, hoje tão presentes e influentes na formação de opinião.

Nesse sentido, “as sucessivas decisões judiciais sobre a mesma matéria ou sobre matérias semelhantes de algum modo definem ou cristalizam o Direito em vigor, mas também o modificam, criam-no, dão nova conformação” a esse Direito, “que sempre está a ser definido, modelado e remodelado pelas decisões judiciais” (JORGE NETO, 2019, p. 44-45).

Não é outra a conclusão exposta por Tucci ao asserir que

[o] labor jurisdicional dos tribunais, apesar de despido de *potestas normandi* (geração de normas de caráter geral e abstrato), produz, a rigor, na realização efetiva do direito, valorações concretas as quais, uma vez reiteradas, ganham projeção que acaba afetando de modo inexorável o próprio ordenamento jurídico. (TUCCI, 2004, p. 300).

Ao refletir sobre o assunto, Mancuso (2019) identifica um paradoxo ao redor da jurisprudência: se, de um lado, é inegável sua expansiva carga eficaz nas dimensões endo e panprocessual, tendo como ápice a súmula vinculante do STF, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em face dos órgãos judiciais e da Administração Pública (CF, artigo 103-A e § 3º), por outro, a jurisprudência não foi elencada entre os meios de integração ou fontes secundárias do sistema jurídico pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

Em busca de uma explicação para o fenômeno, o autor traz à tona o argumento segundo o qual a jurisprudência reclama uma coleção de acórdãos consonantes, e estes resultam da interpretação da lei, de modo que a jurisprudência seria um subproduto da própria lei. “Dito de outro modo, a jurisprudência, considerada em si mesma, não é autopoiética, ou autorreferente, mas deriva da interpretação que os Tribunais dão ao sistema jurídico como um todo, com ênfase no arcabouço legislativo” (MANCUSO, 2019, pp. 42-43). Promove-se, segundo cogita o autor, uma assimilação entre norma legislada e norma julgada, esta derivada da primeira, o que eliminaria o paradoxo apontado.

Parece, todavia, equivocado o raciocínio que conduz à equiparação das normas decorrentes das decisões judiciais às normas legisladas. Estas não possuem a mesma natureza daquelas nem devem ser aplicadas segundo os idênticos critérios. As leis, como exposto, são dotadas de abstração e generalidade e sua eficácia é desatrelada dos motivos que levaram à respectiva edição, embora se vincule aos seus fundamentos constitucionais. A norma julgada, por seu turno, vincula-se às premissas fáticas e jurídicas que determinaram a sua formação, sem o que se torna um recipiente sem conteúdo, ou, nas palavras de Streck (2019), um conceito sem coisa.

A norma do precedente é a norma no caso, fruto da interpretação do texto legal e da sua aplicação a determinadas premissas fáticas e jurídicas. Diante dos casos futuros, aquela norma passa a ser texto e, portanto, será novamente interpretado (STRECK, 2019), com um diferencial em relação à lei: por ser produto de um procedimento voltado à obtenção de respostas a indagações específicas, a sua interpretação exige o exame das questões fáticas e jurídicas enfrentadas no caso concreto.

Macêdo (2019, p. 255) ressalta que “o precedente é texto e carece de interpretação. A maior proximidade que o precedente possui com os fatos, certamente, torna-o mais seguro e lhe dá a função de delimitação da norma legal, mas isso não autoriza a noção de que o precedente é unívoco”. E como todo ato de interpretação envolve certo grau de criatividade, não há como retirar dos magistrados o poder de criar o direito na solução do caso concreto, ainda que se adotem padrões decisórios. Na lição de Cappelletti (1993, p. 21-22):

É óbvio que toda reprodução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. [...] Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, com as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.

Essa criatividade, contudo, não se confunde com total liberdade do intérprete, como ressalta o autor. O juiz é criador do direito, porém todo sistema jurídico civilizado estabelece limites à liberdade judicial, os quais, segundo Cappelletti (1993), podem ser procedimentais e substanciais.

Os limites substanciais à função judicante podem decorrer de leis, códigos, precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, dentre outros. Já os procedimentais decorrem, sobretudo, da passividade dos julgadores, cuja atividade desenvolve-se mediante provocação das partes, em relação às quais deve manter uma posição de equidistância, desinteressada e livre de pressões externas (imparcialidade). A criatividade do juiz se dá na solução de casos, aos quais sua atuação está vinculada. Ademais, a decisão judicial é proferida em processo no qual deve ser assegurado o contraditório, isto é, as partes devem ter efetiva oportunidade de se defender e de influenciar o juiz.

Essas são, portanto, as características essenciais – as “virtudes passivas” ou “limites processuais” – que tão profundamente diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza “política”, e, ao mesmo tempo, constituem não só os limites fundamentais como também a grande e única força daquele processo. [...] o caráter “parcializado” dos poderes políticos constitui elemento fisiológico, não degenerativo, inclusive nos regimes políticos mais abertos e representativos, nos quais o legislativo e a administração são inspirados exatamente pela maioria no poder. [...] nenhum sistema legislativo e administrativo estaria em condições de agir com um mínimo de eficiência se constringido à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de outro, todos os sujeitos

ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto. (CAPPELLETTI, 1993, p. 77).

Diante da constatação de que toda interpretação envolve criação e que, portanto, a interpretação judiciária cria o direito, o jurista italiano conclui que a verdadeira discussão não verte sobre a alternativa criatividade e não-criatividade, mas sobre o *grau* de criatividade e *os modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial.

A utilização da jurisprudência e dos precedentes judiciais como fontes do Direito torna-o mais sofisticado e induz ônus argumentativo mais consistente dos intérpretes e aplicadores (STRECK, 2019), limitando a criatividade dos magistrados. Esse aspecto é relevante para se compreender a dificuldade dos tribunais brasileiros na correta aplicação da sistemática de criação e aplicação de padrões decisórios positivada pelo CPC de 2015. Há fatores culturais e históricos que explicam determinadas distorções.

Embora a prática de seguir precedentes seja comum à tradição jurídica ocidental como um todo, foi nos países de *common law* que surgiu a doutrina dos precedentes vinculantes (*doctrine of binding precedents*), norma segundo a qual os precedentes judiciais são vinculantes e devem ser seguidos pelos julgadores subsequentes em casos semelhantes (MACÊDO, 2019).

A observância dos precedentes pelos magistrados vinculados a sistemas de *common law*, em que a legislação possui papel secundário, decorre de prática costumeira, como uma espécie de dever implícito arraigado na mente do julgador. Contudo, mesmo nos países que seguem tal tradição, de início não se reconhecia a autoridade dos precedentes, que eram vistos como parte da experiência e, como tal, utilizados largamente na fundamentação de outras decisões, sem que se cogitasse da sua eficácia vinculante e da sua inalterabilidade.

Segundo Macêdo (2019), embora os juristas ingleses há longo tempo já conhecessem o princípio do *stare decisis*, abreviação do brocardo *stare decisis et non quieta movere* (manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido), a institucionalização da doutrina dos precedentes é recente e remonta ao caso *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, submetido à *House of Lords*, Inglaterra, no ano de 1898. No caso, que versou sobre os parâmetros de indenização decorrente de desapropriação, a mais alta instância inglesa decidiu que os juízes deveriam, ainda que discordassem, seguir os precedentes

emanados de sua própria jurisdição e dos tribunais superiores. Não seria possível à própria *House* superar seus precedentes.

Aquele entendimento se pautou na ideia de que os tribunais deveriam simplesmente enunciar, declarar o direito, e não o criar. A criação do direito, e assim sua extinção e modificação, deveria ser feita pelo Parlamento, pelos órgãos com competência legislativa. Uma vez prolatada a decisão, a norma declarada no precedente (*ratio decidendi*) só deixaria de vigorar quando o legislativo expressamente a revogasse. Até que isso ocorresse, caberia aos juízes subsequentes e à própria *House of Lords* aplicar o direito anteriormente reconhecido.

Trata-se da concepção mais rígida do princípio do *stare decisis*, a indicar o dever do juiz de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que considere a solução inadequada ou injusta (MACÊDO, 2019, p. 58-59).

Na concepção moderna, o *stare decisis* é princípio segundo o qual “as normas reconhecidas nos precedentes devem ser seguidas pelos juízes subsequentes, entretanto, as razões para seguir determinada norma podem ser superadas no caso concreto, diante de outras razões albergadas pelo sistema jurídico em sentido contrário, o que resulta na superação (*overruling*)” (MACÊDO, 2019, p. 214).

Por seu turno, na tradição da *civil law* a codificação assume papel de destaque, com a pretensão de eliminar a complexidade do direito e regular de modo completo as relações jurídicas, retirando espaço para a criação judicial do direito. Em sua versão clássica e ideal, tal sistema jurídico é pautado na separação estanque dos poderes ou funções do Estado, incumbindo o papel de criar o Direito exclusivamente ao legislador. Os magistrados seriam, dessa forma, meros aplicadores das leis:

[...] a partir da Revolução francesa buscou-se atribuir, mediante uma retórica estratégica, um autor único e indiscutível para o sistema jurídico, “o povo”, que exercia sua vontade por meio da produção das leis, por isso, vinculantes. Mais ainda: afirma-se que todas as normas aplicadas são advindas exclusivamente dessa fonte, e que para sua aplicação e interpretação bastaria um processo simples para averiguar uma vontade verdadeiramente existente, mediante uma lógica infalível; conseqüentemente, a aplicação de normas respeitaria uma mecânica. É notável que a opção pela descrição do funcionamento do Direito desta forma tem por escopo a limitação dos poderes judiciais, exaltando o valor da segurança jurídica. (MACÊDO, 2019, p. 45).

Embora a racionalidade que embasa cada um desses sistemas seja tão diversa, os modelos não existem em formas puras: há códigos no *common law* e há criatividade judicial no *civil law*. A diferença está na fonte precípua do direito em cada um deles.

Na atualidade, intensificou-se o movimento de convergência entre ambos, com a troca de informações propiciada pela globalização e o advento do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo. O reconhecimento da força normativa dos princípios e, particularmente, dos direitos fundamentais permite e incentiva uma maior criatividade do juiz, na busca pela concretização de tais vetores axiológicos (MACÊDO, 2019).

Todavia, a incorporação de institutos jurídicos de tradições tão diversas, como, no que importa para o presente estudo, a eficácia vinculante dos precedentes, requer a tomada de medidas para a sua compatibilização, e a compreensão histórico-filosófica dos dois modelos auxilia nesse intento.

Alçado à condição de fonte do direito, o precedente deve ser conhecido de ofício e levado em conta na tomada de decisões posteriores em casos semelhantes, seja para aplicá-lo, seja para rejeitar a sua incidência, impondo-se, em ambas as hipóteses, o dever de fundamentação. Essa exigência também se aplica às súmulas, verbetes emitidos pelos Tribunais que enunciam teses extraídas de sua jurisprudência dominante.

O enunciado sumular pode ter origem na reiteração de acórdãos sobre um mesmo assunto ou na formação de um único precedente, todos vinculados a casos, “que muitas vezes precisam ser consultados com vistas a aferir o sentido mais preciso da súmula” (MANCUSO, 2019, p. 186), o que abre a possibilidade de se constatar a distinção ou promover a superação da tese.

Com o advento do CPC de 2015, entende-se que deva ser superada a orientação, exposta por Macêdo (2019), segundo a qual os verbetes sumulados teriam pretensão de abstração e generalidade, aplicáveis de forma semelhante ao texto legal, em uma espécie de eliminação da facticidade, ou seja, dissociando-se o seu texto dos fatos relacionados às causas que lhes deram origem.

A codificação vigente impõe que ao invocar enunciado de súmula a decisão identifique seus fundamentos determinantes e demonstre o ajuste do caso apreciado àqueles fundamentos. Assim como ocorre com os precedentes, “o sentido das súmulas apenas pode ser

dato quando vinculadas aos casos que lhe deram origem” (THEODRO JR et al., 2015, p. 207). Não é essa, contudo, a prática observada nos Tribunais, certamente pela formulação ainda incipiente sobre o papel dos padrões decisórios.

Também para afastar a incidência do verbete quando este, em princípio, se ajusta ao caso concreto submetido à jurisdição, o dever de fundamentação qualificado está presente. A eficácia meramente persuasiva das súmulas comuns não exonera o juiz do dever de motivar sua não aplicação, sob pena de nulidade da decisão, nos termos do inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC (MANCUSO, 2019, p. 187).

Romão e Pinto (2015) associam a existência e a utilização das súmulas no Brasil à carência de sistematização de uma teoria de precedentes judiciais: ao se atribuir eficácia vinculante ao precedente, não seria conveniente constituir verbete de súmula a partir de múltiplos julgados sobre a matéria, pois a primeira decisão seria obrigatória aos demais julgadores.

Contudo, mesmo após o advento do CPC de 2015 e a expansão dos padrões decisórios, as súmulas permanecem com força e prestígio nos tribunais. Corrobora essa afirmação o teor do artigo 292 do Regimento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, segundo o qual poderão ser objeto de súmula enunciados correspondentes a: I) decisões do Tribunal que hajam concluído pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público; II) jurisprudência que o Tribunal haja adotado como predominante em incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ), incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR); III) regra adotada reiteradamente pela jurisprudência dos órgãos julgadores em relação a determinado tema, mediante proposição de seus membros.

De acordo com a lógica de um sistema de precedentes, somente haveria utilidade na edição de enunciado sumular na última hipótese (jurisprudência reiterada), considerando que nos demais casos as teses firmadas já devem ser observadas nos julgados subsequentes. Há, contudo, um apego às súmulas, talvez pela similaridade que guardam com as normas legais e, também, pelo desconhecimento (ou resistência deliberada?) acerca do ônus da fundamentação imposto pelo CPC também na aplicação desses verbetes.

Por fim, cabe registrar um frequente equívoco na atuação de profissionais da área jurídica, consistente na confusão entre precedente e ementa. Macêdo (2019) observa que essa confusão não é conceitual, mas pragmática, pois o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, e sim para se poupar da análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expendida.

A ementa constitui elemento obrigatório do acórdão, na forma do artigo 943, parágrafo 1º, do CPC. Trata-se de espécie de resumo do julgado, que facilita sua divulgação. O precedente é a decisão em sua integralidade, a partir da qual os julgadores posteriores extrairão a *ratio decidendi*.

Como alerta Theodoro Jr. (2015, p. 303), “na prática trabalhamos com ementas e enunciados de súmula como se tivessem uma amplitude análoga das leis, sendo aplicadas como comandos gerais e abstratos, quando, em verdade, trata-se de enunciados umbilicalmente ligados aos casos que as produziram”.

Para a extração e interpretação da norma de um precedente é necessária a apreciação cautelosa da decisão paradigma, dos fatos determinantes da lide, da argumentação desenvolvida pelos litigantes e dos fundamentos utilizados para a solução da querela (ROMÃO; PINTO, 2015). A simples menção a ementas, sem o cotejo das particularidades da causa, converte indevidamente a deliberação anterior em formulação abstrata, genérica, dissociada dos fatos que lhe deram ensejo, o que não se compatibiliza com a lógica da aplicação de precedentes judiciais.

Ademais, o uso do direito jurisprudencial não permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador, de acordo com suas preferências: “é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade” (THEODORO JR., 2015, p. 307).

Apresentados os conceitos básicos para a compreensão da matéria, passa-se à análise da conjuntura do Poder Judiciário que levou à adoção do atual modelo de aplicação de padrões decisórios pelo Código de Processo Civil e às particularidades de tal regramento.

3 PADRÕES DECISÓRIOS NO CPC/2015: A TENSÃO ENVOLVENDO ACESSO À JUSTIÇA, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA RECURSAL

O presente capítulo se inicia com um resgate do contexto vivenciado pelos tribunais brasileiros no período que antecedeu a aprovação do CPC de 2015 e das preocupações que nortearam a sua redação.

Para subsidiar a narrativa, são expostos dados coletados sobretudo em relatórios disponíveis no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Mencionam-se as principais medidas adotadas ao longo dos anos para solucionar a problemática relacionada ao congestionamento de processos em todos os graus de jurisdição, com destaque para a chamada reforma do Poder Judiciário realizada pela Emenda Constitucional 45, de 2004 e inovações legais subsequentes.

No segundo tópico, propõe-se uma reflexão acerca do sentido da vinculação aos precedentes, com ênfase na necessidade de compatibilizar o intento de racionalização da prestação jurisdicional com a abertura do sistema à renovação do pensamento jurídico.

A terceira parte trata da sistemática de aplicação de padrões decisórios adotada pelo CPC, com a indicação das principais normas e institutos relacionados à matéria. A partir de um diálogo com os assuntos explorados nos tópicos anteriores, o capítulo é finalizado com a discussão acerca da possibilidade de juízes e tribunais dissentirem de padrões decisórios, assunto que voltará a ser abordado no desfecho deste trabalho ao tratar da admissibilidade dos recursos excepcionais e, particularmente, do juízo de retratação dos órgãos julgadores aos precedentes firmados sob o regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos, previsto no artigo 1.030, inciso II, do Código Adjetivo.

3.1 Justiça em números: realidade dos tribunais brasileiros quando da aprovação do Código de Processo Civil de 2015

“Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A célebre e profética frase de Rui Barbosa bem ilustra a maior preocupação atual do Poder Judiciário: buscar mecanismos para dar vazão aos processos que ingressam e se acumulam em todas as instâncias, prejudicando o andamento de novos feitos.

A incapacidade de dar respostas ao número de demandas submetidas à sua apreciação com a estrutura de que dispõe, ainda que o índice de produtividade dos juízes brasileiros seja um dos maiores do mundo (BRASIL, 2011a, online), conduz à incessante busca por soluções para esse desafio.

No “Estudo Comparado sobre Recursos Humanos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional” (BRASIL, 2011a, online), o Brasil apareceu em terceiro lugar em um ranking de produtividade composto por quarenta e dois países, o qual analisou a relação “processos x julgamentos”:

O Brasil então possuía uma média de 8.3 juízes por cem mil habitantes, 57% abaixo da média dos países da Europa e próximo da média calculada em relação aos países da América Latina e dos Estados Unidos. Era, na época, o oitavo país a ter menos juízes por cem mil habitantes em comparação aos países europeus, e o quinto, juntamente com o Peru, em comparação aos países da América Latina e os Estados Unidos.

Por meio de consulta ao Relatório Analítico do Justiça em Números 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016a), observa-se o seguinte cenário relativo a 2015, ano em que foi publicado o CPC vigente:

a) as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ou a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante;

b) os cofres públicos receberam em decorrência da atividade jurisdicional, durante o ano de 2015, cerca de R\$ 44,7 bilhões, o que representou um retorno da ordem de 56% das

despesas efetuadas, sendo a Justiça Federal o único segmento capaz de retornar aos cofres públicos valor superior às despesas;

c) o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior

d) a Justiça Estadual, até então, abarcava 80% dos processos pendentes;

e) apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao de casos novos, o estoque continuou aumentando desde o ano de 2009. O crescimento acumulado do período foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a produtividade de magistrados e servidores calculada na época do levantamento, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.

Em 2016, o total de gastos do Poder Judiciário foi elevado para R\$ 84,8 bilhões, contra os R\$ 79,2 bilhões de 2015. Proporcionalmente, as despesas cresceram de forma mais acentuada que a litigiosidade. Em termos gerais, mesmo com o aumento na estrutura das cortes em termos de financiamento com pessoal e material, não se conseguiu dar vazão às causas em número satisfatório.

A Justiça Estadual é o segmento responsável por 69,3% da demanda e 79,8% do acervo processual do Poder Judiciário. Em segundo lugar está a Justiça Federal, no que tange ao acervo (12,9% do total), e a Justiça do Trabalho (14,9% do total), quanto à demanda.

Como dar conta dessa infinidade de processos e manter a qualidade dos julgamentos, diante das limitações orçamentárias? Os elementos da indagação apresentada remetem à noção de eficiência, entendida como a aptidão para produzir os resultados esperados com o menor custo.

Os dados expostos indicam que o congestionamento dos processos no Brasil não é causado por uma baixa produtividade dos seus juízes. Em termos globais, chega a ser irracional exigir desses profissionais mais do que já entregam, quanto ao número de processos julgados. Porém, considerando os gastos envolvidos e os limites orçamentários, aumentar o número de juízes em número suficiente para impactar de modo significativo a resposta do Poder Judiciário

à demanda apresentada não parece uma alternativa viável, principalmente no atual contexto de crise financeira.

Fala-se que a Justiça do Brasil é cara, e os dados apresentados pelo CNJ (BRASIL, 2011a, online), quando se leva em conta a proporção do PIB, parecem confirmar tal assertiva. Enquanto no ano de 2008 a média de gastos com o Judiciário no Brasil era de 1,46% do PIB, na Europa esse índice era de 0,18%. Na América Latina, os números obtidos na pesquisa foram os seguintes:

Tabela 1 – Gastos com o poder judiciário por país com base no Produto Interno Bruto (PIB)

| PAÍS | ORÇAMENTO (% DO PIB) |
|------------|----------------------|
| Costa Rica | 5,48% |
| Brasil | 1,46% |
| Panamá | 0,73% |
| Equador | 0,36% |
| Argentina | 0,18% |
| México | 0,03% |
| Média | 1,16% |

Fonte: (BRASIL, 2011a, online).

Elementos como a população, a dimensão territorial dos países e o grau de desenvolvimento são fatores determinantes dos recursos com que conta a Justiça (BRASIL, 2011a, online), de modo que a análise dos dados expostos deve ser cuidadosa e não permite a conclusão apriorística de que o Poder Judiciário brasileiro seja pouco eficiente, quando comparado aos demais países.

O Brasil possui dimensão continental e elevado nível de desigualdade social. Sofre com problemas estruturais, como a insuficiência dos serviços públicos de saúde, o déficit habitacional, a elevada criminalidade e o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. A migração desordenada para os núcleos urbanos, potencializada por fatores como a falta de amparo ao trabalhador rural, a concentração da propriedade fundiária nas mãos de poucos, as secas do Nordeste e a ausência de políticas adequadas de enfrentamento à miséria e à

fome são alguns fatores que contribuem para a violação massificada a direitos fundamentais dos cidadãos.

As soluções para tais desafios são complexas e envolvem a atuação de agentes que integram todas as esferas dos Poderes. Nesse quadro, e diante do reconhecimento da força normativa da Constituição, que desenha um ideal de sociedade distante da realidade, cresce o fenômeno da judicialização das políticas públicas como forma de trazer concretude aos direitos sociais positivados, aspecto que também contribui para a sobrecarga do Poder Judiciário. O modelo clássico de processo muitas vezes não se mostra adequado à solução dos conflitos apresentados, que acabam por se estender e repetir incessantemente, gerando profunda insatisfação social.

Independentemente dos motivos, os números divulgados pelo CNJ corroboram a percepção popular quanto à elevada taxa de congestionamento de processos e ao alto custo da máquina judiciária. Para fazer frente a tais impasses, foram e são tomadas diversas medidas.

A aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, exemplo de reação à problemática exposta, promoveu o que ficou conhecido como a reforma do Poder Judiciário e trouxe importantes inovações para o sistema de Justiça brasileiro, com a finalidade de conferir transparência e eficiência às suas decisões. Entre as mudanças, a EC n. 45 incluiu no texto constitucional a duração razoável do processo como um direito e garantia fundamental: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988).

Destaca-se, ainda, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão plural responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

O estímulo à não judicialização, à conciliação e à mediação, a promoção de políticas públicas referentes ao sistema carcerário, a elaboração anual de panorama do Poder Judiciário, a atuação em programas para a melhoria da eficiência da Justiça e o apoio à adoção dos processos eletrônicos são algumas das medidas incentivadas por meio de atos do CNJ, com o objetivo garantir a razoável duração de processos judiciais e administrativos, sem descuidar da qualidade da prestação jurisdicional. Confirmam-se:

a) Resolução n. 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências;

b) Resolução n. 213/2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas;

c) Resolução n. 288/2019, a qual define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade;

d) Resolução n. 47/2007, sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal;

e) Resolução n. 225/2016, acerca da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário;

f) Recomendação n. 35/2011, que trata das diretrizes a serem adotadas em atenção aos pacientes judiciários e a execução da medida de segurança;

g) Recomendação n. 47/2014, que recomenda aos juízes de direito e aos Tribunais de Justiça que promovam mutirão para realização da Semana Nacional do Tribunal do Júri, especialmente com processos afetos às novas Metas ENASP/CNJ;

h) Resoluções n. 198/2014 e n. 204/2015, que dispõem sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário;

i) Portaria n. 138/2013, que institui a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário;

j) Portaria n. 88/2019, que institui e regulamenta o Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2019.

O Relatório Justiça em Números, elaborado pelo CNJ desde 2005, sistematiza as estatísticas judiciárias nacionais, apresenta indicadores de desempenho, informatização e produtividade dos tribunais, além de informações sobre os gastos do Judiciário e processos em tramitação. Aponta também os resultados alcançados e fornece subsídios para proposição de metas a serem alcançadas pelos tribunais nos anos seguintes.

Outra mudança trazida pela EC 45 diz respeito à exigência de repercussão geral na admissibilidade dos recursos extraordinários. O recorrente deve demonstrar que as questões

constitucionais discutidas no caso são relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que transcendem os interesses das partes envolvidas. O instituto foi inicialmente regulamentado pela Lei 11.418/2006, que alterou o CPC de 1973, e pelo Regimento Interno do STF. Atualmente, a matéria é tratada pelo artigo 1.035 do CPC.

Com a sistemática da repercussão geral pretendeu-se uniformizar a interpretação constitucional e vincular sua aplicação às instâncias inferiores, evitando a chegada ao Supremo Tribunal Federal de múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. Funciona como um filtro para a redução da excessiva carga de trabalho daquela Corte e contribui para a segurança jurídica, pois o jurisdicionado passa a contar com uma legítima expectativa de uniformidade das decisões de todas as instâncias do Judiciário sobre a matéria enfrentada pelo STF.

Somente pela manifestação de dois terços de seus membros (oito votos) o STF pode recusar a existência de repercussão geral, e as abstenções pesam a favor do seu reconhecimento. A matéria é deliberada pelo Plenário Virtual, que funciona 24 horas por dia e contribui para evitar a sobrecarga do Plenário físico (BRASIL, 2018), o que também otimiza a prestação jurisdicional.

Reconhecida a repercussão geral, os demais tribunais devem sobrestar processos para aguardar o julgamento de mérito dos temas. Após o julgamento de mérito, a tese proferida no recurso paradigma será replicada pelas instâncias de origem.

Em consulta realizada no dia 21/04/2020 o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020b) registrava o reconhecimento da repercussão geral de 736 (setecentos e trinta e seis) temas, dos quais 430 (quatrocentos e trinta) haviam sido julgados e 306 (trezentos e seis) encontravam-se pendentes. Até então, 1.089 (mil e oitenta e nove) temas foram submetidos à apreciação da Corte Suprema, que negou a repercussão geral de 342 (trezentos e quarenta e dois).

Os números são robustos e repercutem em milhares de outros processos que não chegam ao STF ou são por este encaminhados de volta às instâncias ordinárias. No período compreendido entre o ano de 2016 até o dia 21/04/2020, a quantidade de processos devolvidos pela sistemática da repercussão geral era 56.224 (cinquenta e seis mil, duzentos e vinte e quatro) (BRASIL, 2020a).

Pela mesma lógica, ainda na vigência da codificação anterior foi instituída a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos. O artigo 1.036 do CPC de 2015, correspondente o artigo 543-C do Código de 1973, estabelece que quando houver multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada a problemática. O recurso repetitivo representa um grupo de recursos excepcionais que possuam fundamento em idêntica questão de direito.

Incumbe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionar recursos que melhor representem a questão repetitiva e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para afetação, devendo as demais impugnações sobre a mesma matéria ter a tramitação suspensa. Após o julgamento e publicação do julgamento sobre o tema repetitivo, a solução adotada será aplicada aos demais processos que estiverem suspensos na origem.

O objetivo de tais modelos é concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica, possibilitando, inclusive, o julgamento de improcedência liminar do pedido e a resolução monocrática dos recursos no âmbito dos Tribunais (artigos 332, incisos I a IV, 932, incisos IV e V, e 955, parágrafo único, inciso II, do CPC, respectivamente). Também não será cabível a remessa necessária da sentença proferida contra a Fazenda Pública quando estiver fundada acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (artigo 496, §4º, inciso II, do CPC).

Diante da importância dos precedentes firmados sob tais regimes, o CPC prevê providências administrativas relacionadas à sua divulgação e publicidade, com o intuito de facilitar o acesso aos dados pelas partes, advogados, juízes e tribunais. Nas páginas eletrônicas do STJ e do STF é possível acessar informações sobre os recursos submetidos a essas técnicas de julgamento em todas as fases de tramitação.

Todas as medidas descritas são salutares e vão ao encontro da necessidade de reverter a elevada taxa de congestionamento de processos judiciais. Há razão para ser otimista quanto ao futuro, diante da rápida digitalização dos acervos dos tribunais, das intimações

eletrônicas, do julgamento realizado em meio virtual e do uso de inteligência artificial para auxiliar e otimizar a ação humana.

O dispêndio financeiro com pessoal é o que mais onera a máquina administrativa e o Poder Judiciário não foge a essa regra. A expansão da tecnologia permite que os esforços em termos de recursos humanos cada vez mais se concentrem no que é essencial e insubstituível por robôs, que podem trabalhar vinte e quatro horas por dia o ano inteiro por um custo bem inferior.

3.2 Vinculação como integridade x autoritarismo judicial: a necessária abertura dialógica dos precedentes judiciais

Tão inaceitável quanto a justiça tardia é a injustiça petrificada, enclausurada por uma argumentação jurídica estanque, impermeável às novas ideias e à permanente resignificação do Direito.

Não se deve, a pretexto de resolver um problema, criar outros maiores. O uso de filtros recursais como meio para tornar mais célere a prestação jurisdicional e prestigiar segurança jurídica e a isonomia não deve funcionar como uma barreira insuperável para a evolução da jurisprudência firmada no âmbito das Cortes Superiores.

Pensar sobre a razoável duração do processo pressupõe a compreensão do tempo devido como aquele necessário para obter soluções adequadas às controvérsias submetidas à apreciação judicial.

O tempo oportuno deve ser entendido a partir de um ideal de tempestividade, espaço-tempo compreendido entre duas espécies de intempestividade: a pressa e o atraso (MARDEN, 2015). A primeira leva a ação a ser praticada com rapidez a qualquer custo, prejudicando o desenvolvimento de atos essenciais para a obtenção do resultado originalmente pretendido. O segundo torna a ação inapta ao atingimento da finalidade a que se destinava.

A partir da interpretação conferida por parte da doutrina aos institutos jurídicos dos recursos repetitivos e da repercussão geral observa-se uma tendência de impedir, de modo absoluto, a rediscussão de temas enquadrados nos padrões decisórios emanados das cortes

superiores, o que tem o potencial de inibir a própria propositura da ação: o tempo do processo é, assim, reduzido à escala zero. Pode-se, nesse caso, incorrer em uma espécie de intempestividade, a pressa, que acaba por malferir o acesso à justiça, a razão de ser do Poder Judiciário. Desvirtua-se, dessa forma, o processo.

De fato, partindo da premissa de que juízes e tribunais não possam decidir em desacordo com as teses paradigmáticas, seria completamente inútil para o jurisdicionado propor ação cujos fundamentos confrontem aquelas orientações. Isso porque, como se demonstrará adiante, não há meio hábil para se fazer chegar ao STF e ao STJ a rediscussão da matéria decidida em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral caso o tribunal de origem aplique o padrão decisório, ainda que o faça de maneira equivocada. A questão se encerra na instância ordinária.

Interessante reflexão é apresentada por Fux e Bodart (2019) a respeito das demandas de valor esperado negativo – entendidas como aquelas em que o custo individual para litigar é superior ao proveito esperado com a ação – e eventual interesse social na existência de lides dessa espécie.

A partir de uma análise econômica do direito, os autores sugerem que a decisão de ajuizar ou não uma demanda passa pela reflexão acerca do proveito esperado com o processo, consideradas as variáveis como chances de êxito, custos da litigância e valor do bem jurídico pretendido. Por meio da manipulação desses elementos é possível inibir a propositura de ações frívolas, com mecanismos como a imposição de multas, a elevação das custas, depósito prévio, e o arbitramento de honorários advocatícios, bem como sua majoração progressiva.

No CPC vigente, a adoção de padrões decisórios e os filtros de acesso às cortes superiores são instrumentos que tendem a desestimular a propositura de demandas em desacordo com as teses pacificadas, como se demonstra a seguir.

Desde o nascedouro do processo o juiz está autorizado a julgar improcedente o pedido, em caráter liminar, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (artigo 311, inciso II, do CPC).

O recurso contra essa sentença poderá ser monocraticamente desprovido pelo relator (artigo 932, inciso IV). Caso interponha agravo interno contra essa decisão monocrática,

o insurgente corre o risco de ser condenado ao pagamento de multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa, se o recurso for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime (artigo 1.021, § 4º). Nessa hipótese, o conhecimento de qualquer outro recurso estará condicionado ao depósito prévio do valor da penalidade, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final (artigo 1.021, § 5º).

Os obstáculos não se encerram aí. Interposto recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julga o agravo interno, não há outra opção senão a negativa de seguimento pelo presidente ou vice-presidente do tribunal (artigo 1.030, inciso I, “a” e “b”). Contra essa decisão cabe novo agravo interno, resolvido no âmbito do próprio tribunal. O CPC não prevê expressamente o cabimento de recurso dirigido às instâncias superiores nesse caso, embora doutrinariamente se cogite do seu cabimento (CÂMARA, 2018).

Portanto, aplicando-se a literalidade do Código, as questões resolvidas em acórdãos dos tribunais que aplicam tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante não chegarão novamente ao STJ nem ao STF.

Como se percebe, postular em juízo com base em fundamentos que afrontem tais padrões não é promissor. Demandas dessa espécie são de valor esperado negativo, porque o investimento no processo tende a não proporcionar retorno.

Existe alguma chance de êxito nas postulações desse tipo? É possível ganhar uma causa com base em fundamentos que afrontam tese firmada em julgamento de casos repetitivos?

Na busca por uma resposta a essa indagação, convém trazer à tona outra reflexão apresentada por Fux e Bodart (2019): as demandas de valor esperado negativo são indesejáveis?

Segundo os autores, se a demanda tem valor esperado negativo apenas porque os custos de litigar são excessivos, mas seu mérito é indiscutível, a viabilidade da ação judicial é socialmente desejável, até mesmo como forma de induzir o réu a fazer um acordo, por ser mais vantajoso do que arcar com os custos do processo. A preocupação está com as ações essencialmente frívolas, ajuizadas com a finalidade de iludir ou constranger a parte promovida, mas cujo mérito não é robusto à luz do direito aplicável.

Ocorre que, em determinados casos, pode ser socialmente desejável a propositura de demandas em relação às quais o autor tenha reduzidíssima chance de êxito, tais como aquelas

baseadas em teorias jurídicas inovadoras, voltadas ao aprimoramento do estado da arte da jurisprudência (FUX; BODART, 2019).

Exemplos desse jaez não são raros na história. Nos Estados Unidos da América (EUA), a evolução do tema da segregação racial na Suprema Corte mostra o quanto uma causa fadada ao insucesso pode mudar paradigmas sociais relevantes.

No caso *Plessy v. Ferguson* (1896), aquela Corte, com apenas um voto contrário, decidiu que a reserva de acomodações separadas para negros nos transportes ferroviários era compatível com o princípio da igualdade. No julgado, foi confirmada a punição sofrida por Plessy, um senhor de ascendência negra preso e condenado por se recusar a sair de um vagão de trem de primeira classe, apesar de ter comprado a passagem para aquele assento (MARMELSTEIN, 2018). A acomodação era reservada para brancos, com amparo em lei estadual. O único juiz da Suprema Corte a divergir do entendimento foi John Harlan, que afirmou ser a Constituição cega quanto à cor dos indivíduos e vaticinou em seu voto vencido:

Na minha opinião, o julgamento proferido hoje será, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada por este tribunal no caso Dred Scott. [...] A presente decisão não apenas estimulará agressões, mais ou menos brutais e provocadoras, aos direitos reconhecidos a cidadãos de cor, mas também encorajará a crença de que é possível, por meio de atos estatais, derrotar os propósitos benéficos que o povo dos Estados Unidos tinha em vista ao adotar as recentes emendas da constituição, por uma das quais os negros deste país foram feitos cidadãos dos Estados Unidos e dos estados em que residem respectivamente e cujos privilégios e imunidades como cidadãos os estados estão proibidos de reduzir.¹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1896, tradução livre).

¹ Trecho do voto vencido proferido pelo Mr. Justice Harlan: “*In my opinion, the judgment this day rendered will, in time, prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dred Scott Case. It was adjudged in that case that the descendants of Africans who were imported into this country, and sold as slaves, were not included nor intended to be included under the word 'citizens' in the constitution, and could not claim any of the rights and privileges which that instrument provided for and secured to citizens of the United States; that, at time of the adoption of the constitution, they were 'considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant [163 U.S. 537, 560] race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the government might choose to grant them.'* 17 How. 393, 404. The recent amendments of the constitution, it was supposed, had eradicated these principles from our institutions. But it seems that we have yet, in some of the states, a dominant race, -a superior class of citizens, -which assumes to regulate the enjoyment of civil rights, common to all citizens, upon the basis of race. The present decision, it may well be apprehended, will not only stimulate aggressions, more or less brutal and irritating, upon the admitted rights of colored citizens, but will encourage the belief that it is possible, by means of state enactments, to defeat the beneficent purposes which the people of the United States had in view when they adopted the recent amendments of the constitution, by one of which the blacks of this country were made citizens of the United States and of the states in which they respectively reside, and whose privileges and immunities, as citizens, the states are forbidden to abridge. Sixty millions of whites are in no danger from the presence here of eight millions of blacks. The destinies of the two races, in this country, are

No caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), a que se referiu o magistrado, Dred Scott, então escravo, ingressou com ação na Justiça sob a alegação de que, por ter estado em território onde era proibida a escravidão, tinha adquirido o direito à liberdade. A questão foi levada à Suprema Corte norte-americana. No julgamento, proferido em 1857, decidiu-se que os negros, mesmo os livres ou libertos, não eram e não podiam tornar-se cidadãos dos Estados Unidos segundo a Constituição, fato que impedia o reconhecimento da sua condição de partes em processos judiciais.

De acordo com os membros daquela Corte, a Constituição, originariamente, não teria pretendido conferir cidadania aos negros, que eram mercadorias de consumo e, como tais, não poderiam invocar direitos próprios dos cidadãos norte-americanos. (MARMELSTEIN, 2008; UROFSKY, 2020).

Desde o caso *Plessy v. Ferguson*, diversos precedentes legitimadores da segregação racial foram proferidos pela Suprema Corte.

Outro caso paradigmático foi o *Berea College v. Kentuck* (1908). *Berea College* era uma faculdade situada no Kentuck que admitia estudantes pretos e brancos, sem discriminação. Em 1904, aquele estado aprovou uma lei (“Lei do Dia”) que proibia a qualquer pessoa, grupo ou empresa de oferecer ensino a estudantes pretos e brancos na mesma escola ou em escolas localizadas a menos de 40 km de distância.

Como o *Berea College* era a única instituição educacional integrada (não segregacionista) em Kentucky, era o evidente alvo da “Lei do Dia”. A faculdade foi acusada de violar a legislação, condenada criminalmente e multada. O caso chegou ao Tribunal de Apelações de Kentucky, que entendeu ter o referido diploma o legítimo propósito de impedir a violência racial e o casamento interracial. Assim, a lei e a multa do *Berea College* foram consideradas válidas. O acórdão foi confirmado pela Suprema Corte (DECKER, 2019).

indissolubly linked together, and the interests of both require that the common government of all shall not permit the seeds of race hate to be planted under the sanction of law. What can more certainly arouse race hate, what more certainly create and perpetuate a feeling of distrust between these races, than state enactments which, in fact, proceed on the ground that colored citizens are so inferior and degraded that they cannot be allowed to sit in public coaches occupied by white citizens? That, as all will admit, is the real meaning of such legislation as was enacted in Louisiana”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1896).

Após em diversas oportunidades legitimar a discriminação odiosa entre brancos e pretos a partir de uma interpretação constitucional, no caso *Brown v. Board of Education* (1954) a Suprema Corte dos EUA decidiu que a segregação racial em escolas (doutrina *separate, but equal*) violava a garantia da proteção igualitária (*Equal Protection*). Até então, 44 (quarenta e quatro) Tribunais estaduais já haviam declarado, à unanimidade, que a segregação era compatível com a Constituição (FUX; BODART, 2019), de modo que a probabilidade de êxito de uma demanda contra esse entendimento era quase zero.

Esses são exemplos de como uma orientação jurisprudencial pacífica pode se tornar intolerável, a depender da argumentação jurídica e da evolução social. Mostram, ainda, o quanto a resistência de partes e magistrados a determinados padrões normativos é crucial para se promover a renovação do pensamento jurídico.

O direito positivo também muda para adaptar-se às constantes transformações da sociedade. Basta lembrar que somente em 1932 as mulheres conquistaram o direito de votar nas eleições nacionais. O Código Eleitoral então vigente permitia apenas que mulheres casadas (com autorização do marido), viúvas e solteiras com renda própria pudessem votar. Progressivamente, foram derrubadas as restrições ao pleno exercício do voto feminino, e em 1946 a sua obrigatoriedade foi estendida às mulheres.

Ontem a exclusão de mulheres da política era natural, hoje é combatida por lei, inclusive com ações afirmativas de incentivo à participação feminina (*cf.* Portaria TSE nº 791/2019, que instituiu a Comissão Gestora de Política de Gênero do Tribunal Superior Eleitoral - TSE Mulheres).

Com maior razão, deve a norma julgada ser passível de evolução permanente, o que exige a permanente abertura para argumentação jurídica. O que é visto como evidentemente correto hoje pode ser entendido como incorreto amanhã, e isso não é uma aberração a ser combatida: é um fenômeno inerente à racionalidade humana.

O Poder Judiciário pode se precaver de erros, mas deles não poderá se blindar de modo absoluto. Por isso, as normas extraídas de precedentes devem ser passíveis de revisão e a participação dos cidadãos (jurisdicionados) nesse processo é da própria essência do Estado Democrático de Direito. Não há democracia sem abertura ao diálogo e à divergência.

Ainda que se parta do pressuposto de que existem respostas corretas (DWORKIN, 2000) ou constitucionalmente adequadas (STRECK, 2019) às questões jurídicas apresentadas e que esse é o horizonte a ser buscado pelo julgador, não é possível eleger de antemão o “dono da verdade”. Os tribunais de superposição não são detentores de uma razão suprema, impassível de questionamento por órgãos inferiores na hierarquia judiciária. A verdade não pode ser aprisionada pela autoridade: deve ser permanentemente colocada à prova.

Isso não implica a defesa da instabilidade e do voluntarismo judicial, do “é como penso, é como voto”, nem da livre convicção do magistrado, abolida do Direito Processual Civil brasileiro pelo Código vigente (STRECK, 2019).

O que se defende é que a estabilidade da jurisprudência advenha da adequada fundamentação dos atos judiciais (artigo 93, IX, da CF/1988), do desenvolvimento da argumentação jurídica, e não das amarras de uma vinculação anaeróbia a padrões decisórios intocáveis, impostos a partir de um sistema verticalizado de precedentes que nem traz as virtudes da tradição jurídica da *common law*, em que “os precedentes significam o princípio e não o fechamento da discussão trazida a juízo” (BAHIA, 2015, p. 52), nem se mostra compatível com um sistema centrado na lei escrita, como é o brasileiro.

O sentido da vinculação dos juízes e tribunais a padrões decisórios não pode ser outro senão o de integridade, que decorre da noção de unidade do ordenamento jurídico. Deve-se “impedir o voluntarismo judicial e as argumentações arbitrárias, eis que compete ao juiz decidir em conformidade com o direito em toda a sua complexidade (normas constitucionais, administrativas, negociais, precedentes etc.)” (PEIXOTO, 2018, p. 167-168).

Tanto a lei quanto os padrões elencados no artigo 927 do CPC vinculam o julgador. A diferença está no grau de vinculação. De toda forma, por envolver atividade interpretativa, é inevitável que na aplicação do precedente o juiz crie a norma, que pode, em razão de novos argumentos, ser diversa daquela a que chegou a corte emissora de um padrão decisório.

Cappelletti (1993, p. 25) explica que “a decisão baseada na ‘equidade’, por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira”. Porém, nem a lei nem o precedente vincula o julgador de modo absoluto, o que não autoriza a arbitrariedade do magistrado para decidir como bem entender. O controle

da liberdade do juiz se dá pela via da argumentação necessariamente exposta nas suas decisões, ante o dever constitucional de fundamentação (artigo 93, IX, da CF/1988). Confirma-se a lição do jurista italiano:

Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominei a sua imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua criatividade e responsabilidade –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar a sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na “equidade” ou em análogos e vagos critérios de valoração. Igualmente, é verdadeiro que, na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de “distinguir” em relação aos precedentes, ou de “argumentar *a contrario*”, mais do que “por analogia” (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte externo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quando no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo.

Por isso, deve ser firmemente [*sic*] precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. (CAPPELLETTI, 1993, p. 25-26, grifos no original).

Dworkin (1982, p. 544) afirma que o dever de um juiz é interpretar a história legal que encontra, não inventar uma melhor (“*a judge’s duty is to interpret the legal history he finds, not to invent a better history*”). A assertiva serve como guia na concretização dos deveres a que aludem o artigo 986, *caput*, do CPC, segundo o qual os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

O dever de uniformidade a que se refere o CPC consiste em evitar divergências entre diferentes órgãos julgadores acerca de idêntica questão, em especial entre os integrantes de um mesmo tribunal.

A estabilidade conduz à manutenção dos entendimentos adotados, o que “não significa engessamento, mas tão somente uma pressão normativa – superável – para que um precedente, uma vez produzido, não seja alterado” (PEIXOTO, 2018, p. 166). Como decorrência do dever de estabilidade, a carga argumentativa para a superação do precedente deve ser maior do que a ordinária, enquanto a aplicação do precedente a casos semelhantes

impõe menor ônus persuasivo, eis que basta indicar a *ratio decidendi* do precedente utilizado e demonstrar que o caso em julgamento é similar a ponto de ser regido pela norma extraída do julgado (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, p. 448).

A coerência consiste em evitar a contradição lógica entre os posicionamentos adotados pelo tribunal. Enquanto o ideal de uniformidade equivale à ausência de posições divergentes sobre idêntica questão, a coerência corresponde à utilização da mesma premissa para casos que, embora diversos, possuam traços identitários que levem à aplicação da mesma solução. Peixoto (2018) assim ilustra o ponto:

Se um tribunal afirma que a legitimidade passiva no mandado de segurança é da pessoa jurídica, deve afirmar que as informações prestadas pela autoridade coatora são apenas elementos de prova, não gerando revelia e não se aplicando a regra da eventualidade; caso o posicionamento seja de que a legitimidade passiva é da pessoa física da autoridade impetrada, terá de defender que as informações prestadas têm natureza de resposta, sendo submetida à regra da eventualidade e a sua falta implicaria revelia (PEIXOTO, 2018, p. 166).

Para Streck (2013), que propôs a redação do artigo 926, *caput*, do CPC, a noção de integridade e coerência pode ser bem compreendida a partir da obra de Ronald Dworkin e sua teoria do romance em cadeia (*chain novel*).

O filósofo norte-americano elabora uma metáfora em que o trabalho dos magistrados é comparado ao de romancistas, encarregados de escrever um único romance em série. A cada um incumbe dar continuidade à história até então escrita, mantendo a coerência com o que foi produzido:

[...] cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são "realmente", que motivo os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção ou outra.

[...]

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. (DWORKIN, 2000, p. 236-238).

A cadeia de novas histórias, escritas por diferentes autores (os demais juízes e tribunais) de forma coerente e adequada ao passado (teoria da *chain novel*), representaria o respeito aos precedentes judiciais (VASCONCELLOS, 2009, p. 115). Tal respeito não é incompatível com a evolução da jurisprudência, da qual devem participar todos os sujeitos do processo e não somente os órgãos de cúpula.

Na sua atuação, cada órgão julgador deve ter o olhar voltado ao passado (respeito à história institucional do Poder Judiciário e, portanto, aos precedentes) e ao futuro, avançando na cadeia argumentativa ao se deparar com novas ideias que importem à solução da controvérsia apreciada.

Em suma, um precedente não deve funcionar como obstáculo absoluto à interpretação da lei pelo magistrado, embora se exija o respeito à história institucional que antecede a solução do caso submetido à jurisdição.

3.3 Sistema de aplicação de padrões decisórios do CPC

O artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece que os juízes e os tribunais observarão: I) as decisões do STF 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 STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao decidir com fundamento no dispositivo legal em tela, deve-se observar o disposto no artigo 10, norma fundamental do processo que impõe o contraditório prévio às decisões judiciais, e no artigo 489, § 1º, que trata do dever de fundamentação.

Nos termos do inciso V do citado § 1º do artigo 489, considera-se não fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Carecerá, igualmente, de fundamentação o julgado 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. Trata-se da positivação das técnicas de *distinguishing* e *overruling*.

Na lição de Tucci (2013), o raciocínio lógico-jurídico compõe a *ratio decidendi* do julgado e é partir desta que se extrai o precedente. Considerando que esse raciocínio é construído sob o crivo do contraditório, que os pensamentos são também orientados pela experiência do intérprete e que não há duas mentes iguais, é possível concluir que todo processo se diferenciará em alguma medida no que diz respeito à argumentação jurídica desenvolvida e que toda norma julgada terá um certo grau de criatividade, com o “DNA” do intérprete.

Diante dessa constatação, para a aplicação de precedentes judiciais não se deve buscar uma identidade total entre as causas, mas uma identidade suficiente, é dizer: as semelhanças devem ser num nível tal que a incidência da tese paradigmática se justifique, como concretização dos princípios que alicerçam o sistema de precedentes. Nem mesmo as questões fáticas discutidas precisam ser idênticas, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A propósito, registre-se ser admissível a aplicação da sistemática da repercussão geral não apenas a questões fáticas absolutamente idênticas, podendo-se também o fazer em situações apenas similares quando realizado o cotejo da controvérsia constitucional contida no paradigma com a situação a ser analisada. Irrelevante, portanto, tratar-se em particular de incidente de uniformização de jurisprudência, pois não há distinção no presente feito que o aparte do tema de repercussão geral mencionado. Isso porque, ainda que se diga que a uniformização de jurisprudência não tem a natureza jurídica de recurso, destinando-se a fazer com que seja mantida a unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal, subsiste a ideia central no julgamento do RE 584.608 de que não conhecido o incidente, “não há, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Corte, falta ao caso ‘elemento de configuração da própria repercussão geral. (BRASIL, 2020c, online).

I – Atende a garantia constitucional da celeridade e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) a aplicação da sistemática da repercussão geral a questões fáticas similares, tendo em vista a identidade da controvérsia constitucional a ser analisada com a do paradigma apontado em repercussão geral. (BRASIL, 2014, online).

Portanto, as alusões do Código a expressões como “idêntica questão de direito” (artigos 958, I e II, 987, § 2º, e 1.036, caput), “matéria idêntica” (artigo 1.035, § 8º), “idêntica controvérsia” (artigo 1.039, caput) e “questão idêntica” (artigo 1.040) devem ser compreendidas como uma similaridade tal entre as premissas fáticas e jurídicas do processo que conduza à mesma conclusão do paradigma.

Para melhor visualizar a questão, toma-se como exemplo o tema 161 da repercussão geral, que trata do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas em edital de concurso público, reconhecido pela composição plenária do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS, do qual foi relator o Ministro Gilmar Mendes, realizado em 10/08/2011. A norma do precedente se aplica ao candidato aprovado fora do número de vagas, mas que, em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior, passe a figurar entre as vagas.² Embora a situação fática seja diversa, a Suprema Corte entendeu que as causas são similares para o fim de adequação ao padrão decisório.

Para Tucci (2004, p. 174), o *distinguishing* é um método de confronto por meio do qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. Pode-se utilizar o termo *distinguishing* para designar: (i) o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) - como previsto no artigo 489, §1º, V, e 927, §1º, CPC; (ii) o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada "distinção", na forma em que consagrada no artigo 489, §1º, VI, e 927, §1º, CPC.

O *overruling*, por seu turno, “é um método de revogação do precedente, eliminando e substituindo a *ratio decidendi* por outra” (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 62). Trata-se de “técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento” (PEIXOTO, 2018, p. 203).

De acordo com Madeira (2011), as técnicas de *distinguishing* e de *overruling* possuem subtipos. A substituição, decorrente da segunda técnica, pode ser: (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando uma anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com a posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

² Nesse sentido: Recurso Extraordinário com Agravo 1058317, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017; Recurso Extraordinário com Agravo 1004069, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017; Recurso Extraordinário com Agravo 1005047, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/02/2017; Recurso Extraordinário com Agravo 956521, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016.

Quanto à distinção, há dois caminhos possíveis. O primeiro é conferir à *ratio decidendi* interpretação restritiva, quando o juiz entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica anteriormente firmada. O magistrado julgará, então, o processo livremente, sem vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*). O segundo consiste em dar interpretação extensiva à norma do precedente e aplicá-la ao caso apesar de eventuais diferenças entre o caso enfrentado e o paradigma, por entender ser compatível com a *ratio decidendi* (*ampliative distinguishing*) (MADEIRA, 2011).

Sobre a parte final do artigo 489, § 1º, V, do CPC prevalece a interpretação segundo a qual o julgador está obrigado a decidir de acordo com os padrões decisórios enumerados no artigo 927, salvo quando demonstrar que o caso submetido à sua análise é distinto daquele que ensejou a formação da tese judicial ou que esta foi efetivamente superada.

Peixoto (2018) defende ser vedada a não aplicação do precedente pela discordância do seu conteúdo, embora reconheça que tal posição provoca uma possível desvalorização da primeira instância e dos tribunais locais, que ficariam obrigados a aplicar os precedentes dos tribunais superiores, ainda que desatualizados.

Para Mitidiero (2013), os juízes e tribunais até podem manifestar sua discordância com relação ao precedente, no exercício da livre manifestação do pensamento, “mas essas razões dissidentes não poderiam ser utilizadas para julgar o caso concreto, uma vez que danosa a violação do precedente para as partes e para o Judiciário” (MITIDIERO, 2013, p. 108). Essa técnica é denominada *disapprove precedent*, assim descrita por Peixoto (2018, p. 205):

Há a possibilidade de utilização de técnica denominada de *disapprove precedent*, que dentre os possíveis conteúdos, abrange a possibilidade de o juiz de primeira instância, no caso de discordância acerca do conteúdo do precedente, fundamentar com base em seu entendimento, mas apontar que, devido à obrigatoriedade dos precedentes, aplicará a *ratio decidendi* dos tribunais superiores. A utilização dessa técnica é também adotada no enunciado n. 172 do FPPC, afirmando que “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”.

Outra leitura possível é a de que a limitação trazida pela lei diz respeito à fundamentação a ser adotada pelo magistrado, que deve *observar* o precedente, a jurisprudência ou a súmula, ou seja, *não pode ignorá-los*. Contudo, essa *observação* pode ou não repercutir na solução que dará à causa.

A diferença não é sutil. O posicionamento exposto, defendido neste trabalho, implica dizer que por meio da atividade interpretativa o juiz pode proferir decisão em desacordo com padrões decisórios (exceto os decorrentes de controle abstrato de constitucionalidade e os enunciados de súmulas vinculantes, ambos com assento constitucional), os quais tão somente qualificam em maior ou menor medida o dever de argumentação ínsito às decisões judiciais (artigo 93, IX, CF/88), a depender da força que a legislação atribui a cada um.

Em outras palavras, o teor do artigo 489, § 1º, V, c/c artigo 927 do CPC não retirou do magistrado a possibilidade de julgar de acordo com o seu convencimento, o qual, diga-se, não é livre: deve ser racionalmente motivado, pautado no ordenamento jurídico e não em meras convicções pessoais.

Basta fazer um paralelo com a vinculação do magistrado à lei, que deve ser *observada*. Todavia, o juiz pode afastar a aplicação do texto legal por determinados fundamentos, como a sua inconstitucionalidade ou inconveniência, antinomias e até mesmo pela “derrotabilidade” (*defeasibility*) do texto normativo no caso concreto.

A possibilidade do dissenso de juízes e tribunais inferiores na hierarquia judiciária em relação a padrões decisórios das cortes superiores não enfraquece o sistema. Ao contrário, permite que este se adapte à realidade para cumprir as finalidades estabelecidas pela Constituição da República, fortalecendo-o, desde que atendido o dever de fundamentação, o que pressupõe o respeito à história institucional dos tribunais. Devem ser seguidas as normas extraídas de decisões pretéritas sobre casos aos quais se aplique idêntica *ratio*, salvo se demonstrada razão suficiente para afastar a sua incidência.

Em suma, os padrões decisórios deverão ser observados e enfrentados pelos juízes e tribunais na apreciação de casos análogos, o que não significa dizer que não poderão deles divergir ou deixar de aplicá-los em casos específicos e excepcionais, desde que a fundamentação apresente um ganho hermenêutico em relação ao entendimento vinculante desafiado. Esse ganho consistirá na exposição de razões suficientes para a superação ou para a não aplicação da norma do precedente no caso concreto, inovando em relação à argumentação desenvolvida no julgado paradigmático.

Tratar as normas construídas pela atividade judicante de modo diverso equivaleria a lhes conferir força maior do que a das regras e dos princípios positivados, entendimento que

estaria em desacordo com primado da legalidade estabelecido pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

A interpretação do Direito deve levar em conta a totalidade do ordenamento e não fragmentos deste. De acordo com o escólio do Ministro Eros Grau (2002, p. 34):

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum.

A partir de uma leitura constitucional, o precedente não está acima da lei nem a ela se equipara. Como alerta Streck (2019), é contraditório afirmar que somente é possível atribuir força vinculante ao precedente pela via legislativa, e que essa força obrigatória persiste ainda que o magistrado entenda que ele está em desconformidade com a lei:

[...] A tentativa de outorgar eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, a quem caberia a função de interpretar e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos “precedentes”, na medida em que sua função se resumiria à de “aplicá-los”, mesmo que desconformes à própria lei e à Constituição, padece de uma indiscutível inconstitucionalidade. Estaria o novo Código de Processo Civil e, quiçá, a própria doutrina processual modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição? Ademais, dá-se mais relevância à “violação” do precedente – que eventualmente poderia estar errado, sem que, com isso, viesse a perder sua força vinculante – do que à lei. (STRECK, 2019, p. 44).

Ademais, caso se entenda que o mandamento contido no *caput* do artigo 927 do CPC (“Os juízes e os tribunais observarão”) implica a impossibilidade do dissenso, ou seja, uma espécie de vinculação absoluta do magistrado àqueles padrões decisórios, qual a justificativa para a existência de tantos institutos com a mesma finalidade e regramentos tão diversos? No âmbito do processo, a nomenclatura “súmula vinculante” tornou-se uma redundância? Se os órgãos julgadores estão igualmente vinculados às súmulas comuns, às vinculantes e aos precedentes firmados sob a sistemática dos recursos repetitivos, por que o Código somente prevê o juízo de retratação em caso de afronta a estes últimos pelo tribunal? Por que a reclamação não é cabível contra o descumprimento de súmula comum, mas somente das chamadas vinculantes? E por que o STF chama as súmulas comuns de “não vinculantes”, se na verdade elas vinculam? Nesse sentido, confira-se:

O argumento de suposta contrariedade da decisão com a Súmula n. 121 do Supremo Tribunal Federal não dá ensejo à via processual utilizada pelos reclamantes. **A súmula tida por ofendida na decisão pela qual se admitiu o recurso extraordinário interposto pelos interessados é destituída de efeito vinculante.** Embora na Constituição da República se preveja, em seu art. 103-A, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante, no mesmo dispositivo se estabeleceram os requisitos para sua aprovação, do que se concluiu que as súmulas anteriores à emenda constitucional, ou as posteriores que não preencham os requisitos estabelecidos nesse artigo, não são dotadas desse efeito. O não cabimento de reclamação por ofensa a enunciado de súmula, sobretudo quando desprovida de efeito vinculante, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal na Reclamação n. 3.043, de que foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, e Reclamação n. 3.839, de que foi Relator o Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Uma resposta possível a esses questionamentos é a de que existe uma gradação da força normativa dos padrões decisórios: todos vinculam, mas não na mesma medida. E se isso for verdade, há graus de dissenso admitidos em relação a tais padrões.

Em razão da atual sistemática da admissibilidade dos recursos excepcionais, assunto explorado no próximo capítulo, impedir juízes e tribunais de desafiar os padrões decisórios de cortes superiores ofenderia o direito ao amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CFRB/1988). Isso porque, ante o não cabimento de recurso às instâncias superiores contra acórdãos que aplicam seus padrões decisórios (artigo 1.030, I, “b” e § 2º, do CPC), seria inútil submeter ao Judiciário pretensão fundada em entendimento dissonante daqueles padrões. Por consequência, o processo instaurado constituiria mera formalidade, fadada a um único e insuperável resultado possível, decorrente de uma interpretação previamente concebida e impassível de revisão.

Deve-se assegurar às partes e aos magistrados a possibilidade de, mediante o exercício do contraditório e observado o ônus argumentativo em densidade compatível com a força do padrão decisório: 1º) provocar a sua superação ou 2º) excepcionar a sua aplicação. A segunda hipótese assemelha-se à aplicação da técnica do *distinguishing*, mas com ela não se confunde. A proposta é admitir que o magistrado, ao verificar peculiaridades fáticas ou normativas excepcionais, não enfrentadas na formação do precedente, deixe de aplicá-lo a casos isolados.

Verifica-se, nesse ponto, uma convergência com a teoria da derrotabilidade normativa, compreendida como a “possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada

ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável” (CUNHA JR., 2015).³

Quanto à primeira hipótese, não se está a defender a possibilidade de superação dos precedentes por órgãos hierarquicamente inferiores à corte emissora, subvertendo a lógica dos artigos 926 e 927 do CPC. O órgão julgador deve enfrentar os argumentos utilizados na construção do padrão decisório e justificar a necessidade da sua superação, a fim de manter a integridade da jurisprudência. Não se pode desafiar um precedente vinculante sem acrescentar novos capítulos ao romance por ele protagonizado. Trata-se de um ônus argumentativo elevado, que exige um considerável esforço do intérprete e que, no caso de entendimentos solidificados em teses de recursos repetitivos e da repercussão geral, permitirá, pela via dos recursos excepcionais, eventual reexame da matéria pelas cortes superiores, as únicas competentes para a efetiva superação de seus precedentes obrigatórios.

Em sentido oposto, Mitidiero (2016) afirma que atuação da Corte Suprema se dirige ao futuro, sendo uma corte de interpretação do direito e não uma corte de controle das decisões. O jurista qualifica como grave infidelidade ao direito a não aplicação de interpretação dada pelo STF e pelo STJ aos casos concretos que recaem em seus âmbitos de aplicação, por serem aquelas cortes as únicas encarregadas de conferir unidade ao direito (MITIDIERO, 2015). Pondera que:

[...] tendo a interpretação da corte suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, um eventual dissenso em sua observância por seus membros e por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, uma falta de respeito e como um ato de rebeldia ante sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação. (MITIDIERO, 2016, p. 108).

³ Segundo Vasconcellos (2009), "a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados. Muitas vezes, Advogados, Promotores e Juízes, consciente ou inconscientemente, defendem uma solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, promovendo, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador" (VASCONCELLOS, 2009, p. 48-49).

Assere, ademais, que: “A cultura jurídica subjacente a este modelo encara com naturalidade o fato que a última palavra acerca do significado do direito seja confiada à corte suprema” (MITIDIERO, 2016, p. 103).

Streck (2019, p. 111) critica tal posição: “[n]ão me parece satisfatório que o Direito brasileiro esteja contente com uma tese que para no ‘errar por último’; que para no consenso e na colegialidade. Entre uma resposta adequada ao precedente e uma resposta adequada à Constituição, fico com a segunda”. Em reforço a essa ideia, argumenta Raatz (2016, online):

Embora estejamos de acordo que o Direito não pode ser algo despido de racionalidade, no sentido de que seja um exercício de adivinhação ou, como se tem dito, uma “jurisprudência lotérica”, não parece que a melhor solução seja identificá-lo naquilo que os tribunais dizem que ele é, mormente se a força vinculante das suas decisões (ainda que sejam “justificadas”), não depende da sua qualidade, mas, sim, da autoridade e da busca por segurança jurídica (repita-se, a qualquer custo), como se os fins justificassem os meios. Esse não parece ser o melhor caminho a ser trilhado num Estado Democrático de Direito em que a luta constante reside justamente em evitar que o Direito e a própria lei sejam constantemente fragilizados.

Como alertou MacCormick (2006, p. 95, *apud* STRECK, 2019), a coerção do que denomina “justiça formal” oferece uma boa razão para a observância dos precedentes judiciais. Trata-se do mandamento segundo o qual se o presente caso reproduz as premissas de casos do passado, deve receber a mesma conclusão. Todavia, isso não torna o padrão decisório indiscutível.

O juiz deve decidir “se é melhor perpetuar uma injustiça substantiva para satisfazer a justiça formal ou garantir uma justiça substantiva no caso em foco ao custo de sacrificar a justiça formal conforme aplicada às partes desse caso e às partes do outro caso” (MACCORMICK, 2006, p. 95, *apud* STRECK, 2019, p. 99). A dificuldade decisória em casos tais demanda intensa motivação (STRECK, 2019).

Partindo do pressuposto de que os juízes e tribunais possam dissentir de padrões decisórios firmados em sede de repercussão geral e recursos repetitivos, o STF e o STJ, acaso posteriormente provocados, também deverão enfrentar de modo específico os novos fundamentos adotados na decisão divergente e, caso os rejeitem, cessará o percurso orientado à superação, aplicando-se o padrão decisório à causa. Uma nova divergência dependeria de um avanço interpretativo, acrescentando, assim, novos capítulos à história.

A proposta não torna letra morta a estabilidade preconizada pelo artigo 926 do CPC. A existência de um padrão decisório, até a sua superação pela Corte emissora, qualifica o dever

de fundamentação. Esse aspecto tende a desestimular a divergência maléfica, a “rebeldia sem causa”, que coloca em risco a segurança jurídica e a previsibilidade dos provimentos judiciais e acarreta a quebra da isonomia, o estímulo às demandas frívolas e o sentimento de frustração da sociedade em relação ao Poder Judiciário.

Não se deve descurar, como demonstrado em tópico anterior, do fato de que a divergência e a insistência em tese jurídica vencida podem ser socialmente desejáveis e, portanto, não devem ser sufocadas de forma absoluta.

Do caso *Plessy v. Ferguson* (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 1896) extrai-se a lição de que, por vezes, a melhor resposta está no voto vencido. Na ocasião, o Juiz John Harlan fez questão de registrar e fundamentar o dissenso à luz da sua interpretação constitucional, mesmo ciente de que era solitário no seu modo de pensar, ou era o único disposto a defender aquela ideia. Hoje, segundo o entendimento dominante, não se cogitaria de outra solução senão a apresentada pelo profético dissidente.

Esse tipo de teimosia, desde que exercida de forma responsável, possibilita a evolução do Direito e é compatível com a almejada racionalização da prestação jurisdicional. Como não existe hierarquia entre princípios, os ideais da duração razoável do processo, da isonomia, da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência devem ser compreendidos e aplicados em harmonia com os deveres de integridade e coerência sistêmicas. A decisão judicial deve levar em conta todas as normas aplicáveis ao caso. Deve, ainda, dialogar com o mundo dos fatos. A simples existência de um precedente não pode fechar o campo de visão do intérprete às informações não contempladas na construção da norma julgada.

A propósito, MacCormick e Summers (1997) afirmam que: “(...) se uma certa decisão pode ser adequadamente dada para um certo caso, então, materialmente, essa mesma decisão tem que ser a correta em qualquer caso materialmente similar”. Trata-se da ideia de universalização, aplicação prática do conceito de autopercedente: o Tribunal que gera um precedente deve manter coerência com as suas próprias decisões, devendo realizar uma “deliberação consigo mesmo” (VASCONCELLOS, 2009). Isso significa que, diante de idênticas premissas, o intérprete, a partir de uma exigência da argumentação racional, deve formular uma única resposta. Todavia, a partir de uma nova informação, de um novo argumento que mude o quadro de premissas, uma nova conclusão normativa pode surgir:

A lógica derrotável (não-monotônica) vai além da teoria da *chain novel*, conseguindo conciliar a necessária coerência do raciocínio jurídico com a possibilidade de revisão da conclusão normativa. É bem verdade que esta mudança no quadro de premissas, indispensável para a alteração da ilação normativa, não ocorre em uma perspectiva cartesiana. São situações fáticas, normativas (e até mesmo valorativas) capazes de alterar o conjunto de premissas, modificando assim a conclusão. Trata-se da correlação entre estabilidade e flexibilização, entre a necessidade de seguir o precedente e a exigência de um julgamento justo para o caso concreto. (VASCONCELLOS, 2009, p. 117).

Consoante destacam Romão e Pinto (2015), a efetiva influência das partes pressupõe a análise dos seus argumentos pelo julgador, o que viabiliza o desenvolvimento de novas cadeias interpretativas, com o aprofundamento do exame das questões de fato e de direito, fornecendo subsídios para o *distinguishing* ou *overruling*. “Portanto, o sistema de precedentes exige dimensão argumentativa impositiva de contraditório em sua concepção substancial” (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 171).

Caso se adote o entendimento de que os órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição não podem dissentir dos padrões decisórios das cortes superiores, de que servirá a argumentação deduzida pela parte voltada à superação do precedente? Por que exigir do magistrado o enfrentamento desses argumentos se, ao final, sua resposta será inexoravelmente aquela previamente definida pela corte emissora e a causa estará impossibilitada de chegar às instâncias superiores?

Para a melhor compreensão da problemática, imagine-se a seguinte situação hipotética: Maria promoveu ação com base nos argumentos “A” e “B”. Seu pedido foi julgado improcedente. A causa chegou ao STJ, que a decidiu sob a sistemática dos recursos repetitivos e fixou tese contrária ao pedido de Maria, com base nos fundamentos “A.1” e “B.1”, respostas aos argumentos “A” e “B”. Poucos anos após a fixação da tese, João promoveu ação com pedido idêntico ao de Maria, baseado nas mesmas premissas fáticas. Porém, apresentou os argumentos “C” e “D”, não abordados no precedente. Os fatos são os mesmos, a lei aplicável permanece vigente e não sofreu reforma, também não houve expressiva mudança na sociedade a justificar a mudança de entendimento, mas João trouxe argumentos suficientes para a superação da tese firmada pela corte emissora. Caso o juiz se convença dos argumentos “C” e “D”, com amparo na Constituição Federal, na lei e na doutrina, poderá julgar procedente o pedido? Essa decisão confrontará o padrão decisório do STJ?

A resposta depende da interpretação conferida à parte final do já explorado inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC, que consagra a nulidade da decisão por ausência de fundamentação quando o prolator 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 (artigo 489, § 1º, V, parte final).

No caso hipotético apresentado, parece irracional cogitar da possibilidade de o magistrado, após analisar a argumentação das partes, convencer-se das teses suscitadas pelo promovente e, ao final, assim decidir: “apesar de entender que o autor tem razão e de não encontrar na Constituição Federal, na lei ou em qualquer outra fonte normativa fundamento apto a refutar seus argumentos, curvo-me à posição do Superior Tribunal de Justiça e julgo o pedido improcedente”. De nada serviria a formação jurídica dos advogados contratados por João, pois nem o mais exímio jurista poderia mudar o resultado do processo, que já nasceu fadado ao fracasso.

Sob o manto da proteção à segurança jurídica, a injustiça pode ser eternizada. E sob o argumento de se prestigiar a isonomia, subtrai-se de sujeitos que não participaram da formação do precedente a oportunidade de contribuírem para o convencimento dos juízes acerca de idêntica questão e, com isso, não serem prejudicados pelo resultado de uma deliberação realizada por quem não tinha a sua procuração.

Nesse aspecto, importa salientar que a lei é escrita pelo povo, por intermédio dos seus representantes, e está permanentemente sujeita a modificação pelo único titular do poder (artigo 1º, parágrafo único, da CFRB/1988). A norma de decisão é escrita por juízes, a partir da interpretação da lei e da Constituição. Não soa coerente com o sistema a possibilidade de o povo, por meio de diploma infraconstitucional (o Código de Processo Civil), subtrair de si a oportunidade de rediscutir a interpretação conferida ao texto legal e constitucional.

Caso se adote o entendimento de que juízes e tribunais inferiores não podem discordar de precedentes firmados no regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos, o *overruling* estará inviabilizado ainda que ocorram mudanças no contexto social, político, econômico e jurídico a demandarem a alteração do entendimento, em razão da atual sistemática de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Esse autoritário fechamento argumentativo, incompatível com um processo participativo e com o próprio Estado Democrático, não pode ser o preço a ser pago na busca pela estabilização da jurisprudência, sob pena de acarretar o seu engessamento (NUNES; FREITAS, 2018).

Pode-se alegar que se qualquer argumento novo for suficiente para afastar a incidência da tese paradigmática, cairá por terra a lógica da vinculação aos precedentes. No entanto, tal conclusão partiria da premissa de que os juízes dissentiriam dos padrões decisórios ao seu alvedrio, sem observar o dever de integridade.

A discordância responsável de um precedente, como visto, é bem mais complexa do que a sua aplicação. Não é tarefa simples apresentar um acréscimo de sentido em relação a um precedente firmado mediante procedimento qualificado, como o previsto nos artigos 1.036 e seguintes do CPC.

Ao disciplinar o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, o Código prevê a ampliação do contraditório, com a possibilidade de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, realização de audiência pública e manifestação dos tribunais inferiores, bem como a participação do Ministério Público (artigo 1.038, incisos I a III, do CPC). Com isso, espera-se que a densidade argumentativa dos precedentes firmados com tais procedimentos seja consideravelmente superior à observada nos processos em geral, individualmente considerados.

Portanto, ainda que se reconheça a possibilidade de juízes e tribunais ordinários dissentirem de padrões decisórios oriundos das cortes superiores, a tendência é que não o façam, salvo quando se depararem com fundamentos consistentes para tanto. Isso porque ao lado do dever de uniformização da jurisprudência, o CPC trata da integridade, a impor o maior aprofundamento da argumentação jurídica para afastar a aplicação de um precedente quando a norma dele extraída, em tese, se amoldar ao caso em exame, sob pena de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

Considerando o preparo técnico dos magistrados, que não guarda necessária relação com a posição ocupada na hierarquia judiciária, não há motivo para lhes subtrair a faculdade de interpretar as fontes do direito e repensar os precedentes, a partir de um diálogo racional com os argumentos apresentados pelos sujeitos do processo, quando tal medida se mostrar

necessária. Afinal, os juízes de primeiro grau e os tribunais ordinários protagonizam com maior intensidade e proximidade das partes as tramas submetidas ao Poder Judiciário, de modo que as instâncias inferiores são as mais propícias à renovação do pensamento jurídico.

Vedar a reinterpretação, por juízes e desembargadores, de questões consolidadas em padrões vinculantes acarretaria, a longo prazo, o empobrecimento do direito jurisprudencial, um grave efeito colateral. Deve-se, ao contrário, construir uma teoria sólida de aplicação dos precedentes judiciais, o que pressupõe reforçar a atenção aos estudos da hermenêutica jurídica e das teorias da argumentação na formação dos profissionais que lidam com o Direito.

A partir das premissas expostas, esboça-se um possível roteiro para o julgador.

Após examinar a narrativa fática apresentada pelas partes, os argumentos jurídicos por elas deduzidos, as causas de pedir e os pedidos formulados, o magistrado deve aferir a existência de identidade entre o caso concreto submetido à sua jurisdição e aqueles que ensejaram a formação do padrão decisório. É nesse ponto em que se verifica a possibilidade de utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*).

Sendo distintos os casos, será afastada a aplicação do precedente, nada obstando a sua utilização somente a título persuasivo. Contudo, como assinala Didier Jr. (2016), dificilmente haverá identidade absoluta entre os casos. Por isso, não é qualquer peculiaridade diferenciadora do paradigma que afastará a aplicação da norma de decisão. Se, a despeito da existência de diferentes premissas fáticas, estas levarem a idêntica conclusão, a tese poderá ser aplicada. Trata-se da chamada distinção ampliativa (*ampliative distinguishing*), uma espécie de aplicação analógica do precedente.

Constatada a identidade entre as causas, o caminho natural a ser seguido pelo julgador é a aplicação do precedente. Ao deixar de aplicá-lo, alternativamente: I) demonstrará que houve a superação do entendimento pelo órgão emissor ou em razão de lei nova; II) exporá as razões pelas quais entende que essa superação deva ocorrer ou III) explicitará os motivos por que a orientação jurisprudencial não deve ser aplicada ao caso em particular, embora não esteja nem deva ser superada.

Neste trabalho, adota-se a orientação segundo a qual é viável a discordância, desde que o magistrado fundamente de forma adequada a sua convicção e apresente um ganho hermenêutico em relação ao precedente. Chegando a causa à corte emissora, se esta não

considerar os fundamentos apresentados suficientes para a superação, o padrão decisório será aplicado ao caso e uma nova discordância dependerá de acréscimo à cadeia argumentativa.

4 O JUÍZO DE RETRATAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS EXCEPCIONAIS E O *OVERRULING* DIFUSO: PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.030, INCISOS II E V, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A superação de um padrão decisório (*overruling*) pode se dar de maneira difusa ou concentrada (PEIXOTO, 2018). O *overruling* difuso é realizado em qualquer processo, de forma incidental, enquanto o concentrado ocorre por meio da instauração de procedimento autônomo, cujo objeto é a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal.

Como exemplos de vias concentradas de superação podem ser apontados o procedimento regulado pela Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e a previsão do art. 927, § 2º, do Código de Processo Civil, ao se referir à alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula. A via concentrada para a superação de precedentes é uma peculiaridade do sistema brasileiro (DIDIER JR., 2013).

Sobre o tema, o Enunciando 321 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis assim dispõe:

A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei 11.417, de 19.12.2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

O *overruling* realizado difusamente é, por sua natureza, mais dinâmico e democrático, podendo ser suscitado por qualquer pessoa no âmbito de processos individuais ou coletivos. Enquanto na superação pela via concentrada um universo de interessados é alijado da discussão, na difusa possibilita-se que qualquer sujeito com interesse jurídico em determinada demanda submeta seus argumentos à apreciação judicial, permitindo a ampliação do espectro de teses jurídicas que irão compor a *ratio decidendi* dos julgados proferidos pelos órgãos de maior hierarquia, qualificando o debate e conferindo maior grau de legitimidade aos padrões decisórios.

Ocorre que o entendimento segundo o qual o sistema brasileiro impede a adoção pelos magistrados de solução diversa daquela imposta pelo padrão decisório firmado sob a sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral até que este seja superado pelo órgão emissor acaba por embaraçar a superação pela via difusa. Isso porque, ainda que o interessado provoque todas as instâncias ordinárias, não poderá submeter seus argumentos à apreciação do STF ou do STJ com o fim de obter a superação de tese firmada sob a sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral. É que, a partir da modificação do CPC pela Lei nº 13.256/2016, surgiu um possível impedimento legal ao *overruling* difuso com relação a esses precedentes.

O texto original do CPC aprovado em 2015 extirpara o duplo juízo de admissibilidade recursal, que foi restabelecido pela Lei nº 13.256/2016 apenas com relação aos recursos extraordinários *lato sensu*. Com isso, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais permaneceram com competência para analisar os requisitos admissibilidade daquelas impugnações antes de encaminhá-las para o STF e STJ, como ocorria na vigência do CPC de 1973.

Ao regulamentar o processamento dos recursos extraordinário e especial no âmbito das cortes ordinárias, a Lei nº 13.256/2016 foi além e conferiu amplos poderes ao presidente ou vice-presidente do tribunal perante o qual foi interposto, conforme dispuser seu regimento, como se observa adiante.

O *caput* do artigo 1.030 estabelece que 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.

O inciso I preconiza que o presidente ou vice-presidente negará seguimento a: a) recurso extraordinário que trate de controvérsia a que o STF tenha negado a repercussão geral; b) recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; c) recurso extraordinário e especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou STJ exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Trata-se de mais uma barreira

para a superação de precedentes, fenômeno observado desde a propositura da ação (*cf.* artigo 332, I a IV, e artigo 932, IV).

Ao conferir ao vice-presidente ou presidente poderes para barrar a subida dos recursos às cortes de superposição por confrontarem padrões decisórios vinculantes, o artigo 1.030, I, possibilita que o tribunal *a quo* faça uma verdadeira análise de mérito da impugnação, embora disfarçada de juízo de admissibilidade. Tal conclusão se aplica, igualmente, à previsão do inciso II: caso o acórdão recorrido diverja do entendimento exarado pelo STF ou STJ nos regimes da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, o presidente ou vice-presidente do tribunal devolverá os autos ao órgão julgador para que realize o juízo de retratação.

Para Macêdo (2019), o artigo 1.030 do CPC teria, nessas hipóteses, permitido mais do que o mero juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, pois caberia a ele exercer o juízo de identidade entre o precedente e o caso sob análise, em que interposto o recurso excepcional, algo que toca ao mérito. Assim, haveria na norma mais do que um problema de qualidade, ao dificultar demasiadamente o juízo de distinção e de superação pelo STF ou STJ, mas, também, um vício de constitucionalidade, uma vez que o juízo de mérito dos recursos excepcionais é de competência dos referidos tribunais. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, refuta essa tese.⁴

Há razões de ordem pragmática para a opção legislativa e a exposição de motivos do projeto que culminou na aprovação da Lei nº 13.256/2016 bem esclarece a questão:

Este projeto tem por objetivo reestabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais.

A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo.

⁴ Nesse sentido, confirmam-se: EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1023507/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 20/06/2018, DJe 29/06/2018.

No Senado Federal, o projeto foi processado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) 168, e o histórico legislativo mostra interessante manifestação da Comissão designada pelo Pleno do Superior Tribunal de Justiça para acompanhar a tramitação do referido projeto de lei. Neste arrazoado, assinado pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Isabel Gallotti e Marco Buzzi, há um enfático apelo à modificação do art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), “a fim de reavivar o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário”, apontando a relevância que desempenha para o funcionamento do STF e do STJ, sob pena de, diz a Comissão, “entulhar as Cortes Superiores com milhares e milhares de recursos manifestamente descabidos, fato que deplorará contra a celeridade que se requer dessas instâncias extraordinárias no novo cenário de valorização da jurisprudência pelo novo Código. (BRASIL, 2016a, online).

Portanto, o restabelecimento do duplo juízo de admissibilidade e o filtro realizado pelos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais ocorreu por um argumento utilitarista de grande peso: extirpar essa etapa acabaria por inviabilizar o eficiente desempenho das funções jurisdicionais do STF e do STJ. Causaria um verdadeiro colapso naquelas cortes.

Em prosseguimento, o Código prescreve que o presidente ou vice-presidente deverá:

Art. 1.030. [...]

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 artigo 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 artigo 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 artigo 1.021.** (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (**grifou-se**). (BRASIL, 2016a, online).

O artigo 1.042 também foi modificado para dispor sobre o cabimento de agravo ao tribunal superior contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, **salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.**

Das modificações efetuadas pela Lei n. 13.256/2016, aquelas incidentes sobre os textos dos artigos 1.030, § 2º, e 1.042 despontam como as mais perniciosas ao *overruling* pela via difusa. Ao apontar o agravo interno como recurso cabível contra decisão proferida com fundamento no inciso I (decisão que nega seguimento a recurso especial ou extraordinário) e não dispor sobre um mecanismo para impugnar o julgamento desse agravo, o Código impede que a parte interessada leve às instâncias superiores seus argumentos em favor da superação do padrão decisório.

Caso se adote a orientação dominante, segundo a qual o julgador não pode dissentir das orientações firmadas sob a sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos ainda que esteja convencido da necessidade de superá-las, será inútil a propositura de ação cujos argumentos sejam contrários àquele padrão. Além da impossibilidade de obter decisão favorável nas instâncias ordinárias, também estará inviabilizada a subida do recurso especial e extraordinário às cortes de superposição.

Ainda na vigência do CPC de 1973, no voto-vista proferido no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 1.154.599/SP, o Ministro Teori Zavascki fez um alerta que denota preocupação semelhante à ora exposta:

[...] negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do artigo 543-C não apenas um efeito *vinculante ultra partes*, **mas também um caráter de absoluta imutabilidade**, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. (BRASIL, 2011b, online).

Macêdo (2016) critica o pretense novo “juízo provisório de admissibilidade” dos recursos excepcionais, por passar ao largo da compreensão adequada do sistema de precedentes. Segundo entende, as regras estatuídas no art. 1.030 do CPC “acabaram por inserir na nova sistemática processual normas incompatíveis, um remendo deselegante e totalmente descabido” (MACEDO, 2016, p. 2):

O dispositivo legal pressupõe que, uma vez resolvida determinada questão pelo STF ou pelo STJ, o precedente seria unívoco, e os problemas subsequentes meras repetições do que já fora analisado, sem dar conta que uma das questões mais relevantes e recorrentes em um sistema de precedentes é, justamente, identificar até que ponto as razões do passado são extensíveis aos casos semelhantes do futuro. Esse mister, no entanto, é exatamente o que não será desenvolvido pelo STF ou pelo STJ, aos quais deveria ser dada a função de dar interpretação à Constituição e à legislação infraconstitucional federal, mas, justamente pelo fato de as distinções terem sido alijadas de sua competência, grande parcela do desenvolvimento do direito acabará sendo desempenhada mediante um juízo de mérito atribuído ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal *a quo*, que apenas é transferível ao pleno ou órgão especial do mesmo tribunal por agravo interno. (MACEDO, 2016, p. 11).

Além de impedir as cortes superiores de reapreciarem casos em que os tribunais não acolham argumentos relacionados à distinção, a falha legislativa mais grave, como já abordado, diz respeito à impossibilidade de superação do precedente, o que, a pretexto de viabilizar o funcionamento das Cortes superiores, paradoxalmente acaba por suprimir parte das suas atribuições constitucionais.

Somente a Constituição Federal poderia aumentar ou diminuir a competência das cortes superiores, de modo que determinados incisos do artigo 1.030 são potencialmente inconstitucionais por elencarem novos requisitos negativos aos recursos especiais e extraordinários, não previstos na Carta Política (artigos 102, III, e 105, III) (NUNES; FREITAS, 2018).

Interpretado o dispositivo em sua literalidade, nos limites semânticos dos termos empregados, ter-se-ia uma flagrante inconstitucionalidade, pois o juízo de mérito realizado pelo presidente ou vice-presidente acaba excluindo a função constitucional das Cortes de desenvolver o direito e, ademais, suprime o direito de participação do litigante que contribui efetivamente com novas razões. O vício é notavelmente insuperável ao se perceber que o § 2.º do art. 1.030 estabelece que dessa decisão de “negativa de seguimento” apenas cabe o agravo interno, levando-a ao crivo do pleno ou órgão especial do tribunal recorrido – sem, portanto, no circuito recursal, chegar à Corte responsável pela reconstrução normativa. (MACÊDO, 2016, p. 15).

O Supremo Tribunal Federal, contudo, refuta esse entendimento. Sobre a matéria, na Reclamação 23.469, o Ministro Luiz Fux registrou que o instituto da repercussão geral, resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário: 1) a matéria de direito constitucional dotada de repercussão geral é julgada pelo Supremo Tribunal Federal; 2) o restante da matéria de fato ou de direito é apreciada pelo tribunal de origem.

Segundo o Ministro, essa cisão de competência limita a cognição do STF à questão de repercussão geral reconhecida, não lhe sendo possível a incursão em qualquer outra questão de fato ou de direito: pode a Corte Suprema examinar com toda a profundidade possível a questão dotada de repercussão geral, mas não se pronuncia sobre outras questões versadas nos processos sobrestados com idêntica controvérsia, sob pena de invadir a competência funcional dos tribunais inferiores, que é absoluta. Em arremate, assim conclui:

Nessa repartição de competências, parece claro que, decidida a questão constitucional dotada de repercussão geral, cabe exclusivamente ao tribunal de origem aplicar tal decisão ao caso concreto. Ao fazê-lo, o tribunal deverá realizar a adequação dos fatos provados nos autos à norma jurídica haurida da decisão oriunda da Corte Suprema, quando isso for cabível, ou apontar a distinção, quando não se constatar essa correlação (*distinguishing*). Dessa forma, **não constando expressamente do catálogo *numerus clausus* da Constituição Federal essa competência específica para a realização do *distinguishing*, não pode o STF avocar essa competência.** Dessa forma, **não há como se afirmar que a decisão que equivocadamente aplica ou deixa de aplicar precedente decidido pelo STF em sede de repercussão geral usurpa sua competência.** Isso porque o tribunal de origem, ao apreciar o caso concreto, deve fazê-lo à luz do que decidido pelo STF em repercussão geral, é certo, mas age no exercício de sua competência. **A correta aplicação de tais precedentes, no entanto, não é passível de revisão por esta Corte, que não dispõe de competência para tanto, mas pelo próprio tribunal de origem.** Nesse contexto, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal vinha se consolidando no sentido de que a decisão do tribunal de origem que aplica a repercussão geral aos múltiplos processos sobrestados, veiculando idêntica controvérsia, só poderia ser impugnada por meio de agravo interno, a ser julgado pelo órgão a quo, não cabendo a interposição de agravo de instrumento ou o ajuizamento de reclamação dirigidos ao STF. [...] Essa orientação foi consolidada no Código de Processo Civil de 2015 que prevê, como instrumento processual adequado para corrigir supostos equívocos na aplicação do instituto da repercussão geral, a interposição de agravo interno perante o próprio Tribunal de origem (art. 1035, § 7º, do CPC 2015). Vale ressaltar que a única hipótese de remessa de recurso a esta Corte é a prevista no artigo 1030, V, c, do CPC 2015, que reproduz o que determinava o art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, qual seja, aquela em que o Tribunal de origem, recusando-se a se retratar, mantém posição contrária ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. (BRASIL, 2016b, online, grifo nosso).

Importante lembrar que a reforma do CPC causadora da problemática ora exposta adveio sobretudo por razões pragmáticas, ante a constatação de que a atual carga de trabalho do STJ e do STF já dificulta a prestação jurisdicional eficiente naquelas instâncias e que o regramento estabelecido pelo texto original do Código aprovado em 2015 causaria o colapso daqueles tribunais. Portanto, é provável que a orientação do STF acima exposta decorra mais de uma visão utilitarista, dirigida à redução do número de processos submetidos à sua jurisdição, do que da dogmática constitucional.

Diante da barreira imposta pelo art. 1.030 do CPC, Nunes e Freitas (2018) enumeram soluções apontadas pela literatura jurídica para permitir o acesso às cortes superiores, que podem ser sintetizadas em dois grupos. O primeiro refere-se a sugestões que os autores intitulam como “interpretativas”, a saber: opor embargos de declaração com fundamento nos artigos 1.022, parágrafo único, inciso II e artigo 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, sob a alegação de contradição externa;⁵ interpretar o artigo 1.030 em conformidade com a Constituição, devendo o tribunal local permitir a subida do recurso extraordinário ou especial ao STF ou ao STJ, mesmo quando houver contrariedade a precedente obrigatório dessas cortes, quando o recorrente alegar a possibilidade de superação; ou realizar nova alteração legislativa do artigo 1.030 do CPC para adequá-lo ao sistema de precedentes.

As demais possibilidades apresentadas consistem em se utilizar dos seguintes meios de impugnação:

a) ajuizamento de ação rescisória contra a decisão transitada em julgado que nega provimento ao agravo interno e impede a subida do recurso especial ou extraordinário à respectiva Corte Superior, com fulcro no artigo 966, §§ 5º e 6º, do CPC;⁶

⁵ “Tais embargos buscam especialmente a demonstração de contradição externa, o que quer dizer que quando o Tribunal de origem possuir decisões em sentido contrário à do precedente do Tribunal Superior e em respeito ao dever cooperativo de coerência (art. 926) induziria a autorização de análise de fundamento ainda não enfrentado pelo STJ ou pelo STF” (NUNES; FREITAS, 2018, p. 15).

⁶ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica; [...] § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. Neves (2018) afirma que o § 5º é uma contrapartida à inadmissão do agravo para os tribunais de superposição nas hipóteses de inadmissão de recursos especial e

b) aplicação da técnica do julgamento-alerta, por meio da qual o tribunal superior indica aos tribunais locais que determinado precedente perdeu sua força e está em vias de ser superado;

c) interposição do agravo previsto no artigo 1.042 do CPC contra a decisão que negou provimento ao agravo interno interposto anteriormente com base no artigo 1.021 do CPC;

d) ajuizamento de reclamação contra a decisão do agravo interno que mantém a inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário, sob o fundamento de que houve aplicação indevida da tese jurídica objeto do precedente obrigatório ou sua não aplicação aos casos correspondentes, com fulcro no artigo 988, § 4º, do CPC;⁷ e

e) interposição de novo recurso especial ou extraordinário, possibilidade também defendida por Câmara (2016).

Em que pesem os variados desdobramentos relevantes da redação do artigo 1.030 do CPC, nesta reflexão o enfoque está no juízo de retratação previsto no inciso II daquele dispositivo, razão pela qual não se aprofundará na análise das soluções indicadas.

Segundo o texto legal, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, a quem o respectivo regimento atribuir a competência para realizar o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, encaminhará 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. Nessa hipótese, vale destacar, a divergência é encampada pelo próprio Poder Judiciário, e não apenas pela parte.

extraordinário com fundamento em súmulas e precedentes com eficácia vinculante, porém é insuficiente por pelo menos três razões: 1ª) a ação rescisória será julgada pelo próprio tribunal se segundo grau, ou seja, a parte continua sem acesos às cortes superiores; 2ª) chegar ao tribunal superior por meio de recurso em ação rescisória é infinitamente mais complexo que por recurso de agravo; 3ª) se a decisão que despreza a distinção for terminativa, não caberá rescisória”. (BRASIL, 2015, online).

⁷ “Na sistemática da repercussão geral, há decisão do STF que enuncia norma de interpretação com caráter obrigatório, por força de lei, em casos idênticos, competindo ao órgão de origem proceder à adequação da *ratio decidendi* do STF aos novos casos. É excepcional, portanto, o cabimento da reclamação constitucional para questionar a aplicação da sistemática da repercussão geral pela Corte de origem, sendo ônus do reclamante demonstrar i) o esgotamento dos meios recursais para questionamento da aplicação da sistemática da repercussão geral na instância de origem e ii) a existência de razões fundamentadas em teratologia na aplicação da norma de interpretação extraída do precedente do STF com força obrigatória ao caso concreto, encargos esses não cumpridos pelo reclamante, ora agravante” (BRASIL, 2017, online).

Quando o órgão julgador reconhecer o equívoco, seja por falha na interpretação do precedente, seja pelo desconhecimento do seu teor, a solução é simples e conduzirá à provável retratação. A dúvida surge quando a desconformidade se der não por erro, mas porque questões relevantes não apreciadas pela corte emissora conduziram a uma conclusão diversa daquela adotada no padrão decisório.

Nessa hipótese, se, após instado a efetuar o juízo de retratação, o órgão julgador mantiver o acórdão, outra opção não restará ao presidente ou vice-presidente do tribunal senão realizar o juízo de admissibilidade e, acaso positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.030, inciso V, do CPC).

O Código dispõe expressamente sobre a possibilidade de o tribunal refutar o juízo de retratação. Nesse ponto, surge a indagação que motivou o presente estudo: conteria esse dispositivo uma autorização para que o órgão julgador divirja de precedentes firmados sob os regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos? O tribunal pode refutar o juízo de retratação ainda que reconheça haver no acórdão por ele proferido afronta a tais padrões decisórios?

Note-se que o questionamento não se refere à mera insubmissão (“rebeldia”) do tribunal, desacompanhada de fundamentação adequada, vício que pode levar até mesmo à cassação do acórdão com fundamento no art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC. O caso é de divergência fundada, que dialogue com o precedente e acresça sentido à sua *ratio decidendi*.

Respeitável doutrina, citada ao longo deste estudo (MITIDIERO, 2013; PEIXOTO, 2018), entende que os tribunais inferiores não podem divergir dos precedentes firmados sob o regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos. Segundo Peixoto (2018), a não aplicação do precedente pela Corte inferior, sem competência para superá-lo, não sendo a hipótese de superação antecipada,⁸ configurará *error in iudicando* ou *in procedendo*.

⁸ “O *anticipatory overruling* (superação antecipada) consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar uma superação anteriormente induzida de diversas formas pelas Cortes superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. *Não significa uma permissão para a não aplicação de precedentes vinculantes pela discordância quanto ao seu*

Essa orientação encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Anoto, em remate, que a inadmissibilidade de reclamação perante esta Corte com o fim de questionar a aplicação de precedente de repercussão geral não significa, por outro lado, que os tribunais inferiores poderão interpretar a Constituição Federal cada qual ao seu modo, em desrespeito à função precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião da Carta Política e intérprete derradeiro das suas normas. Deveras, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixado o sentido e o alcance de uma determinada norma jurídica à luz da Constituição Federal, não pode a instância *a quo* divergir do entendimento firmado, máxime em se tratando de decisão proferida no julgamento de questão dotada de repercussão geral. Consectariamente, a decisão de tribunal inferior que afronte tal paradigma, incide em *error in iudicando*, produzindo decisão passível de desconstituição por meio do ajuizamento de ação rescisória perante o tribunal de origem, a teor do art. 966, § 5º, do CPC/2015. (BRASIL, 2016c, online, grifo nosso).

A conclusão de que, com o advento do CPC de 2015, juízes e tribunais ordinários não podem dissentir dos padrões decisórios das cortes superiores é tratada, de modo geral, com tanta obviedade, que raramente é objeto de reflexão crítica, como a realizada por Streck (2019) em “Precedentes judiciais e hermenêutica”. Na obra, o autor minuciosamente explorou o sentido da vinculação no Código de Processo Civil vigente e defendeu enfaticamente a prerrogativa do magistrado de decidir conforme a lei e a Constituição, ainda que em oposição ao precedente.

Por toda a lógica deduzida até aqui, parece mais consentâneo com o sistema admitir que os tribunais divirjam de tais paradigmas, de modo que a retratação prevista no art. 1.030, inciso II, do CPC não deve ser entendida como obrigatória, ainda que o precedente eventualmente desafiado seja, em tese, aplicável ao caso enfrentado. A legitimidade de tal discordância decorrerá da fundamentação, dirigida à futura superação do padrão decisório, o que pressupõe um ganho hermenêutico em relação à sua *ratio decidendi*. Orientação diversa confere ao precedente supremacia em relação à lei e à própria Constituição, além de prejudicar a evolução da jurisprudência.

conteúdo. A mera discordância, independentemente do seu grau, não autoriza às Cortes inferiores a não aplicação do precedente, quando aplicável ao caso em julgamento”. (PEIXOTO, 2018, p. 264).

Refutado o juízo de retratação, incumbe ao presidente ou vice-presidente do tribunal admitir o recurso e aguardar a posição a ser adotada pelo STJ ou STF, conforme o caso (artigo 1.030, inciso V, “c”, do CPC).

Se a corte superior não se convencer dos novos argumentos, o acórdão será reformado por *error in iudicando*, aplicando-se ao caso a orientação outrora firmada. Importante salientar que em ambos os casos, conforme preceitua o artigo 1.034 do CPC, é o STJ ou o STF quem julga o recurso admitido, senão veja-se:

Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado (BRASIL, 2015, online).

Logo, nesse caso, a Corte Superior não pode devolver os autos para que o tribunal recorrido aplique o precedente, devendo proceder ao julgamento para reformar ou anular o acórdão, salvo se por outra razão o recurso não for admitido. Nesse sentido, o STF já decidiu que a sua atuação, no que diz respeito à aplicação do entendimento firmado na repercussão geral ao caso concreto, deve ser subsidiária, só se manifestando quando o Tribunal *a quo* negar observância ao *leading case*, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão (BRASIL, 2011c, online).⁹

A devolução do processo pelas cortes superiores somente é admitida nas hipóteses em que a instância inferior deixe de observar a sistemática do juízo de retratação, prevista no artigo 1.030, inciso II, do CPC, ou se a admissão do recurso ocorrer antes da formação de algum padrão decisório vinculante pelo STJ ou pelo STF, quando poderá ser conferida a oportunidade de retratação (artigos 1.030, inciso V, 1.036, §§ 1º, 4º, 5º e 6º, 1.037, § 4º, 1.038, §§ 3º e 3º, 1.039, 1.040, II, e 1.041 do CPC). Corroboram tais conclusões os artigos 328 e 328-A do Regimento Interno do STF.¹⁰

⁹ Conquanto anterior ao CPC de 2015, a lógica do julgado permanece aplicável.

¹⁰ RISTF. “Art. 328. [...] Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a **devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil**. Art. 328-A. [...] § 2º

As disposições legais elencadas permitem a interpretação de que a divergência em relação aos padrões decisórios firmados no regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos é possível. Para que esta não infrinja a lógica do CPC, que busca fortalecer os precedentes judiciais, eventuais discordâncias devem, repise-se, vir acompanhadas fundamentação adequada, com acréscimo de sentido em relação ao padrão decisório.

Como argumento favorável a esse entendimento, pode ser mencionada a necessidade de abertura do direito à evolução e de preservação das competências do STJ e do STF, detentores da supremacia na interpretação da legislação federal e da Constituição, respectivamente. Se aquelas cortes são competentes para uniformizar a jurisprudência criando padrões decisórios, possuem, implicitamente, competência para rever suas teses. Para tanto, é imperiosa a existência de mecanismos aptos a viabilizar a devolução de tais matérias à sua apreciação, o que, a partir de uma interpretação literal do artigo 1.030, não seria possível senão diante da divergência dos tribunais ordinários.

A impossibilidade do dissenso desestimularia os juízes a repensarem os precedentes, afinal, se não possuem competência para superá-los e devem obedecê-los sempre que o caso se amoldar àqueles padrões, não há motivo para o desenvolvimento de um novo raciocínio acerca da matéria, assim como para o enfrentamento aprofundado de todos argumentos suscitados no processo, ainda que relevantes para a solução da causa e diversos daqueles abordados no paradigma.

Magistrados de primeiro e segundo graus poderiam “lavar as mãos”, isentando-se da responsabilidade pela injustiça decorrente da aplicação da norma extraída de precedente, ainda que evidenciada, pela parte prejudicada, a necessidade de superação. A longo prazo, como destacado no capítulo anterior, o sistema de precedentes acarretaria o empobrecimento da jurisprudência sob os aspectos técnico-jurídico, lógico e até moral, afinal, as noções de certo e errado, que variam ao longo do tempo e do espaço, permaneceriam petrificadas nos padrões decisórios.

Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar. (Incluído pela Emenda Regimental n. 23, de 11 de março de 2008, destaquei)”. Embora alusivos ao CPC/1973, a *ratio* de tais dispositivos permanece compatível com o Código vigente.

Por outro lado, o dissenso viabiliza a chegada de novas questões jurídicas às cortes emissoras dos precedentes, o que possibilita a renovação e a ampliação do seu quadro de premissas, densifica o seu significado e torna a *ratio decidendi* mais segura e precisa (MACÊDO, 2016). Estimula, ainda, advogados, juízes e tribunais a desenvolverem a técnica argumentativa e possibilita o *overruling* difuso, mediante a interposição de recursos às instâncias superiores.

Os filtros e os mecanismos de desestímulo às demandas que afrontem precedentes são necessários à racionalização dos serviços do Poder Judiciário e podem se dar por diversas vias. Muitas delas já constam do Código e foram descritas anteriormente neste trabalho: julgamento liminar de improcedência do pedido; julgamento monocrático do recurso pelo relator; muitas nos casos em que o agravo interno for considerado manifestamente inadmissível por unanimidade e a polêmica impossibilidade de interposição de recurso às instâncias superiores quando o acórdão adotar padrão decisório firmado sob o regime da repercussão geral ou em recursos repetitivos.

Porém, como alertam Fux e Bodart (2019), as políticas destinadas a inibir a propositura de demandas frívolas podem ter o efeito adverso de igualmente desencorajar demandas de valor esperado negativo socialmente desejáveis.

Ao se impedir por completo o sucesso de uma demanda que afronte teses da repercussão geral ou de recursos repetitivos e obstar a revisão de tais matérias pelas cortes superiores, acaba-se por tolher o acesso à justiça de sujeitos que não participaram da formação do precedente e retirar do STJ e do STF a possibilidade de superar o seu entendimento, o que gera uma inadmissível incoerência sistêmica.

Quanto à atuação dos magistrados e ao receio de que a possibilidade do dissenso torne inócuo o sistema de padrões decisórios vinculantes estabelecido pelo CPC, a própria sistemática recursal possibilita a correção de desvios quando a argumentação que sustenta a divergência não convencer as instâncias revisoras. Em casos mais graves, as corregedorias e o Conselho Nacional de Justiça podem entrar em cena.

A insistência irresponsável na adoção de teses já refutadas em entendimentos consolidados nas cortes superiores, entendida como aquela que não apresenta ganho

hermenêutico ou que se ampara em distinção inconsistente¹¹ ou em suposta superação sem plausibilidade jurídica, não está abarcada pela independência funcional. Configura, isto sim, descumprimento dos deveres de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da CFRB/1988 e artigo 489 do CPC) e de manutenção da integridade e a coerência do sistema (artigos 926 e 927 do CPC), o que, quando se mostrar uma prática constante, denota conduta afrontosa aos deveres de prudência, conhecimento e capacitação preconizados pelos artigos 24 a 26 e 29 a 35 do Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008).

A indicação dos motivos que levam o julgador a aplicar ou deixar de aplicar um precedente não é facultativa; é um dever funcional, cujas balizas estão expressas no CPC. Tanto é assim que a inobservância dessa determinação legal pode conduzir à rescisão do julgado por violar manifestamente norma jurídica (artigo 966, inciso V e § 5º, do CPC). A opção deliberada por repetidamente descumprir tal obrigação pode configurar infração disciplinar, não pelo conteúdo da decisão em si, o que esbarraria no artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – Lei Complementar nº 35/1979), mas pelo modo de decidir, que deve obediência à lei (artigo 35 da LOMAN).

Importante destacar que tal espécie de controle, pela via correicional, somente se justificaria diante da atitude escancaradamente irresponsável do magistrado, manifestada pela desobediência contumaz ao dever de fundamentação das decisões e pelo manifesto descaso com relação às normas do CPC que tratam da aplicação dos precedentes, apurada mediante procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa. Os esforços devem se concentrar na formação dos novos juristas e na atualização dos profissionais que já estão em campo, para que se adaptem à nova lógica construída pelo Código no que diz respeito à aplicação dos precedentes.

Por fim, cumpre enfatizar que a divergência não deve ser entendida como um desrespeito à autoridade das cortes superiores, desde que a decisão seja racionalmente motivada e prestigie a integridade do ordenamento. O respeito à autoridade dos precedentes é

¹¹ Na distinção inconsistente, utilizam-se argumentos falhos para distinguir os casos. As diferenças são supervalorizadas, reduzindo-se o âmbito de incidência do precedente de forma equivocada (MELLO, 2018, p. 675).

demonstrado pelo diálogo racional, assim como deve ocorrer nas diversas esferas da sociedade e do Estado.

Ainda que se acolha a tese ora defendida quanto à possibilidade do dissenso, o juiz zeloso, ao se deparar, no exercício do seu ofício, com um precedente firmado sob o regime da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, assim refletirá: “eu posso discordar; porém, devo?”. A priori, a resposta é não, salvo se razões suficientemente relevantes indicarem que a superação é necessária, levando em consideração os princípios norteadores do processo civil constitucional em conflito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual disciplina do processo civil brasileiro é orientada por valores e normas fundamentais (artigo 1º, do CPC) que refletem o fenômeno da constitucionalização do direito. Assegura-se às partes o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, justa e efetiva, incluída a atividade satisfativa (artigos 4º e 6º, CPC), tudo como forma de concretização do ideal de justiça delineado pela Constituição Federal de 1988.

Aspira-se a que os jurisdicionados sejam tratados de maneira isonômica, sem diferenciação baseada unicamente no entendimento pessoal do julgador. Busca-se, com isso, eliminar o sentimento de “loteria judiciária”, fenômeno que estimula a propositura de demandas frívolas, multiplica injustiças e contribui para o descrédito e a deslegitimação do Poder Judiciário.

Como corolário da impessoalidade, tornou-se imperativa a uniformização da jurisprudência, prestigiando-se os padrões decisórios elencados pelo Código. Erigiu-se, então, como requisito de validade da decisão judicial a indicação de fundamentos que justifiquem a aplicação ou a não aplicação de precedentes, súmulas e jurisprudência incidentes, em tese, ao caso em apreço, sejam estes invocados pelas partes ou conhecidos de ofício.

Nesse aspecto, em clara importação de elementos da tradição jurídica da *common law*, o CPC impõe a identificação dos fundamentos determinantes daqueles padrões decisórios (*ratio decidendi*) e o subsequente juízo de adequação ao caso sob julgamento, como elementos obrigatórios da decisão judicial.

Desde a reforma do Poder Judiciário (EC 45/2004), o CPC de 1973 passou por sucessivas alterações que estabeleceram filtros de acesso às cortes superiores, dos quais o regime da repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos, mantidos e aprimorados pela codificação atual, são expoentes.

Embora as mudanças sejam bem-vindas e necessárias, o afã de agilizar a prestação jurisdicional e de torná-la uniforme não pode suplantar a possibilidade de evolução jurisprudencial, sob pena de engessar o pensamento jurídico acerca de matérias relevantes e, assim, conferir ao produto final de determinados julgados (norma julgada) uma estatura mais elevada que a do próprio texto legal (norma legislada) que lhe serve de substrato, o que não

condiz com o primado da legalidade estabelecido pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

A razoável duração do processo pressupõe a compreensão do tempo devido como aquele *necessário* para obter soluções adequadas às controvérsias submetidas à apreciação judicial, sem pressa e sem atraso. Logo, deve-se atentar para que os mecanismos de racionalização da prestação jurisdicional não acabem por suprimir etapas necessárias do diálogo propiciado pelo processo.

Ademais, assim como na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), conceitos metajurídicos mutáveis no espaço e no tempo, o produto dessa atividade igualmente está submetido a tais valores, sendo, portanto, passível de mudanças. A jurisprudência deve permanecer aberta à renovação do pensamento por meio da argumentação racional.

Como medida para a otimização do processo, o texto original do CPC aprovado em 2015 extirpara o duplo juízo de admissibilidade recursal, ressuscitado, em parte, pelas alterações promovidas com o advento da Lei 13.256/2016 após a constatação de que o acesso direto às cortes superiores por meio dos recursos excepcionais inviabilizariam o trabalho daquelas instâncias.

Contudo, as mudanças sofridas pelos artigos 1.030 e 1.042 do CPC, a depender da interpretação que lhes seja conferida, podem obstaculizar por completo o acesso ao STJ e ao STF nas hipóteses em que a questão jurídica debatida houver sido padronizada por aquelas cortes sob a sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral.

De um lado, o clamor pela segurança jurídica e pela otimização da prestação jurisdicional torna desejável a restrição dos limites decisórios do magistrado, vinculando-o aos precedentes oriundos das chamadas “Cortes de Vértice”. De outra banda, observa-se o risco de se perpetuarem falhas, além de se retirar dos jurisdicionados que não participaram da formação do precedente a possibilidade de influenciar o julgador com a apresentação de novos argumentos e, assim, promover a superação de teses vinculantes.

Embora elogiável o intuito de conferir maior força aos precedentes concebidos mediante procedimentos qualificados instaurados nos órgãos constitucionalmente encarregados

de uniformizar a interpretação da Constituição Federal e das leis federais, não se deve admitir que as cortes de superposição sejam blindadas dos diálogos que poderiam levar à superação dos precedentes por elas consolidados, sob pena de engessamento da jurisprudência e de lhes suprimir parte da sua competência, um insuperável paradoxo.

Não se ignora a crise vivida pelo Poder Judiciário, em que a demanda de trabalho é muito superior à capacidade de dar vazão aos processos. Porém, também não se concebe a adoção de soluções pragmáticas que estrangulem as garantias constitucionais do acesso à justiça e do contraditório, cuja concretização pressupõe a oportunidade de influenciar o convencimento do julgador e, com isso, contribuir de modo substancial para a construção da decisão judicial.

O reconhecimento da possibilidade de que juízes e tribunais divirjam dos padrões decisórios vinculantes, desde que observado o ônus da fundamentação (artigo 489, § 1º) em densidade compatível com a força do precedente desafiado e com um acréscimo de significado à sua *ratio decidendi*, alivia, senão neutraliza, os danos advindos da interpretação literal do artigo 1.030, I.

Tal solução parece melhor se adequar à Constituição Federal ao permitir que os tribunais superiores, únicos competentes para a superação dos seus precedentes, revisem suas próprias teses quando as Cortes de segundo grau, ao refutarem o juízo de retratação (artigo 1.030, II), mantiverem os acórdãos proferidos em sentido contrário aos padrões decisórios firmados em sede de recursos repetitivos e repercussão geral. Assegura-se, desse modo, o aprimoramento da jurisprudência firmada sob o regime da repercussão geral e no julgamento de recursos repetitivos.

A abertura do sistema de precedentes ao dissenso garante, ainda, o acesso à justiça dos sujeitos cujas demandas surjam após o julgamento do *leading case* e que, portanto, não tenham participado do debate antecedente à formação do padrão decisório, compatibilizando a sistemática implementada pelo CPC com o princípio democrático e com os direitos fundamentais do cidadão aplicáveis ao processo judicial.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Tatiana Costa de. Reclamação constitucional: uma alternativa possível para a superação de precedentes ante a barreira imposta pelo artigo 1.030 do CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 20, n. 3, p. 546-574, set./dez. 2019. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/40549-151543-1-PB.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, 2015. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/778>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113256.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 mar. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília: CNJ, aprovado em 06 de agosto de 2008, publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Brasília: CNJ, 2011a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 02/04/2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2016**. Brasília-DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2019**. Brasília-DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de Março de 1979**. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Questão de Ordem no Ag 1154599/SP**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em 16 fev. 2011b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Procedimentos em caso de recursos repetitivos**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Procedimentos>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário nº 801843 AgR**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação nº 10793**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicação: Dje 06 jun. 2011c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Devoluções do Supremo Tribunal Federal pela sistemática da repercussão geral**. 21 abr. 2020a. Disponível em: [C:\Users\User\Downloads\Quadro Geral Devolução RG \(3\).mhtml](C:\Users\User\Downloads\Quadro Geral Devolução RG (3).mhtml). Acesso em: 21/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EC 45/2004 trouxe mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro**. Notícias STF. 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Números da repercussão geral** (situação atual detalhada). 21 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>. Acesso em: 21/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 21.730 ED-AgR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação: Dje 15 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 23569**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 08 ago. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 23569**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 08 ago. 2016. Publicação: Dje 12 ago. 2016c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 36086**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1228109**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 27 mar. 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. **Consultor Jurídico**, 12 de fevereiro de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso em 15 mar. 2020.

CUNHA JR., Dirley da. O que é derrotabilidade das normas jurídicas? **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas>. Acesso em: 19 jul. 2018.

DECKER, Janet R. **Berea College v. Kentucky**. *Encyclopædia Britannica*. 02 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Berea-College-v-Kentucky>. Data de acesso: 02 mar. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Overruling incidental e concentrado**. Editorial 166. 2013. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166/>. Acesso em: 20 jul. 2018.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador, Juspodivm, 2016, v. 2.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Texas Law Review**, [s.l.], v. 60, 1982, p. 527-550. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6a14/60d10b4fdd662c62f15130e375b8382c9803.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. **Plessy v. Ferguson. n. 210**. Voto vencido: Mr. Justice Harlan. Julgado em 18 mai. 1896. Disponível em: <http://laws.findlaw.com/us/163/537.html>. Acesso em: 03 abr. 2020

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fomes, 2006.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Burrell. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários: o pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 187-221, dez. 2016.

MACÊDO, Lucas Burrell de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. *In*: FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa** (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARMELSTEIN, George. **A judicialização da ética**. Série monografias do CEJ. v. 30. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/2368/2238>. Acesso em: 03 abr. 2020.

MARMELSTEIN, George. As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA em matéria de direitos fundamentais – parte I (Caso Dred Scott). **Direitos Fundamentais.Net**. 21 de outubro de 2008. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/10/21/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-em-materia-de-direitos-fundamentais-parte-i-caso-dred-scott/>. Acesso em: 3 mar. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p.667-688. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>. Acesso em: 08/06/2020.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, 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, p.77-122.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, 2015, vol. 245, jul. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.12.PDF. Acesso em: 04/04/2020.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489, jul. 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira uma autorização para "errar" por último? **Consultor Jurídico**. São Paulo, 03 out 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>. Acesso em: 29 out 2016.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Precedente judicial no novo Código de Processo Civil**: tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 4, n. 7, p. 343-367, 10 dez. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2013.8350>. Acesso em: 1 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

THEODORO JR., Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, [s. l.], v. 9, n. 54, p. 5–36, maio/jun., 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

UROFSKY, Melvin I. Dred Scott. **Encyclopædia Britannica**. 01 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Dred-Scott>. Acesso em: 2 mar. 2020.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade...;jsessionid=85F97FDFDD228EFD6E8CFAC9EE1BAED4?sequence=1>. Acesso em: 14 dez. 2018.