

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCSO
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO CARVALHO DE MORAES

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): A
necessidade de respeito ao sistema de demandas judiciais

SÃO LUÍS

2015

RODRIGO CARVALHO DE MORAES

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): A
necessidade de respeito ao sistema de precedentes judiciais**

Monografia submetida à Universidade
Federal do Maranhão para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Msc. Valéria
Montenegro

SÃO LUÍS

2015

Moraes, Rodrigo Carvalho de.

Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): a necessidade de respeito ao sistema de precedentes judiciais / Rodrigo Carvalho de Moraes. — São Luís, 2015.

? f.

Orientador: Valéria Montenegro.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Processo civil. 2. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3. Precedentes judiciais. 4. *Stare decisis*. 5. *Common Law*. I. Título.

CDU 347.951

RODRIGO CARVALHO DE MORAES

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): A
necessidade de respeito ao sistema de precedentes judiciais**

Monografia submetida à Universidade
Federal do Maranhão para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Msc. Valéria
Montenegro

Aprovada em ____/____/____

Prof^a. Mestre Valéria Montenegro
(Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

DEDICATÓRIA

A Deus, digno de todo o louvor.

Aos meus pais, que tanto fizeram por mim.

A todos meus professores, amigos, colegas e pessoas que me ajudaram nessa jornada.

E, por fim, mas não menos importante, ao trabalho dos funcionários da limpeza, da lanchonete do Centro de Ciências Sociais e do Restaurante Universitário da Universidade Federal do Maranhão.

AGRADECIMENTOS

Dentre os meus professores, não posso deixar de destacar o prof. Alonso Freire, que ministrou as cadeiras de Introdução ao Estudo de Direito e Teoria Geral do Direito. Grande pesquisador do Direito norte americano, em especial do doutrinador Ronald Dworkin, o prof. Alonso ensinou aos seus alunos sobre o conceito de Direito, e porque não deve ser confundido com o estudo unicamente da Lei.

O interesse despertado no discente em ir além da Lei foi fundamental para a produção dessa presente monografia, que trata da grande importância assumida pela jurisprudência na forma dos precedentes judiciais no Novo CPC, mais especificamente no IRDR.

Por fim, as palestras e artigos publicados pelo prof. Alonso Freire e pelo seu irmão, Alexandre Freire, serviram de base e diretriz dessa monografia, sendo citadas ao longo de todo o trabalho. Sem essas pesquisas, essa monografia restaria impossível.

*“That no life lives for ever;
That dead men rise up never;
That even the weariest river
Winds somewhere safe to sea.”*

Algenor Charles Swinburne

RESUMO

Essa presente monografia intenta analisar a *common law*, sua origem e evolução histórica, a doutrina da *stare decisis* e outros elementos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais. Busca demonstrar a aproximação entre a common law e a civil law, sistema jurídico brasileiro, e seu ápice com a instituição do Incidente de Resolução de Demandas repetitivas. Após estudo sobre o incidente, é analisado o problema da falta de cultura jurídica no Brasil em tratar com os precedentes judiciais, e a necessidade de respeito a esse sistema.

Palavras-chave: Processo Civil. Filosofia do Direito. Precedentes Judiciais. Stare Decisis. Novo Código de Processo Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

ABSTRACT

This current monograph intends to analyse the common law, begins and historical development, the doctrine of stare decisis and others elements for the understanding of the precedents. It seeks to demonstrate the approach between the common law and the civil law, brazilian legal system, and his apex with the institution of the Resolution Incident of Repetitive Demands. After study about the incident, it is analyzed the problem of the lack of legal culture in Brazil about precedents, and the need of respect to this system.

Keywords: Civil Process. Philosophy of law. Precedents. Stare Decisis. New Code of Civil Procedure. Resolution Incident of Repetitive Demands.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	
1.1. Considerações iniciais.....	10
1.2. Evolução histórica do Direito inglês: <i>common law</i> , precedentes e <i>stare decisis</i>	10
1.3. Elementos para compreensão do Sistema de Precedentes Judiciais.....	14
1.3.1. Jurisprudência e Precedente.....	14
1.3.2. <i>Persuasive authority</i> e <i>binding authority</i>	16
1.3.3. <i>Ratio decidendi</i> , <i>obiter dictum</i> e <i>binding element</i>	17
1.3.4. <i>Distinguishing</i> , <i>Overruling</i> e <i>Overriding</i>	18
1.4. Súmula vinculante: natureza jurídica <i>sui generis</i>	20
1.5. Aproximação entre a <i>Civil Law</i> e a <i>Common Law</i> no Brasil.....	22
1.5.1. Precedentes: Isonomia e segurança jurídica	22
1.6. Críticas à adoção do Sistema de Precedentes no Brasil.....	23
1.6.1. Adoção por meio de Lei.....	24
1.6.2. Falta de aquisição histórica.....	25
1.6.3. Tradição jurídica distinta.....	26
1.6.4. Engessamento da jurisprudência.....	26
1.6.5. Falta de cultura jurídica.....	27
2. O INSTITUTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)	
2.1. Considerações gerais.....	28
2.2. <i>Musterverfahren</i> : inspiração alemã do incidente.....	29
2.3. Principais aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	31
2.3.1. <i>Distinguishing</i> e <i>overruling</i> no IRDR.....	37
2.3.2. Modulação temporal dos efeitos do <i>overruling</i>	38
2.3.3. Natureza jurídica.....	40
2.4. Outros casos repetitivos: Recurso extraordinário e especial repetitivos.....	41
2.5. Análise de demanda repetitiva: correção monetário do FGTS.....	44
3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): A NECESSIDADE DE RESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	
3.1. Considerações iniciais.....	45
3.2. A teoria da <i>Katchanga</i> : uma (péssima) possibilidade para os precedentes.....	45
3.3. A cultura de respeito aos precedentes.....	49
3.3.1. Políticas públicas.....	50
3.3.2. A importância dos juristas e o esforço hermenêutico.....	55
3.4. Considerações finais.....	58
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, também conhecido como Código Buzaid, por ter seu projeto sido elaborado pelo renomado jurista Alfredo Buzaid, completa exatos 42 anos em 2015. A simples passagem de tempo, contudo, é um indicador muito pobre de que um código esteja ultrapassado, necessitando da promulgação de um novo – a CLT, v.g., é de 1930, e não há nenhum novo projeto em tramitação no Congresso Nacional sobre um novo código trabalhista. Contudo, uma análise breve é capaz de demonstrar a necessidade de um novel Código de Processo Civil. Há boas razões para tanto.

Primeiramente, o código Buzaid foi promulgado durante os *anos de chumbo* do regime militar, o período mais radical da ditadura, em plena vigência do famigerado Ato Institucional nº 5 que cassava livremente os direitos dos cidadãos brasileiros. Portanto foi um Código antidemocrático, que não se preocupava em conferir ao processo civil um caráter garantista de direitos aos indivíduos nem de protegê-los face à autoridade estatal, tampouco foi estruturado e sistematizado de acordo com uma Constituição democrática.

Em segundo lugar, o Código de 1973 passou por mais de 60 reformas legislativas, o que prejudicou a sistemática do Código, transformando-o numa verdadeira “colcha de retalhos”¹. A razão de tantas reformas é evidente: reabertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988, constitucionalização do direito processual civil, revolução tecnológica com o advento da informática e da *internet* e o maior acesso da população à Justiça, com o consequente aumento de demandas que levou o Judiciário à morosidade.

Maculado de ideias inadequadas à contemporaneidade, e não alcançando sucesso mesmo após ser atacado com tantas reformas, a necessidade premente de um Novo Código foi materializada na comissão de jurista instituída pelo Senado Federal para elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em 2009. Os objetivos maiores dessa comissão era redigir um código orientado pelos princípios constitucionais da CF/88, como convém em tempo de constitucionalização do processo civil, e resolver a atual nêmesse do direito: a morosidade do processo (FUX, 2011, p. 13).²

A morosidade no processo é muito mais que a simples demora. É a própria negação do princípio constitucional do acesso à Justiça, na interpretação dada pela hermenêutica atual (FUX, 2011).³ O acesso à Justiça não é apenas o direito de entrar no Judiciário, mas também o direito de, uma vez dentro do processo, ter uma sentença em tempo razoável; e assim irá se concretizar também um outro princípio

¹ A expressão é do doutrinador Fredie Didier. Cf. em <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>> Acesso em 04/03/2015

² FUX, Luis. O Novo Processo Civil. In: FUX, Luiz (Coord.). **Novo Processo Civil Brasileiro**: direito em expectativa. São Paulo: Forense, 2011.

³ Ibid. p

constitucional, o da duração razoável do processo. Percebe-se, portanto, que no processo contemporâneo não se coaduna com o dito “antes tarde do que nunca”, mas com “Justiça tardia nada mais é que injustiça manifesta”, conforme o mais renomado jurista brasileiro, Ruy Barbosa.

A lei 13.105/2015 foi finalmente promulgado em março de 2015, instituindo o Novo CPC e trazendo em seu bojo muitas reformas para atingir o fim de combater a morosidade, embora a única que interesse aos fins desse trabalho seja a que será citada no parágrafo seguinte. Para além da esfera civil, é válido que o Novel Código terá aplicação supletiva e subsidiária aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos⁴.

Mas o destaque do Código nesse sentido vai para o tema desenvolvido aqui: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Na sociedade de massas na qual vivemos hoje, onde o acesso à Justiça alcança mesmo as populações menos favorecidas, temos também as demandas em massa: dezenas ou mesmo centenas de milhares de ações civis, trabalhistas e previdenciárias, entre outras, com a mesma causa de pedir e pedido, tendo nas partes a sua única diferenciação significativa. Pensando nesse tipo de demanda, tão comum atualmente, o NCPC instituiu o IRDR, que desafogará o Judiciário de grande quantidade de processos idênticos ou semelhantes, atacando o problema da morosidade, ao mesmo tempo em que resolverá o problema das decisões desiguais para casos iguais, em nítido atentado à isonomia.

Contudo, e esse é o tema a ser desenvolvido nesse trabalho, não basta uma canetada do Legislador para resolver a questão. Uma reforma tão profunda quanto essa, que dará papel de destaque ao *sistema de precedentes judiciais* no nosso processo civil (é incorreto dizer que nosso ordenamento não tem, há algum tempo, experiência com os precedentes, conforme veremos) encontrará sérias dificuldades para se consolidar e atingir os objetivos propostos da comissão que a fez, se não houver a *criação de uma cultura jurídica de respeito aos precedentes*. Tarefa difícil, mas não impossível, vez que ao direito não cabe apenas uma postura descritiva da realidade, mas sim o papel de verdadeiro transformador social.

⁴ Cf. art. 15 da Lei 13.105: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

1. SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

1.1. Considerações iniciais

Um estudo minimamente meticoloso sobre o instituto do *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* (IRDR) não pode tratar do tema sem abordar também, ao menos brevemente, o sistema de Precedentes Judiciais. A bibliografia sobre Precedentes – nacional, extensa; estrangeira, infindável – é rica em quantidade e qualidade, o que traz a qualquer um que se proponha a discorrer sobre o tema a árdua tarefa sobre selecionar o que será abordado ou não em seu estudo.

No intuito de garantir o melhor aproveitamento, antes de iniciar o estudo do IRDR propriamente dito, serão brevemente abordados nesse capítulo os elementos fundamentais para compreensão do sistema de precedentes: distinção entre Jurisprudência e Precedentes, *Persuasive* e *Binding Authority*, *Ratio Decidendi*, *Obiter Dictum*, *Binding Element*, *Distinguishing*, *Overruling* e *Overriding*, além de esclarecimento sobre a natureza jurídica da Súmula Vinculante, instituto adotado com a Reforma do Judiciário através da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Será discutido a aproximação entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* no mundo e no Brasil, fenômeno muito anterior ao advento do Novo CPC, e a adoção do Sistema de Precedentes Judiciais no Ordenamento Jurídico Pátrio, ressaltados suas vantagens (ganhos em segurança jurídica e isonomia) e rebatendo algumas de suas principais críticas, além de tratar do certo traço de inevitabilidade da reforma legal que trouxe essa inovação.

No último tópico do capítulo, serão analisadas e iniciada a construção de respostas para algumas das principais críticas, não necessariamente com o objetivo de refutá-las (embora se conclua que algumas dessas críticas carecem de sólida fundamentação), “validando” esse presente trabalho, mas com o intuito de iniciar um processo dialético, para construir soluções que visem uma cultura de maior respeito aos precedentes no Brasil.

1.2. Direito inglês e sua evolução histórica: common law, precedentes e stare decisis

Direito inglês, *common law*, precedentes e *stare decisis* são conceitos que não se confundem, como querem alguns operadores do direito⁵. Faremos uma breve reconstrução histórica para desmistificar esses termos.

Historicamente, o Direito inglês foi marcado por quatro períodos principais:

“O primeiro é o período anglo-saxônico, anterior à conquista normanda de 1066. O segundo é o período de formação da *common law*, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), no qual se desenvolve, em substituição aos costumes locais, um sistema de direito novo, comum a todo o reino [direito comum, ou *common law* em inglês]. O terceiro é o período de

⁵ Mesmo grandes pesquisadores por vezes confundem esses institutos.

rivalidade com a equity, que vai de 1485 à 1832, sendo marcado pelo desenvolvimento, ao lado da common law, de um sistema complementar e as vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto é o período moderno, que começa em 1832 e continua até os dias de hoje, no qual o common law teve que observar um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração”⁶

Esses são os períodos históricos do Direito Inglês, que de imediato quebram os seguintes mitos de que: a) o Direito inglês não se confunde com *common law*, pois surgiu muito antes, como um direito dos costumes locais (*direito consuetudinário*) da Inglaterra. Apenas muito depois, em 1066, esse direito será nacionalmente unificado por um corpo de juristas, na forma da *common law*; e b) a common law, já historicamente consolidada, tendo adotado as doutrinas dos precedentes e da *stare decisis*, teve que se adaptar à uma profusão historicamente inédita de leis na Inglaterra⁷.

Delineados esses períodos históricos, faremos uma análise de porque a *common law* teve uma origem e desenvolvimento distinto do direito continental europeu (que levou à separação das duas grandes famílias do direito ocidental: *civil law*, ou direito romano-germânico e *common law*, ou direito anglo-saxão)

Noberto Bobbio, em sua consagrada obra *O Positivismo Jurídico*, traça um breve e preciso conceito da *common law*:

“A *common law* não é o direito comum de origem romana [jus commune romano], mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos Juizes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juizes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juizes, segundo o sistema de precedente obrigatório [*doctrine of stare decisis*]).”⁸

Conforme visualizado, a *common law* foi fruto do direito consuetudinário anglo-saxão, cuja penetração do direito romano (*ius civile*) foi muito menor que na Europa Continental, por razões diversas tais como a aguerrida resistência dos britânicos ao domínio romano⁹, o isolamento insular da Inglaterra e a distância física de Roma. De início um direito costumeiro, ou consuetudinário, em uma segunda fase passou a ser uma construção pretoriana, com a adoção da doutrina de precedentes judiciais, e em uma terceira passou a adotar a doutrina da *stare decisis*, um refinamento da teoria dos precedentes.

Aduz *John Kelly* que a incapacidade do direito romano de penetrar permanentemente no universo jurídico inglês, levou à perpetuação das tradicionais

⁶ David, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷ Tanto em virtude do maior dirigismo estatal quanto da entrada na União Européia. Nesse contexto, a Inglaterra conheceu seu primeiro Código de Processo Civil no ano de 1999.

⁸ BOBBIO, Noberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

⁹ Os britânicos derrotaram as poderosas legiões de Júlio Cesar em 55 e 54 AC, só sendo dominados tardiamente (em comparação a outros domínios romanos), no ano 43 DC, pelo Imperador Cláudio.

regras costumeiras, cujo aplicação uniforme por um único corpo de juízes levou à *common law*, ou seja, direito comum¹⁰.

O direito romano, ao contrário da Inglaterra, penetrou nos sistemas jurídicos da Europa Continental, primeiramente por imposição romana e, depois da queda do Império Romano Ocidental, pelo reconhecimento de seu caráter “refinado” em comparação ao direito consuetudinário das tribos bárbaras. Na baixa Idade Média, com o advento do Renascimento e a redescoberta do direito romano através do Código de Justiniano, mesmo localidades que os romanos nunca dominaram – como a Germânia – incorporaram o direito romano às suas práticas jurídicas. Isso gerou ainda uma espécie de língua franca conceitual para juristas de diversas nações europeias, excluindo aqui a Inglaterra, que praticamente desconhecia o direito romano; disto veio a mútua sensação de estranheza entre os sistemas da *common law* e o do direito civil românico (KELLY, 2010, p. 234). Pode-se dizer que o sistema da *civil law* voltou a se interessar pela *common law* apenas com a publicação do clássico *De l'esprit des lois* por Montesquieu.

A *common law* limitava o Rei, que ao exercer o *jurisdictio* através de seus juízes, era obrigado aplicar a *common law*.¹¹ Tal limitação enfureceu soberanos absolutistas como Jaime I e Carlos I, ávidos por cassar direitos de seus súditos, sendo defendida veementemente por *Lord Coke*, cujas defesas ao sistema jurídico inglês rendeu obras clássicas como *Institutes of the Lawes of England*. Em virtude desse sistema, o Rei Inglês nunca deteve o poder absoluto de seus pares na Europa Continental, o que também favoreceu o surgimento de outros institutos de limitação ao poder, com a *Magna Carta*, a *Bill of Rights* e a teoria da Separação dos Poderes.

Outro fator essencial para o desenvolvimento histórico da *common law*, já na entrada da Era Moderna (Era das Revoluções) além da pouca penetração do direito romano, foi a continuidade do sistema: não se vislumbra, desde o seu início, uma nítida ruptura da ordem jurídica. Será preciso adentrar rapidamente na história da *civil law* para explicar o porquê dessa estabilidade milenar.

Conforme visto, os juízes ingleses tinham uma postura *progressista*, ao limitar o poder do Monarca e garantir direitos individuais aos cidadãos em face do Estado, e eram por isso queridos pelo povo. O mesmo não se dava na França pré-revolucionária, paradigma do desenvolvimento da *civil law*, cujos juízes eram vistos com desconfiança pela população, pois constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia feudal contra os camponeses, as classes medias trabalhadoras urbanas e a burguesia, de forma a garantir o *status quo* do Antigo Regime. (ATAÍDE JR.)

Assim sendo, os juízes franceses foram um dos alvos da Revolução Francesa, que buscou na *positivação* do direito a proteção contra os abusos do corrupto e tendencioso Judiciário Francês pré-Revolução. A positivação do direito, com a supremacia incontestada da Lei sobre todas as outras fontes do direito e o juiz reduzido ao papel de “boca da lei”, tornou-se um marco característico da *civil law* clássica, *embora*

¹⁰ KELLY, John. Uma breve história da teoria do direito ocidental

¹¹ BOBBIO, Noberto, 2010. No célebre caso *Bonham*, decidido por volta de 1610, pelo juiz-presidente Coke, entendeu-se que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e quando forem com eles incompatíveis, são nulas e destituídas de eficácia. In: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*.

o declínio do positivismo jurídico, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, esteja arrefecendo esse caráter de passividade do juiz por todo o mundo romano-germânico do direito. Essa positivação, com seu paradigma máximo no Código de Napoleão, buscou eliminar o passado e tradições jurídicas até então herdadas de outros povos, que havia de ser substituído pelo direito nacional positivado em Códigos (JR, ATAÍDE).

Na Inglaterra, contudo, não houve essa demanda social pela superação, muito menos pela destruição do sistema jurídico. Pelo contrário, a *common law* foi cada vez mais fortalecida, andando de mãos dadas com o Parlamento no intuito de limitar o Poder do Rei. Por tudo isso, não houve motivos para a ruptura da ordem jurídica na Inglaterra.

Recapitulando, o desenvolvimento da *common law* deve ser reputada, entre outros, à soma de três fatores: pouca penetração do direito romano, com o consequente isolamento do direito anglo-saxão do direito europeu continental; postura progressista dos Juízes, que colaborou para um ambiente estável à ordem jurídica, sem demandas sociais para rompê-la; e à união entre Juízes e Parlamento para coibir abusos do Rei, que contribuiu para pacificação social e, mais uma vez, à manutenção de um ambiente estável à ordem jurídica.

Visto a evolução histórica, passemos para um aspecto mais *técnico* dessa evolução. O surgimento da *common law* não foi simultâneo com o dos precedentes, e muito menos com o a doutrina da *stare decisis*.

A *common law* propriamente dita surgiu após a Conquista Normanda, em 1066, conforme visto acima. Desde o começo se baseava na casuística, ou *case law*, onde se analisa casos judiciais pretéritos para solucionar a lide presente. Contudo, deu um grande passo na sua evolução histórica com a adoção do sistema de precedentes judiciais, onde a casuística é evidência da existência e da validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado¹².

Portanto, pode-se dizer que a doutrina dos precedentes trouxe refinamento à *common law*, servindo como teoria de justificação e fundamentação das decisões judiciais: as regras e princípios jurídicos encontravam suas próprias validades com base em casos decididos anteriormente.

Esse “conservadorismo” de buscar a fundamentação da decisão presente na decisão passada do direito inglês – aliás, intimamente ligado à tudo que é inglês¹³ - tem evidentes vantagens no tocante à segurança jurídica, pois desfavorece surpresas no decorrer do processo. Essa continuidade histórica do direito inglês é seu traço mais característico, constituindo uma longa evolução histórica¹⁴. Seu mais famoso jurista, *Lord Coke*, deixa claro o respeito pelo costume sedimentado na *common law*: “*And as usage is a good interpreter of laws, so non-usage, where there is a non example, is a great intendment that the law will not bear it*”.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*

¹³ O direito imita a vida ou a vida o direito? Na sua revolução (Gloriosa), os ingleses não derramaram sangue como geralmente se espera numa revolução, mostrando-se temperados e avessos a mudanças demasiado abruptas, como a Revolução Francesa; bem ao gosto da *common law*.

¹⁴ Tão notável é essa construção histórica do direito inglês que em pleno século XXI ainda não há uma Constituição positivada na Inglaterra.

Posteriormente, no século XIX, surge a doutrina da *Stare Decisis*. O termo latino *stare decisis* é uma contração da frase "*stare decisis et non quieta movere*", que pode ser traduzida como "ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto"¹⁵. Essa doutrina trata dos precedentes vinculantes (*binding precedent*, em inglês), ou seja, a realização de determinado caso é tratada como obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso semelhante posterior¹⁶; na doutrina dos precedentes, esses têm caráter orientador ou persuasivo (*persuasive precedent*).

Outro ponto de diferenciação com os precedentes é que no sistema do *stare decisis*, mais refinado, preocupa-se com maior clareza com a distinção, dentro do precedente, do que é relevante (*holding – ratio decidendi*) e o que não é (*obiter dictum*). Essa diferença será melhor explicada em um tópico próprio.

Observando essas três etapas ou fases da *common law*, percebemos o peso histórico do sistema, sua solidez e integridade, o que gera críticas acerca da possibilidade de adoção do sistema de precedentes no Brasil por meio de Lei (crítica essa que considero improcedente, conforme se verá em tópico à parte). A seguir será tratado justamente dessa adoção, mas não sem passar primeiro por um tópico explicativo de alguns conceitos fundamentais para compreensão do estudo aqui feito.

1.3. Elementos para compreensão do Sistema de Precedentes Judiciais

Lidaremos nesse item com institutos essenciais para a compreensão do assunto proposto nesta monografia. Ressalvo que não há aqui a pretensão de “fechar” esses assuntos, fazendo delimitações estanques, mas somente de procurar identificar elementos caracterizadores de tais institutos. Como esses conceitos serão especificamente adotados no Brasil é matéria do capítulo 2 da presente monografia.

1.3.1. Diferenças entre Jurisprudência e Precedente

É interessante notar como mesmo termos consagrados pelo uso podem ser de difícil definição ou, se definidos, de árdua diferenciação de termos similares (ou nem tantos, mas que mesmo assim se confundem). Os dois termos no título desse subtópico entram na categoria, pois muitos operadores do direito que acham que compreenderam e assimilaram tais institutos apresentariam dificuldade para conceituá-los ou distingui-los, se fossem questionados a respeito.

Segundo o respeitável *Black's Law Dictionary*, *jurisprudence* é usado de forma equivocada, pois

“In the proper sense of the word, “jurisprudence” is the science of law, namely, that science which has for its function to ascertain the principles on which legal rules are based, so as not only to classify those rules in their proper order, and show the relation in which they stand to one another, but also to settle the manner in which new or doubtful cases should be brought under the appropriate rules”

¹⁵ RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p 65.)

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*.

Nesse sentido, jurisprudência seria uma ciência que estuda os princípios em que se apoiam a validade e fundamentação das regras legais de um determinado sistema jurídico. Apenas mais recentemente, passou a ser conceituado em um sentido que guarda mais similitude com o uso cotidiano: “*judicial precedents considered collectively*”¹⁷.

No Brasil, embora também signifique “ciência do direito”, basicamente se reduziu ao uso de interpretação do direito feita pelos tribunais (observe que julgados de primeiro grau não fazem jurisprudência), podendo ser conceituado como coletividade de decisões harmônicas sobre um mesmo tema (FREIRE, 2014, p. 214). Temos nessa definição todos os elementos necessários para a existência de uma jurisprudência:

- a) Coletividade: ideia de pluralidade de decisões; uma única decisão jamais poderá ser chamada de jurisprudência;
- b) Decisões harmônicas: decisões com a mesma solução da lide;
- c) Sobre o mesmo assunto: assuntos distintos jamais se reunirão sob a égide de uma mesma jurisprudência.

Vencido o conceito de jurisprudência, vejamos o de Precedente Judicial. Esse instituto não traz a ideia de coletividade implícita na Jurisprudência, pois o Precedente é *uma* decisão judicial, portanto, *singular*. Ao contrário da jurisprudência, o precedente não tira sua força da quantidade. No entanto, isso nos leva à pergunta: o que faz uma decisão judicial ser um precedente?

Sem dúvida, o que distingue um precedente de uma decisão judicial comum é o seu potencial para servir de regra para decisão de casos futuros envolvendo questões jurídicas idênticas ou similares (FREIRE, 2014, p. 216). Esse potencial tanto pode ser vinculativo como persuasivo (*binding precedents* e *persuasive precedents*, respectivamente). A origem de tal potencial na *common law* é uma regra costumeira ou não escrita, que surge como resultado de uma longa tradição jurídica, conforme vimos em tópico supracitado. Entretanto, esse “potencial” pode surgir de Lei, sem necessariamente descaracterizar o sistema de precedentes. Isso será visto mais adiante, quando analisarmos as críticas à adoção brasileira do sistema de precedentes.

Reunindo as ideias dos dois últimos parágrafos, podemos chegar à um bom conceito de precedente: é uma decisão judicial (singular), que sirva como regra vinculante ou persuasiva para futuras decisões de casos futuros¹⁸ envolvendo questões de fato ou de direito idênticas ou similares. Encontramos aqui todos os elementos definidores do presente instituto:

- a) Decisão judicial singular;
- b) Regra de eficácia vinculante ou persuasiva;
- c) Decisões de casos futuros;
- d) Casos idênticos ou análogos.

¹⁷ FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro*.

¹⁸ Posteriormente trataremos aqui de modulação temporal dos efeitos – retrospectivos ou retrospectivos.

Dados os conceitos, verifica-se como são facilmente distinguíveis. A jurisprudência é necessariamente plural, pois consiste numa coletividade de decisões, já o precedente é uma decisão singular. A jurisprudência tira sua força em geral da quantidade, quando sua jurisprudência não está pacificada (critério quantitativo), enquanto o precedente tira sua força do seu potencial de gerar regra aplicável aos casos futuros que guardem semelhança ou sejam idênticos, de fato ou de direito (critério qualitativo).

1.3.2. *Persuasive authority e binding authority*

Agora que já ultrapassamos as diferenças entre precedentes, jurisprudência e súmula, podemos voltar ao foco do capítulo: os precedentes. Nesse ponto fazemos a seguinte indagação: qual é a *força* do precedente?

Tal questão é diligentemente explanada pelos professores Alexandre e Alonso Freire, em brilhante artigo:

“Essa potencialidade da decisão considerada um precedente nos leva, então, à conclusão de que é possível haver um precedente que sejam vinculantes (*binding precedent*) e precedentes que são apenas persuasivos (*Persuasive precedent*). Em outras palavras, na técnica de uso de precedentes, há uma distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

Seguindo com a douda lição, o artigo expõe que precedente persuasivo é aquele que vincula em absoluto um órgão judicial, sendo, portanto, de aplicação facultativa. Contudo, pelo *respeito* que há no sistema dos precedentes na *common law* – tema dessa monografia, a ser tratado no terceiro capítulo - esses precedentes, que analisaram uma questão ainda não analisada pelos órgãos judiciais que o analisam, ou por terem declinado importantes razões para não aplicarem um precedente vinculante de um órgão judicial superior (*distinguishing*) merecem consideração cuidadosa por órgãos inferiores ou superiores, os quais, contudo, estão livres para segui-los ou não.

Traçando um paralelo com as sumulas, os precedentes são uma espécie de forte indicação ou “*bom motivo*” para seguir determinado entendimento; os juízos, contudo, tem liberdade para acatá-los ou não.

Na *common law* vigora uma máxima segundo a qual casos semelhantes ou devem ter a mesma solução (*treat like cases alike*¹⁹). Contudo, essa regra costumeira não é fundamentação suficiente para explicar a força vinculantes de alguns precedentes. Precedentes de tribunais superiores são vinculantes para o próprio tribunal que fez o precedente e para os tribunais inferiores, mas os precedentes de tribunais inferiores são apenas persuasivos aos tribunais superiores. Nisto consiste a aplicação horizontal (no âmbito do Tribunal que decidiu o precedente) e vertical (do

¹⁹ Esse princípio é muito anterior à *common law*. Há uma tradição, geralmente traçada até o livro *Ética à Nicômaco*, de Aristóteles, que assevera que tal princípio é central à noção de justiça, com a justiça sendo vista com uma distinta virtude ética. Cf. STRAUSS, David A. *Must like cases be treated alike?*

tribunal superior ao inferior) (FREIRE, 2014, p. 217). Essa é a *força gravitacional* que falada por Dworkin.²⁰

1.3.3. *Ratio decidendi, Obiter Dictum e Binding Element*

Como é um precedente se compõe? Quais partes do precedente tem o “potencial” para gerar regras aplicáveis aos casos futuros (*binding element*²¹)? Os precedentes são textualmente compostos por duas partes: a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A *ratio decidendi* (“razão de decidir”, em latim) configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). Já a *obiter dictum* (“dito de passagem”, em latim) consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da questão. (NERY JÚNIOR, ABBOUD)

Essa distinção teórica é simples, mas se revela extremamente complexa na prática. Ilustrarei com um exemplo hipotético para a melhor compreensão. Imagine-se um Tribunal, em decisão que pode formar um precedente sobre aborto. A decisão é favorável ao direito de abortar, pois a maioria dos magistrados votou nesse sentido. Contudo, cada magistrado, em seu voto, escolheu uma fundamentação diversa. Nesse caso não se deve formar precedente, posto que *não é a procedência ou improcedência da ação ou a parte dispositiva do acórdão que fazem um precedente, mas a fundamentação majoritária no Tribunal*. Não basta, portanto, apenas a maioria dos votos, mas a *maioria dos votos com a mesma fundamentação* para formação de precedente.

Essa fundamentação majoritária será a *ratio decidendi* do precedente. Todo o resto deverá ser considerado *obiter dicta*, que não deve ser aplicado como precedente a casos futuros. Apesar de fazer parte do acórdão, a *dicta* não pode servir de fundamentação. A explicação para isso é simples: apenas a fundamentação que é longamente discutida, analisada, examinada (de preferência com a máxima participação das partes, interessados e da sociedade em geral e com ampla disseminação na mídia, fatores que acrescentam legitimidade a esse processo) e *majoritariamente votada* deve servir para aplicação como precedente. É inconcebível, v.g, que em uma votação na qual de 11 magistrados, 10 sigam uma fundamentação e 1 siga outra, depois do acórdão feito, a fundamentação “avulsa” do magistrado destoante se torne uma *ratio decidendi*, apta a gerar regra para casos futuros enquanto precedente. O voto avulso constituirá necessariamente *dictum*. Afirmar o contrário seria a negação da pretensão de uniformização judicial e a ruína da segurança jurídica.

Portanto, apenas a *ratio decidendi* importa para fins de formação de regra para aplicação em casos análogos no futuro. No Brasil, a adoção do sistema de precedentes deverá remanejar o foco do processo do dispositivo para a fundamentação²², em virtude da grande importância da *ratio decidendi*. Concluindo, e

²⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cap. 4.

²¹ Uma definição simples e divertida para entender o que é *binding element* (elemento vinculante): “In the course of judgment, a judge will say many things, not all of which are binding”. In: <http://lexploi.blogspot.com.br/2013/05/the-binding-element-in-precedent.html> Acesso em 01.04.2015

²² Esse deve ser o ponto mais crítico da Reforma do NCPC no tocante à adoção do Sistema de Precedentes: a mudança na cultura jurídica do julgador. Conforme Nery Júnior e Abboud, “Vale salientar

respondendo às perguntas iniciais, as partes que formam o precedente são a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*; contudo, apenas a *ratio* formam regra para aplicação em casos análogos no futuro, constituindo portanto o *binding element* do precedente.

1.3.4. *Distinguishing, Overruling e Overriding*

Em conceito conciso, podemos dizer que *distinguishing* é “*to point out an essential difference; to prove a case cited as applicable, inapplicable*”²³.

Conceito corriqueiro no common law, mas que por vezes confunde os operadores de direito romano-germânico, o *distinguishing* (“*distinção*”, em inglês) é o processo de, como o nome sugere, procurar uma distinção que provoque o não enquadramento daquele caso no paradigma do precedente. O *distinguishing* é, portanto, um modo de *afastamento* do precedente, sem *revogá-lo*.

Indaga-se: o *distinguishing* ocorre apenas quando se afasta o precedente? Isso é confusão conceitual. Como o próprio verbete do *Black’s Law Dictionary* deixa claro, a distinção é provar (construção teórica) se o caso citado é aplicável ou inaplicável. Portanto, sempre se faz *distinguishing* perante um caso em que haja um precedente, seja para afastá-lo ou enquadrá-lo no paradigma²⁴.

Apesar da ressalva feita acima, o estudo da doutrina dos precedentes deixa claro que por vezes o termo *distinguishing* é usado para apontar quando a norma é afastada. Com o objetivo de proporcionar a melhor compreensão, será traçado uma divisão didática nesse trabalho: *distinguishing lato sensu*, no sentido do procedimento feito para apreciar se um precedente é aplicável ou não; e *distinguishing strictu sensu*, para designar apenas os casos em que o precedente é efetivamente afastado. O termo *distinguishing* é usado em ambos os sentidos, o que pode gerar confusão.

O afastamento do precedente, via *distinguishing*, deve ser exceção, e não regra, sob pena de desvirtuamento do regime de precedentes e da uniformização da jurisprudência; uma *distinguishing* que afaste o precedente deve ser muito bem fundamentada.

Já o *overruling* é a superação/revogação da norma:

To supersede; annul; reject by subsequent action or decision. A judicial decision is said to be overruled when a later decision, rendered by the same court or by a superior court in the same system, expresses a judgment upon the same question or law directly opposite to that which was before given, thereby depriving the earlier opinion of all authority as a precedent.²⁵

que o que frequentemente se vê visualiza nas decisões de tribunais superiores [...] não corresponde a uma argumentação por precedentes, pois esta é muito mais complexa do que a mera reunião de ementários para resolver litígio”. Não é pretensão desse trabalho, contudo, responsabilizar apenas os juízes para a mudança dessa cultura para outra, de respeito aos precedentes, essencial ao sucesso da referida Reforma. Isso será tema do capítulo 3 do presente trabalho.

²³ Conceito do Black’s Law Dictionary.

²⁴ “[...] o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com a análise dos fatos, se o precedente deverá ou ser aplicado”, de onde entendo que o *distinguishing* ocorre sempre, e não apenas quando se afasta o precedente”. Cf. NUNES, Dirley; PATRUS, Rafael Dilly. *Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*.

²⁵ Conceito do Black’s Law Dictionary.

Conceitualmente completa, podemos observar nessa definição todos os elementos identificadores do *overruling*, quais sejam, uma decisão posterior do mesmo Tribunal ou de um Tribunal superior (aplicação horizontal e vertical do precedente, respectivamente), contrária à decisão anterior, “*revogando-a*”.²⁶

Para ocorrer o *overruling* exige-se uma carga maior na fundamentação em comparação a um *distinguishing*, trazendo argumentos até então não enfrentados, bem como a necessidade de se superar o precedente. Pode ser o *overruling* expresso (*express overruling*), quando o Tribunal explicitamente adota uma nova orientação, abandonando a anterior ou tácito (*implied overruling*), quando é adotada orientação contrária, sem contudo o Tribunal fazer uma substituição expressa.²⁷ É fácil fazer um paralelo com a revogação expressa e tácita.

Por último, a definição de *overriding*: “*ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal*” (LOURENÇO, 2011, p. 5)

Como o *overruling* foi comparado com a *revogação*, cabe traçar outro paralelo, em confronto com o *overriding*: a *overruling* seria a revogação total, e o *overriding* a revogação parcial, já que apenas restringe seu alcance.

Para que possamos visualizar esses conceitos teóricos, na prática, vejamos sua concretização na prática judiciária dos EUA²⁸.

Em 1965, a *Supreme Court* norte-americana julgou o caso *Griswold vs. Connecticut*²⁹. Questionada se havia um direito de privacidade na Constituição Federal que proibisse a intromissão do Estado de *Connecticut* na esfera pessoal (que, no caso sub *judice*, promulgou lei proibindo a venda de contraceptivos), a Corte decidiu, por 7 votos a 2, pela inconstitucionalidade da referida lei, reconhecendo a existência implícita do direito à privacidade, apesar de não positivado na Constituição Federal.

Em 1973, no caso *Roe vs. Wade*³⁰, a Corte precisou responder se o direito à privacidade, revelado pela corte no precedente de 1965, havia sido violado por uma lei no Texas que criminalizava o aborto. A Corte seguiu o precedente anterior e decidiu, por 7 votos a 2, que o direito à privacidade garantia o direito ao aborto.

Em 1986, no caso *Bowers vs. Hardwick*³¹, a Corte precisava responder se esse direito à privacidade havia sido violado por uma lei do Estado da Georgia que

²⁶ Termo tecnicamente impreciso, visto que precedente não é lei. Por isso o verbete prefere usar “*depriving the earlier opinion of all authority as a precedent*”. Diferentemente da revogação, um precedente superado pode ser revisto, embora isso não seja frequente.

²⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*.

²⁸ A reconstituição histórica de precedentes nos EUA a seguir foi retirada do artigo *Elementos Normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro*, de Alexandre Freire e Alonso Freire. Os autores a usaram para explicar, brilhantemente, a diferença entre integridade e coerência na jurisprudência. Tomarei de empréstimo essa reconstituição, de forma simplificada, com fim diverso, para exemplificar na prática *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

²⁹ *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

³⁰ *Roe vs. Wade* 410 U.S. 113 (1973)

³¹ *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)

criminalizava a sodomia, nesses termos: “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra pessoa do mesmo sexo”. A Corte entendeu, contudo, que os precedentes anteriores não eram considerados precedentes para o caso, e em decisão redigida pelo juiz *Byron White* em nome de uma pequena maioria, estavam elas limitadas ao tema “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexão” com a prática homossexual.

No caso *Bowers*, é nítido que o *distinguishing* foi aplicado para afastar o precedente, que entretanto não deixou de existir (*overruling*) nem teve seu alcance limitado (*overriding*).

Em 2003, após 17 anos, a Corte se viu em nova questão sobre a sodomia, no caso *Lawrence vs. Texas*³². Porém, a Corte decidiu, por uma maioria de 6 juízes, pela rejeição da fundamentação do caso *Bowers*. Com fundamento de que a condenação de homossexuais era uma “velha tradição” norte-americana, além da descriminalização da sodomia em diversos países, como na Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental tinha mudado. Esses argumentos enfraqueceram a fundamentação do caso *Bowers*³³, de modo que foi possível concluir que essa foi uma decisão errada e que deveria ser mudada.

Com a substituição do precedente de *Bowers* pelo de *Lawrence*, *Bowers* foi superado e deixou de ser um precedente. Verifica-se então a operação de um *overruling* do precedente *Bowers*.

Os conceitos de *distinguishing* foram devidamente demonstrados na prática, mas não o de *overriding*. Portanto, lançarei mão de um *desfecho hipotético* do caso *Lawrence*, para ilustrar o *overriding*. Imagine-se que os juízes da Suprema Corte, movidos por uma súbita vontade de criar um precedente absurdo, resolvessem seguir o caso *Bowers*, porém restringi-lo às práticas homossexuais masculinas, liberando as femininas, com base em alguma fundamentação surreal. Nesse caso, teria operado um *overriding*, pois *Bowers* não teria sido superado, mas apenas restringido às práticas homossexuais masculinas.

1.4. Súmula vinculante: natureza jurídica *sui generis*

Agora que já foi explanado o básico sobre precedentes judiciais, temos material suficiente para podemos tratar de uma questão polêmica: qual a natureza jurídica da súmula vinculante? Antes, porém, será dado seu conceito. Etimologicamente, súmula significa pequena suma; breve epítome sobre um assunto ou ponto de doutrina; resumo³⁴. O significado da palavra é esclarecedor, pois a súmula é exatamente isso, um resumo posto sobre um assunto, ou, mais tecnicamente, um enunciado genérico editado (emitido) por um Tribunal sobre determinado tema jurídico, representando a sua jurisprudência pacificada do Tribunal, após reiteradas decisões sobre o assunto.

³² *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S 558 (2003)

³³ É o caso de questionar quão profunda foi a fundamentação do caso *Bowers*, ou se, numa hipótese que parece plausível, essa fundamentação não era, na verdade, fruto de um arraigado preconceito.

³⁴ Cf. Dicionário Online Michaelis.

Com a EC 45/2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, grandes mudanças foram introduzidas: talvez a maior delas seja o advento da súmula vinculante. As súmulas “comuns”, ou persuasivas, já encontravam previsão legal no Regimento Interno do STF desde emenda ao Regimento em 1963. A EC/45, contudo, acrescentou o art. 103-A à Constituição Federal. Vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Comparando os elementos das súmulas vinculantes, veremos que eles são os mesmo da súmula comum, cujos elementos forem elencados supra: enunciado genérico, edição por um Tribunal, representativa da jurisprudência pacificada do Tribunal, após reiteradas decisões. As diferenças podem ser resumidas a três pontos:

- a) Competência exclusiva do STF: nenhum outro Tribunal edita sumulas vinculantes.
- b) Matéria exclusivamente constitucional: própria ao STF.
- c) Efeito vinculante: de observância obrigatória, cabendo reclamação ao STF no caso de descumprimento, nos termos do art. 7º da Lei 11.417/2006.

Dado o conceito, vemos que uma complicação na definição da natureza jurídica da súmula vinculante. Embora ela vincule, e se baseie na casuística, tal qual os precedentes na *common law*, não se enxerga nessas súmulas elementos caracterizadores dos precedentes, como *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, pois são apenas simples verbetes genéricos. Essa natureza genérica também atrapalharia deveras a construção de institutos caros aos precedentes, como *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

O verdadeiro problema com a súmula é que aquilo que a prática forense determinou como sendo “súmula” na verdade é apenas o *enunciado da súmula*. A súmula em si compreende toda a fundamentação dos casos precedentes que levaram à edição daquela súmula, ponto negligenciado da nossa prática. Dessa maneira, a súmula vinculante é um instituto *sui generis*, uma verdadeira *citação vinculante* aos juízos, tão condensada que torna até difícil a sua interpretação³⁵

1.5. Aproximação entre Civil Law e Common Law

Embora tenham passado por processos históricos distintos que os moldaram, distinguiram e os levaram a um certo estranhamento, conforme já exposto, atualmente as duas grandes famílias jurídicas do direito ocidental estão se aproximando,

³⁵ Existe polêmica sobre a possibilidade de interpretação da súmula vinculante. Entendo pela dificuldade em se interpretar texto tão curto, mas de maneira alguma me conformo com a impossibilidade de interpretação: é o mesmo que voltar ao positivismo do Código de Napoleão e o seu in *claris cessat interpretatio*. Cf. <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>> Acesso em 05/04/2015

com intenso intercâmbio entre elas. Isso se deve principalmente aos fenômenos a seguir, que ocorreram dentro e fora do Brasil (ATAÍDE JR):

- a) O *Constitutionalismo*: a constitucionalização do direito alterou profundamente o *civil law*, posto que desse ponto em diante, o direito não devia mais sua validade apenas à uma norma hierarquicamente superior, como queria Kelsen em sua teoria pura do direito; os princípios constitucionais (intimamente ligados à princípios morais, para desespero dos positivistas extremos que rejeitam a ligação entre direito e moral) deveriam ser observado por cada juízo, em controle concreto de constitucionalidade, e em controle abstrato pelas Cortes Supremas de cada nação. A ação do juiz sofreu uma guinada em direção à teoria constitutiva, que afirma que o juiz cria o direito, pois na prática cotidiana é deveras complexo aferir se o juiz apenas declarou ou criou direito.
- b) O *Welfare State*: com o advento do Estado provedor, houve uma explosão legislativa, que longe de dar completude ao direito, criou muito mais material a ser interpretado, de onde os juízos podem deduzir outros direitos ainda.

A esses fatores eu acrescento, por óbvio, a *globalização*, fenômeno típico da Era Contemporânea: a abertura de fronteiras internacionais, estabilidade econômica e social e desenvolvimentos dos meios de comunicação e transporte permitiram um aumento exponencial do fluxo de ideias e pessoas entre os mais diversos países, levando uma certa padronização nas mais diversas áreas humanas: o direito, como era de se esperar, não ficou intacto a esse movimento.

Numa análise dessa aproximação no Direito pátrio, podemos indicar como marco histórico a promulgação da Emenda Constitucional nº 03/93 que

acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil (DONIZETTI, 2014, p.8)

Com essa EC, o controle de constitucionalidade concentrado feito pelo STF em sede de ADI passou a vincular os juízos; foi a primeira vez que a vinculação decorreu não de lei, mas de uma decisão judicial (*precedente*). O marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes, entretanto, foi a já citada EC 45/2004, que introduziu as súmulas vinculantes no nosso ordenamento jurídico. Apesar de ser um marco, tenho certa resistência em classificar a súmula vinculante como um legítimo precedente, como veremos mais adiante.

1.5.1. Precedentes: isonomia e segurança jurídica

Uma Reforma da amplitude proposta pelo Novo CPC, no atinente aos precedentes, não se sustentaria sem a visualização de amplos ganhos a serem colhidos. Vejamos três dos principais princípios a serem beneficiados com a Reforma que adotará o sistema de precedentes no Brasil.

Parece evidente, em tempos de superação do positivismo clássico, a importância da interpretação para o direito, tendo o juiz inclusive o poder de criar o direito, segundo a teoria constitutiva, que penetra cada vez mais no nosso ordenamento jurídico. Acolhido esse argumento, resta claro que não há uma verdadeira isonomia – igualdade de direitos – se os direitos forem os mesmos previstos legalmente, mas interpretados na aplicação pelo juízo sejam de forma diversa.

Não há dúvidas que a uniformização de jurisprudência trará ganhos na medida em que o livre convencimento motivado do juiz continue ocorrendo, mas balizado pelos precedentes – que podem ser ignorados pelo juiz, que continuará intelectualmente independente, contanto que ele *fundamente* suficientemente quais aspectos do caso são distintos o suficiente para que os precedentes não incidam sobre ele, ou que o precedente ficou ultrapassado, ou que deve ser limitado para não cobrir o caso *sub judice*.

A máxima *treat like cases alike*, garantindo igual interpretação, igualará o direito previsto legalmente ao interpretado, de maneira impessoal (a não ser que hajam bons motivos para isso), para que a espada da Justiça recaia *igualmente* sobre todos.

Grande ganhadora da adoção do regime de precedentes (sendo os precedentes tratados com o devido *respeito*), a segurança jurídica conhecerá grande crescimento. O aumento da previsibilidade do direito é nítido, pois firmado precedentes, a parte que tiver seu direito reconhecido terá muito mais tranquilidade ao entrar, uma vez que ele só perderia em caso de afastamento do precedente, superação ou limitação do precedente (e isso a depender da modulação dos efeitos, que será tratada no próximo capítulo); por outro lado, a parte que tiver um precedente contra si provavelmente nem entraria com a demanda no Judiciário, ajudando a desafogar os juízos, a não ser que tivesse fortes razões a deduzir, que se afastassem, superassem ou limitassem o precedente que tem contra si. Ressalta-se que isso não configuraria, de forma alguma, cerceamento de defesa: a parte é livre para entrar na justiça com o seu pedido.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem potencial para concretizar ambos os princípios, e ainda trazer celeridade ao processo brasileiro, que é notavelmente moroso. Ademais, essa morosidade é altamente prejudicial à garantia dos direitos do cidadão, dado seu desestímulo de pleitear direitos; qualquer um que tenha sido parte em um processo envolvendo v.g, precatórios, conhece essa realidade.

1.6. Críticas à adoção do Sistema de Precedentes Judiciais

Dos muitos fatores que fazem a democracia um sistema estável e longo, o principal é a *permissão de dissenso*. Nenhum outro regime permite, sem algum tipo de represália, a discordância das opiniões oficiais³⁶. O dissenso é importante pois permite a proliferação de ideias, que por sua vez permite a dialética, que levará às importantes construções sociais. Tal lógica se aplica (ou deveria se aplicar) à discussão

³⁶ Regimes autoritários carregam em seu cerne a própria semente de sua destruição. Possuidores de verdades incontestáveis, é questão de tempo para cometerem e – uma vez que não se permite discordar – insistirem em erros fatais, que levarão à ruptura do sistema.

de ideias no meio acadêmico – sempre temperada com a tolerância – pois o confronto entre doutrinas divergentes, diferentes ou estrangeiras se mostraria mais produtivo e capaz de produzir algo de maior qualidade do que operadores do direito que “se trancam” em suas doutrinas, rechaçando ou menosprezados doutrinas diversas da sua.

Isso posto, considero fundamental que um trabalho acadêmico confronte outros que vão em sentido oposto, abordando e responder às críticas dos outros³⁷. Nesse sentido, reproduzo nesse item as principais críticas que encontrei em minhas pesquisas, respondendo-as (ou tentando), não apenas as críticas de resposta fácil, mas as reconhecidamente contundentes. No terceiro capítulo veremos o resultado desse processo dialético.

A despeito das vantagens visualizadas no tópico *retro*, é forte a crítica à instituição de um regime de precedentes no Brasil. A crítica costuma se focar na adoção desse sistema por meio de uma Lei (13.105/15), o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, no lugar de uma lenta aquisição histórica, como ocorreu no *common law* inglês. Condena-se também o fato do Brasil pertencer à uma tradição jurídica diferente, a *civil law*, não podendo incorporar abruptamente, por meio legal, um outro sistema jurídico. Outro ponto reprovado é o modelo de precedentes judiciais adotados. Por fim, critica-se a falta de cultura jurídica para operar num sistema de direito consuetudinário, talvez a mais contundente das críticas tecidas, e provavelmente a mais construtiva. Em seguida, faremos rápida análise de cada uma dessas críticas.

1.6.1. Adoção por meio de Lei

Talvez a crítica principal. Consiste na introdução “abrupta” dos precedentes no direito processual brasileiro por meio de uma Lei, e não por uma longa aquisição histórica, conforme aconteceu no Direito Inglês.

Essa crítica tem o mérito de alertar para a introdução de um sistema alienígena no nosso Ordenamento Jurídico, através de uma Reforma Legal, desdobrando-se em outra crítica: a da falta de aquisição histórica.

O problema dessa crítica é sua tendência em tomar a adoção por Lei um *mal em si*. A Lei é fonte primária do direito e, portanto, a fonte indicada para reformar o sistema legal; a crítica seria cabível, isso sim, caso se desse o oposto: a adoção desse sistema por um meio que não a Lei, num sistema jurídico positivista como o nosso.

Assim, entendemos que está correta a adoção por meio de Lei, pois uma decisão judicial seria totalmente inidônea para implantar o sistema de precedentes, assim como seria inviável esperar uma “evolução histórica”, como querem insinuar alguns doutrinadores.

1.6.2. Falta de aquisição histórica

³⁷ Construções (ou tentativas de) interessantíssimas surgem desses debates intelectuais, v.g, o post scriptum de “O conceito de Direito” de Hart, em resposta às críticas de Ronald Dworkin em *Levando os Direitos à Sério*.

Condena-se a ausência de *aquisição histórica*, essa sim o único meio “legítimo” de adoção dos precedentes, sem a qual a ruína do sistema é uma certeza matemática. Essa visão tem mais procedência que a do parágrafo anterior, mas peca pelo radicalismo, enxergando uma certeza onde existe apenas uma possibilidade³⁸. A aquisição histórica é desejável, mas não há elementos para se afirmar que seja indispensável. No próprio sistema jurídico anglo-saxão há evidências de que conceitos com *stare decisis* tiveram sua implementação através de Lei.³⁹

Não seria razoável que, diante de uma reforma que acena grandes ganhos para o processo brasileiro, e cujo o traço de inevitabilidade se avizinha no horizonte, nos privássemos deliberadamente de adotar os precedentes, à espera de um longo aprendizado histórico que nos “habilitasse” à adoção do regime de precedentes. Podemos, contudo, adotar um sistema de precedentes à brasileira⁴⁰ e fazê-lo dar certo.

Outro ponto a ser ressaltado é que, embora mínima se comparada à experiência inglesa e norte americana, não começaremos a lidar com precedentes apenas a partir da entrada em vigor do Novo CPC. Temos um histórico de pelo menos 22 anos com os precedentes, com a promulgação da EC 03/1993, que atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em sede de ADI. Mas provavelmente o melhor argumento para rebater essa crítica é:

O direito não pode ter apenas uma postura descritiva da realidade. Pelo contrário, atuando sobre ela, cabe-lhe transformá-la ou conformá-la. O próprio *stare decisis* não surgiu “naturalmente” como um reflexo do que ocorria na Inglaterra no final do século XIX. Foi, antes, uma decisão, e judicial (FREIRE, 2014, p. 204)

1.6.3. Tradição jurídica distinta

Não confundir tradição jurídica (família jurídica) com cultura jurídica, último tópico desse capítulo. Sustenta que não pode ser introduzido os precedentes no Brasil por serem institutos típicos do *common law*, tradição jurídica distinta da brasileira, *civil law*. São tradições incompatíveis e, portanto, inconciliáveis.

Essa é a uma crítica fraca. Não será fácil operar com tradições distintas das nossas, isso é certo. Contudo, isso não redundava automaticamente na impossibilidade pois como já foi dito, hoje há intercâmbio entre essas famílias jurídicas, em ambas as direções. Na verdade, esse intercâmbio é assaz ativo na contemporaneidade, em tempos de globalização: a Alemanha cria institutos de julgamento de ações em massa (de onde veio a inspiração do IRDR), a Inglaterra “ignora” sua longuíssima tradição jurídica e

³⁸ Seria tolice negar a existência dessa possibilidade. Em palestra proferida no dia 11/06/2015, no I Seminário de Atualização Jurídica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão - ESMAM TJMA, o professor Alonso Freire, grande estudioso e pesquisador da *common law*, afirmou: “Trata-se de um transplante legal... e como em todo transplante, é claro, há a possibilidade de rejeição pelo corpo jurídico”

³⁹ “Somme commentators have attempted to fix the origins of *stare decisis* in early *Roman Law*” nos indica um instituto do direito jurisprudencial – *stare decisis* – sendo adotado por Lei. In: (FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso, 2014, p. 203).

⁴⁰ Não é o caso aqui, mas em geral o emprego de “à brasileira” remete a algo pejorativo, talvez fruto da crença na incapacidade do brasileiro de fazer algo à sua maneira dar certo (o que talvez esteja por trás de várias críticas). Existe até denominação para isso em nossa literatura: *Teoria da Jabuticaba*.

aquisição histórica (esse argumento também rebate a crítica do subtópico anterior) e conhece um Código de Processo Civil, pela primeira vez, em 1999 (!), enfim, as mais variadas nações se reformam em busca do que é melhor para elas, sem se prender à argumentos como falta de tradição jurídica.

1.6.4. Engessamento da jurisprudência

Talvez a crítica mais fraca de todas. Doutrinadores diversos alardeiam termos como *fossilização* e *petrificação* – escolhi engessamento por ser o material mais frágil, apropriado a esse argumento... – da jurisprudência. Em geral, traça-se um cenário onde a jurisprudência será congelada no tempo, com resultados catastróficos ocorrendo conforme as rápidas mudanças sociais, políticas e econômicas deixarem de ser atendidas pela jurisprudência apática.

Os doutrinadores que defendem essa crítica em geral menosprezam, isso quando não desprezam totalmente, o papel desempenhado por mecanismos desenhados para evitar que isso ocorra: *distinguishing*, *overruling* e *overriding*. Veremos a expressa disposição desses institutos no Novo CPC no próximo capítulo; a não ser eles sejam sistematicamente descumpridos – e aí entraremos na questão da cultura jurídica – não há razões para crer nesse engessamento.

Também deve se ressaltar que o mesmo argumento se usou quando do advento das súmulas vinculantes. Hoje, passados 11 anos de edição contínua dessas súmulas, não se verifica a concretização da previsão feita à época.

Por fim, devo destacar a falta de verossimilhança do cenário posto na crítica: na hipótese de concretizada uma Reforma desastrosa, que trouxesse o engessamento da jurisprudência, seria crível que as mais diversas vozes bradassem por uma imediata contrarreforma, ao invés de apenas aceitar bovinamente o engessamento da jurisprudência.

1.6.5. Ausência de cultura jurídica

Ao meu ver, o mais poderoso argumento contra a adoção dos precedentes, e o que tem a maior probabilidade de leva-lo ao fracasso, se cautelas não forem tomadas a esse respeito. Por ausência de cultura jurídica, entende-se *falta de preparo para lidar com o sistema de precedentes judiciais* no Brasil. Didaticamente, para fins desse trabalho, dividirei essa *falta de preparo* em duas vertentes:

- 1) Falta de políticas públicas de apoio à adoção dos precedentes judiciais;
- 2) Falta de uma política de *respeito aos precedentes* necessária para um desenvolvimento bem sucedido aos precedentes judiciais.

Aqui será apenas posto a problemática da falta de cultura jurídica necessária ao bom desenvolvimento dos precedentes no Brasil. As soluções serão delineadas nos próximos capítulos.

2. O instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

2.1. Considerações gerais

Ciente do acúmulo de críticas ao Judiciário, em especial à sua morosidade, o Senado Federal instituiu em 2009 uma Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, presidida pelo então Ministro do STJ Luiz Fux.

Os trabalhos dessa comissão, preocupada em criar um Código verdadeiramente democrático, posto que o Código de 1973 foi feito em plena ditadura militar, criou uma página virtual para recebimento de sugestões, além de ter feito audiências públicas por todo o território nacional. Ao final do Anteprojeto, milhares de sugestões foram recebidas e acolhidas, legitimando democraticamente o Nível Código (FUX, 2010).

O Novo Código de Processo Civil, em sua redação final, foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff em 16 de março de 2015, com a *vacatio legis* de 1 ano⁴¹. Estando em meados do ano de 2015, visualiza-se nessa época máximo interesse no NCPC e em todas as alterações que ele trará ao Processo Civil Brasileiro. A estrela desse novo Código, sem dúvida, é o tema desse trabalho – o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Não é mera retórica dizer que a adoção desse instituto, fruto do Direito Comparado adaptado à nossa realidade irá mudar fundamentos estruturais do Direito Brasileiro. Senão, vejamos.

Embora já tenhamos há pelo menos 20 anos – conforme exposto no capítulo anterior – alguma experiência com o sistema de precedentes judiciais, mormente o efeito vinculante da ADC e das súmulas vinculantes, de natureza controversa, o nosso sistema jurídico ainda é fortemente influenciada pela *civil law*, a ponto de encontramos enorme resistência da doutrina à tudo que se pareça com a *common law*. Creio, contudo, que tal cenário irá mudar com a reforma mais radical que já se viu no Processo Brasileiro, pois o incidente trará os precedentes judiciais para o coração do processo, com potencial de tornar a jurisprudência importante fonte do

⁴¹ O min. Gilmar Mendes pretende apresentar uma proposta ao Congresso de aumentar essa *vacatio legis* em até 5 anos, prorrogando a entrada em vigor do Novo Código até 2020, com a alegação que a supressão do juízo de admissibilidade *a quo* para os recursos (importante inovação do NCPC), que passarão a subir automaticamente, irão travar os Tribunais Superiores. Até o presente momento, é impossível dizer se essa proposta será bem sucedida. Embora não seja objeto desse trabalho, o autor dessa monografia concorda com o dito em palestra ministrada pelo advogado Carlos Lula, durante aula de Direito Eleitoral no curso de Direito da UFMA - *campus* bacanga, que em boa lição ensinou que a supressão desse juízo é uma ótima medida, visto a quantidade de recursos que a denegação desse juízo enseja.

direito e combater dois grandes problemas enfrentados pelo Judiciário – a morosidade e desigualdade das decisões. Continuaremos a ser filiados ao sistema romano-germânico de direito, mas não mais “*puro-sangue*”, pois andaremos no sentido da modernidade e, seguindo o exemplo de outros tantos países, aceitaremos uma bem vinda mistura entre as duas grandes famílias do Direito Ocidental.

Por fim, será dado o conceito de *demandas repetitivas*, também conhecida com demandas em massa ou causas repetitivas. Essas demandas são institutos jurídicos que correspondem a um conjunto significativo de ações judiciais cujo objeto e razão de ajuizamento são comuns entre si. Surgem, na prática, a partir de lesões ou supostas lesões a direitos individuais ou coletivos que atingem uma quantidade considerável de pessoas de maneira idêntica, cujas demandas judiciais não podem ser tuteladas conjuntamente⁴² seja por razões legais ou pela preferência de cada um dos ofendidos.

2.2. Musterverfahren: inspiração alemã do IRDR⁴³

É necessário explicar as origens do incidente no Direito Comparado, mesmo que ele tenha se afastado consideravelmente delas, para entender melhor a natureza desse instituto e seus objetivos. O IRDR foi inspirado no procedimento-modelo do sistema processual alemão (*musterverfahren*), para resolver o dilema das demandas em massa, oriundas da sociedade de massas que encontramos hoje em quase todo o mundo.

O Parlamento Alemão promulgou em 2005 uma lei experimental⁴⁴, que introduziu no sistema processual alemão o procedimento-modelo para mercado de capitais (*kapitalanleger-musterverfahrensgesetz*). Essa lei deveria perder seu vigor em 5 anos, portanto, em 2010, mas antes disso sua eficiência levou-o a ser introduzido no ZPO (*Zivilprozessordnung*), o Código de Processo Civil alemão. Na época, a *Deutsche Telekom* (DT), empresa de telecomunicações com mais de três milhões de acionista na Alemanha divulgou informações equivocadas sobre o patrimônio da empresa. Quando essa falsificação de dados veio à tona, milhares de acionistas processaram a DT, pois a fraude havia levado as pessoas a comprarem ações. No total, havia aproximadamente 15 mil demandantes, representados por 750 advogados diferentes; as ações foram ajuizadas na corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores onde haviam sido negociadas as ações. O conjunto de ações superava o valor de cento e cinquenta milhões de euros. (NUNES, 2011).

Passou-se três anos sem que uma única audiência fosse designada. O resultado disso foi que parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais perante o Tribunal Constitucional Federal, *sob alegação de negativa de acesso de justiça*; aqui vemos a aplicação concreta do argumento exposto supra, de que a *demora*

⁴² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo. São Paulo, v. 179, p. 139-174, jan. 2010

⁴³ O item 1 da Exposição de Motivos do Anteprojeto afirma que a inspiração para o incidente foi o *musterverfahren*.

⁴⁴ Outro bom exemplo que deveria inspirar o direito pátrio. O que temos de mais semelhante no Brasil são as leis excepcionais e temporárias do direito penal.

irrazoável no processo não é mera demora, mas a própria negação do acesso à Justiça. O Tribunal rejeitou as queixas mas reconheceu a necessidade da corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados. Foi nesse contexto que o Legislador alemão (sem receio de ser criticado por fazer uma lei casuísta, uma vez que era necessário) reagiu com a edição da lei do procedimento-modelo para mercado de capitais, buscando assim facilitar o tratamento das causas propostas no caso da DT. (NUNES, 2011).

Assim surgiu o *KapMuG*, um expediente processual cuja natureza jurídica é de incidente interlocutório (residindo nesse ponto já uma diferença basilar com o IRDR, que é uma ação autônoma), a ser aplicado às causas em primeira instância, nos quais se deduzem pretensões relativas a compensações por danos sofridos no mercado de capitais por veiculação de informações falsas. A seguir, descenderemos para os detalhes técnicos desse processo-modelo alemão, para continuar sua comparação com o IRDR e afastar algumas das críticas feitas ao nosso incidente, que parecem ignorar importantes fundamentos desse tipo de procedimento.

O procedimento do *KapMug*, ou *musterverfahren* tem três fases distintas:

Na primeira etapa, a corte distrital, perante a qual foi apresentado requerimento de instauração do procedimento-modelo, elegerá uma causa representante (representativa da controvérsia) de todas as demandas, qual será submetida ao tribunal estadual. Em face da decisão que escolhe a causa-modelo não poderão as partes interpor qualquer recurso, salvo no caso de a corte distrital indeferir o pedido de processamento do incidente.

*Na segunda etapa, o tribunal estadual processará a demanda eleita, observando o procedimento previsto em lei para a realização das audiências e a produção de provas, e proferirá decisão resolvendo as questões de fato e de direito envolvidas na controvérsia. Por fim, a terceira etapa refere-se ao julgamento posterior de todas as outras causas, sobrestadas em primeira instância, que **serão resolvidas com base na decisão-modelo** prolatada pelo tribunal estadual.*

Há uma cisão de cognição: a parte padronizável é resolvida pelo Tribunal de Segundo grau e a partir desse modelo, o juízo de primeiro grau aplica em consonância com as peculiaridades fático – probatórias de cada caso.

*Um detalhe relevante é que o padrão é um principium de julgamento, eis que **não cabe aos juízos cujos processos estão sobrestados tão somente promover a aplicação mecânica dos julgados.***” (grifos meus).

Assim cuidou o Legislador alemão de proceder ao *musterverfahren*, com vistas a proteger e garantir a celeridade e o Acesso à Justiça, sem contudo incorrer em cerceamento de defesa. Essa preocupação se mostrará recorrente no IRDR, conforme se verá.

2.3. Principais aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

De todas as mudanças instituídas pelo NCPC, desde a elaboração do Anteprojeto pela comissão de jurista até a promulgação da redação final do Código, nenhuma é mais profunda do que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Elaborado com o objetivo de combater a morosidade pelo desafogamento de processos no Judiciário, além de efetivar as garantias constitucionais de isonomia e segurança jurídica, é a “estrela” do Novo Código.

Em um conceito rápido, o incidente trata-se de procedimento que permite que os tribunais fixem determinada *tese jurídica* sobre uma questão unicamente de direito; a tese será de aplicação vinculante a todos os casos semelhantes na competência territorial do tribunal que a fixou. Após a admissão do incidente, todos os processos pendentes ficarão suspensos, aguardando a fixação da tese.

O incidente *não é* um julgamento único para uma concentração de processos (como se fosse uma ação coletiva), tampouco a aplicação mecânica, pelos juízos de primeira instância, de teses jurídicas fixadas por tribunais (pois a livre convicção motivada dos juízes está garantida pelos poderes de afastar os precedentes – as teses jurídicas – por meio do *distinguishing* e do *overruling*). Antes disso, é apenas um incidente processual que vinculará casos semelhantes:

O instituto de que se está a tratar é assim designado pelo Projeto: incidente. Ao contrário do que seu nome de batismo poderia sugerir, não se trata de se reunir ações conexas para julgamento conjunto pelo Tribunal. Não. Pelo incidente o que se faz é afetar ao órgão jurisdicional superior tão somente a discussão a respeito da melhor interpretação a se extrair da questão de direito controvertida. (BARBOSA, 2011)

Destarte, o incidente é apenas uma concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito e permite que a decisão proferida nele *vincule* os demais casos (BUENO, 2015). Seguindo o melhor do direito comparado, o IRDR tem os traços de um processo-modelo, como o *musterverfahren* que o inspirou, embora dele tenha se afastado. Algumas de suas diferenças serão sublinhadas no decorrer do tópico.

O IRDR tem um capítulo próprio na Lei 13.105 (NCPC). Trata-se do Capítulo VIII do Título I, “*da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*”, que por sua vez se encontra no Livro III, “*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”. O primeiro artigo desse capítulo é o 976:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Vemos, primeiramente, que o incidente é procedimento de competência originária dos tribunais, conforme se depreende de uma interpretação sistêmica do artigo; não há que se falar em incidentes julgados por Juízos de primeira instância. Para instauração de um incidente é necessário a presença de seus dois pressupostos de admissibilidade: efetiva repetição de processos, cuja controvérsia seja unicamente de direito (inciso I) e risco de ofensa à isonomia e, cumulativamente, à segurança jurídica (inciso II).

É nítido o caráter *preventivo* do incidente em, constatada a repetição, instaurar um incidente que previna sua continuidade. Assim, são concretizados os princípios constitucionais (isonomia e segurança jurídica) escolhidos pelo Legislador, revelando sua filiação à doutrina desenvolvida nesse sentido, abordada brevemente no tópico *precedentes: isonomia e segurança jurídica*, no cap. 1. Também fica claro que “a questão transladada ao conhecimento do órgão jurisdicional superior é tão somente a questão jurídica. Questões de fato estão excluídas do seu âmbito de incidência” (BARBOSA, 2011).

O direito comparado é evidente, pois o *objetivo* do novo instituto é servir como técnica destinada a dar decisões iguais para casos iguais (BUENO, 2015), doutrina casuística conhecida como *like cases must be treated alike*. Conforme avançarmos, até o mais aguerrido positivista terá dificuldades em negar a aproximação do nosso direito processual civil com a *common law*.

Em seguida, vemos que nos casos de desistência ou abandono da causa, o mérito não deixará de ser apreciado (§1º), pois o Ministério Público assumirá a titularidade, se já não for ele mesmo o requerente do incidente (§2º). Não há nenhuma incoerência no *Parquet* assumir os incidentes abandonados, pois o incidente é de *interesse público*, excedendo os interesses privados das partes, na medida em que a fixação da tese trará os benefícios avistados.

No § 3º, vemos que se o incidente for inadmitido por ausência de seus pressupostos de admissibilidade, poderá ser suscitado novamente uma vez satisfeito o requisito, outra norma justificada pelo *interesse público* no incidente. O incidente, contudo, não poderá ser suscitado caso o Tribunal tenha sido afetado com recurso requerendo a fixação da tese (§4º), posto existir nesse caso uma espécie de “litispêndência”; permitir a instauração de um incidente com outro em curso só serviria para correr o risco de decisões conflitantes, que tanto afligem os jurisdicionados em sua busca pela isonomia. O § 5º isenta o incidente de custas processuais.

A norma do §4º não significa, contudo, que dois incidentes versando sobre a mesma questão de direito não possam ser instaurados em tribunais de competências distintas. O enunciado n. 90 do Fórum Permanente de Processualistas Civis esclarece esse ponto: “É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de segundo grau diferentes”.

Ilustrando na prática forense, os incidentes serão suscitados no âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, tendo as teses aplicação na competência territorial do Tribunal que as fixaram: portanto, a incidência será estadual ou regional. E.g, incidente suscitado no TJ do Maranhão não impede a instauração de outro no TJ de São Paulo, nem suas teses conflitam entre si, mesmo que diametralmente opostas; do mesmo modo, tese fixada no TRF 1º Região não conflita com outra fixada no TRF 2ª Região. Há previsão legal, contudo, para teses de aplicação em todo o território nacional, conforme se verá mais adiante.

O art. 977 do CPC estabelece os legitimados para a instauração do incidente:

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

O pedido será dirigido ao presidente do Tribunal pelo juiz de primeira instância, ou pelo relator (na hipótese de já haver processos ou recursos no âmbito do Tribunal), de ofício, ou por intermédio de petição, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. A hipótese legal de instauração *ex officio* pelo juiz é peculiaridade do IRDR em comparação com o *musterverfahren*.

Quanto à competência para juízo de admissibilidade do IRDR, o art. 978 prevê que essa caberá ao órgão colegiado do tribunal competente indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Admitido, aquele incidente será o *leading case*, isto é uma decisão que irá constituir uma regra importante, em torno da qual outras gravitam, o precedente, com força obrigatória para casos futuros⁴⁵. No parágrafo único do mencionado artigo se estabelece que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Segundo o art. 981, após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando os pressupostos do art. 976. Vencida essa fase, o art. 982 prescreve:

⁴⁵ Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.)

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - *suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;*

II - *poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;*

III - *intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. (grifos meus)*

Outro ponto característico do instituto do incidente é a suspensão dos processos pendentes no âmbito do tribunal que admitiu o incidente. Aduz o artigo supra que admitido o incidente, o Relator deverá suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou não região, conforme o caso. É mais uma garantia à isonomia, com o objetivo de evitar decisões conflitantes. Cuidou o Legislador de impor o prazo de 1 ano para essa suspensão; caso superado, deverá cessar tal suspensão, salvo decisão fundamentada em sentido contrário (art. 980). O inciso II trata da cooperação entre os órgãos do Judiciário⁴⁶, podendo um juízo requisitar informação de outro, que deverá obrigatoriamente prestá-las, no prazo de até 15 dias; sem um nível ótimo de cooperação entre os juízos a tentativa de uniformização de jurisprudência objetivada pelo incidente restará infrutífera. Já o inciso III impõe a intimação do Ministério Público para que, como fiscal da ordem jurídica, pronunciar-se também em 15 dias.

Embora a fixação da tese decorra do julgamento de um único incidente, ele exercerá efeito *erga omnes* para todos os processos suspenso e futuros. Preocupado com o caráter garantista de direitos do incidente tal qual o legislador alemão ao promulgar o *musterverfahren*, nosso legislador estipulou que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo de quinze dias, poderão requerer a juntada de elementos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertido e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo (art. 983).

Na audiência de julgamento de mérito do incidente,

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

⁴⁶ Importante tônica do NCPC, há um capítulo próprio para a cooperação nacional entre todos os órgãos do Judiciário brasileiro.

Assim, primeiramente o Relator fará a exposição do objeto do incidente, que provavelmente coincidirá com o seu voto (BUENO, 2015, p. 627). A seguir, haverá as sustentações orais das razões, em consagração aos princípios da oralidade, simplicidade e economia processual, pois não há previsão legal no NCPC para a interposição de petições escritas, mas apenas de juntadas de elementos. Isso contribuirá para a celeridade do julgamento do incidente e sua consequente fixação de tese, o que é ideal para a celeridade dos processos suspensos e para o cumprimento do prazo de 1 ano para julgamento, que decorrido cessará a suspensão. Cada parte e o Ministério Público terão 30 minutos para defesa, que só serão divididos em caso em caso de litisconsórcio ativo ou passivo. Já os demais interessados dividirão o prazo de apenas 30 minutos, podendo ser ampliado considerado o número de inscritos.

O parágrafo segundo é crucial para a mecânica de funcionamento dos precedentes no Brasil. Segundo Cássio Bueno,

O acórdão do Incidente deve analisar – e sempre fundamentadamente – todas as teses que foram apresentadas para dar solução à questão de direito que enseja a instauração do Incidente, independentemente de elas serem favoráveis ou desfavoráveis a um ou outro ponto de vista. Trata-se, nesse sentido, de ênfase do que consta do § 1º do art. 489 do novo CPC, em especial de seu inciso IV, e que deve presidir concretamente a construção e a vivência da “teoria de precedentes à brasileira” (BUENO, 2015, p. 627)

Conforme foi dito no tópico *Ratio decidendi, obiter dictum e binding element* (p. 17), não é a procedência ou improcedência que interessa para a formação do precedente, mas sim a fundamentação majoritária dos magistrados, que comporá a *ratio decidendi*. Longe de resumir o precedente a um enunciado como se fosse uma súmula, ou na leitura mecânica do ementário, o estudo cuidadoso da fundamentação será da maior relevância para a aplicação dos precedentes, pois ele define o alcance do *binding element* do precedente. Isso porque não é função da decisão de um julgamento de demanda em massa simplesmente dar a procedência ou a improcedência de um pedido, mas sim verificar todos os fundamentos para, ponderando-os, conseguir chegar à melhor *razão* de decidir. Esse esforço hermenêutico será vital para o sucesso da criação de uma cultura de respeito aos precedentes no Brasil, conforme veremos no capítulo 3.

Uma vez julgado o incidente e fixada a tese jurídica, essa será aplicada nos termos do art. 985:

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

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

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora

competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

O art. 987 trata da previsão de recursos especiais e repetitivos interpostos em sede de incidente de resolução. Ressalvamos aqui para que não se confunda *recurso extraordinário e especial em sede de IRDR* com *recurso extraordinário e especial repetitivos*. Esses últimos serão tratados mais adiante.

Por fim, o descumprimento na aplicação dos precedentes fixados em sede do incidente poderá ser atacado conforme Reclamação, nos termos do art. 988, inciso IV:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Assim, a inaplicação de precedente poderá implicar em seu cumprimento coercitivo, o que confere seu caráter vinculante, distinguindo-o de um precedente meramente persuasivo.

2.3.1. *Distinguishing e overruling* no IRDR

Já vimos os conceitos de *distinguishing* e *overruling*. Contudo, será que eles realmente se aplicam ao processo brasileiro? A resposta é: com certeza. O art. 489, § 1º, incisos V e VI não deixam margem para dúvidas que esses institutos não são meras construções doutrinários no Brasil, mas realidade legislativa:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O referido artigo estabelece os elementos indispensáveis à sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Não há alterações significativas nessa parte, a não ser o maior detalhamento do que dever haver no relatório. O § 1º do art. 489, contudo, não encontra paralelo com o CPC de 1973, ao instituir que não será considerada fundamentada a sentença que não cumprir com as exigências dos incisos I ao VI. A falta de fundamentação acarretará na nulidade da sentença, conforme a Lei Maior:

CRFB. Art. 92. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, *sob pena de nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifos meus)

Portanto, nula é a sentença que não preencher os requisitos dos incisos I a VI. Os incisos que interessam a esse trabalho são o inciso V (se limita a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes – *ratio decidendi* – nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos) e o VI (no caso de deixar de seguir precedentes, não demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento). É, pois, parte essencial da fundamentação da sentença que aplica o precedente a identificação da *ratio decidendi* e a adequação dela ao caso sob julgamento; em caso de afastamento, demonstrar a existência de distinção (*distinguishing strictu sensu*) ou de superação (*overruling*) da norma.

Está mais que evidente que *os incisos V e VI tratam-se de uma exigência legal, sob pena de nulidade da sentença, de que se faça o distinguishing lato sensu*. O *distinguishing*, vale a pena lembrar, não é feito somente quando se afasta o precedente, mas sempre que se decide se um precedente é aplicável ou caso ao caso em julgamento, conforme vimos no conceito do *Black Law Dictionary*: “*to prove a case cited as applicable, inapplicable*”. Assim, improcedente é a crítica da aplicação mecânica do precedente, pois se *respeitado* o NCPC, o *distinguishing* será obrigatório, levando o juiz a exercer sua capacidade hermenêutica, sob pena de nulidade da sentença.

Assim, identificar e demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos é um *distinguishing* (é aplicável o precedente); não seguir o precedente e demonstrar a existência de distinção também o é (não é aplicável o precedente). Na segunda parte do inciso VI ainda se fala em caso de demonstração da superação do entendimento, o que é um *overruling*. O Legislador foi claro em apontar que esses instrumentos de distinção e superação não só existem, como devem ser usados para afastar/ revogar precedentes.

2.3.2. *Overruling* e modulação temporal

No caso de um tribunal “revogar” uma tese, estaremos diante de um típico *overruling*. Pode acontecer de determinada tese estar simplesmente ultrapassada, tendo sido feita para uma demanda social de uma época que se revela inadequada para a atualidade, ou ainda o reconhecimento pelo próprio tribunal que a tese foi uma decisão *errada*, como aconteceu no exemplo dado do caso *Lawrence vs. Texas*. Foi para situação como essas que desenhou-se o instituto do *overruling*, cuja aplicação territorial será igual à do precedente, ou seja, abrangerá a competência territorial do tribunal que fixou a tese. Questão mais complexa diz respeito à sua aplicação temporal.

A aplicação do *overruling*, via de regra, alcançará os casos futuros e os pretéritos (desde que não haja coisa julgada⁴⁷), conforme doutra lição de Elpídio Donizetti:

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, eis que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelos precedentes agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Essa não é, no entanto, a regra que rege nosso sistema, porquanto prevalece, no âmbito das decisões judiciais, a máxima *tempus regit actum*.

Assim, pelo menos no Brasil, se há a revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações ocorridas antes da decisão revogadora, mas que ainda estejam sujeitas a crivo judicial, ou seja, que ainda não tenham sido acobertadas pela coisa julgada. É o que se denomina de *retroatividade plena*. (DONIZETTI, 2014)

A aplicação do *overruling*, a princípio, só é irretroativa para casos já protegidos pela coisa julgada. Contudo, “a impossibilidade de se conferir efeitos prospectivos (não retroativos) é capaz de, em alguns casos, gerar mais insegurança do que segurança jurídica” (DONIZETTI, 2014). A razão disso é clara: os jurisdicionados agem com boa fé ao entrar na Justiça sabendo que há um precedente ao seu favor e confiando nisso até serem posteriormente surpreendidos pela superação daquela tese, gerando insegurança jurídica. Prevendo essa situação, o legislador prescreveu no art. 927 §3º:

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

Há portanto exceção à retroatividade plena, que é a modulação temporal dos efeitos da decisão do incidente, conferindo efeitos prospectivos à essa decisão. *Efeitos prospectivos* são aqueles conferidos *expressamente* (nunca presumidos) pelo Supremo Tribunal Federal à decisão de Ação de Declaração de Inconstitucionalidade. Assim, a decisão de ADIN terá seus efeitos flexibilizados, deixando de gerar efeitos *ex tunc* (retroativos à origem dos fatos) e sim *ex nunc* (não retroagem, sendo da data da decisão para frente).

⁴⁷ Conforme visto no REX nº 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014.

Analogamente, a decisão do incidente que operou o *overruling* terá efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da prolação da decisão revogadora (DONIZETTI, 2014). A tese revogada terá portanto um efeito *ultra-ativo*, regendo situações jurídicas que aconteceram na época de vigência do precedente, mesmo após a revogação desse precedente.

Ressalta-se que cuidou o legislador de estabelecer parâmetros no §3º do art. 927 para essa modulação: deverá ser feita nos parâmetros do *interesse social* e no da *segurança jurídica*, nunca, portanto, por interesses exclusivos das partes.

Finalmente, critica-se a modulação temporal por dar vigência ao precedente superado, portanto que não mais deveria ser aplicado. É uma crítica procedente, mas deve-se compreender que a modulação deve ser uma exceção, e não uma regra, com fins de interesse público. Ademais, a modulação já ocorre no controle concentrado de constitucionalidade desde a EC 16/97, e nessa hipótese dando efeitos ultra-ativos a atos declarados inconstitucionais, o que é muito mais polêmico do que dar o mesmo efeito aos precedentes superados.

2.3.3. Natureza jurídica

Para dirimir qualquer dúvida, foi criado esse subtópico em separado para esclarecer a natureza jurídica do instituto em questão. Quanto à sua natureza processual, parece claro que o IRDR é um *incidente processual*, como sugere seu próprio nome, e não uma ação autônoma e tampouco um recurso⁴⁸. Afinal, “o incidente é sempre um procedimento que se instaura a partir de um processo já em andamento” (BARBOSA, 2011, p. 504). O incidente sempre se originará de um processo, com o objetivo de vincular outros processos, nunca com o objetivo de apenas resolver uma única lide entre duas partes.

Quanto ao seu aspecto filosófico, os incidentes, ou, mais especificamente, as teses jurídicas fixadas por eles são verdadeiros *precedentes* vinculantes. Encaixam-se com perfeição no conceito de precedente desenhado no tópico *Jurisprudência e Precedentes* (p. 15):

- a) Decisão judicial singular: é a decisão (acórdão) que fixa a tese jurídica;
- b) Regra de eficácia vinculante ou persuasiva: no caso, *vinculante*;
- c) Decisões de casos futuros: casos futuros e os suspensos, salvo modulação temporal;
- d) Casos idênticos ou análogos: passíveis de *distinguishing* e *overruling*

Recapitulando, as teses fixadas pelo julgamento do IRDR são *vinculantes*, andando-se assim um passo a mais e instituindo ainda a *stare decisis* no direito brasileiro. O acórdão fixador de tese terá sua *ratio decidendi*, que é a razão de decidir e compõe o *binding element*, e *obiter dictum*, aquilo que é dito apenas de

⁴⁸ Recurso é análise de mérito, o que não ocorre no incidente, onde a tese fixada voltará ao juízo *a quo*, que procederá ao mérito, tendo o poder de afastar fundamentadamente a tese se julgá-la inadequada ao caso concreto ou superada a tese.

passagem e, apesar de estar no corpo textual do precedente, não é um precedente propriamente dito, nem vincula nenhum juízo. Será passível de *distinguishing* e *overruling* conforme os incisos V e VI § 1º do art. 489. Possuindo, pois, todos os elementos de precedente, há de se concluir que o instituto do incidente tem realmente, “natureza de precedente vinculante e projeção *erga omnes* da razão de decidir; da tese jurídica geral.” (BARBOSA, p. 503).

2.4. Outros casos repetitivos: Recurso especial e extraordinário repetitivos

A expressão “julgamento de casos repetitivos” tem nada menos que 12 ocorrências no corpo da Lei 13.105, espalhados do começo ao fim do Código. Isso dá uma dimensão da abrangência e importância dos casos repetitivos no NCPC. Mas isso suscita a dúvida: o que é um caso repetitivo? Em mais uma boa escolha, o Legislador não deixou essa questão para a doutrina, onde poderia ser causa de controvérsia. Portanto, define o art. 928:

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

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

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

Assim, não restam dúvidas de que quando o código se refere a casos repetitivos, está abarcando não apenas o IRDR, mas também o recurso especial repetitivo e o recurso extraordinário repetitivo. Esses recursos estão estipulados em subseção própria na Lei 13.105. Seus conceitos estão no art. 1.036:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, recursos extraordinários e especiais repetitivos nada mais são que a *concentração de demandas repetitivas em sede dos Tribunais Superiores*, exercendo nessas jurisdições o mesmo objetivo de *uniformização de jurisprudência* que o incidente de resolução de demandas repetitivas exerce no âmbito do Tribunais Estaduais e Regionais Federais.

O § 1º do artigo supra determina que o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional selecionará dois ou mais *recursos representativos da controvérsia*, que serão encaminhados ao STF ou STJ para fins de afetação, determinando a suspensão de todos os processos pendentes que tramitem no Estado ou região, conforme o caso. Uma vez selecionados os recursos, o relator, constatando os pressupostos nos art. 1.036, proferirá *decisão de afetação*, nos termos do art. 1.037. Essa decisão identificará o objeto do recurso, ou seja, a questão jurídica a ser submetida a julgamento (inciso I); determinará a suspensão do processamento de todos

os processos pendentes que versem sobre a questão no território nacional (inciso II), o que é adequado, visto que a competência dos Tribunais Superiores abrange todo o país; e poderá requisitar dos tribunais estaduais ou regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (inciso III).

No art. 1.038, § 3º, está previsto que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. Esse artigo é análogo ao art. 984, § 2º, que estipula o mesmo para o conteúdo do acórdão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Maior importância terá ainda nesse caso tal prescrição, uma vez que a razão de decidir desse acórdão vinculará a totalidade do território nacional.

2.5. Análise de demanda repetitiva: correção do FGTS

Partiremos nesse tópico para a análise casuística de uma típica demanda repetitiva no processo civil brasileiro: a correção do FGTS. Poderemos assim visualizar a aplicação prática desses conceitos teóricos.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) encontra previsão legal no artigo 7º da Constituição Federal, que o declara como direito de todo trabalhador.

A função do FGTS é garantir o trabalhador em casos de demissão ou incapacidade laboral, consistindo num depósito mensal feito pelo empregador ao empregado em conta vinculada à Caixa Econômica Federal, no valor de 8% da remuneração.

Em 1991 o Legislador criou a Taxa Referencial (TR) como índice de correção para o FGTS, somados a 3% ao ano fixado pelo Banco Central. Esse índice era vinculado ao índice de inflação e garantia boa correção em períodos de inflação alta. Porém a partir de 1999, com o controle da inflação pelo Plano Real, a TR vem sofrendo defasagens assustadoras, ficando por vezes abaixo da inflação e ocasionando grandes prejuízos para os trabalhadores brasileiros com a desvalorização de seu fundo de garantia. Em 2012 a taxa referencial chegou a *zero*, fazendo com que os valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS simplesmente não mais fossem corrigidos.

Reconhecida essa realidade o STF decidiu, por meio da ADI de nº 4.357/DF em 11/04/2013, ficou estabelecido que a taxa referencial não pode ser usada como índice de atualização monetária, considerando assim o uso da referida taxa inconstitucional.

Assim, e não existindo procedimento administrativo de requerer a atualização desses valores, não resta alternativa ao trabalhador a não ser a busca por tutela jurisdicional para recuperar dos valores perdidos nesses períodos, com base nos índices de correção como o IPCA e INPC ou qualquer um que atualize as perdas dadas pela inflação.

As ações referentes às diferenças de atualização do FGTS são de competência da Justiça Federal (Juizado Especial Federal nos casos inferiores a 60 salários mínimos), figurando a Caixa Econômica no polo passivo. E no polo ativo? A resposta é: *qualquer brasileiro que tenha trabalhado de carteira assinada de 1999 (ano em que a TR deixou de corrigir) até 2013 (quando foi declarada inconstitucional)*.

Dezenas de milhares de trabalhadores já entraram com ações de revisão do FGTS na Justiça. Sendo uma demanda considerada “fácil de ganhar”, pois é improvável que um pedido de correção seja totalmente improcedente após a decisão do STF e tendo tantos indivíduos legitimados para o processo, é uma causa com potencial de chegar a centenas de milhares de processos no Judiciário. Começam então a aparecer problemas na prática forense.

Primeiramente, o Judiciário será afogado com dezenas de milhares de processos. Sendo a Caixa Econômica uma empresa estatal, é certo que ela recorrerá até os Tribunais Superiores nesses processos. Todo o aparato judicial brasileiro, em todas as instâncias, ficará sobrecarregado para decidir uma *única questão jurídica*, pois essas ações de revisão serão idênticas nas causas de pedir, e provavelmente muito semelhantes nos pedidos de correção. A única diferença significativa será o nome das partes nos processos. Além disso, o excesso de processos prejudicará seriamente a *celeridade* dos processos, comprometendo a *razoável duração do processo* em um Judiciário que já é moroso em consequência à enorme carga de trabalho com o qual lida diuturnamente. Numa última análise, o próprio acesso à Justiça estará em perigo.

Em segundo lugar, cada juízo irá julgar dentro de sua livre convicção moderada, o que inevitavelmente implicará em decisões conflitantes. Como explicar a um cidadão leigo no direito que sua causa foi julgada improcedente quando a do seu colega de trabalho em idênticas circunstâncias foi julgada procedente? É redundante afirmar que isso trará descrédito ao Direito como um todo em nosso país, o que deve ser a todo o custo evitado. Numa análise jurídica, prejudicada está a *isonomia*, pois não bastam a previsão legal de direitos iguais com uma aplicação tão desigual.

Esse é o cenário atual do nosso processo civil. Se o incidente de resolução de demandas repetitivas já estivesse em vigor, a situação seria outra. Os incidentes iriam sendo instaurados nos juízos federais de primeira instância por todo o Brasil com a remessa dos respectivos autos aos Tribunais Regionais Federais para procederem ao juízo de admissibilidade.

O órgão colegiado do tribunal incumbido pelo regimento interno faz o juízo de admissibilidade. Presente os pressupostos de admissibilidade, o Relator suspende os processos pendentes em toda a competência do TRF. Como existem atualmente apenas 5 TRFs, que juntos cobrem a totalidade do território nacional, bastariam iguais 5 incidentes admitidos juntos a esses tribunais para abarcar todo o território brasileiro e suspender todas as ações de revisão de FGTS do Brasil. A

suspensão também traria como consectário lógico um extremo desestímulo ao protocolo de novas petições iniciais uma vez que o processo já está suspenso, preferindo os jurisdicionados esperar pelo julgamento do incidente. Essa espera, contudo, não será indefinida, pois o legislador estabeleceu no art. 980 o prazo de 1 ano para a cessação da suspensão dos processos.

Depois, o incidente será julgado nos termos do art. 985. Fixada a tese, imaginemos que ela estabeleça um índice de correção X. Esse índice será vinculante para todas as ações individuais e coletivas de revisão do FGTS pendentes e aos futuros, que deverão corrigir conforme o índice X. A aplicação, contudo, não é automática, pois o precedente não se confunde com ação coletiva: essa aplicação será feita pelos juízos após a devida *fundamentação*, que deverá conter a identificação da *ratio decidendi* e o *distinguishing lato sensu*. Em caso de optar pelo afastamento do precedente, deverá haver também *fundamentação*, que deverá conter o *distinguishing strictu sensu* ou o *overruling*.

Vislumbrando a prática, o juízo que apreciar o mérito de ação de revisão de FGTS terá que identificar e explicar porque a razão de decidir da tese fixada será aplicada naquele caso; ou poderá afastar fundamentadamente, indicando, v.g., que a ação de revisão de FGTS não está apoiada sobre a inconstitucionalidade do TR, mas sobre outra causa de pedir; ou ainda poderá indicar a superação da norma, v.g., através da edição de Lei regulamentando um índice de correção diferente de X.

As partes poderão recorrer aos Tribunais Superiores através de recurso extraordinário ou especial, conforme a aplicação do índice X violar a legislação infraconstitucional (especial) ou constitucional (extraordinário), conforme o art. 987. Esse recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida no caso de recurso extraordinário (§1º).

Uma vez decididos esses recursos em sede de incidente, e uma vez que as competências dos Tribunais Superiores abrangem todo o território nacional, as teses jurídicas adotadas nessas sedes serão aplicadas em todo o país.

Finalizando, teremos a resolução (não o julgamento!) de todas as causas de revisão do FGTS baseadas na declaração de inconstitucionalidade da TR pela ADI 4.357/DF com a aplicação do índice de correção X. Em vez de centenas de milhares de ações percorrer todo o Judiciário até a última instância, bastou a instauração de 5 incidentes nos 5 TRFs, ou de 1 incidente e seu respectivo recurso extraordinário ou especial para a resolução uma questão jurídica.

2.6. Crítica ao IRDR

Entre as críticas que se faz ao IRDR, uma que se destaca está entre as feitas também ao musterverfahren, de que o incidente fere garantias constitucionais

basilares como o contraditório e a ampla defesa, pois os incidentes são decididos em um único julgamento, no qual os demais interessados não podem participar, e depois devem se sujeitar àquela decisão que fixou a tese.

Salvo o desvirtuamento completo desse instituto – matéria tratada especificamente no próximo capítulo – é uma crítica que não procede. O IRDR adotou, em vários artigos, instrumentos para garantir o direito de defesa e contraditório. Divido-os aqui didaticamente em *anteriores* e *posteriores* ao julgamento do incidente.

Antes da decisão que fixa a tese,

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): Uma análise da adoção do instituto e a necessidade de respeito aos Sistema de Precedentes

3.1. Considerações iniciais

Dadas as suficientes explicações sobre o sistema de precedentes judiciais e sobre o incidente propriamente dito, o presente trabalho agora se propõe a expor sugestões com a finalidade de resolver ou, mais modestamente, amenizar uma problemática inerente a esse tema, de fácil percepção desde as primeiras pesquisas feitas sobre o tema. Esse problema é a *falta de cultura jurídica* com o sistema dos precedentes, mais especificamente com a *stare decisis*. É necessária a criação de toda uma *cultura de respeito ao sistema de precedentes*, conforme percebido brilhante pelos irmãos Alexandre e Alonso Freire. Sem essa cultura, a probabilidade de sucesso da adoção dos precedentes no Brasil tende a zero.

Seria no mínimo ingênuo afirmar que essa tarefa de criar uma cultura é fácil, assim como seria igualmente pouco perspicaz afirmar que tal tarefa é impossível. O direito não pode ter uma postura meramente descritiva da realidade, como a Constituição de Ferdinand Lassale; pelo contrário, há muito se observa o caráter transformador do direito nos usos e costumes de um determinado povo. O Estado tem poder legal, político e econômico suficiente para criar instrumentos que promovam e impulsionem a cultura do respeito aos precedentes, assim como a doutrina tem papel de igual relevo ao promover o debate intelectual, apontar as vantagens e, analisando as críticas, tentar amenizar as desvantagens ou o desânimo com o novel sistema.

Antes de apontarmos esses instrumentos, contudo, faço breve análise com vistas a obter a resposta para a pergunta: *o que pode acontecer se o sistema de precedentes for sistematicamente desrespeitado?*

3.2. A teoria da *katchanga*: uma (péssima) possibilidade para os precedentes

A teoria da *katchanga* ou Alexy à brasileira é uma famosa anedota jurídica sobre o perigo da má adoção ou da adoção leviana de uma doutrina, no caso, a Teoria de Princípios de Alexy. Faremos breve análise da “*katchanga*” para depois traçar uma breve comparação com o mau uso da teoria dos precedentes. Vai abaixo a sua reprodução:

Um rico senhor chega a um cassino e senta-se sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco do dinheiro do homem rico, perguntou se ele não desejaria jogar.

- Temos roleta, blackjack, texas holden’ e o que mais lhe interessar, disse o dono do Cassino.

- Nada disso me interessa, respondeu o cliente. Só jogo a *Katchanga*.

O dono do cassino perguntou para todos os crupiês lá presentes se algum deles conhecia a tal da *Katchanga*. Nada. Ninguém sabia que diabo de jogo era aquele.

Então, o dono do cassino teve uma idéia. Disse para os melhores crupiês jogarem a tal da *Katchanga* com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível daquele “pote do ouro”.

E assim foi feito.

Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou: “*Katchanga!*” E levou todo o dinheiro que estava na mesa.

Na segunda mão, a mesma coisa. *Katchanga!* E novamente o cliente limpou a mesa.

Assim foi durante a noite toda. Sempre o rico senhor dava o seu grito de *Katchanga* e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “*Katchanga!*”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o homem rico, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma *Katchanga Real!*”. E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa... (LIMA, 2012)

Muito mais do que uma simples anedota, a *Katchanga* é uma crítica pesada à falta/insuficiência de fundamentação na ponderação dos princípios fundamentais, prática relativamente comum entre os nossos magistrados (lembrando que no Brasil, esses princípios possuem natureza de norma constitucional). Entraremos brevemente nessa teoria de Alexy para melhor entendimento da crítica feita.

Na teoria dos princípios de Alexy, os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, que ele conceitua como *mandatos de otimização*, cujo a função é serem efetivados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Esses princípios podem entrar frequentemente em conflito⁴⁹, que deve ser resolvido por meio da *ponderação de princípios*. Essa ponderação, por sua vez, deve ser muito bem fundamentada, para não ser arbitrária e irracional. (LIMA, 2012). A teoria de Alexy usa a distinção entre regras e princípios feita por Dworkin, que por sua vez vê no *âmbito de*

⁴⁹ Esse conflito, longe de ser negativo, deve ser apreciado e estimulado, pois “a concorrência entre princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito” (GALUPPO, 1999, p. 205)

aplicação a principal diferença entre esses institutos. Segundo ele, as regras são diferentes dos princípios porque

Ambos os tipos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações em circunstâncias particulares [caso *sub judice*], mas eles diferem em função da direção que indicam. *Regras são aplicáveis em um modo de tudo-ou-nada*. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida, em cujo caso a resposta que proporciona deve ser aceita, ou ela não é válida, em cujo caso ela nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2001, p.130) (grifos meus)

Os princípios, contudo, não são aplicáveis desse modo. Um princípio pode ter sua aplicação rejeitada em determinado caso, mas mesmo assim ter exercido papel relevante, através da ponderação de princípios, conforme sua importância no caso, pois “os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de peso ou importância” (DWORKIN, 2001, p. 130).

Na concorrência entre si, durante a ponderação, comportam-se de maneira diferente das regras: uma regra que nega vigência a outra regra a revoga (extingue sua vigência), pois “se duas regras conflitam, uma delas não pode ser uma regra válida” (DWORKIN, 2001, p. 134), algo que não acontece com os princípios:

Quando os princípios concorrem entre si, aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. Não se pode ter aqui uma mensuração exata, e o juízo de que um princípio ou política particular é mais importante que outra será frequentemente uma decisão controversa. Não obstante, é um constituinte da noção de princípio que ele tenha essa dimensão, que seja relevante perguntar o quão importante ou qual peso ele possui. (DWORKIN, 2001, P. 133)

Vencidas essa diferenciação básica entre regra/princípio, volto a Alexy. A ponderação de princípios, embora construção teórica e abstrata, deve seguir a certos ditames para evitar a subjetividade. Alexy diz que a “natureza dos princípios implica a máxima de proporcionalidade, e essa implica naquela” (ALEXY, 1999, p. 135). Essa máxima da proporcionalidade se desdobra em três sub máximas: a da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. (SAPUCAIA, 2010). Todas devem ser observadas para a construção de uma boa ponderação. Infelizmente, não se verifica esse cuidado em certos julgados, onde a

invocação da proporcionalidade da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso ao tópos, com caráter meramente retórico, e não sistemático (...). O raciocínio costuma ser muito simplista e mecânico. Resumidamente: (a) a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; (b) o ato questionado não respeita essa exigência; (c) o ato questionado é inconstitucional” (LIMA, 2012).

Assim, a proporcionalidade vira um “coringa” hermenêutico a ser sacado de debaixo das mangas, e sua simples invocação se transformaria em uma fundamentação completa (para fundamentar qualquer coisa). Explicado o ponto crítico da Katchanga, falta fazer a analogia com os precedentes judiciais, um perigo que deve

ser a todo custo evitado ou remediado, em prol do sucesso da adoção do sistema de precedentes.

Vimos, na teoria e na redação final do CPC, os procedimentos de distinção, superação e restrição dos precedentes (*distinguishing*, *overriding* e *overruling*), instrumentos fundamentais para evitar a “aplicação mecânica de julgados pelo Juiz”. Foi devidamente ressaltado a importância da fundamentação desses procedimentos. Mas tudo isso está no campo do “dever-ser”; o que acontecerá se a prática forense do cotidiano não corresponder às exigências deontológicas de fundamentação?

Não é preciso um grande exercício imaginativo para a percepção de um cenário pessimista, onde esses instrumentos serão as novas “*katchangadas*”. Ilustre-se com uma hipótese muito verossímil. Uma petição inicial é distribuída para determinado Juízo. O magistrado em questão verifica que ação possui um precedente, pois já teve sua tese fixada por Tribunal Superior em um caso idêntico. O Juiz, contudo, decide pela não aplicação do precedente, afastando-o por meio de um *distinguishing*. O problema dessa hipótese reside na motivação do magistrado: esse não agiu por livre convicção fundamentada, mas sim porque decidiu a lide *a priori* (talvez por motivos cuja transcrição na fundamentação da sentença ferisse o decoro esperado dos juízes). Por não existir uma fundamentação minimamente legal que aparasse o entendimento do Juízo, esse opta por citar, na sentença, v.g, princípios como a proporcionalidade, ou a dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro. O magistrado não explica porque esse princípio se aplica ao caso ou porque afasta o precedente. O magistrado simplesmente escolheu um princípio coringa e redigirá sua sentença nesses termos, mesmo que apenas para que seja reformada pelo Tribunal. *Katchanga*.

Outra possibilidade: a petição inicial é protocolada, distribuída, e os autos conclusos ao Juízo, que conforme o parágrafo anterior, verificou que existe um precedente e que irá afastá-lo *a priori* com qualquer argumentação. Entretanto, ao invés de “apelar” para um princípio, o Juiz diz haver diferenças fáticas para não aplicar o precedente. O problema é que tal diferença não existe, ou é absolutamente irrelevante para o caso, sendo mera questão pontual: e.g., um precedente de direito consumerista diz que mandar mensagens de texto de publicidade sem autorização do potencial consumidor dá ensejo a dano moral. O juiz desconsidera o precedente, com base na alegação de que o caso é distinto: não foi enviado mensagem de texto (SMS), mas uma mensagem via *whatsapp*... *Katchanga*.

Outra possibilidade ainda: usar-se a obter dictum de um precedente para fundamentação de um *distinguishing*. Aqui, o magistrado não precisou usar um princípio não cabível nem uma diferença fática irrelevante; antes, buscou a sua fundamentação dentro do texto do próprio precedente. Como pode o magistrado correr em erro nesse caso? Simples: o magistrado não se apegou à *ratio decidendi*, usando trechos ditos de passagem, não significativos para a fundamentação, ou, pior ainda, usou os votos vencidos do julgamento do precedente. Usando das *obter dicta*, poderá o magistrado fundamentar qualquer coisa. *Katchanga*.

Quero ressaltar que aqui não há leviandade no que diz respeito à nobre função dos Juízes, que são livres para fundamentar conforme, inclusive, suas opiniões

personais, visto que os juizes não são deuses para serem absolutamente imparciais: o que se espera deles na verdade é neutralidade. O juízo pode fundamentar conforme sua vontade, mas deve (*deontologia*) buscar o mínimo de amparo legal. E, principalmente, deve fundamentar primeiro e decidir depois: o contrário colocaria em sério risco o nosso Estado de Direito.

É claro que se o Juízo estiver convencido de que aquele precedente não serve mais, deve ele suscitar de ofício não o *distinguishing*, mas sim o *overruling* ou o *overriding*. Nesses casos, contudo, a carga de fundamentação deverá ser maior ainda, visto que os efeitos da decisão extrapolam o do caso concreto, alcançando efeitos erga omnes na revogação/restrição definitiva do precedente. É isso que deve fazer o Juiz, caso resolva que o precedente está ultrapassado ou simplesmente inadequado à situação; agora, afastar um precedente com o qual não “simpatizou” *sistematicamente*, sem as devidas fundamentações, acarretará graves danos ao sistema de precedentes. É necessário, pois, a conscientização da importância da fundamentação boa e suficiente para os procedimentos supracitados. O próprio NCPC demonstra essa preocupação no art. 489, transcrito supra.

O Legislador redigiu cuidadosamente esse artigo. Observa-se que qualquer decisão no decorrer do processo, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, poderá ser considerada *nula* (uma vez que “*não será considerada fundamentada*”), caso não contenha a suficiente carga de fundamentação. Para não cair no subjetivismo, os incisos ainda entraram em detalhes sobre como deve ser essa fundamentação: no inciso V, *a decisão que invocar precedente ou enunciado de súmula deverá indicar seus fundamentos determinantes e demonstrar porque eles se ajustam ao caso sub judice*; no VI, *a decisão que não seguir enunciado de súmula, jurisprudência⁵⁰ ou precedente invocado pela parte invocado pela parte deverá demonstrar a existência de distinção (distinguishing) ou a superação (overruling) do entendimento*.

Nesse tocante, só cabem aplausos ao Legislador, que fez, e bem feito, a sua parte para a criação de uma *cultura de respeito aos precedentes*. Os juizes que seguirem a rigor os incisos V e VI do art. 489 irão colaborar com sua parte também, fundamentando devidamente suas decisões e evitando *katchangadas*. No entanto, acho leviano atribuir todos os ônus apenas aos Magistrados, e tenho dúvidas se eles conseguirão, sozinhos, prosperar nessa tarefa digna do juiz Hércules de Dworkin. Destarte, vejo como necessária a participação de outros órgãos para a concretização dessa cultura de respeito.

Por fim, as *katchangadas* a que me referi (sobre os precedentes) são apenas analogias em relação às “*katchangas*” originais (sobre a Teoria de Alexy de ponderação de princípios). Felizmente, essas últimas também não escaparam do novo CPC, e no mesmo artigo:

Art. 489. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as

⁵⁰ A inclusão de jurisprudência aqui talvez cause controvérsia. Na forma em que está redigida, o inciso deixa claro que se trata de jurisprudência não-vinculante, portanto, persuasiva; até mesmo esse tipo de jurisprudência, portanto, se afastada pelo juiz, deve o mesmo explicar o porquê. Resulta disso o grande fortalecimento da jurisprudência.

razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Aqui o Legislador se preocupa em estabelecer que é dever do juiz fundamentar devidamente a *ponderação de princípios*. Dessa ponderação deve constar: (a) justificativa jurídica: razões que autorizam a interferência na norma afastada; (b) justificativa fática: premissas de fato que fundamentam a conclusão; (c) critérios gerais da ponderação efetuada, que orientaram o sopesamento de normas; e (d) o objeto da ponderação feita, o bem da vida juridicamente tutelado. Seguido esse artigo, ficará muito mais difícil dar uma *katchangada*. A *katchanga* já teve dias melhores...

3.3. Cultura de respeito aos precedentes

A expressão que intitula esse tópico já apareceu diversas vezes nesse trabalho, mas ainda não teve a oportunidade de ser conceituado. Em conceito próprio, *a cultura de respeito aos precedentes é cultivo dos costumes de seguir costumes judiciais, que nada mais são que os precedentes judiciais*.

Vimos que a longa e contínua evolução histórica do direito inglês, milenar, é motivo de orgulho para os juristas ingleses, que preferem a construção lenta e gradual de seu direito do que os bruscos rompimentos ocorridos nas Revoluções que agitaram a Europa continental. Esse traço conservador, que se confunde com a própria personalidade inglesa, reflete-se no seu extremado respeito aos precedentes, a ponto de *Lord Coke*, conforme já citado, afirmar que o uso é um bom interpretador do direito, ao passo que o não-uso é um bom indicativo de que a Lei não vai suportá-lo.

Contudo, esse respeito ao passado judicial nunca se consolidou no Brasil. Não é difícil entender o porquê. O respeito aos costumes requer como requisito *estabilidade* da população: estabilidade social, econômica, política, climática. A Inglaterra teve essa estabilidade, durante muito tempo; os EUA, que também desenvolveram o sistema de precedentes, também teve sua estabilidade. O Brasil, contudo, nunca teve um período de estabilidade e prosperidade duradouro⁵¹. As mudanças bruscas no Poder e a subordinação do Legislativo e Judiciário ao Executivo, características marcantes da nossa história, criaram um cenário de constante incerteza política, que muito desestimulou a formação de um respeito maior ao passado, judicial ou não. O passado, como tudo o mais, devia se dobrar às necessidades do Presente político; um Judiciário fortalecido e atuante é uma grande limitação aos poderes do Executivo, que jamais permitiria reformas nesse sentido.

Além do mais, não há muitos bons costumes políticos a se seguir. É forçoso admitir que alguns dos mais arraigados costumes brasileiros são na verdade,

⁵¹ Talvez o maior período de estabilidade política do Brasil tenha sido durante os 49 anos de reinado de Dom Pedro II; foi também o tempo em que uma Constituição mais durou, a de 1824 (67 anos). Houve certa prosperidade nesse tempo, porém severamente limitada pelo fato de quase 1/3 da população ser escrava. Nosso regime constitucional atual (1988) tem exatos 27 anos, podendo ser considerado nossa primeira experiência verdadeiramente democrática (o Café com Leite, o voto de cabresto e as fraudes eleitorais impedem chamar a República Velha de democracia).

maus costumes: escravidão⁵², racismo, patrimonialismo, confusão do público com o privado, corrupção, autoritarismo do Executivo, servilidade do Legislativo e Judiciário. Isso, contudo, não quer dizer que não podemos – e devemos – desenvolver costumes novos e reforçar os bons existentes. Mas como podemos concretamente atingir essa tarefa hercúlea?

3.3.1. Políticas públicas

A sociedade brasileira mudou muito e em pouco tempo. Com o advento da estabilização da economia com o Plano Real e das políticas positivas de inclusão social do governo petista, além de fatores externos como a alta das *commodities*, o Brasil conseguiu prosperar de maneira mais duradoura, talvez inédita. Essa prosperidade permitiu avanços na modernização, o que levou o país a uma revolução tecnológica e urbana; já a distribuição de renda permitiu a ascensão da classe C (substrato da população com renda mensal entre R\$ 1.064 e R\$ 4.591), hoje composta por 91 milhões de pessoas, representando uma revolução sociológica sem precedentes⁵³.

Essas revoluções mudaram a dinâmica das demandas sociais, que tem adotado postura mais ativa: seja nas ruas, com manifestações como as de junho de 2013, seja na participação material nas leis, como a iniciativa popular da Lei de Ficha Limpa. Ansioso em manter o que foi conquistado e continuar progredindo, a sociedade tem exigido mais de seu governo. Em resposta, os governantes acenam com as políticas públicas.

Segundo Dworkin, *política pública* é um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, diferindo de *princípio*, que é uma exigência de justiça, equidade (*fairness*) ou outra dimensão da moral (DWORKIN, 2011, p. 127/128)⁵⁴. Podemos então entender as políticas públicas como a soma das ações estatais que visam a formação desse padrão, que por sua vez estabelece um patamar mínimo de qualidade em alguma área.

Visto que por inércia a tendência natural da sociedade é a manutenção do *status quo*, é preciso haver *vontade* política para se fazer alterações. Não uma vontade qualquer, mas uma verdadeira vontade transformadora, que indo para além da figura do governante, só conseguirá atingir seus objetivos com o *suporte* do ambiente político. Mesmo governantes despóticos como os monarcas absolutos e os ditadores soviéticos não tinham simplesmente o poder de “impor” sua vontade pura e simplesmente sob toda sua população governada; antes, eram frutos de regimes onde a estabilidade estava na concentração do poder nas mãos de uma única pessoa.

Portanto, uma vez que o Poder Público tenha a *vontade* e *suporte* político, terá também o poder para alterar significativamente a realidade fática de uma

⁵² Nem esse pode ser dito extinto. Segundo estudos, há cerca de 200 mil pessoas sendo mantidas em trabalho análogo ao escravo. Visto em <<http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-200-mil-pessoas-em-situacao-de-trabalho-escravo-10402682>> Acesso em 07/06/2015.

⁵³ Cf. <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/209-nova-classe-media>> Acesso em 09/06/2015

⁵⁴ O autor ressalva que com frequência usa o termo *princípio* para designar genericamente tanto políticas públicas quanto princípios propriamente ditos.

população, através de políticas públicas. Creio ser esse nosso cenário atual, onde a longa crise do judiciário deu ensejo à vontade do Legislador de conduzir uma política de reforma do processo, através da promulgação de um novo Código de Processo Civil. Para além da vontade legislativa, houve suporte da sociedade como um todo, que via a reforma como uma “pauta positiva” do Congresso. Nessa conjunção de vontade e de suporte, o Código foi promulgado após tramitar no Congresso por apenas 6 anos (2009-2015).⁵⁵

O Novo Código, visualizado sobre esse prisma, nada mais é que uma *política pública com objetivo de promover melhorias sociais*, conforme demanda da sociedade. Essa política virá reforçar a concretização das exigências de moralidade, que são trazidas para o centro do debate jurídico com os *princípios*, principalmente os *princípios constitucionais*.

No bojo do Novo Código, um dos principais instrumentos para a satisfação dessa política é o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas. Podemos citar três grandes exigências morais reforçadas com o incidente: *a isonomia, a segurança jurídica e o acesso ao Judiciário*. Espera-se do incidente que ele venha suprir essas demandas, atingindo um dos fins maiores do Direito que é a *pacificação social*.

O Legislador deu a sua contribuição para essa política com a edição desse Novo Código, restando aos outros Poderes o desempenho de funções sem as quais provavelmente a Reforma não atingirá seus fins enquanto política pública. Divido aqui didaticamente as “tarefas”: ao Judiciário, a *jurisdição* (“dizer o direito no caso concreto”) e *fiscalização* do cumprimento dos precedentes, e ao Executivo, a *otimização*, sem a qual a tarefa do Judiciário restará prejudicada. Assim, teremos um Estado inteiro unido nessa política pública.

Essa união entre os três poderes é fundamental à implementação bem sucedida de uma política pública. Ilustro com a Lei Maria da Penha (11.340/2006), um exemplo notório de política pública transformadora. Com fins de combate da violência doméstica à mulher (embora haja muito a se avançar ainda, podemos falar em sucesso: é irreal esperar que um costume secular irá sucumbir à uma política com menos de uma década de vigor), essa lei surgiu da vontade política e do devido apoio social, com destaque aos movimentos feminista de combate à opressão da mulher.

Essa política pública, contudo, nunca teria atingido sua eficácia atual, se o Administrativo não tivesse bem executado suas funções:

Lei 11.340. Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁵⁵ Muito célere, se comparado com a tramitação de outros códigos: 26 anos para o Código Civil de 2002, ou incríveis 61 anos para o Código Civil de 1915 (cuja redação começou em 1885, tendo virado anedota no meio jurídico da época). Cf. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972> Acesso 09/06/2015

O Executivo em todos os seus níveis (federal, estadual, municipal e distrital) concretizou essa política, cobrindo todo o território nacional de varas da mulher que concentram competência civil e criminal a fim de agilizar o processo de violência doméstica contra a mulher e a punição ao agressor. No entanto, fez ótima opção o Legislador em não tutelar apenas juridicamente a mulher:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

O Executivo em todos os seus níveis (federal, estadual, municipal e distrital) concretizou essa política, criando centros de atendimento à mulher (comumente denominada “casa da mulher”, onde a vítima poderá receber atenção multidisciplinar de psicólogos, assistentes sociais e demais profissionais), abrigos para as mulheres e seus dependentes, delegacias da mulher, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, programas, campanhas, inclusive televisivas e centros de reabilitação de agressores.

De um ponto de vista técnico, a concretização de todas essas novas instituições adveio da inclusão dessas prioridades no Orçamento, através de sua inclusão no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei de Orçamento Anual, de iniciativa do Poder Executivo e aprovação no Congresso Nacional; apenas depois de prévia previsão orçamentária essas políticas, de fato, “saíram do papel”.

O Judiciário por sua vez exerceu sua função jurisdicional, julgando diligentemente as causas de violência doméstica, com destaques ao despacho de medidas protetivas de ofício pelos Juízes, nos termos do inciso I do art. 18 da Lei em questão. Não basta contudo apenas esse caráter jurisdicional, mas também promover a *fiscalização* da boa aplicação da Lei, identificando e reformando más jurisprudências, e até mesmo, em casos extremos, punindo magistrados.

Tome-se como hipótese um juiz que, fervorosamente religioso, decide que a Lei Maria da Penha é inconstitucional; na verdade, por ferir a Bíblia, é uma “heresia manifesta”. Desse modo, o juiz sumariamente nega vigência à Lei Maria da Penha. Contudo, não é apenas uma hipótese, e sim um caso verídico que aconteceu em Sete Lagoas, cidade do interior de Minas Gerais:

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege [o juiz refere-se ao Preâmbulo da Constituição] — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos

rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho — que por via de consequência também nos rege — está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade — filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:

“(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)”

Já estalei diz que aos homens não é dado o direito de “controlar as ações (e) comportamentos (...)” de sua mulher (art. 7º, inciso II). Ora! Que o “dominar” não seja um “você deixa?”, mas ao menos um “o que você acha?”. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando — na relação entre homem e mulher, que domina o mundo — nesta preconceituosa lei. (Autos nº 222.942-8/06)

O Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador e correccional máximo do Judiciário brasileiro entendeu que o juiz agiu preconceituosamente e afastou-o por dois anos de sua função jurisdicional. Desse modo, protegeu a política pública de combate à violência doméstica contra a mulher; embora os juízes tenham direito de decidir conforme sua livre convicção fundamentada, permitir uma interpretação diametralmente oposta, que nega a concretização dos fins da política pública eleita, terminaria no esvaziamento dessa política.

Em outra análise, podemos distinguir uma *katchanga* nessa decisão, onde preceitos bíblicos de livre interpretação decidiram *a priori* todos os casos de violência à mulher que chegavam na vara de Sete Lagoas.

Dessa breve explanação sobre políticas públicas conclui-se que a cooperação entre os três poderes é fundamental para a implementação de uma boa política pública. Para o sucesso então da política de concretização de garantias constitucionais, que produziu a Reforma do Processo Civil brasileiro, resta o que se segue.

O Legislativo desempenhou bem a sua parte em produzir um código moderno e democrático. Ao Judiciário cabe antes de tudo a tutela dos direitos através do julgamento das demandas repetitivas e a fixação das teses. Para além dessa dimensão, o seu papel fiscalizador também será fundamental. Esse poderá ser exercido de diversos modos.

Primeiro, pelo cumprimento à risca do art. 979 do NCPC:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Esse artigo confere forte caráter democrático ao processo do incidente, ao permitir a participação efetiva da sociedade ao incidente. O seu *caput* e § 1º prevê um banco de dados nos tribunais que alimentará divulgação o registro eletrônico do CNJ sobre instauração e julgamento dos incidentes. Esse registro deve ser de uso simples para que, além dos operadores do direito, até mesmo os leigos possam ter acesso à informação sobre a existência ou não de precedentes favoráveis ao seu caso, o que constituiria um verdadeiro tributo ao princípio do acesso à Justiça, um dos fins da política diretriz da Reforma.

O § 2º desse artigo determina a identificação dos fundamentos determinantes da tese (razão de decidir) e os dispositivos normativos a elas relacionados. De importância vital, esses fundamentos não devem ser transformados em ementários ou em enunciados, nem serem tratados como novas súmulas. Isso levaria ao desvirtuamento do instituto, onde o estudo criterioso dos fundamentos, na medida do possível, sempre deverá ocupar papel de destaque. O mesmo se aplica ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário (§3º).

O artigo § 1º do art. 983 também traz esse caráter democrático ao prever audiências públicas para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento de matéria, devendo ser observado pelo Judiciário.

O Executivo por sua vez deve exercer seu papel *otimizador*, principalmente em relação ao Judiciário. Nesse ínterim, deve incluir no Orçamentos políticas de valorização do Judiciário

3.3.2. A importância dos juristas e o esforço hermenêutico

Superada a análise da importância das políticas públicas à criação de uma cultura de respeito aos precedentes, veremos agora a importância dos doutrinadores, da pesquisa científica e do debate acadêmico e prático.

Embora o Estado tenha papel fundamental para a cultura de respeito, não creio que essa cultura será efetivada apenas com um conjunto de esforços do Poder Público. É preciso que a eles se juntem os esforços privados, sejam individuais ou coletivos.

O esforço individual pode ser exercido por todo e qualquer cidadão, encontrando importância especial na profissão do jornalista⁵⁶, que podem exercer o papel de levar à sociedade informações sobre o sistema de precedentes judiciais e seu funcionamento na prática, quando adequado e quando alvo de *katchangas*.

Este esforço está centrado também nas mãos das profissões jurídicas, os operadores do direito: servidores da Justiça⁵⁷, advogados, promotores, defensores públicos, procuradores, professores, pesquisadores e doutrinadores, entre outros. Todos esses operadores são essenciais ao bom funcionamento do sistema de precedentes, exercendo importante papel fiscalizador ao apontar falhas estruturais como o uso incorreto dos institutos: a negação do contraditório dos interessados (nos termos do art. 983) a suspensão de processos por tempo maior do que o previsto em lei (1 ano), a demora em julgar os incidentes de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinários e especiais repetitivos e a ausência ou insuficiência de fundamentação do *distinguishing* e do *overruling* nos juízos *a quo*, esse último impugnável por instrumento previsto em lei, a Reclamação.

O destaque desse estudo, porém, irá para o papel dos doutrinadores, aqui entendido como todos os estudiosos do Direito.

Os doutrinadores, principalmente os pesquisadores do Direito Comparado, serão essenciais para a formação da cultura de respeito aos precedentes judiciais. Conceituou-se essa cultura como *costume de respeito aos costumes judiciais*. Em uma análise psicológica, deve-se perguntar: *por que?* Por que se deve esse respeito? Qual a motivação para ter esse respeito? Qual é o *animus* do operador do direito para se entusiasmar com a mera promulgação de uma lei?

Primeiramente, o Novo Código é moderno e democrático, e uma rápida análise demonstra sua técnica inovadora, seu texto simples e prático, seu compromisso com o processo eletrônico, essencial para a modernização efetiva do processo civil. No debate do Código Buzaid, nesse tocante, discutia-se coisas como *a possibilidade de petições datilografadas* (porque impediriam saber sua autoria, numa época em que a maior parte das petições era manuscrita). A comparação entre o CPC de 2015 e o de 1973 em si é animadora.

Contudo, seria risível se esse trabalho concluísse ingenuamente que todos se irão se deixar contagiar pelo entusiasmo e então estará criada a cultura dos precedentes. Pelo contrário, entusiasmo inicial excessivo acaba por redundar em decepção posterior, ou, nas belas palavras de Jorge Luis Borges: “À desafortada esperança, como é natural, sucedeu-se uma depressão excessiva”.

O verdadeiro respeito se consolidará com algo apenas: o *tempo*. Até lá, o sistema deve funcionar bem, sendo constantemente fiscalizado pelo público e pelo privado, e sanções como a nulidade de sentenças incorretamente fundamentadas devem

⁵⁶ O jornalismo foi designado como “Quarto Poder” por Edmund Burke, importante filósofo inglês do conservadorismo, dando noção de sua real importância. Outra personalidade histórica que reconheceu o valor da imprensa foi Thomas Jefferson, um dos *Founding Fathers* dos EUA: “melhor uma imprensa livre sem governo do que um governo sem imprensa livre”

⁵⁷ Não incluindo o juiz aqui por considera-lo um órgão monocrático do Poder Público, portanto abarcado no tópico “políticas públicas”.

ocorrer quando for o caso, assim como instauradas as devidas Reclamações nos termos do art. 988.

As punições são conhecidas no âmbito da corrente cognitiva-comportamental⁵⁸ na Psicologia como *reforços negativos*. Esses reforços servem para *diminuir a frequência de um determinado comportamento*. Assim, o desrespeito aos precedentes pode ser desestimulado via reforço negativo, conseguindo assim alcançar-se algum respeito, na base da coerção. Esse é um argumento um pouco melhor que o do parágrafo anterior, mas também não conseguirá sozinho atingir uma cultura de respeito.

O meio mais eficiente para garantir um respeito eficaz é, primeiro, através da compreensão do sistema em si. Desmistificar a *stare decisis*, esclarecendo pontos obscuros para muitos – como a impressão de cerceamento de defesa e contraditório, que fazem os precedentes parecerem um sistema tão justo quanto um processo kafkiano – é um bom meio de ajudar na criação de um respeito legítimo. Esse papel de informa poderá ser desempenhado por todos, na medida de seus conhecimentos; tem aqui o jurista especial responsabilidade, presumindo-se que seus conhecimentos são maiores que os dos demais. O próprio Código parece reconhecer essa importância, ao prescrever no § 1º do art. 983 que “o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

Contudo, seria muito empobrecedor resguardar o papel dos juristas à audição nas sessões de julgamento de demandas repetitivas. Esse é um papel honroso e importante, mas o jurista deve ir muito além, pesquisando e divulgando o resultado de seus estudos para o maior número possível de interessado e de ocasiões oportunas; deve participar ativamente de fóruns, debates, congressos e núcleos de pesquisa jurídica, seja pessoalmente ou virtualmente; e deve manter-se constantemente atualizado com os precedentes no processo civil brasileiro e no Direito Pátrio. Cumprir à risca todas essas exigências seria tarefa digna de um Jurista Hércules, parafraseando o Juiz Hercules de Dworkin, mas, na medida do possível, o modelo é esse.

Tudo o que já foi exposto até agora, contudo, cairá por terra sem um fundamento basilar: o *esforço hermenêutico* do estudo dos precedentes. A tarefa aqui é evitar a simplificação exacerbada dos precedentes, transformando-os em enunciados de súmula. O estudo dos precedentes é importante para a boa procedência de um *distinguishing*. Devido à questão profissional, é de se acreditar que esse papel caberá principalmente aos advogados e juízes, preocupados com a aplicabilidade e distinção dos precedentes quanto aos casos concretos.

No caso do advogado, é importante seu conhecimento dos precedentes para fazer, desde antes do protocolo do processo, uma espécie de “juízo de admissibilidade”: a conferência previa da existência de um precedente sobre o assunto. Em caso positivo, será uma causa cujo pedido terá uma sucumbência provável; caso contrário, o advogado terá que fazer o *esforço hermenêutico* para descobrir elementos fáticos ou jurídicos no caso para distingui-lo da tese fixada, ou, com um estudo maior

⁵⁸ Terapia Cognitiva Comportamental para leigos.

ainda, demonstrar a superação do precedente. As consequências lógicas dessa ótica serão uma diminuição significativa de processos com precedentes desfavoráveis.

O advogado de defesa fará esse mesmo esforço hermenêutico, mas em sentido contrário, e o juiz também o fará para proceder a um bom *distinguishing lato sensu*. Mais esforço ainda será essas discussões em sede de Tribunais Superiores: eis as razões das demandas julgadas na *Supreme Court* dos EUA serem na ordem de inferiores a uma centena por ano. O julgamento é centrado no debate dos precedentes, aberto a audições públicas, discutido e televisionado por todo o país.

Até bem pouco tempo atrás não havia condições para tanto no Brasil. Basta ressaltar que estatísticas básicas como o número oficial de processos protocolados anualmente não existiam⁵⁹, nem a transmissão televisa das sessões dos Tribunais Superiores ou do Congresso Nacional, nem a popularização da *internet*, instrumento de pesquisas mais eficiente inventado pela humanidade. Como essas ferramentas agora fazem parte de nosso cotidiano, e possível uma maior e mais rápida absorção do sistema de precedentes pela sociedade brasileira. É preciso aprender, e rápido.

3.4.Considerações finais

Diante do exposto, é do somatório das boas políticas públicas e das ações da sociedade em geral e dos juristas em particular, junto com todo o (grande) esforço hermenêutico que o sistema de precedentes judiciais demandará que começará a se criar uma cultura de respeito ao sistema de precedentes judiciais, cultura essa que só poderá se consolidar com a efetiva prática do tempo aliado às boas práticas.

Será esperar demais que as pessoas vençam sua resistência aos precedentes e mudem de opinião com o passar do tempo? Creio que não. Fredie Didier, renomado doutrinador e membro da comissão de juristas que redigiu o novo CPC já foi contra a edição de um Novo Código. Em 2012 ele escreveu um *confiteor*:

É que, em 2008, defendi publicamente a desnecessidade de um novo CPC. Um ano de discussão do assunto na Câmara, tendo ouvido quase duas centenas de pessoas sobre o assunto, me fez (sic) mudar de opinião. Cumpro o meu dever de dar este esclarecimento público, reafirmando o postulado da minha atividade intelectual: o jogo da ciência não tem fim; quem não se predispõe a rever suas ideias deve sair da brincadeira.

Assim como um grande jurista fez sua confissão de humildade intelectual e mudou de ideia, esperemos que os operadores e que se predisponham a estarem abertos à possibilidade de mudar de ideia, ou, caso contrário, a sair da brincadeira.

⁵⁹ Isso mudou com a instituição do CNJ em 2004 pela já falada EC/45, que divulga estatísticas anuais como “O Judiciário em Números”

CONCLUSÃO

Como foi dito nas considerações iniciais do primeiro capítulo, vasta é a doutrina sobre esse assunto, e a dificuldade maior desse trabalho foi abordar de forma breve uma quantidade considerável de assuntos, cada qual merecedor de um trabalho científico à parte. A despeito disso, creio ter sido traçado um panorama básico do sistema, suas origens e seus elementos estruturais, e como eles foram adotados no Brasil através da Reforma no processo civil promovida pela Lei 13.105.

Qualquer mudança no *status quo* encontra resistências, e dificuldades e críticas são mais do que esperadas em relação aos precedentes adotados pelo NCPC. A título de comparação, a última grande reforma do Judiciário – a da EC 45/04 – trouxe uma enxurrada de críticas à súmula vinculante; e, apesar de reconhecer parte dessas críticas e não classificar a súmula vinculante como legítimo precedente judicial devido à sua natureza simplista, essa foi uma boa reforma. Embora o sistema judiciário atual conte com um grau de congestionamento de 70,9%, sem essa reforma em 2004 e a adoção das súmulas vinculantes a situação dos processos estaria ainda mais comprometida

Assim, a Reforma que trouxe o Novo CPC adveio de uma política pública de melhoria social e da tutela de direitos. A edição de novel código veio para dar duração razoável

ao processo, ao mesmo tempo em que reforça as garantias constitucionais de isonomia e acesso à Justiça, conforme um dos seus principais constituintes, Luiz Fux. Em última análise, contudo, é preciso a criação e solidificação de uma cultura de respeito aos precedentes, sem a qual o NCPC terá esvaziado um de seus principais instrumentos para fins de concretização da sua política orientadora – o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Essa cultura não será criada de um dia para o outro, mas virá com o tempo e a dedicação do Poder Público e suas políticas de fomento e fiscalização, além dos esforços conjuntos de toda a sociedade, em especial dos doutrinadores, responsáveis pelos estudos e sua divulgação inerentes para o desenvolvimento e ajustes do sistema. Apenas com a doura ponderação de experiências pátrias e alienígenas poderemos criar a verdadeira cultura de respeito aos precedentes, pois só pode ser fielmente cumprido aquilo que é compreendido.

Finalmente, insisto na boa e completa fundamentação da sentença nos termos do art. 489, do qual ao meu ver depende todo o sistema de precedentes e o respeito que ela merece. Isso, é claro, se as regras do jogo estipuladas em lei forem cumpridas. Só se respeita o que é legítimo: o que está em lei e é cumprido. Ninguém respeita a *katchanga*.