



Poder Judiciário



JUSTIÇA PESQUISA

SUMÁRIO EXECUTIVO

A força normativa do direito judicial

Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente	Ministro Ricardo Lewandowski
Corregedor Nacional de Justiça	Ministra Nancy Andrighi
Conselheiros	Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi Ana Maria Duarte Amarante Brito Guilherme Calmon Nogueira da Gama Flavio Portinho Sirangelo Deborah Ciocci Saulo José Casali Bahia Rubens Curado Silveira Luiza Cristina Fonseca Frischeisen Gilberto Valente Martins Paulo Eduardo Pinheiro Teixeira Gisela Gondin Ramos Emmanuel Campelo de Souza Pereira Fabiano Augusto Martins Silveira
Secretário-Geral	Fabício Bittencourt da Cruz
Diretor-Geral	Rui Moreira de Oliveira

EXPEDIENTE

Departamento de Pesquisas Judiciárias

Diretor Executivo	Fabyano Alberto Stalschmidt Prestes
Diretora de Projetos	Fernanda Paixão Araújo Pinto
Diretora Técnica	Thamara Duarte Cunha Medeiros
Realização:	Universidade Federal de Minas Gerais

Secretaria de Comunicação Social

Secretária de Comunicação Social	Giselly Siqueira
Capa	Ricardo Marques
Projeto gráfico	Eron Castro
Revisão	Carmem Menezes

2015

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Endereço eletrônico: www.cnj.jus.br

Sumário

1		
1	Introdução	5
	1.1. Descrição detalhada do objeto da pesquisa	6
2		
2	Resultados quanto à análise da vinculatividade das súmulas	9
	2.1. Resultados quanto à análise do processo de formação das súmulas jurisprudenciais	9
	2.2. Resultados quanto à análise do processo de aplicação das súmulas jurisprudenciais (pelo emprego da súmula impeditiva de recurso: art. 518, § 1o, do CPC)	11
3		
3	Análise do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da autoridade das suas próprias decisões	13
4		
4	Resultados quanto aos recursos especiais representativos de controvérsias	19
	4.1. O processo de formação do precedente judicial	19
	4.1.1. Resultado da análise do processo de formação do precedente judicial em recursos repetitivos (art. 543-C, CPC)	20
	4.1.2. Clareza e precisão do tema indicado, subinclusão (<i>under-inclusiveness</i>) e superinclusão (<i>over-inclusiveness</i>)	22
	4.1.3. Conclusões parciais	23
	4.2. A aplicação dos “temas” de repercussão geral e as decisões de sobrestamento e reexame nos tribunais	24
	4.2.1. Da identificação dos casos semelhantes quando da decisão de sobrestamento/suspensão	24
	4.2.2. Do juízo de retratação: a importância da escolha do Recurso Paradigma (1) e a amplitude dos argumentos considerados para a delimitação da tese do tema controvertido (2)	26
	4.2.3. Da autoridade do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da sua não aplicação irrestrita	28

4.2.4. Do confronto direto do entendimento do Superior Tribunal de Justiça com a autoridade do entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	29
4.2.5. Da denominada decisão mista e da interposição de novo recurso, inclusive Especial.....	29
4.2.6. Da aplicação do acórdão do Recurso Representativo antes mesmo da interposição de Recurso Especial no caso concreto: do “juízo de retratação” direto e do resgate à Revogada Resolução n. 7 de 2008 do STJ.....	30
4.3. Conclusões parciais.....	31
5	
Considerações finais.....	33
5.1. A técnica do precedente e o novo código de processo civil brasileiro.....	33
5.2. Algumas propostas de aprimoramento do sistema.....	36
Referências bibliográficas.....	41

1

Introdução

A pesquisa que se relata realizou uma investigação empírica da prática de se seguirem precedentes judiciais e súmulas no direito brasileiro, com vistas a revelar a compreensão que o Poder Judiciário – em suas diversas ramificações entre regiões e em razão da matéria – tem do precedente judicial e do direito jurisprudencial.

O objeto da análise é composto por decisões dos mais diversos órgãos do Poder Judiciário que realizam um “discurso de aplicação” de regras e diretrizes jurisprudenciais ao seguirem, estenderem (*per analogiam*) ou diferenciarem (pela técnica do *distinguishing*) precedentes judiciais e súmulas jurisprudenciais (sejam estas vinculantes ou não).

Estudou-se, em particular, os fundamentos apresentados nessas decisões, com vistas a obter uma descrição a mais exata possível do grau de vinculatividade atribuído aos diferentes tipos de precedentes judiciais no Direito Brasileiro, bem como dos fatores que contribuem para elevar ou enfraquecer a intensidade dessa vinculatividade.

Em particular, buscou-se compreender, entre outros pontos destacados no Relatório de pesquisa: *i*) as razões pelas quais os juízes se apartam de um precedente judicial, pela via da diferenciação (*distinguishing*) entre casos; *ii*) o processo argumentativo seguido para a aplicação de precedentes judiciais, em particular à luz dos procedimentos atualmente existentes no sistema processual brasileiro; *iii*) a forma como são utilizados os mecanismos processuais de garantia da eficácia do precedente judicial; *iv*) os eventuais óbices ou incentivos que os precedentes têm representado para a individualização do Direito e para a racionalidade e coerência do sistema jurídico; *v*) a contribuição que as técnicas propostas no Novo Código de Processo Civil podem oferecer para o aprimoramento do sistema processual atual e o aumento da coerência da aplicação do direito pelos tribunais brasileiros.

O estudo vislumbrou a prática jurídica desde um horizonte hermenêutico em que essa prática é diuturnamente avaliada e adaptada para ajustar-se aos princípios fundamentais positivados em mais alto nível no direito brasileiro, que justificam a exigência de respeitar o precedente judicial.

Os dados foram coletados entre os meses de novembro de 2013 a fevereiro de 2014 e analisados à luz do Código de Processo Civil de 1973, com as modificações legislativas vigentes ao tempo da coleta de dados,¹ para avaliar o seu funcionamento na prática jurídica.

Partiu-se, portanto, de um horizonte hermenêutico semelhante ao que o filósofo inglês Herbert Hart adota para descrever a sua concepção de juridicidade. Para este autor, a regra de reconhecimento de um sistema jurídico – é dizer, a regra-mestra que, nesse sistema, contém os critérios fundamentais de juridicidade – é uma prática social que se manifesta por meio da aceitação de um padrão comum pelos oficiais que aplicam o Direito, ou seja, de uma mesma regra última de reconhecimento que define o sentido do Direito em determinada comunidade (HART, 1994). Essa conexão entre Direito e Sociedade, que faz o sentido do Direito depender da prática social na qual ele está imerso, nos indica que essa “aceitação” do Direito depende da compreensão e dos usos que os juristas têm das normas e instituições jurídicas (MACCORMICK, 2008). O precedente judicial só poderá ser bem compreendido no sistema jurídico brasileiro a partir de uma investigação empírica (apesar de hermeneuticamente conduzida) de decisões representativas sobre a aplicação de precedentes judiciais.

1.1. Descrição detalhada do objeto da pesquisa

A. Delimitação das fontes e dos órgãos jurisdicionais onde foi realizada a coleta de dados

O objeto da pesquisa é composto por grupos de decisões de determinados órgãos do Poder Judiciário que aplicam precedentes judiciais e súmulas jurisprudenciais (sejam estas vinculantes ou não).

Os órgãos do Poder Judiciário onde foram realizadas as coletas de dados são os seguintes²: Supremo Tribunal Federal (STF); Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1); Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4); Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5); Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG); Tribunal

¹ No restante desse trabalho, as menções ao Código de Processo Civil têm como referência o Código de 1973, a não ser quando for utilizada a expressão “Novo Código de Processo Civil”, que fará alusão ao Código aprovado pelo Congresso Nacional em dezembro de 2014.

² As siglas entre parênteses são utilizadas para facilitar a análise de gráficos.

de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT); Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA); Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB); Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Foram considerados e avaliados processos julgados por todos os órgãos jurisdicionais supracitados, onde se coletaram não apenas decisões³ do próprio órgão em que se deu a coleta de dados, mas também as decisões anteriores que motivaram o ajuizamento de recursos e incidentes processuais que suscitaram o pronunciamento do órgão jurisdicional onde ocorreu a coleta de dados.

Com esse procedimento se pretendeu ter uma ideia não apenas da forma como o próprio Tribunal em que se deu a pesquisa de campo lidou com os institutos do precedente judicial e da súmula jurisprudencial, mas também a atitude dos órgãos jurisdicionais de origem frente ao “direito judicial”, como se explicará com mais detalhe nas próximas seções.

Portanto, além das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, foram analisadas decisões das Justiças Estaduais de 1ª Instância (de todas as 5 regiões do Brasil) concomitantemente com decisões dos seus respectivos Tribunais Estaduais (TJMG, TJDFT, TJPB e TJRS), e, ainda, decisões das Justiças Federais (provenientes de todas as Seções Judiciárias do TRF1, TRF4 e TRF5) concomitantemente com decisões dos seus respectivos Tribunais Regionais Federais.

B. Detalhamento do objeto da pesquisa (das técnicas processuais e atos jurisdicionais analisados) e da coleta de dados in locu

A pesquisa realizou uma investigação empírica da prática de se seguirem **súmulas e precedentes judiciais** dotados de autoridade no Direito Brasileiro, com vistas a conhecer a compreensão que o Poder Judiciário – em suas diversas ramificações entre regiões – tem do direito jurisprudencial.

As **fontes** da pesquisa se subdividem em cinco grupos: o **primeiro** composto pelas **súmulas** (vinculantes ou não) do STF e do STJ (que foram apreciadas em sua aplicação pelos Juízos de Primeiro Grau e pelos Tribunais de segunda instância, por meio da técnica da súmula impeditiva de recurso, prevista no art. 518, § 1º, do CPC de 1973, e pelo próprio STF, no julgamento de Reclamações previstas no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República); o **segundo** composto pelas **decisões que aplicam essas súmulas**, na Primeira Instância e nos Tribunais (em sede de Agravo de Instrumento), para **negar seguimento aos recursos de Apelação** que contenham pretensões de direito contrárias a estas súmulas; o **terceiro**

³ O termo decisão é utilizado em sentido amplo para abranger decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. A análise específica de cada ato jurisdicional será explicada em tópico subsequente.

composto por decisões do STF em sede de **Reclamações** para a preservação da autoridade de suas Súmulas e decisões vinculantes; o **quarto** composto por uma amostra de **recursos representativos de controvérsia** julgados pelo STJ, com vistas a se realizar uma avaliação qualitativa do processo de formação dos precedentes representativos de controvérsia; e o **quinto** grupo composto pelas decisões, nos tribunais de segunda instância, relativas ao sobrestamento de **recursos especiais repetitivos** (art. 543-A, § 1º, do CPC de 1973) e ao reexame de recursos após o julgamento dos **recursos especiais representativos de controvérsias** (art. 543-A, § 7º, I e II do CPC de 1973).

O objeto da pesquisa foi detalhado no Relatório apresentado ao CNJ, que será em breve publicado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias.

2

Resultados quanto à análise da vinculatividade das súmulas

2.1. Resultados quanto à análise do processo de formação das súmulas jurisprudenciais

A presente pesquisa, no que tange à análise das súmulas, tomou como referência os precedentes e debates, quando disponibilizados, que serviram de fundamentos para a criação de algumas súmulas, escolhidas por amostragem, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto no Supremo Tribunal Federal (STF).

Foram analisadas, na pesquisa, as súmulas (vinculantes ou não) do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça citadas quando de suas respectivas aplicações seja pelos Juízos de Primeiro Grau seja pelos Tribunais de segunda instância, por meio da técnica prevista no art. 518, § 1º, do CPC de 1973, ou pelo STF no julgamento das Reclamações Constitucionais, interpostas com fundamento no art. 103-A, § 3o, da Constituição. Ao todo foram analisadas 70 súmulas⁴.

Diante dos dados e argumentos apontados no Relatório de Pesquisa, a Equipe Executora pôde observar os seguintes fenômenos a respeito das súmulas, sejam elas dotadas ou não de efeitos vinculantes.

⁴ **Lista das Súmulas do Supremo Tribunal Federal: Súmulas:** 20, 121, 283, 284, 286, 292, 387, 419, 528, 596, 598, 645, 659, 648, 687. **Súmulas vinculantes:** 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 19, 20, 21, 24, 26, 28, 29, 31, 32. - **Lista das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:** 7, 30, 33, 60, 72, 84, 93, 126, 148, 149, 154, 195, 211, 214, 233, 252, 258, 283, 285, 289, 293, 294, 295, 296, 297, 306, 308, 314, 322, 375, 381, 382, 392, 421, 426, 430, 474, 482 e 596.

Foi possível constatar que os Tribunais Superiores, na maior parte das súmulas analisadas, no que diz respeito às matérias insertas nos enunciados sumulares, agem dentro das competências que lhes foram atribuídas pela Constituição. Em apenas um caso houve conflito de competência entre as duas Cortes. Ao realizar a análise dos pressupostos para criação das súmulas, a pesquisa constatou que a grande maioria das matérias que foram objeto das súmulas estava firmada no Plenário e sedimentada nas Turmas do Supremo Tribunal Federal e, da mesma forma, estava firmada na Corte Especial e sedimentada nas Seções do Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra a maturação das matérias pelas duas Cortes.

Não obstante, verificou-se que o requisito de reiteradas decisões sobre casos análogos nem sempre é respeitado, haja vista que nas duas cortes houve súmulas que foram editadas com fundamento em apenas três, dois ou até mesmo um precedente.

Desta observação desvelou-se a dificuldade hermenêutica de estabelecer os limites e a extensão do termo “reiteradas decisões”. Além disso, nos casos onde houve a fundamentação das súmulas em apenas dois ou três precedentes, como se vê nas deliberações sobre a criação das súmulas, não houve justificativa para se adotar este pequeno número de precedentes como base para edição dos enunciados normativos.

A pesquisa constatou também que tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal não disponibilizam os debates sobre a criação das súmulas sem efeitos vinculantes, mesmo eles existindo e tendo previsão no Regimento Interno de ambas as Cortes. A ausência de publicação dos debates também tornou muito árdua a identificação do *leading case*, o que de certa forma prejudica o intérprete em sua tarefa de aplicar as técnicas do *distinguish* e do *overruling*.

Ainda que estas súmulas sejam vinculantes no sentido fraco, elas possuem força normativa próxima à dos enunciados sumulares dotados de efeitos vinculantes, pois o art. 557, do CPC, permite ao Relator indeferir monocraticamente recursos em colisão com essas súmulas.

Outro ponto que chamou a atenção do grupo de pesquisa foi a existência de súmulas interpretativas cujos dispositivos normativos que lhes deram causa estão revogados. Ainda que alguns artigos de determinada lei revogada sejam reproduzidos na lei revogadora, não foi encontrado um pronunciamento judicial com a justificativa para a manutenção da súmula e a sua produção de efeitos no âmbito jurídico.

Por outro lado, quando da análise das razões existentes para a criação das súmulas, percebeu-se que em todas elas predominaram as razões dogmáticas assentadas na jurisprudência, seguidas das razões pragmáticas e de fidelidade a Constituição. Este ponto

demonstra: primeiro a vinculatividade dos tribunais aos precedentes por eles criados e segundo a influência do pragmatismo.

É possível afirmar, por meio da análise realizada pela pesquisa, que as súmulas podem ser importante instrumento para a busca da segurança jurídica, da previsibilidade, da proteção à confiança e o respeito à igualdade. Entretanto, elas podem comprometer o processo de individualização do direito, a partir do momento em que as instâncias ordinárias do Poder Judiciário passam a aplicá-las sem uma justificativa plausível, que vise não apenas à celeridade processual, mas também à efetividade do processo.

2.2. Resultados quanto à análise do processo de aplicação das súmulas jurisprudenciais (pelo emprego da súmula impeditiva de recurso: art. 518, § 1º, do CPC)

Embora o art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil tenha surgido com a promessa de maior celeridade e efetividade processual, o que se constata a partir dos dados obtidos é que a sua aplicação tem causado sério problema na fundamentação das decisões que negam seguimento à apelação. Em sua aplicação prática, a preocupação com a agilidade acaba se sobrepondo às demais garantias processuais, o que empobrece uma relação processual que deveria necessariamente estar baseada em fundamentações argumentativas.

O que se observa é que os juízes, nos pouquíssimos casos em que aplicam essa técnica processual, não se preocupam em justificar a aplicação das súmulas como impeditivas de recebimento da apelação e, em alguns casos, sequer indicam o número destas súmulas, o que dificulta sobremaneira a atuação da parte prejudicada, especialmente na fundamentação de seu agravo contra a decisão de não recebimento da apelação.

Outro problema observado é que mesmo quando o número da súmula é citado pelo juiz em sua decisão de não recebimento da apelação, não há o devido *distinguishing* entre a súmula e os casos que deram origem a ela e o caso a ser decidido pelo magistrado.

Ademais, sob o ponto de vista prático, a aplicação do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil não reduz a demanda recursal pois, como observado em quase a totalidade dos casos analisados, a parte que não tem o recebimento de sua apelação interpõe agravo, que em sua maioria é provido, fazendo com que o tribunal tenha que julgar tanto o agravo quanto a apelação.

Ademais, como reportado à equipe de pesquisa em todos os tribunais onde houve a realização de visitas, em entrevistas com magistrados e servidores, a técnica do art. 518, §1º, do CPC de 1973, se encontrava praticamente em desuso no momento da realização da pesquisa. Os próprios magistrados eram temerosos em aplicá-la, pois tinham plena consciência dos problemas relatados nesta pesquisa e, ademais, não queriam atrair para si o encargo de prolatar mais uma decisão trabalhosa e provisória, que na grande maioria das vezes será desafiada por meio de um recurso de agravo de instrumento cujo índice de procedência é extremamente elevado.

O dispositivo previsto no art. 518, § 1º, do CPC, é, no entendimento da equipe de pesquisa, um autêntico fracasso legislativo, que felizmente não foi reproduzido no Novo Código de Processo Civil.

A análise da técnica do art. 518, § 1º, do CPC, nos poucos casos em que ela foi aplicada, dá ensejo a uma preocupação em relação às novas técnicas de julgamento acelerado na primeira instância com fundamento nas súmulas jurisprudenciais.

3

Análise do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da autoridade das suas próprias decisões

Foi realizada, ainda, uma análise do instituto da Reclamação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A Reclamação é instrumento de garantia da autoridade do STF contra decisões que contrariam súmula ou decisão vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicam. Apresenta-se, portanto, como um instrumento processual adequado para se analisar a forma como o Tribunal reconhece a sua própria autoridade. Buscou-se estudar, em particular, os fundamentos apresentados nas decisões coletadas, com vistas a se constatar de que modo o Supremo Tribunal Federal reconhece (ou não) a autoridade de suas próprias decisões, seja pela vinculatividade das súmulas ou de decisões de ações constitucionais.

Pretendeu-se demonstrar, inicialmente, a hipótese de que é um erro imaginar-se que de cada precedente judicial seja possível extrair apenas uma única *ratio decidendi*, pois a norma jurisprudencial deriva de um processo interpretativo por meio do qual a *ratio* (ou motivo determinante) pode ser enunciada em vários níveis de generalidade. Se é este o caso, então parece possível pensar que mesmo os precedentes formalmente classificados como “vinculantes” pelo sistema jurídico podem dar ensejo a normas judiciais distintas cuja “força grativacional” não esteja sempre evidente no sistema jurídico, já que depende de

premissas empíricas, analíticas e normativas adotadas pelo intérprete, nas quais a decisão como um todo tem papel fundamental.

Ademais, a pesquisa pretendeu se afastar da dicotomia, existente nos estudos doutrinários sobre o precedente – principalmente no *common law* – entre a teoria declaratória e a teoria criativa do precedente judicial, já que ambas partem de uma premissa epistemológica equivocada e deixam de compreender que o sentido da norma judicial é parte de um processo hermenêutico onde a norma jurisprudencial é construída a partir de decisões dotadas de autoridade vinculante, ao invés de meramente “revelada” ou “criada *ab ovo*” pela autoridade judicante. A metáfora de Dworkin (1986) segundo a qual o juiz se situa em um contexto histórico semelhante a um “romance em cadeia”, que deve guardar coerência com as decisões do passado e é inovador em relação às decisões futuras parece muito mais próxima da prática de se seguir precedentes judiciais nos sistemas jurídicos desenvolvidos.

Nesse sentido, as perguntas centrais do trabalho, no que tange o instituto da Reclamação constitucional, são:

(P.1) Como as mudanças implementadas pelo Novo Código de Processo Civil podem contribuir para o tratamento da questão dos precedentes vinculantes, diante da realidade descoberta pela pesquisa? As mudanças implementadas são condizentes com as necessidades demonstradas ao longo da pesquisa? Existe coerência entre essas modificações e o restante do código?

(P.2) Em que medida as súmulas e os precedentes judiciais dos Tribunais Superiores são reconhecidos como autoritativos e vinculantes pelos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro (no caso das reclamações, pelo próprio STF)? Qual o alcance do efeito vinculante dessas decisões, especialmente no que concerne às instâncias ordinárias do Poder Judiciário (no caso das Reclamações, as possibilidades de alcance)?

A partir dos dados obtidos na presente pesquisa, essas três questões foram respondidas da seguinte forma:

A. Em relação à primeira indagação concluiu-se o seguinte.

As modificações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil no sentido de ampliar o caráter argumentativo da dinâmica processual brasileira, especialmente no artigo 489, bem como na sistemática introduzida sobre o precedente judicial (arts. 926 a 928), são positivas e vão ao encontro das dinâmicas já introduzidas pelas modificações legislativas anteriores, que deram origem às técnicas processuais estudadas pela pesquisa.

Sem embargo, os dados recentes sobre o número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal têm apontado para crescimento significativo do número de Reclamações julgadas pelo tribunal.⁵ Esse crescimento, no nosso juízo, pode dificultar a consecução dos objetivos e a materialização dos princípios do Novo Código de Processo Civil, que privilegia método de interpretação dos precedentes judiciais atento às particularidades de cada caso e à necessidade de se realizar o *distinguishing* e se realizar um desenvolvimento do direito sensível às singularidades de cada caso concreto (*from case to case*).

É o que se depreende, em particular, do art. 489, § 1o, que considera “não fundamentada” qualquer decisão que “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem mostrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V) ou “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” (inciso VI).

Apresenta-se como **salutar**, portanto, a manutenção da **postura minimalista do STF em relação às Reclamações**, com vistas a evitar-se uma natural massificação da jurisdição do tribunal e uma concentração da jurisdição na cúpula do Poder Judiciário, tornando cada vez mais difícil um “discurso de aplicação” adequado às particularidades de cada caso concreto. Não consideramos viciada ou “formalista” essa postura, na medida em que a Reclamação é um remédio excepcional que implica uma possível intervenção na autonomia dos juízes de primeiro e segundo grau, caso o Supremo Tribunal ceda à tentação de substituir o minimalismo característico de suas decisões em sede de Reclamações por uma postura mais proativa e pautada em considerações pragmáticas ou de conteúdo moral⁶.

B. Já no que concerne à segunda questão, aduzimos as seguintes considerações.

Quanto à postura em relação aos próprios precedentes, embora se tenha percebido no STF uma tendência de diferenciação entre o caso paradigmático e o caso apresentado pelo reclamante, ao longo da pesquisa, notou-se um profundo conhecimento por parte dos ministros e suas equipes da jurisprudência do tribunal. Essa percepção foi possível graças à análise da argumentação apresentada nas decisões monocráticas e agravos regimentais envolvendo a técnica de Reclamação.

5 O número de Reclamações no STF, nos últimos 10 anos, sofreu uma alteração bastante significativa. No ano de 2003, por exemplo, foram distribuídas 275 Reclamações e julgadas 400, enquanto em 2013 foram distribuídas 1.862 e julgadas 3.413. Para acesso ao banco de dados completo do STF, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse> (acesso em 09.07.2014).

6 Obviamente, não estamos com isso defendendo o minimalismo em outros contextos decisórios, como em Recursos Extraordinários ou no controle concentrado de constitucionalidade. Inexiste qualquer implicação entre a defesa do minimalismo no contexto específico das Reclamações e a crítica ao formalismo em outro tipo de procedimento.

Embora haja divergência a respeito de certas interpretações, fato normal pela natureza subjetiva da interpretação jurídica, o respeito aos próprios precedentes mostra-se de forma nítida, mesmo não existindo uma doutrina de *stare decisis* positivada em relação à jurisprudência constitucional brasileira e considerando o curto período de implementação da Reclamação constitucional sobre súmulas vinculantes no Brasil.

Percebe-se ainda um grande número de indeferimento das reclamações, que se deve ao manejo equivocado do instrumento (pelas partes) e não ao desconhecimento ou desprezo por parte dos ministros em relação à jurisprudência constitucional produzida ao longo dos anos. Todavia, mesmo detectando-se a formação de uma espécie de *stare decisis* advinda da prática constitucional do STF, os mecanismos de aplicação das técnicas de *distinguish* (distinção de precedente) ou *overruling* (abandono do precedente) ainda não estão sedimentados, em grande parte pela impossibilidade de se levar tais casos ao tribunal pleno do STF, que teria a capacidade de executar essas técnicas de forma adequada. Nesse sentido, aplaudimos novamente as disposições contidas no art. 489, § 1º, V e VI, do Novo CPC, que complementam o modelo de vinculação ao precedente judicial com a exigência de se estabelecer uma prática argumentativa que é imprescindível para a racionalização do sistema jurídico.

Em relação às possibilidades reivindicação do efeito vinculante das decisões do STF por meio do ajuizamento da Reclamação constitucional, especialmente no que concerne à reforma de decisões das instâncias ordinárias do Poder Judiciário, notam-se grandes dificuldades potenciais. Isso porque apesar da considerável tendência de formação de *rationes decidendi* consolidadas por unanimidade ou por uma ampla maioria, como percebido pelos dados obtidos na questão 5 (FRcl1), existem grandes problemas práticos para a aplicação dessas regras judiciais pelos tribunais inferiores.

Devido ao modelo de adjudicação colegiada previsto para o Supremo Tribunal Federal na legislação brasileira, no qual cada ministro elabora seu próprio voto de forma independente dos demais (modelo denominado *seriatim*), surge o grande problema de identificação da *ratio decidendi* ao final do julgamento. Como cada julgador tem autonomia para decidir e cada voto não precisa considerar em nada os demais, a contagem de votos pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma ao final da votação é tranquilamente verificável, mas a determinação da regra judicial não o é, diante da possibilidade de mesmo em um julgamento decidido em unanimidade, cada um dos onze ministros ter votado por razões completamente diversas.

Isso produziu reflexos na pesquisa diante da dificuldade, em alguns casos, de se determinar qual era a *ratio decidendi* vencedora e que, por consequência, vincularia os casos subsequentes. Também nos foi relatado, nas visitas presenciais aos tribunais, que alguns juízes

de instâncias inferiores passam pela mesma situação, diante da ausência de autoridade jurídica para discutir e recriar uma nova interpretação sobre o precedente, como aquela possuída por um ministro do STF ao julgar uma reclamação constitucional.

Em grande medida, essa distância entra cada um dos votos demonstra um déficit argumentativo que se faz imprescindível superar em qualquer aplicação adequada de precedentes judiciais. Outros modelos de decisão da corte que se pautam por uma busca de maior deliberação interna e uma tentativa de decisão mais concisa possível (modelo denominado *per curiam*), como o adotado pela suprema corte norte-americana, são de maior praticidade e aplicabilidade para a aplicação de precedentes judiciais. Destarte, estudos mais aprofundados se fazem necessários para determinar alterações legislativas pertinentes capazes de criar um modelo de vinculação de precedentes mais acessível ao trabalho de juízes de tribunais inferiores e demais aplicadores do direito.

Com efeito, já existe vasta literatura brasileira de direito constitucional e ciência política defendendo um modelo mais “deliberativo” de formação das decisões judiciais, que pode contribuir para o fortalecimento da virtude da “colegialidade” no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.⁷

A Equipe Executiva da pesquisa não tem, no entanto, uma posição unânime sobre essas propostas. O Coordenador Geral da Pesquisa e presidente da Comissão Coordenadora, por exemplo, recentemente escreveu um trabalho acadêmico criticando essas propostas de proteção da “colegialidade” por meio de mudanças no estilo judicial adotado pelo nosso Supremo Tribunal Federal.⁸

Não obstante, foi possível firmar um consenso sobre uma das alternativas possíveis para solucionar esse problema, que seria a **promulgação de uma norma determinando aos ministros do STF que fixem, ao final do julgamento de cada caso decidido por maioria, quais foram as questões de direito e as regras jurisprudenciais sobre as quais houve consenso.**⁹ Essa solução parece democrática e correta.

Outro problema descoberto, remete ao alcance do efeito vinculante em relação às instâncias ordinárias do Poder Judiciário advindo das súmulas vinculantes. Embora parte da doutrina defenda que **a vinculação se restringe a apenas ao verbete** produzido pelo STF, em uma espécie de imitação da produção normativa do legislativo, já que o verbete nada mais é do que uma regra judicial geral que deve ser aplicada ao caso concreto para limitar

7 Ver, nesse sentido, Silva (2013) e Hübner Mendes (2013).

8 Bustamante (2015).

9 Essa proposta caminha na direção de uma ideia sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em conversa informal com o coordenador da presente pesquisa, embora o Ministro não tenha defendido expressamente que essa prática seja estabelecida por meio de um enunciado legislativo que a torne obrigatória.

a criação de regras judiciais específicas em um mesmo sentido repetitivo, **defendemos aqui a vinculação não só a ele mas ao contexto argumentativo de sua produção.**

O **verbete** seria uma **delimitação da *ratio decidendi*** pelo STF para facilitar a aplicação e definir a vinculatividade, enquanto o **contexto deliberativo** e os precedentes citados nos debates seriam a **justificação** da sua existência, formando uma cadeia argumentativa que se propaga no tempo. Enquanto a norma legislada (leis e atos normativos) tem a capacidade de se individualizar no tempo espaço, sendo produto da vontade popular por meio dos seus representantes, a norma judicializada (decisões que se transformam em precedentes judiciais) tem uma ligação indissolúvel com o passado, não podendo ser descontextualizada do meio argumentativo no qual foi produzida.

Nesse sentido, entendemos que o art. 489, § 1º, V e VI, do Novo CPC, deve ser interpretado como exigindo a realização de um discurso de aplicação de cada súmula jurisprudencial, no qual é imprescindível a consideração do contexto de promulgação da súmula e das decisões que motivaram a sua criação.¹⁰ A súmula, ainda que vinculante, jamais deve ser interpretada como uma norma autônoma, independente da fundamentação dos precedentes que determinaram a sua criação.

¹⁰ A expressão "discurso de aplicação" está sendo empregada aqui no sentido da teoria de Klaus Günther sobre a argumentação no âmbito do direito e da moral, onde se estabelece uma distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. No primeiro caso – discursos de justificação – está em jogo o reconhecimento da *validade* de cada norma, de modo que o discurso se volta para a generalizabilidade e a universalizabilidade das normas em questão. No segundo caso – discurso de aplicação – não há qualquer disputa acerca da validade ou pertinência de uma norma a um dado sistema de referências, mas a *aplicação imparcial* dessas mesmas normas a uma dada situação concreta, consideradas todas as circunstâncias e características do caso. Günther reconhece, portanto, a impossibilidade de existir uma norma perfeita capaz de prever, abstratamente, todas as suas hipóteses de aplicação, de sorte que o discurso de justificação das normas em geral (incluindo-se obviamente aquelas estabelecidas na *ratio decidendi* do julgamento de um caso paradigmático) se processa mediante certas condições de limitação decorrentes da incapacidade geral de se prever todas as situações em que a norma deverá ser aplicada e, eventualmente, excepcionada. Por conseguinte, remete-se para um momento posterior – o da atual aplicação da norma às hipóteses abstratamente reguladas por ela – o debate sobre a sua *adequação* ao contexto fático e jurídico sobre o qual vai incidir. Ver, nesse sentido: Günther, 1993, p. 27.

4

Resultados quanto aos recursos especiais representativos de controvérsias

4.1. O processo de formação do precedente judicial

Foram analisados também os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça relativos ao julgamento de recursos especiais repetitivos nos quais se consolidou entendimento em recurso representativo de controvérsia, na sistemática do Art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973.

Entre outros objetivos, a análise busca examinar a consistência e qualidade da prestação jurisdicional, por meio de apuração do processo de formação dos acórdãos prolatados nos recursos especiais repetitivos, investigando-se, fundamentalmente: (1) se a **regra judicial** (*ratio decidendi*) estabelecida no recurso representativo de controvérsia está suficientemente delimitada no recurso especial, com a indicação não ambígua de suas hipóteses de aplicação; (2) se **todos os argumentos** aduzidos pelo recorrente e por eventuais *amici curiae* são enfrentados pelo STJ na construção do precedente representativo; 3) a frequência com que o STJ, na apreciação de recursos repetitivos, **reformula a sua própria jurisprudência**.

De um modo geral, observou-se que, nas manifestações dos recorrentes e de *amici curiae*, e nos relatórios dos próprios acórdãos representativos de controvérsias, houve referência

às orientações e entendimentos anteriormente firmados pelo próprio STJ. Na execução da pesquisa, foi possível examinar a frequência com que o STJ vem alterar seu entendimento em determinadas matérias, questões de direito, e os tipos de argumentos que são aduzidos para esses câmbios.

A análise de cada processo, nessa fase da pesquisa, levou em consideração os seguintes objetivos:

- i) Analisar o processo de formação do precedente judicial, com vistas a firmar um juízo reflexivo sobre a sua racionalidade, discursividade e fidelidade ao espírito do art. 543-C e parágrafos do CPC;
- ii) Determinar o grau e participação das partes e dos *amici curiae* na discussão da matéria objeto de análise e o seu poder de influência sobre a decisão;
- iii) Identificar e determinar a frequência com a qual o STJ revisa a sua jurisprudência em tais matérias;
- iv) Conhecer as principais classes de razões adotadas e argumentos aduzidos pelo STJ para essa revisão.

4.1.1. Resultado da análise do processo de formação do precedente judicial em recursos repetitivos (art. 543-C, CPC)

No que tange ao processo de formação dos precedentes judiciais, especialmente no momento de decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à representatividade dos recursos especiais em análise como efetivos acórdãos **paradigmas** para futuras decisões, observa-se que os ministros relatores têm sido bastante sucintos tanto na justificativa para aplicação em concreto como no enquadramento da controvérsia à hipótese fática contida no art. 543-C, do Código de Processo Civil.

Sendo assim, a partir dos acórdãos analisados, a Equipe de Pesquisa constatou que a Corte reconhece a admissão como recurso representativo, como tal selecionado pelo tribunal de origem, ou justifica sua decisão com base na existência de uma multiplicidade de recursos similares no STJ. A questão controvertida é então submetida ao regime especial de julgamento estabelecido nos artigos 543-C do Código de Processo Civil e no art. 2º da Resolução/STJ n. 8/2008.

Como consequência, considerando preliminarmente presentes os requisitos necessários ao exame do mérito do recurso especial e tendo em vista a existência de outros recursos com fundamento em “idêntica questão de direito”, decide-se pelo julgamento do recurso, após comunicação aos demais ministros da seção pertinente, bem como aos Presidentes dos Tribu-

nais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos estados, para os fins estabelecidos no artigo 2º, § 2º, da Resolução STJ n. 8/2008. Abre-se, então, vista ao Ministério Público Federal para parecer, conforme artigo 3º, II, da Resolução STJ n. 8/2008. Nessa oportunidade, outras entidades representativas de classe, entes públicos, agências reguladoras, entre outros, requerem o reconhecimento de sua legitimidade para manifestação nos autos do processo.

Por outro lado, analisados os argumentos das partes e a fundamentação do acórdão proferido, observa-se que, majoritariamente, o Superior Tribunal de Justiça analisa apenas parcialmente os argumentos do Recorrente, desconsiderando grande parte de sua argumentação, ainda que decidindo em consonância com o provimento do recurso.

Ademais, a partir dos recursos analisados, constatou-se, ainda, que são raras as ocasiões em que o STJ decidiu de forma inovadora no processo, fundamentando a decisão em argumentos não levantados nem pela parte recorrente ou pela recorrida, muito menos por terceiros em sede de *amici curiae*.

No curso da pesquisa, a Equipe analisou a participação e manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia e sua relação com o fundamento na sistemática do 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, inclusive com o prazo de vista de 15 dias para o Ministério Público (art. 3º, da Resolução n. 8 do STJ de 7/8/2008, art. 543-C, § 4º e 5º, do CPC). Apesar da fundamental importância desse ato, a pesquisa constatou que a sua aplicação não parece ter sido efetivamente utilizada na conformação das decisões, como refletem especificamente os casos analisados.

Em um total de 50 processos analisados, observou-se que o Ministério Público Federal foi o ente de maior participação, tendo apresentado parecer em 25 processos, ainda que tenha deixado de se manifestar em outros 12 processos, apesar de instado a fazê-lo. Outros entes foram constatados como partícipes nessa fase processual, com especial destaque para a Defensoria Pública da União, agências reguladoras, a Fazenda Nacional e entes representantes de classe. Por vezes, houve indeferimento da manifestação de interessados na decisão, sob a justificativa de que o Ministério Público Federal já representaria os interesses daquela parte, ou em casos nos quais o Tribunal constatou que não haveria efetivo interesse da parte em se manifestar no processo.

A principal constatação obtida nessa fase de análise dos processos é a de que o **Superior Tribunal de Justiça raramente utiliza os argumentos aduzidos por terceiros** para fundamentar suas decisões. Nos 50 acórdãos analisados, somente observaram-se duas menções claras aos argumentos trazidos ao processo por terceiros interessados. Dessa forma, com referência ao universo de análise considerado, a conclusão à qual se chega é a de que, apesar de provocados a apresentar seus argumentos no processo, a participação de terceiros parece ter pouca influência sobre a formação do precedente jurisprudencial da Corte.

Pela observação que se pôde fazer no STJ e, também, embora sem os critérios metodológicos adotados nessa etapa, no STF, esse tipo de atitude em relação aos terceiros e *amici curiae* é comum em praticamente todos os tribunais superiores e deveria ser enfrentado pelo legislador. Não faz sentido, por exemplo, deixar de atribuir aos *amici curiae* uma legitimidade para apresentar, nesses casos, recursos como os Embargos de Declaração, de modo a garantir eficácia à obrigação dos tribunais de se manifestarem conclusivamente sobre os seus argumentos.

Espera-se que esse problema seja solucionado definitivamente com o art. 489, § 1º, IV, do CPC, que estabelece que a decisão judicial será considerada carente de fundamentação sempre que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

4.1.2. Clareza e precisão do tema indicado, subinclusão (*under-inclusiveness*) e superinclusão (*over-inclusiveness*)

Nos processos analisados, em determinados casos, a regra jurisprudencial fixada para o tema decorrente do acórdão abordava mais elementos (**superinclusão**) de situações do que o Recurso escolhido como representativo de controvérsia demandaria. Em outros casos, os elementos foram constatados como deficientes em relação à situação fática que pretende regular (**subinclusão**).

Como orientação na coleta de dados, por subinclusão entende-se o conjunto de casos em que a regra fixada é defeituosa por ser incapaz de abarcar todo o universo de situações que deveria ser regulado por ela (ou seja, a regra não resolve todas as questões postas à apreciação do Judiciário). Por superinclusão considera-se o caso em que a regra jurisprudencial regula situações não compreendidas no recurso, indo além dos limites objetivos da controvérsia. Dá-se, portanto, a formação de um precedente que vai além dos fatos discutidos no caso concreto (SCHAUER, 1991).

Em geral, os enunciados dos temas são suficientemente claros e precisos, assim como não incorrem em superinclusão, nem subinclusão. Dos processos analisados, poucas foram as situações de superinclusão. Sem embargo, a quantidade de processos em que se verificou o fenômeno de subinclusão é preocupante, pois corresponde a 18% do total de processos analisados.

Um dos problemas da subinclusão é que os argumentos que não foram analisados pelo tribunal dificilmente o serão pelos tribunais inferiores, deixando de contribuir para a construção da decisão e para o amadurecimento da jurisprudência dos tribunais superiores. Cria-se um obstáculo, portanto, para a democratização do acesso à justiça e para o atingimento dos objetivos estabelecidos na Resolução n. 8 do STJ.

Por outro lado, os casos de superinclusão são também preocupantes, em nossa opinião, porque, ao se ampliar o âmbito desejado para o pronunciamento judicial, se corre o risco de mitigar o princípio do contraditório e o caráter coparticipativo do processo de formação dos precedentes judiciais.

4.1.3. Conclusões parciais

O bom funcionamento da sistemática dos recursos representativos depende, fundamentalmente, da adequação do processo de formação do precedente, o que se dá com a uma ampla análise dos argumentos apresentados pelas partes e com uma escolha adequada do recurso representativo. Os critérios quantitativo (que exige que se escolha um recurso que represente um elevado número de demandas que abordem o mesmo tema) e qualitativo (que exige que se escolha um recurso que aborde a maior diversidade de fundamentos e argumentos, tanto no acórdão como na peça recursal) fixados no art. 1º, § 1º, da **Resolução n. 8 do STJ** de 7/8/2008) nem sempre vêm sendo adequadamente cumpridos seja pelos tribunais estaduais ou pelo STJ.

Somente uma atenção redobrada no momento da escolha dos processos pode evitar os indesejáveis fenômenos da superinclusão e subinclusão no momento da fixação do Tema. Para que se atinjam os objetivos, é imperioso que os tribunais tomem consciência do dever de motivação e fundamentação de todas as decisões judiciais, inclusive as interlocutórias que afetem os direitos das partes ou a admissibilidade de recursos e incidentes processuais, como estabelece claramente o art. 499 do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado na Câmara dos Deputados.

Por outro lado, como os recursos representativos se destacam por dar ensejo a uma decisão que transcende o caso concreto e produzirá efeitos normativos **para toda a sociedade**, a forma de julgamento desses recursos deve ser a mais inclusiva e democrática possível. A participação de *amici curiae* e do próprio Ministério Público ainda nos parece insuficiente. De um lado, os tribunais têm adotado critérios restritivos para admitir a assistência de terceiros no processo, na qualidade de *amici curiae*. De outro lado, em nossa opinião, o Ministério Público deveria emitir parecer detalhado e criterioso sobre o **mérito** do recurso em **todos os processos julgados segundo a sistemática dos recursos repetitivos**. Parece-nos equivocada a ideia de que o Ministério Público possa deixar de se manifestar nesses recursos, pois pela própria sistemática estabelecida para julgamento desses recursos, se infere que eles produzirão efeitos para muito além das partes, fixando uma regra jurídica geral e abstrata que incidirá sobre toda a sociedade. O Ministério Público tem o dever jurídico de participar do processo de formação dessa regra e de contribuir para a observância da lei no processo de sua construção.

Ademais, dever-se-ia atribuir legitimidade recursal ampla e irrestrita aos terceiros interessados e aos *amici curiae*, inclusive para interpor embargos de declaração, de modo a institucionalizar do ponto de vista processual a obrigação do tribunal de responder a todos os argumentos de todos os interessados na definição do tema geral dos representativos.

Esse requisito da **plena motivação e responsividade** aos argumentos apresentados deve ser fixado inclusive em relação às próprias partes no processo, uma vez que verificou-se que, na maioria dos casos, o STJ analisa de modo parcial os argumentos dos Recorrentes, mesmo quando eles decidem pelo provimento do recurso.

4.2. A aplicação dos “temas” de repercussão geral e as decisões de sobrestamento e reexame nos tribunais

A pesquisa, no que diz respeito à **aplicação** dos “Temas” de repercussão geral, se baseou no estudo de decisões dos Tribunais de 2º grau relativas ao processamento, sobrestamento e reexame de recursos especiais¹¹ nos quais se aplicou o entendimento consolidado em sede de Recurso Representativo de controvérsia, na sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil. Foram, ainda, analisadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça dos Recursos Especiais paradigmas¹² daqueles processos selecionados durante as visitas aos Tribunais de 2ª grau.

Esta análise constitui um dos principais temas da pesquisa, pois a partir dela foi possível auferir o funcionamento da técnica processual estabelecida e o cumprimento, pelos órgãos jurisdicionais visitados, da Resolução n. 160, de 19 de outubro de 2012, do Conselho Nacional de Justiça,¹³ assim como da Resolução n. 8 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

4.2.1. Da identificação dos casos semelhantes quando da decisão de sobrestamento/suspensão

A aplicação da técnica proporciona a identificação de recursos que abordem o mesmo tema ou questão de direito. A partir desta identificação os demais recursos ficam suspensos/

¹¹ Em cada processo selecionado pela equipe de pesquisa durante as visitas aos tribunais, foram analisadas as seguintes peças processuais: (1) os acórdãos dos tribunais de segunda instância que motivaram o ajuizamento dos Recursos Especiais Repetitivos, (2) os despachos que determinaram a suspensão dos recursos, com fundamento no art. 543-C, § 1º, do CPC, e (3) as decisões dos tribunais que puseram fim à suspensão do processo, seja para denegação de seguimento ao recurso (art. 543-C, § 7º, I, do CPC), determinar o seu reexame (art. 543-C, § 7º, I, do CPC), ou ainda admitir o recurso.

¹² Em cada recurso especial apontado como paradigma foram analisadas as seguintes peças processuais: (1) petição do Recurso Especial escolhido para representar a controvérsia junto ao Superior Tribunal de Justiça; e (2) acórdão de julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia.

¹³ Resolução que estabelece a criação do Núcleo de Repercussão geral e Recursos Repetitivos (NURER). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/21725-resolucao-n-160-de-19-de-outubro-de-2012>.

¹⁴ Resolução que estabelece os procedimentos de processamento e julgamento dos Recursos Repetitivos tanto no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça quanto no âmbito dos demais Tribunais de segunda instância. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-ago-08/lei_impede_recurso_repetitivo_stj Entra Vigor.

sobrestados aguardando o pronunciamento definitivo do STJ sobre a matéria delimitada como representativa da controvérsia.

Assim, o primeiro momento para a adequada aplicação da técnica processual é a análise dos autos pelos Tribunais de 2ª Instância em contraposição ao Recurso Paradigma afetado como Representativo da controvérsia, que se dá quando os Tribunais identificam demandas com semelhantes questões de direito e emitem uma decisão de sobrestamento/suspensão que é certificada nos autos. Essa decisão é fundamental, uma vez que aqueles autos, após este momento específico, serão classificados como veiculadores de matéria de demanda repetitiva e, conseqüentemente, aguardarão o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar da importância desse ato, a pesquisa constatou que a sua aplicação não tem sido realizada de forma justificada. As decisões em grande maioria não efetuam, no momento do sobrestamento ou suspensão, um juízo de adequação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais ao caso concreto. Na justificação da decisão de sobrestamento ou suspensão do processo, não há, na maioria dos casos analisados, uma comparação analítica entre os argumentos e as questões de direito presentes nos casos.

Além disso, **após o julgamento do Recurso Representativo pelo STJ**, para que o processo suspenso ou sobrestado seja colocado em pauta para fins de realização do juízo de retratação, é certificada nos autos uma **segunda decisão**, determinando que aquele processo sobrestado com fundamento na sistemática de Recurso Repetitivo seja **apreciado com base no entendimento consolidado**. Essas decisões também foram analisadas e carecem ainda mais de fundamentação do que os anteriores. Como regra, não desenvolvem qualquer análise dos Temas e apenas algumas delas citam o tema do Recurso Representativo.

Como quase a totalidade das decisões não apresentam de maneira expressa as razões pelas quais o caso sobrestado/suspenso foi identificado como semelhante, os pesquisadores analisaram as razões e argumentos aduzidos pelas partes no Recurso sobrestado em contraposição às razões e argumentos aduzidos pelas partes e terceiros interessados no Recurso Representativo responsável pelo seu sobrestamento/suspensão.

Dessa forma, objetivando-se constatar a consistência da aplicação dessa técnica de padronização, foi verificado em cada processo se as razões e argumentos do caso analisado são idênticos (ou não) às razões e argumentos do caso selecionado como Recurso representativo de controvérsia.

Mais da metade dos processos coletados efetivamente apresentavam questões idênticas às questões abordadas e delimitadas no Recurso Representativo de controvérsia, como ilustrado no último gráfico, que analisa todos os Tribunais conjuntamente.

Assim, a técnica de Recurso Repetitivo Representativo de controvérsia é uma técnica que, em geral, aprimora a aplicação do direito na medida em que proporciona e consolida a uniformização da interpretação de questões infraconstitucionais, principalmente quando tais questões são reiteradamente apresentadas ao Poder Judiciário para sua apreciação.

No entanto, foram constatados dois eventos preocupantes:

- » Em determinados casos o Recurso sobrestado, apesar de abordar argumentos idênticos, abordava mais argumentos do que o caso escolhido como Representativo de Controvérsia, ou ainda, apresentava, além das questões idênticas, algumas questões diferentes, contidas em outros pedidos (1).
- » Em outros casos foi constatado que os argumentos eram totalmente diferentes, de modo que o caso sobrestado/suspensão não envolvia a matéria de direito abordada no Recurso Representativo de controvérsia (2).

Estes são dois pontos preocupantes porque demonstram que nem sempre há uma identidade de questões entre o processo sobrestado e o Recurso Representativo de Controvérsia julgado pelo STJ. Em nossa análise, pudemos verificar que quase 1/3 dos processos analisados não são inteiramente semelhantes ao caso do Recurso Representativo de controvérsia, sendo alguns deles inclusive totalmente diferentes.

4.2.2. Do juízo de retratação: a importância da escolha do Recurso Paradigma (1) e a amplitude dos argumentos considerados para a delimitação da tese do tema controvertido (2)

O Recurso Paradigma é escolhido com base nas determinações do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8 do STJ, devendo esta ser uma escolha realizada de forma criteriosa, uma vez que será este o recurso que fomentará e embasará o debate sobre a questão de direito a ser definida e delimitada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esse processo de escolha do Recurso Representativo deve observar tanto um critério quantitativo (de modo que se escolha um recurso que represente um elevado número de demandas que abordem o mesmo tema) como um critério qualitativo (de modo que se escolha um recurso que aborde a maior diversidade de fundamentos e argumentos, tanto no acórdão quanto na própria peça recursal – art. 1º, § 1º, da **Resolução n. 8 do STJ** de 7/8/2008).

A escolha do Recurso Representativo deve ser realizada da forma mais criteriosa possível, tendo-se como parâmetros, especialmente, esses dois critérios. Como o Representativo

será o Recurso que estimulará o debate sobre o tema a ser delimitado, ele deve ser o mais amplo possível em relação ao número e à qualidade dos argumentos levantados.

No entanto, constatamos nos casos analisados que existiam Recursos sobrestados que abordavam mais questões do que o Recurso Representativo escolhido como paradigma, de forma que nem todos os argumentos do caso sobrestado eram analisados no Recurso Representativo de controvérsia.

Um número considerável de 59 processos, num total de 182, envolve Recursos que traziam argumentos que **não foram objeto de análise pelo Recurso Representativo**, o que demonstra, pelo menos a princípio, que o Representativo escolhido não era o processo que abordava a maior amplitude de matérias sobre a questão de direito afetada.

Por conseguinte, há grande número de processos em que a técnica não produz a almejada celeridade e uniformidade de julgamento, já que permanecem diversas questões a serem solucionadas mesmo depois do julgamento, pelo STJ, do Recurso Representativo de Controvérsia.

Fica evidenciada, portanto, a necessidade de os tribunais efetivamente cumprirem os critérios quantitativos e qualitativos estabelecidos nas diretrizes fixadas na **Resolução n. 8 do STJ** de 7/8/2008).

Sem embargo, este não parece ser o maior problema. Apesar de não serem analisados ou debatidos pelo Superior Tribunal de Justiça, por não constarem da peça recursal do paradigma, o grande risco que foi constatado é que estes argumentos ou questões sequer são analisados pelo Tribunal *a quo* em sede de juízo de retratação, sendo em alguns casos ignorados pelo Tribunal.

Desses 59 processos que continham razões não apreciadas no Recurso Representativo de controvérsia, 41 não foram rejuulgados, mesmo havendo argumentos não analisados pelo STJ no Recurso Representativo de controvérsia. Dos 18 que foram rejuulgados, nove Recursos tiveram seus argumentos analisados, enquanto outros nove tiveram seus argumentos simplesmente ignorados pelo Tribunal.

Percebe-se que há uma tendência preocupante de o Tribunal de origem ignorar os argumentos dos Recorrentes que não foram analisados no Recurso Representativo de controvérsia, uma vez que metade deles tiveram seus argumentos ignorados. Assim, como não foram também analisados pelos Tribunais de segunda instância, esses argumentos ficam muitas vezes sem apreciação jurisdicional, de modo que o jurisdicionado fica sem uma resposta para suas alegações.

Um ponto crucial a ser questionado é se esses argumentos presentes no Recurso sobrestado e ausentes no Recurso Representativo não seriam determinantes para a delimitação

do tema controverso, inclusive para que o entendimento esposado fosse diferente do que efetivamente se consolidou.

Em nossa opinião, esse problema tem sérias implicações para o cumprimento do princípio da **motivação das decisões judiciais** (art. 93. IX, da Constituição Federal), na medida em que este não é cumprido quando os tribunais deixam de prover uma justificação adequada para o rechaço de um argumento aduzido pelas partes. Em particular, as regras que o Projeto de Novo Código de Processo Civil estabelece para a motivação das decisões judiciais (em particular arts. 489, § 10, I a VI do Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados) não serão cumpridas caso os tribunais continuem a decidir da maneira verificada nesta pesquisa.

4.2.3. Da autoridade do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da sua não aplicação irrestrita

Após o Superior Tribunal de Justiça julgar o Recurso Representativo de controvérsia e delimitar a **tese abstrata** a ser aplicada aos demais casos de demandas repetitivas, o Tribunal de origem tem duas possibilidades quando do juízo de retratação:

- » Pode seguir o entendimento, reconhecendo a autoridade da *ratio decidendi* do Recurso Representativo de controvérsia, ou, então;
- » Pode realizar o *distinguishing*, diferenciando o caso em análise daquele Representativo de controvérsia.

Nesse último caso, o ônus argumentativo recai substancialmente sobre o Tribunal de origem, que deve apresentar as razões pelas quais não reconhece o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, justificando seu discurso de adequação da norma ao caso.

De todos os processos que foram rejuizados, percebe-se a grande tendência do Tribunal *a quo* **seguir o entendimento delimitado pelo Superior Tribunal de Justiça**.

Não obstante, a previsibilidade das decisões é tão importante quanto a possibilidade de refutação. O princípio do contraditório não pode ser mitigado em prol de uma uniformização engessada, de modo que o Tribunal deve considerar o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas sempre analisando as peculiaridades e singularidades de cada caso concreto.

Um ponto curioso a se pensar é que frequentemente os Tribunais *a quo* decidem em sede de Recurso de Apelação de forma diversa ao Tribunal Superior, haja vista que modificam o seu entendimento para o adequar ao tema representativo de controvérsia em aproximadamente 73% dos casos analisados.

É dizer, em certa de 27% dos casos o tribunal de origem não modificou o seu entendimento anterior para ajustar a sua jurisprudência à orientação fixada no Recurso Representativo de controvérsia. Sem embargo, esse número não é indicativo da ausência de autoridade ou força vinculante das decisões do STJ, como passaremos a demonstrar na próxima subseção.

4.2.4. Do confronto direto do entendimento do Superior Tribunal de Justiça com a autoridade do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Constatou-se em certas situações que o tribunal, quando do juízo de retratação, não conformou o julgamento com o entendimento formado no Superior Tribunal de Justiça, embasando a permanência da divergência no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos, houve um **confronto direto** entre o entendimento do **Superior Tribunal de Justiça** e o **Supremo Tribunal Federal**, apesar de um tribunal assentar matéria infraconstitucional e o outro tribunal matéria constitucional. As normas, ao incidirem no caso, entram em conflito e os tribunais de origem têm seguido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de modo que o sobrestamento para adequação do julgado, com a consequente espera do julgamento do Recurso Paradigma, não viabilizaram um andamento célere do processo. Aparentemente, nesses processos, o Recurso Extraordinário traz em si uma questão de ordem que prejudica o próprio Recurso Especial, já que predomina a interpretação constitucional sobre a matéria e, nesse sentido, não há justificativa para o tempo que o processo fica parado aguardando a adequação pelo Tribunal ao Recurso paradigma.

Aliás, o presente rejuízo, caso realizado antes de o STF fixar a interpretação constitucional, poderia construir realidade efêmera, porquanto dependente da última palavra do STF. Há inclusive um julgado em que alguns Ministros perceberam a possibilidade de decisões conflitantes do STJ com o STF, e concordaram ser prudente aguardar a conclusão do julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal, suspendendo assim o feito, uma vez que Recurso Repetitivo abordava matérias acessórias ainda pendentes de resultado de repercussão geral.

4.2.5. Da denominada decisão mista e da interposição de novo recurso, inclusive Especial

Há que se relatar ainda o problema das denominadas “decisões mistas”. Em determinados casos, o recurso aborda além de pretensões e questões normativas que são objeto de impugnação pelo Recurso Especial Representativo, outras questões que não o são, ou seja, pedidos referentes a outras matérias. Acontece que o sobrestamento ocorre na totalidade,

sem separação de quais pedidos serão analisados posteriormente. O problema surge na ocasião do rejuízo, uma vez que em alguns casos os pedidos diferenciados ficam: a) sem análise, pois a retratação envolve somente a adequação do entendimento do Tribunal ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça; b) ou, ainda, são julgados, o que faz com o que o acórdão aborde tanto pretensões que foram objeto da técnica de Recursos Repetitivos quanto pretensões que restaram sem apreciação e deslinde do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça *a quo*. Nesse último caso, em relação à pretensão que não tenha sido apreciada, cabe Recurso Especial, enquanto em relação à pretensão em relação à qual foi aplicada a técnica do art. 543-C não cabe outro Recurso Especial, mas somente Agravo Interno, o que gera um embaraço procedimental recursal gerando as denominadas **decisões mistas**.

As decisões mistas constituem também, segundo o nosso diagnóstico, um problema a ser enfrentado pelo legislador e pelo CNJ na formulação de políticas públicas de administração judiciária. Há que se uniformizar a tramitação dos processos nos casos em que se verificam, simultaneamente, (1) matérias que podem ser desafiadas por Recursos Especiais e (2) matérias que podem ser desafiadas apenas por agravos internos.

4.2.6. Da aplicação do acórdão do Recurso Representativo antes mesmo da interposição de Recurso Especial no caso concreto: do “juízo de retratação” direto e do resgate à Revogada Resolução n. 7 de 2008 do STJ

Constatou-se uma variável da técnica do art. 543-C do CPC de 1973. A técnica aparentemente tem sido aplicada extensivamente a outras hipóteses recursais, uma vez que não foi necessário aguardar a interposição do Recurso Especial no caso concreto para que houvesse o reconhecimento do entendimento do Tribunal Superior quanto à matéria infraconstitucional debatida.

Desse modo, eram processos que não apresentavam a interposição de Recursos Especiais sobrestados com posterior juízo de retratação, e sim casos em que o julgamento do Representativo tinha aplicação direta no julgamento da Apelação, independentemente de interposição ou não de Recurso Especial.

A técnica nesse caso foi aplicada de forma diferente do usual. O Tribunal, ao analisar o conteúdo da petição da Apelação, suspendeu o processo com base no paradigma. Na questão de direito, a técnica parece que seria bem utilizada uma vez que os casos apresentavam as mesmas questões de direito. Ocorre que a força vinculante do paradigma Representativo teve eficácia antes mesmo da existência da possibilidade de interposição do Recurso Especial, sendo que o entendimento delimitado pelo Superior Tribunal de Justiça foi aplicado no julgamento direto da Apelação.

Observe-se que a prática judiciária tem aplicado a técnica com uma variável prevista no art. 4º da Revogada Resolução n. 7 de 2008 do STJ, que prevê que os presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça podem “estender a suspensão aos demais recursos, julgados ou não, mesmo antes da distribuição” (§ 3º); e que “esta alcançará os processos em andamento no primeiro grau de jurisdição que apresentem igual matéria controvertida, independentemente da fase processual em que se encontrem” (§ 4º).

A Resolução n. 7 (revogada) era mais explícita e pormenorizada do que a Resolução n. 8 (vigente). Semelhantemente, ambas são divididas em três partes: procedimento nos tribunais de origem (critérios da seleção do representativo); procedimento no Superior Tribunal de Justiça (do andamento do representativo e critérios para o julgamento do acórdão paradigma); e a escolha do Representativo, que gera como consequência a suspensão dos demais recursos.

De modo distinto, a Revogada Resolução n. 7 trazia dispositivos que cuidavam da extensão da suspensão no âmbito dos tribunais de segunda instância, que alcançava também aos demais recursos, julgados ou não, mesmo antes da distribuição, ou seja, podendo atingir inclusive os juízos de primeiro grau de jurisdição, desde que apresentassem igual matéria controvertida. Essas regras, como frisado, não constam da Resolução n. 8.

O § 5º do art. 1º ainda estabelecia que: “a suspensão atingirá os recursos especiais mesmo quando a questão de direito idêntica não exaurir a sua admissibilidade”, de modo que o paradigma pode afetar e sobrestar qualquer processo independentemente da fase processual em que se encontra.

Apesar de a finalidade da técnica ser a uniformização dos julgados, de forma a acelerar o trâmite processual da atividade jurisdicional, deve-se questionar se tal amplitude é ou não benéfica para uma tendência de padronização decisória nos moldes consolidados no sistema processual brasileiro. Questiona-se: limitaria sobremaneira a atividade interpretativa do magistrado ou pelo contrário incrementaria o juízo de adequação da norma ao caso concreto? Essa é uma questão que deve ser formulada, principalmente para fins da elaboração de novas políticas públicas sobre o tema.

4.3. Conclusões parciais

A análise do processo de aplicação dos instrumentos processuais previstos pelo legislador no art. 543-C, do CPC de 1973, em sua redação em vigor ao tempo da pesquisa, reforçam algumas das preocupações assinaladas no capítulo anterior.

O maior problema encontrado é o da ausência de fundamentação da decisão que determina o sobrestamento dos processos que disponham sobre a mesma questão que um recurso julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

De outra parte, a demora excessiva para rejuízo de processos que estavam aguardando julgamento dos Recursos Repetitivos no STJ (ou no STF) parece também algo digno de nota neste Relatório.

De modo geral, o Novo Código responde a alguns dos questionamentos que fizemos neste capítulo.

De um lado, ele parece retomar a orientação fixada na Revogada Resolução n. 07/2008 do STF, estabelecendo que os processos que discutirem idêntica controvérsia em relação aos recursos repetitivos ficam suspensos por até um ano, sem distinguir entre a instância ou grau jurisdicional em que eles se encontrem (art. 980, parágrafo púnico).

Por derradeiro, aplaudimos também o dispositivo inserto no art. 984, § 2º do Projeto de Novo Código, segundo o qual nos recursos repetitivos “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de **todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários**”. Essa providência nos parece um bom mecanismo para contribuir para uma melhor construção do precedente representativo de controvérsia.

Seria desejável, no entanto, uma medida um pouco mais severa, para estabelecer que os recursos representativos de controvérsia **não deveriam vincular** os juízos *a quo em relação aos fundamentos não aduzidos na petição do recurso ou não submetidos a uma deliberação pelo tribunal*.

Essa medida faria os tribunais superiores serem mais criteriosos na seleção dos recursos paradigmáticos e reduziria as consequências indesejadas da técnica de julgamento de recursos repetitivos, evitando a cristalização de uma regra jurisprudencial à margem de uma reflexão racional e participativa de toda a comunidade jurídica e de todos os destinatários da prestação jurisdicional.

Não obstante, um juiz atento deve ser capaz de perceber que não existe vinculação a fundamentos não aduzidos na petição do recurso ou não submetidos a uma deliberação do tribunal, independentemente de qualquer previsão legislativa expressa, tendo em vista o princípio da vinculação ao debate (*mootness principle*) e, *mais genericamente, o princípio do contraditório*.

5

Considerações finais

5.1. A técnica do precedente e o novo código de processo civil brasileiro

Um dos pontos fundamentais do Novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Congresso Nacional, é atribuir força vinculante ao precedente judicial no direito brasileiro.

Cabem, portanto, alguns comentários à luz das observações relatadas nos capítulos anteriores, que podem antecipar certos problemas que serão encontrados na aplicação do novo diploma normativo.

Parece-nos que o novo projeto busca dar ao precedente judicial um caráter argumentativo e racional que esteve ausente na maior parte das propostas anteriores de criação de mecanismos processuais de unificação do direito por parte da jurisprudência.

Esse caráter argumentativo e racional da prática do precedente judicial já vinha sendo reclamado pela melhor doutrina nacional, que pugnava por uma construção discursiva e democrática da jurisprudência e por uma aplicação fundamentada do precedente judicial.

Acreditamos que o projeto de Novo Código de Processo Civil supracitado constitui avanço importante nessa direção.

Diferentemente da legislação sobre súmulas, que atribui efeito vinculante a um verbete geral e abstrato enunciado pelos tribunais superiores com o mesmo nível de generalidade da lei e enunciando, já de antemão e de forma definitiva, a suposta interpretação da *ratio decidendi*, a nova proposta busca, também, “regular os casos em que a eficácia vinculante

não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira”.¹⁵

Esse ânimo de permitir a ampla discussão sobre a aplicabilidade do precedente faz a nova proposta se aproximar do modelo argumentativo e discursivo do *common law* inglês, o que para nós é um avanço significativo tendo em vista a ilegitimidade que a súmula jurisprudencial adquire no sistema jurídico brasileiro, já que ela pretende ser uma enunciação de normas tão gerais e abstratas quanto a lei, abarcando *ex ante* não apenas o caso específico dos autos, mas também uma série de casos hipotéticos que nunca foram discutidos com informações completas e observando-se o denominado *Mootness Principle* (princípio da vinculação ao debate).

O modelo de precedentes vinculantes adotado pelo Novo CPC exigirá, sob pena de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, um discurso de aplicação dos precedentes judiciais, por meio de analogias e contra-analogias (*distinguish*) informadas por princípios jurídicos e pelo princípio da universalizabilidade, que é uma exigência do princípio da “equidade” ou “justiça formal”.

O art. 489, § 1º, do projeto estabelece, nesse sentido, que “não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que”:

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

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

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”.

Esses três preceitos nos parecem fulcrais para compreender a sistemática do precedente vinculante no direito brasileiro, pois tornam obrigatória uma **cultura argumentativa** na práxis jurídica nacional.

O inciso IV, ao exigir o enfrentamento de todos os argumentos aduzidos pelas partes, reclama um discurso de aplicação sobre o precedente judicial, fazendo com que os juízes, necessariamente, tenham de tomar em conta **todas as circunstâncias específicas do caso concreto**, e todas as razões dadas pelas partes para a interpretação ou reinterpretção do precedente, bem como seu ajustamento a novos dados empíricos e normativos que eventualmente não tenham sido considerados anteriormente.

¹⁵ Relatório-Geral Substitutivo, Deputado Paulo Teixeira apresentado à Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (Revogam a Lei 5.869, de 1973), p., p. 39.

O inciso V, por outro lado, reforça essa obrigação, exigindo que a aplicação do precedente – é dizer, a sua extensão por analogia para casos semelhantes – seja expressamente pautada pelos **princípios e razões justificatórias** que fundamentam o precedente. Neste particular, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro se afasta da doutrina positivista do precedente judicial, que predominou no Reino Unido, principalmente na Inglaterra, durante o século XIX e a maior parte do século XX. Segundo esta ultrapassada doutrina, que não se aplica nem mesmo naquele sistema jurídico, como explicamos nas seções II e III deste trabalho, o precedente é vinculante apenas em razão da autoridade que o sistema jurídico atribui a determinados órgãos jurisdicionais.

O inciso V parece acatar, expressamente, a concepção pós-positivista ou discursiva do precedente judicial, tal como defendida por MacCormick e reforçada neste trabalho, que defende expressamente que a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos **fundamentos** da decisão, aos **princípios** que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do direito. O fundamento do precedente não é apenas a *autoritas*, mas também a *ratio*, que se determina pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico.

O inciso VI, por seu turno, exige o mesmo tipo de procedimento intelectual e ônus argumentativo para a diferenciação do precedente. Na realidade, *distinguishing* e extensão por analogia constituem duas facetas do mesmo processo hermenêutico, diferenciando-se apenas pelo resultado desse procedimento. Os incisos V e VI exigem unicamente, portanto, que esse procedimento cumpra o dever de motivação das decisões judiciais e obedeça a todas as restrições que esta impõe sobre a argumentação jurídica.

O inciso VI adota ainda, expressamente, o princípio da *inércia* na aplicação de precedentes, que havia sido defendido por Perelman e Alexy em suas teorias da argumentação jurídica¹⁶. Como já se teve oportunidade de explicar em outra ocasião,

[...] o caráter evolutivo do direito repele as cristalizações e a estagnação. Entre os movimentos de continuidade e de evolução, é verdade, existe contínua tensão, a que Alexy chamou de universalidade e de princípio da inércia (*Trägheitsprinzip*).¹⁷

O princípio da inércia exige que o afastamento do precedente encontre justificação racional: “quem quer que deseje se afastar de um precedente detém o ônus da argumentação”.¹⁸

Na mesma direção, a vinculatividade estabelecida no art. 927, II, III e IV do novo CPC para os precedentes judiciais (e não apenas as súmulas), é temperada pela abertura que o código

16 Perelman e Olbrechts-Tyteta, 1979, p. 140; Alexy, 1997, p. 192.

17 Derzi, 2009, p. 284.

18 Alexy e Dreier, 1997, p. 30.

deixa para a interpretação do precedente judicial, que pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Essa disposição impede a separação entre a prática de se seguir precedentes e a argumentação, sendo de crucial importância para a individualização do direito e para os discursos de aplicação. Ela torna a prática de se seguir precedentes – que, aliás, já existe mesmo onde eles não são vinculantes, em vista tanto de razões de justiça quanto de razões de praticidade – mais racional e controlável pelo intérprete, fomentando o caráter argumentativo do direito.

Se, na sistemática atual, o Poder Judiciário brasileiro é severamente criticado por aplicar súmulas de maneira mecânica e simplista, com o Novo Código isso deixará de ser mera inconveniência para se tornar uma ilicitude, uma razão para anulação da sentença judicial.

Cabe relatar, no entanto, alguns problemas que precisam ser enfrentados para tornar possível a consecução desses valiosos objetivos, e algumas medidas que poderiam ser tomadas para aprimorar o sistema jurídico e criar condições para que se alcance esses objetivos, como arguiremos na próxima subseção.

5.2. Algumas propostas de aprimoramento do sistema

Inicialmente, no que concerne às súmulas jurisprudenciais, saltam aos olhos alguns problemas que merecem futura consideração.

O primeiro deles diz respeito ao preenchimento dos requisitos para a promulgação de súmulas, principalmente as dotadas de caráter vinculante e provenientes do STF. É necessário, na promulgação de súmulas, o cumprimento estrito dos requisitos constitucionais, e em particular da exigência de “reiteradas decisões” para a promulgação da súmula.

O descumprimento desse requisito torna o debate sobre a promulgação da súmula uma questão de “conveniência e oportunidade” e faz o discurso jurídico se aproximar perigosamente do discurso legislativo, tornando tênue a fronteira entre a legislação e a jurisdição. A súmula deixa de ser um mero enunciado descritivo que consolida uma interpretação já existente e construída **com a participação das partes interessadas e da sociedade**, para se tornar um *dictum* exclusivo do tribunal cada vez mais abstrato e com estrutura semelhante à dos atos legislativos em geral.

Não é coincidência o fato de um grande número de súmulas vinculantes, nos casos em que houve publicação dos debates que as originaram, terem sido promulgadas **sem uma**

comparação analítica com os fatos e argumentos aduzidos nos precedentes que as geraram e **com uma profusão de razões pragmáticas (consequencialistas)** que se aproximam bastante do discurso político em geral.

Preocupa, ainda, a existência de súmulas anacrônicas do STF, promulgadas para fins de interpretação da legislação ordinária, que constitui matéria estranha à distribuição de competências estabelecida pela Constituição da República para esta corte. A situação se agrava ainda mais porque essas súmulas são aplicadas pelos tribunais de segunda instância e pelos juízes de primeiro grau para fins de aceleração do processo decisório, com base em disposições como o art. 557, do CPC de 1973, que atribui poderes ao Relator para decidir monocraticamente em casos de matéria idêntica a essas súmulas. Seria interessante uma revogação expressa dessas súmulas ou mecanismos alternativos para não atribuir a essas súmulas os efeitos “vinculantes em sentido frágil” que elas acabam tendo no ordenamento jurídico brasileiro.

Poder-se-ia pensar, inclusive, em atribuir ao **STJ** – que atualmente detém jurisdição para fixar, por sua própria autoridade, a **interpretação uniforme da legislação federal** – a competência para revogar (ou ao menos dar início a um processo de revogação, com a participação do STF) das súmulas do STF que versam sobre matéria de sua competência.

Independentemente dessa solução, no entanto, o STJ e os Tribunais de Segunda Instância não devem reconhecer autoridade às súmulas do STF que estabelecem a interpretação de disposições revogadas ou disponham sobre matéria de interpretação da legislação ordinária, salvo se essas súmulas expressem inequivocamente uma orientação que tenha sido mantida pelo STJ.

Igualmente preocupante, também, conforme apurado pela Equipe Executora da Pesquisa ora relatada, é a existência de súmulas que, de um lado, se valem de conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos e, de outro lado, são mais amplas do que o juízo realizado no julgamento dos precedentes que as antecederam. Não se deve admitir a força vinculante de súmulas cujo procedimento de elaboração “discute teses, doutrinas e considerações que vão além da regra judicial sedimentada na jurisprudência”.

A existência dessas súmulas torna difícil o julgamento das Reclamações constitucionais ajuizadas com base nelas, e acaba atribuindo ao STF, indiretamente, uma competência para realizar um juízo meramente político e consequencialista ao decidir os casos concretos em que essas súmulas sejam invocadas.

A análise revelou, também, o quão perigosa e infrutífera foi a instituição do art. 518, § 1o, do CPC, que atribuiu poderes ao juiz para negar seguimento a apelações sobre matérias

idênticas às decididas em súmulas dos tribunais superiores. O que podemos observar, com a análise empírica dos poucos processos disponíveis nos tribunais visitados, é que essas decisões são em sua maioria carentes de fundamentação e aplicam as súmulas por meio de um raciocínio formalista, típico da Escola da Exegese do Século XIX. Raramente esses despachos têm mais de duas linhas, e por vezes chegam a sequer mencionar a súmula que dá supedâneo à decisão ou até o tribunal que a prolatou.

O grau elevado de provimento dos Agravos de Instrumento interpostos contra essas decisões aponta, também, a sua pouca utilidade, na medida em que essas decisões acabam criando mais um incidente processual e aumentando (ao invés de diminuir) o tempo de tramitação dos processos.

A experiência fracassada do art. 518, § 1º, do CPC, nos faz relativamente céticos em relação a algumas novidades inseridas no Novo CPC recentemente aprovado no Congresso Nacional, como a denominada “improcedência liminar do pedido”, regulamentada pelo art. 332, do Novo Código, que autoriza o juiz a julgar liminarmente improcedente, antes mesmo da citação do réu, qualquer processo que “contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”.

Para aplicar adequadamente um dispositivo dessa natureza, o juiz deve assumir um pesado ônus de argumentação, e não é desarrazoado presumir que é provável que a baixa qualidade das decisões que aplicam o art. 518, § 1º, do CPC se repita no momento da aplicação do art. 332, do Novo Código. Somos relativamente céticos em relação a este tipo de aceleração do processo na primeira instância e não esperamos muito sucesso para um instrumento como esse.

No âmbito da Reclamação constitucional, além dos problemas decorrentes da interpretação das súmulas, vislumbramos a necessidade de um melhor esclarecimento, pelo STF, do conteúdo vinculante de suas decisões. A ausência de especificação desse conteúdo foi o maior problema encontrado pela Pesquisa no que concerne às Reclamações. Como pudemos perceber, **em todos os casos referentes à Reclamação constitucional com base no art. 102, I, I, da Constituição, a *ratio decidendi*** da decisão apontada como violada se encontrava na **fundamentação** do precedente, e não na parte dispositiva.

A existência de um instituto como a Reclamação para a garantia da eficácia das decisões vinculantes do STF traz um sério problema porque muitas vezes os próprios ministros do STF não chegam a um acordo acerca de quais elementos de suas decisões devem vincular os casos futuros.

Isso acontece, como já relatamos, porque o nosso modelo de decisão é do tipo *seriatim*, caracterizando-se pela multiplicidade de votos mesmo quando há um acordo sobre a deci-

são a ser adotada. Quase todos os consensos estabelecidos no STF são o que o professor norte-americano Cass Sunstein caracterizaria como “acordos não completamente teorizados”, é dizer, consensos tópicos e específicos sobre a decisão particular a ser adotada em um caso difícil, sem se importar em chegar também a um consenso sobre os fundamentos dessa decisão.¹⁹

A ausência de delimitação da regra judicial ou da *ratio decidendi* de cada caso concreto torna problemático o julgamento da Reclamação, o que é preocupante em face do crescimento em progressão geométrica do número de Reclamações no STF, que se tem verificado nos últimos anos.

Creemos, portanto, que seria recomendável que se estabelecesse uma norma determinando aos ministros do STF que realizem, após a leitura de seus votos, uma votação não apenas sobre a parte dispositiva do acórdão, mas também um debate e nova votação sobre os pontos de consenso ou as “regras judiciais” que podem ser utilizadas como parâmetros futuros para a decisão de casos vindouros e para o julgamento das Reclamações constitucionais.

Da mesma forma, acreditamos que o aumento do poder normativo dos Tribunais há que se acompanhar, também, de um aumento no grau de publicidade de suas decisões e, no nosso ver, das próprias deliberações internas desses tribunais. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça deveria seguir o exemplo do Supremo Tribunal e tornar públicas as deliberações e debates realizados nas sessões em que se discute a proposta de criação de novas súmulas. Seria melhor ainda se ambos os tribunais conseguissem, também, fazer publicar os debates referentes a todas as súmulas já aprovadas, caso eles se encontrem disponíveis.

O processo de seleção, julgamento e construção dos precedentes nos recursos especiais (e extraordinários) representativos de controvérsia carece, também, de alguns aprimoramentos importantes.

Pudemos observar na pesquisa que nem sempre os dois requisitos (quantitativo e qualitativo) presentes na Resolução n. 08/2008, do STJ, estão sendo cumpridos.

Reportamo-nos, neste particular, às “conclusões parciais” apresentadas no final do Capítulo V da versão completa do Relatório Final apresentado ao CNJ:

O bom funcionamento da sistemática dos recursos representativos depende, fundamentalmente, da adequação do processo de formação do precedente, o que se dá com a uma ampla análise dos argumentos apresentados pelas partes e com uma escolha adequada do recurso representativo. Os critérios quantitativo (que exige que se escolha um recurso que representa um elevado número de demandas que abordem o mesmo tema) e qualitativo (que exige que se escolha um recurso

19 Ver, nesse sentido, Sunstein (2001).

que aborda a maior diversidade de fundamentos e argumentos, tanto no acórdão como na peça recursal) fixados no art. 1º, § 1º, da **Resolução n. 8 do STJ** de 7/8/2008) nem sempre vem sendo adequadamente cumpridos seja pelos tribunais estaduais ou pelo STJ.

Somente uma atenção redobrada no momento da escolha dos processos pode evitar os indesejáveis fenômenos da superinclusão e subinclusão no momento da fixação do Tema.

Por outro lado, como os recursos representativos se destacam por dar ensejo a uma decisão que transcende o caso concreto e produzirá efeitos normativos **para toda a sociedade**, a forma de julgamento desses recursos deve ser a mais inclusiva e democrática possível. A participação de *amici curiae* e do próprio Ministério Público ainda nos parece insuficiente. De um lado, os tribunais têm adotado critérios restritivos para admitir a assistência de terceiros no processo, na qualidade de *amici curiae*. De outro lado, em nossa opinião, o Ministério Público deveria emitir parecer detalhado e criterioso sobre o **mérito** do recurso em **todos os processos julgados segundo a sistemática dos recursos repetitivos**.

Ademais, dever-se-ia atribuir legitimidade recursal, inclusive para interpor embargos de declaração, de modo a institucionalizar do ponto de vista processual a obrigação do tribunal de responder a todos os argumentos de todos os interessados na definição do tema geral dos representativos.

Esse requisito da **plena motivação e responsividade** aos argumentos apresentados deve ser fixado inclusive em relação às próprias partes no processo, uma vez que verificou-se que, na maioria dos casos, o STJ analisa de modo parcial os argumentos dos Recorrentes, mesmo quando eles decidem pelo provimento do recurso.

O problema da **falta de responsividade e da ausência de plena motivação** foi verificado, pela Pesquisa, tanto no momento da formação do precedente em Recurso Repetitivo como no momento de sua aplicação pelos tribunais de segunda instância, já que é comum a existência de casos em que há argumentos e questões de direito que são simplesmente ignoradas pelos órgãos jurisdicionais, sem qualquer resposta às pretensões aduzidas pelas partes no caso concreto.

Creemos que o Novo Código trará algumas provisões interessantes, como o § 2º do art. 984, segundo o qual, nos recursos representativos de controvérsias, “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. Trata-se, sem dúvida, de um importante avanço, mas que precisa ainda ser completado por uma regulamentação mais detalhada sobre as decisões que determinam o “sobrestamento” ou “suspensão” dos processos para aguardar o julgamento dos Recursos Repetitivos.

O Novo Código trará grande avanço ao determinar expressamente a recorribilidade das decisões que consideram determinado caso “idêntico” a um recurso representativo de controvérsia, mas o número de decisões mal fundamentadas ou carentes de fundamentação é preocupante e recomendaria uma previsão expressa de que todas essas decisões fossem **fundamentadas e realizassem uma comparação analítica entre casos, sob pena de nulidade**.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. "Precedent in the Federal Republic of Germany", em Neil MacCormick e Robert Summers (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 17-64.

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

BUSTAMANTE, Thomas. "Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi". In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Segurança jurídica: irretratividade das decisões judiciais prejudiciais ao contribuinte*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. The ongoing search for legitimacy: can a "pragmatic yet principle" deliberative model justify the authority of constitutional courts. *Modern Law Review*, vol. 82, caderno 2, p. 372-393, 2015.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Belknap, 1986.

_____. *Taking rights seriously*, 2. reimp., 1978.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and in law*. Trans. by J. Farrel. Buffalo: SUNNY, 1993.

HARRIS, J. W. Towards principles of overruling: when should a final court of appeal second guess?. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, p. 135-199, 1990.

HART, H. L. A., *The concept of law*. 2.ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, 1980.

MACCORMICK, Neil. *legal reasoning and legal theory*. Oxford : Clarendon, 1978.

NUNES, Dierle José Coelho. O Brasil entre o civil law e o common law: a tendência de padronização decisória (uso de precedentes) – lter mínimo para a sua aplicação. *Diritto brasiliano*, 7 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/31927-o-brasilentre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tend-ncia-de-padroniza-o-decis-ria-uso-de-precedentes-ter-m-nimo-para-sua-aplica-o>>. Acesso em: 10 maio 2011.

NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória*. *Revista de Processo*, vol. 199, set. 2011, p. 41-82, esp. p. 66-69

NUNES, Dierle. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'Argumentation*. Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, 1979.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding Without Deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

STRECK, Lenio. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>.

RACHLINSKI, Jeffrey. Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking. *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, p. 933-964, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

_____. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

WALUCHOW, Wil. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

