

Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil.

Dierle Nunes

Universidade Federal de Minas Gerais

Alexandre Freire

Universidade Federal do Maranhão

Daniel Polignano Godoy

Universidade Federal de Minas Gerais

Danilo Corrêa Lima de Carvalho

Universidade Federal de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

Como já se teve oportunidade de tematizar em outras oportunidades,¹ o Brasil, e os tradicionais sistemas de *civil law*, vêm vivenciando um movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente, devido a colocação de cada vez maior destaque ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio.

Há de se perceber que após a efetiva falência do modelo reformista imposto, entre nós, após a década de 1990, que apostou, em apertada síntese, prioritariamente em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)²

Revista Libertas, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do 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*, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010. 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, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

² 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*. *Cit.* p. 38

e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial,³ alguns vêm a alguns anos, em face da explosão exponencial de demandas e dos altos índices de ‘congestionamento judicial’, defendendo um peculiar uso dos precedentes (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação, mediante a técnica de causa piloto,⁴ o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) **formaria um julgado** (interpretado por nós como precedente) **que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”**.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais **eficiente quantitativamente** através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema. Neste particular, o movimento reformista brasileiro converge para uma aproximação com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Pretende-se, nesses termos, para muitos, em suma: a) proporcionar tratamento igualitário aos litigantes que se encontrem em situação idêntica, apesar de não se sondar com proficiência, em abordagem constitucional adequada, o que seria esta identidade; b) dotar de estabilidade e previsibilidade o Poder Judiciário pátrio; c) e abreviar a duração dos processos – seja pondo um fim prematuro ao seu curso por uma decisão imediata (sentença de improcedência *prima facie* – 285A), seja pela inadmissão de recursos em face daquele provimento por contrariar posicionamento jurisprudencial trazido por súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral, incidentes de recursos repetitivos.

No contexto ora discutido, e que se projeta no CPC vindouro, que foram criados o incidente de aferição da repercussão geral (art. 543-B do CPC) e o julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC) por amostragem, instituídos, o primeiro, pela Emenda Constitucional nº 45/04 (com a regulamentação dada pela Lei n. 11.418/2006), e o segundo, pela Lei

³ Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro conferir: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴ “Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de ‘caso-piloto’, ‘caso-teste’ ou ‘processo-mestre’. Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O tratamento dos processos repetitivos”. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5

nº 11.672/2008, respectivamente.⁵

Percebe-se, assim, que a preocupação com a coerência e a uniformidade dos pronunciamentos judiciais no Brasil é algo indiscutivelmente presente no legislativo, no fórum e na academia. A necessidade de estabilização e uniformização da interpretação das normas que compõem o direito brasileiro é inegável. Nada obstante, exigir respeito aos precedentes judiciais, no Brasil, é, na verdade, e nos dias atuais, uma medida pertinente, desde que bem compreendida e delineada uma teoria dos precedentes, para conferir segurança, igualdade e previsibilidade no Direito, dentre outros motivos que a justificam.⁶

No entanto, em que pese a necessidade de se alcançar tais desideratos, várias questões suscitam preocupações no uso de precedentes em sistemas que os levam a sério (o que ainda incorre no Brasil), bastando aqui se citarem dois: a) se realmente seria possível que apenas uma decisão isolada pudesse se tornar e ser aplicada como um precedente;⁷ b) qual seria o papel da doutrina⁸ e do processo constitucional na crítica, pela primeira, e no auxílio de construção destes precedentes, dos dois.

Ademais, como um dos autores já defendeu em outra sede, na aplicação dos padrões decisórios deveria seguir-se um iter mínimo de aplicação:

Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1.º - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão

⁵ Nesse sentido: NUNES, Dierle, PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In. FREIRE, Alexandre, DANTAS, NUNES, Dierle, DIDIER JR, Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.471 e ss.

⁶ Nesse sentido: FREIRE, Alexandre, FREIRE, Alonso Reis, MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In. FREIRE, Alexandre, DANTAS, NUNES, Dierle, DIDIER JR, Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.686.

⁷ HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 16-17.

⁸ Idem. p. 23.

decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*)⁹ o magistrado deverá indicar

⁹ Como explica Bustamante: “O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente. Como explicam Summers e Eng [1997:521], nas *judicial departures* ‘a decisão precedente deve ser apropriadamente semelhante ao caso subsequente. Em última instância, o precedente e o caso a ser decidido devem trazer à tona as mesmas questões jurídicas, e o caso precedente deve já ter resolvido a questão. (...) Em países de *common law*, uma *departure* ou afastamento de um precedente por uma corte superior pode, via de regra, ser prontamente identificada como um regramento [*ruling*] diferente para uma questão posta por fatos materiais relevantemente semelhantes aos da decisão precedente’. (...) As situações que dão ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função dos fatores institucionais e extra-institucionais que influem sobre a força do precedente judicial. No entanto, a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importam a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada*. (...) Diferentemente do que ocorre com os precedentes meramente persuasivos, a superação de um precedente formalmente vinculante normalmente é encarada como um ‘evento político e jurídico significativo’, pois representa uma ‘forma dramática de modificação do Direito’ [Spriggs/Hansford 2001:1.092]. Mesmo nos sistemas jurídicos em que as estatísticas apontam um grande número de *overrulings* na jurisprudência da mais alta corte, como o dos Estados Unidos da América, a prática de ab-rogação da jurisprudência formalmente vinculante é ao menos teoricamente descrita como excepcional e encontra uma série de limites normativos. (...) No Reino Unido, J. W. Harris conseguiu sistematizar um núcleo duro de princípios que orientam a prática do *overruling* e limitam seu exercício, os quais podem ser genericamente qualificados como definidores da *teoria do ‘overruling’* adotada pela *House of Lords*. De início, Harris demonstra que para a *House of Lords* uma decisão deve ser *overruled* quando o Direito presente, levados todos os fatores relevantes em consideração, for incrementado [*improved*] com o estabelecimento do novo precedente judicial [Harris 1990:149]. Fatores como a justiça, certeza e coerência do Direito – considerado como um sistema de normas destinado a reger não apenas o caso particular, mas todo o universo de questões futuras sobre o mesmo assunto – devem ser ponderados com o fito de justificar a conclusão de que a revogação da norma contida em um precedente judicial irá contribuir para o progresso do sistema jurídico, que é o principal parâmetro a ser seguido pela Corte no momento em que esta decide sobre a manutenção ou revisão da regra jurídica posta em xeque em um caso concreto. Às vezes, por exemplo, é justificável a revogação de uma regra jurisprudencial para evitar a utilização excessiva da técnica do *distinguishing*, que gera a consequência indesejável da fragmentação do Direito e dá margem a diferenciações capazes de comprometer a coerência geral do ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte *dictum* de Lord Reid: ‘É notório que onde uma decisão existente é reprovada mas não pode ser ab-rogada [*overruled*] os tribunais tendem a distingui-la com base em fundamentos inadequados. Eu não acho que eles agem erroneamente ao fazê-lo: eles estão adotando a menos danosa das poucas alternativas que lhes estão abertas. Mas isso está fadado a causar incerteza, pois ninguém pode dizer de antemão se em um caso particular a Corte irá, ou não, se sentir vinculada a seguir a velha decisão insatisfatória. Ponderando-se ambos os lados, parece-me que a ab-rogação [*overruling*] de tal decisão iria promover e não reduzir o grau de

a reconstrução e as razões (fundamentação idônea)¹⁰ para a quebra do posicionamento acerca da temática.¹¹

3.º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis*¹² horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”):¹³ o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como *v.g.* as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5.º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi*¹⁴ (elemento vinculante)

certeza do Direito.” BUSTAMANTE, Thomas. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro, PUC, 2007. p. 235.

¹⁰ “Isso não significa, porém, que a Corte assim o fará tão prontamente, sem que haja uma “justificação especial” para embasar um afastamento do precedente”. SELLERS, Mortimer N. S. Op. cit. Cf. *Dickerson vs. United States*, 430 U.S. 428, 120 S. Ct. 2326, 2336 (2000), citando *United States vs. International Business Machines Corp.*, 517 U.S. 843, 856, citando *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 842 (Souter concordando) e *Arizona vs. Rumsey*, 467 U.S. 203, 212 (1984).

¹¹ Ao lembrar do precedente *Casey vs. Planned Parenthood of Pennsylvania* (505 U.S. 833 de 1992) Sellers informa que “constantes superações precedenciais iriam exigir demais da crença do País na boa-fé da Corte, particularmente quando revisitando casos divisórios e controversos”. Tradução de André Frederico de Sena Horta. Graduando da UFMG. Membro do grupo de pesquisa “processualismo constitucional democrático e circulação dos modelos de *civil law* e *common law*” sob a coordenação do Prof. Dr. Dierle Nunes. No original: “Frequent overruling would overtax the Country’s belief in the Court’s good faith,” particularly when revisiting divisive and controversial cases.” SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America* cit.

¹² A expressão completa seria: *Stare decisis et quia non movere* ou “mantenha-se o que foi decidido e não moleste o que está pacificado”

¹³ Cf. uma busca de aplicação dialética da “comparação de casos” em: ROTH, Bram; VERHEIJ, Bart. *Dialectical Arguments and Case Comparison*. In: GORDON, T. (ed.) *Legal knowledge and information systems juris 2004: the seventeenth annual conference*. Amsterdam: IOS Press, 2004. p. 99-108.

¹⁴ Como explica Bustamante: “A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há apenas uma *ratio* em cada caso julgado. Tal premissa apenas resultaria plausível enquanto se admitisse como inquestionável a tese positivista de que as razões dadas pelo juiz para sua decisão são irrelevantes para determinar a regra jurisprudencial. Uma teoria dos precedentes que supere o Positivismo Jurídico e sua exasperação do momento *auctoritas* no raciocínio jurídico não pode aceitar essa tese. É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes [MacCormick 1987:155]. A ausência dessas razões ou sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adscrita produzida pelo Judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as

justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexos estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.”¹⁵ 6.^º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*.¹⁶

Partindo do necessário resgate do papel e da importância da doutrina na interlocução com esse recente e poderoso novo uso do Direito Jurisprudencial entre nós brasileiros, especialmente no trato da litigiosidade repetitiva, o objetivo do presente breve texto será o de explicitar alguns aspectos do sistema de *common law* americano, para na sequência, perceber e demonstrar a ausência de técnicas de *distinguishing* no Brasil hábeis a permitir uma discussão mais efetiva e democrática dos casos, especialmente ao se perceber a premissa acima informada de necessário uso desta técnica na tradição do *common law*.

Nesse aspecto, se analisará, em especial, a existência (ou não) de técnicas processuais postas no Brasil à disposição das partes para o controle das decisões que sobrestem recursos não idênticos aos afetados para o julgamento por amostragem, ou que apliquem solução engendrada nos “recursos-modelo” equivocadamente. Na essência, trata-se da necessidade de criação de mecanismos de distinção entre o recurso afetado ao julgamento por amostragem e o recurso sob exame (similar ao *distinguishing* dos sistemas de *common law*)¹⁷ e de superação do precedente (denominado *overruling* naqueles sistemas).

Referidas técnicas, como defendemos há muito, fazem parte da estrutura dos

regras jurisprudenciais devem ser encontradas [Bernal Pulido 2005:211].” BUSTAMANTE, Thomas. Op. cit., p. 236.

¹⁵ BUSTAMANTE, Thomas. Op. cit.

¹⁶ 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. 189, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 2, p. 392-395.

sistemas de *common law* e são essenciais a qualquer ordenamento que pretenda atribuir força vinculante a precedentes judiciais, sob pena de “engessar” o Direito que, para ser democrático e constitucional, necessita ser participativo, dinâmico e discursivo.

Algumas breves digressões do *common law* – a dificuldade na obtenção de identidade entre os casos

Segundo Church, no sistema de *common law*, as decisões judiciais de hoje são derivadas de decisões precedentes dos tribunais. Para determinar a resposta para uma questão jurídica, o aplicador deve revisar decisões judiciais passadas e fazer um exame analógico de tais decisões, aplicado aos fatos do caso sob análise. O *common law* é prioritariamente caracterizado por sua reverência à sabedoria das decisões judiciais coletivas do passado, como a fonte primeira das teses aplicadas para os problemas do presente.¹⁸

No caso *Allegheny County General Hospital v. NLRB*, julgado em 1979, a Corte de Apelações da Terceira Região dos Estados Unidos, explicou que “um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, passando, então a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em um juízo inferior na hierarquia judicial.¹⁹

Um aspecto único sobre o *common law*, para o mesmo, é o modo como as análises do passado são incorporadas de casos passados (precedentes) para as decisões do presente. Church considera que em nenhum outro grande sistema legal existe tanta ênfase nas opiniões dos próprios tribunais como fonte principal do direito. Na maioria dos outros sistemas, **os tribunais têm de dividir seu poder de fazer o direito e interpretar com instituições políticas e a doutrina**, uma vez que os tribunais tendem a buscar em outros lugares as opiniões jurídicas, mais do que em si mesmos, para definir qual instituto deve ser aplicado a um caso em particular.²⁰

E esta seria a essência do *Stare decisis* no *common law*, com a inerente vinculatividade às decisões dos tribunais.²¹

No entanto, como aponta Church, a simplicidade do *stare decisis* é, no entanto enganosa. Quando se diz que os tribunais extraem o Direito de um

¹⁸ CHURCH W.L. *The American Legal System*. University of Wisconsin Law School. 2011, p. 10.

¹⁹ 608 f.2d 965, 968-69 (3ed cir. 1979)

²⁰ CHURCH W.L. *The American Legal System*. cit. p. 15.

²¹ Nesse sentido: FREIRE, Alexandre, FREIRE, Alonso Reis, MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre, DANTAS, NUNES, Dierle, DIDIER JR, Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. P.686 e ss.

precedente e aplicam os resultados em situações do presente, está-se falando apenas em um simples esboço do que realmente acontece na prática.²²

Para começar, apenas casos “idênticos” devem ser utilizados como precedentes. No entanto, os casos nunca são completamente idênticos – sempre há diferenças fáticas entre eles. Da mesma forma, dois casos nunca são absolutamente diferentes – sempre existem semelhanças fáticas a ambos.

O catedrático de Winsconsin aduz que uma revisão refinada do método do *common law*, revela que ele não pode significar apenas a localização e aplicação de um precedente “análogo”. O ‘método’ envolve, ao contrário, uma seleção a partir de uma multidão quase infinita de precedentes relativamente análogos. O ponto crítico desse processo é: o que torna um caso análogo ao outro, e qual grau de similitude fática é necessária perante um caso para que possa ser considerada influente na resolução de outro. Tal processo sempre desafiou descrição precisa, abstrata.²³

O procedimento de aplicação de precedentes envolveria um agrupamento de fatos em categorias ou classes de acordo com a sua relevância para uma particular teoria normativa considerada aplicável a ambos os casos, de modo que alguns fatos podem ser considerados como significantes e outros desconsiderados, por serem irrelevantes.

A fim de descobrir uma teoria jurídica aplicável a um caso a fim de dar coerência a seus fatos, o recurso utilizado tradicionalmente tem sido a recorrência às próprias questões do caso, as decisões do tribunal acerca das questões e a fundamentação para dar suporte à decisão, a chamada *ratio decidendi*. Entretanto, tal clarificação verbal do processo não trouxe maior clareza para o método de análise analógica dos casos: não existe uma única forma considerada correta de compreender as questões, decisões e fundamentação de um caso.

Muito pelo contrário, Church afirma que existem diversas formas de percepção do posicionamento jurídico de um caso, assim como há variadas e persuasivas críticas para rever tal posicionamento.

Seria, assim, inteiramente possível para um caso, particularmente os chamados *hard cases*, produzir interpretações baseadas em questões jurídicas que não estão nele diretamente relacionados. Existiriam vários exemplos de tal fato na tradição americana, como o conhecido precedente Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 10 (1948), no qual convênios particulares estabeleciam restrições racistas ao uso dos serviços imobiliários e que, por esta razão, foram derrubados por proibições constitucionais contra discriminação racial. Segundo Church, uma leitura isolada de Shelley v.

²² CHURCH W.L. *The American Legal System*. cit . p. 17.

²³ CHURCH W.L. *The American Legal System*. cit . p. 17.

Kraemer não revela, e não consegue revelar, qual é a decisão ou conclusão final do caso. Não há um único jeito de atingir uma determinação precisa – o caso é maleável o suficiente para permitir mais de uma interpretação ou nenhuma.

Assim, o uso futuro do precedente depende de qual interpretação será aceita pelos tribunais no futuro – isso quer dizer – o seu significado final não poder ser definido a não ser através da interpretação a ser conduzida em momento posterior.

Pode-se afirmar que um precedente judicial é uma decisão estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos subsequentes como questões jurídicas ou fatos similares.

Church afirma que existem várias outras razões pelas quais seria algumas vezes difícil ou impossível verificar uma clara *ratio decidendi* em um precedente. Obviamente, ainda que haja uma única teoria plausível para explicar a decisão de um tribunal em um precedente, ainda existirá grande ambiguidade na busca do grau com que o tribunal aplicará aquela teoria posteriormente. Existem em todos os casos diversas maneiras de se interpretar uma decisão, todas condizentes com o mesmo princípio genérico, mas dissonantes no tocante ao aspecto mais genérico ao mais específico.

Percebe-se, assim, a dificuldade de se proceder de modo “tão certo e evidente” a identidade entre os casos para aplicação de precedentes, como as reformas processuais vêm implementando no direito brasileiro, especialmente em face do modelo processual de formação desses padrões decisórios pela técnica de pinçamento (causa piloto) pela via dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, sem viabilizar um contraditório dinâmico de formação e aplicação.

Taruffo ao comentar a experiência italiana, em perspectiva assustadoramente semelhante à brasileira, informa que o emprego da “jurisprudência” tem características claramente diversas da aplicação do “precedente” na perspectiva comparada.²⁴

No emprego da jurisprudência falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na maioria dos casos. Os enunciados das ementas, com recorrência citados nas decisões, são formulações verbais concentradas em uma ou poucas frases, que têm por regras jurídicas superficiais. Os textos que servem de substrato na maioria das hipóteses (jurisprudência) não incluem os fatos que foram objeto das decisões.

Pode-se dizer, com Taruffo, que, em verdade, a utilização de precedentes pelo julgador brasileiro, em alguns casos, chega ao requinte de não

²⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 199, 2011. p. 143.

representar verdadeiros e próprios precedentes, são simples julgados isolados, mas que vêm simplesmente usadas como exemplos. A sua função, por isso, não é aquela de indicar o critério da decisão que deveria ser seguido nos casos sucessivos, mas simplesmente de mostrar que a norma da qual se trata foi aplicada de certo modo em certo caso.²⁵

Ademais, seria absolutamente necessária para aplicação adequada de precedentes viabilizar técnicas processuais de *distinguishing* o que, como veremos, vem sendo inviabilizado pelos tribunais Superiores.

A ausência de técnicas de distinção na utilização da jurisprudência

Segundo Como dito acima, a necessidade da criação de mecanismos de *distinguishing* e *overruling* é decorrência natural da atribuição de cada vez mais força vinculante ao precedente no sistema jurídico pátrio.

Naturalmente, com a utilização cada vez mais recorrente do incidente de julgamento de recursos repetitivos e com a obrigatoriedade da análise da repercussão geral nos REs, os Tribunais Superiores já foram provocados a se manifestar em relação aos meios de controle das decisões que sobrestem recursos relativos a temáticas distintas ou que apliquem padrões decisórios oriundos do julgamento de recursos repetitivos ou da repercussão geral de forma supostamente incorreta.

Passa-se, então, à análise do posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores em relação a cada um dos mecanismos que tentaram ser utilizados para abrir as portas das instâncias extraordinárias.

Reclamação

O instituto da reclamação surge no cenário jurídico a partir de criação eminentemente jurisprudencial, como técnica de aplicação, pelo STF, da teoria dos poderes implícitos, de procedência da experiência constitucional norte-americana.

Mas recentemente, com o advento da Constituição Federal de 1988, a reclamação institucionalizada no art. 102, I, l, assim como no art. 105, I, f, com as finalidades de preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF e STJ.

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional n.45, instituiu-se o §3º do art. 103-A, que prevê outra hipótese de cabimento para a reclamação quando ato administrativo ou decisão judicial contrariar ou não aplicar súmula vinculante incidente para o caso.

Porém, a reclamação não se presta tão somente para as hipóteses acima elencadas. O cabimento da reclamação constitucional como mecanismo de

²⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 199, 2011. p. 151.

distinguishing foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 7.569/SP, em Sessão Plenária, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie²⁶.

No voto condutor, a Ministra relatora chamou a atenção de seus pares para a relevância do caso, diante da quantidade de reclamações que invocavam as mesmas razões daquela posta em julgamento: a usurpação da competência do STF pelos Tribunais ordinários ao impedir a subida de recursos extraordinários e de agravos que não seriam idênticos aos casos afetados para julgamento por amostragem.

No acórdão, foram citados dois julgados anteriores, as Reclamações 7.523/SP e 7.557/SP, julgadas monocraticamente pelos Ministros Menezes Direito e Eros Grau, respectivamente, em que as Reclamações foram admitidas e tiveram o mérito apreciado, determinando o prosseguimento no exame de admissibilidade de um recurso extraordinário no primeiro e o processamento e remessa de um agravo de instrumento à Corte Suprema no segundo.

Não obstante, o STF entendeu, à unanimidade pelo não conhecimento da Reclamação sob um fundamento predominantemente pragmático: o risco de o Tribunal ser invadido por uma enxurrada de reclamações pretendendo a demonstração da distinção de recursos obstados em relação ao caso paradigma. Com efeito, o fundamento que predomina na decisão é o que está sintetizado nos seguintes trechos:

Penso não ser adequada a **ampliação da utilização da reclamação para correção de equívocos** na aplicação da jurisprudência desta Corte aos processos sobrestados na origem.

Isso acarretaria aumento na quantidade de processos distribuídos e desvirtuamento dos objetivos almejados com a instituição do mecanismo da repercussão geral.

A análise individualizada da aplicação da jurisprudência firmada por esta Corte no âmbito da repercussão geral acarretará um drástico aumento do número de reclamações a serem apreciadas neste Supremo Tribunal, o que certamente não estará em harmonia com o objetivo pretendido com a criação do requisito da repercussão geral.

Esse aumento já está ocorrendo. Enquanto nos primeiros oito meses do ano passado foram distribuídas 702 reclamações, até agosto deste ano já recebemos 1.422 reclamações.

A prosseguir esse índice de incremento, no futuro provavelmente teremos que pedir ao Congresso

²⁶ BRASIL, STF, PLENO, Rcl n. 7.569/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, j. em 19/11/2009, publicado no DJe de 11/12/2009.

Nacional que legisle em relação à aplicação do instituto da repercussão geral à reclamação²⁷.

Além disso, o Tribunal entendeu ser incabível a interposição do agravo do art. 544 do CPC – que era o recurso que a reclamação pretendia destrancar – contra a decisão do Tribunal de origem que julga prejudicado recurso idêntico contrário à posição firmada no julgamento por amostragem, por inexistir juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*.

Contudo, a Corte Suprema reconheceu a necessidade de criação de um instrumento para a correção da decisão que erroneamente classifique o recurso no caso concreto, **elegendo o agravo interno como meio adequado**.

No Superior Tribunal de Justiça também houve o julgamento de uma reclamação que visava desobstruir a tramitação de um recurso especial considerado acobertado pelo julgamento de recurso representativo da controvérsia. Trata-se da Reclamação nº 3.652/DF, julgada pela Segunda Seção e relatada pela Ministra Nancy Andriighi. Contudo, o argumento utilizado era completamente distinto, consistente na perplexidade da reclamante à constatação de que o STJ continuava julgando recursos especiais com discussões idênticas, enquanto o seu havia sido suspenso por decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O STJ consignou que a decisão de sobrestamento dos recursos especiais sobre temática idêntica proferida pelo Tribunal local não pode se estender aos outros tribunais pátrios, sob pena de violação do pacto federativo. Assim, “apesar de ser esta uma situação indesejável, deve-se reconhecer que, no sistema jurídico pátrio, as coisas não poderiam se passar de forma diversa”²⁸. Assim, não havia afronta à autoridade e, tampouco, à competência do STJ, não havendo sustentáculo para a reclamação.

Na oportunidade, não foram dados indícios do posicionamento da Seção se a reclamação fosse utilizada como mecanismo de distinção entre o recurso sobrestado e o afetado como representativo da controvérsia.

Medida Cautelar

No julgamento da Medida Cautelar nº 17.226/RJ, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pelo não cabimento da Medida Cautelar para demonstração das diferenças entre um recurso sobrestado de forma equivocada e a matéria posta em análise no incidente de julgamento de recursos repetitivos, ao menos até o exercício do juízo de admissibilidade e do reconhecimento da adequação do recurso afetado como representativo da

²⁷ BRASIL, STF, PLENO, Rcl n. 7569/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, j. em 19/11/2009, publicado no DJe de 11/12/2009.

²⁸ BRASIL, STJ, 2ª Seção, Rcl n. 3652/DF, Rel. Min. Ministra Nancy Andriighi, j. em 14/10/2009, publicado no DJe de 04/12/2009.

controvérsia.

No caso examinado, a instauração do incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos e o sobrestamento dos recursos tidos como idênticos foram realizados por iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a medida cautelar foi ajuizada antes mesmo do juízo de admissibilidade dos recursos afetados ao julgamento por amostragem pelo STJ e de sua manifestação sobre a representatividade dos recursos escolhidos.

Nesta situação, o STJ entendeu que ainda não podia exercer o controle direto através da medida cautelar sobre a identidade de matérias constantes no recurso especial suspenso na origem e no recurso representativo da controvérsia, pois a controvérsia considerada representativa ainda não estava devidamente delineada. Senão, veja-se:

Isso porque o pretendido controle direto desta augusta Corte sobre a adequação das matérias constantes no recurso especial suspenso na origem e no recurso representativo da controvérsia somente se afiguraria possível, em caráter excepcional, necessariamente após o juízo inicial do recurso representativo da controvérsia, em que o relator, caso reconheça a presença dos requisitos de admissibilidade e a correta representatividade da controvérsia, afete o julgamento ao colegiado competente, momento a partir do qual a controvérsia, tida por representativa, encontrar-se-á devidamente delineada.

Sobreleva deixar assente que os Recursos Especiais ns. 1.117.859/RJ, 1.117.035/RJ e 1.117.021/RJ, apontados, segundo informa a requerente, como os representativos da controvérsia, ainda não obtiveram qualquer deliberação do Ministro-relator designado, no sentido de afetá-los ou não ao julgamento do colegiado competente, o que, por si só, já revela a impossibilidade de se confrontar, como pretende a ora requerente, a matéria constante de seu recurso especial, que teve seu trâmite suspenso, com as matérias constantes dos recursos especiais encaminhados a essa Corte, como representativos da controvérsia.

Portanto, enquanto os recursos especiais representativos da controvérsia não se encontrarem devidamente afetados ao julgamento do órgão colegiado competente deste Tribunal Superior, inviável a pretensão para que esta a. Corte proceda, em caráter excepcional, a um juízo de adequação, tal como ora requerido. (negritos nossos)

No trecho destacado acima, o Superior Tribunal de Justiça de modo indireto afirmou que, em uma situação na qual já houvesse sido realizado um juízo inicial positivo pelo STJ em relação à instauração do incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos, seria possível, excepcionalmente, o exercício do controle direto sobre o sobrestamento de recurso que verse sobre matéria distinta da posta em julgamento.

Outros trechos do julgado corroboram esta afirmativa:

Sob as premissas até então delineadas, indaga-se se a parte, que teve um recurso especial indevidamente suspenso pelo Tribunal de origem, na hipótese exclusiva de a matéria versada em seu recurso especial não condizer com a questão posta no recurso representativo da controvérsia, também deveria se submeter a este controle diferido.

Caso efetivamente demonstrado pela parte o equívoco da suspensão do trâmite de seu recurso especial, na hipótese acima aventada, seria razoável, a despeito disso, que aquela fosse submetida ao mesmo procedimento dos recursos repetitivos? A resposta, desenganadamente, é negativa.

In casu, a argumentação expendida pela ora requerente, ressalte-se, centra-se justamente na alegação de que a matéria constante em seu recurso especial não se coaduna com aquela constante nos recursos representativos da controvérsia, o que teria acarretado o indevido sobrestamento.

Diante do posicionamento sufragado pela colenda Segunda Seção desta a. Corte e em razão de algumas ponderações de ordem prática, a seguir expostas, tem-se que a presente medida cautelar, **tal como ora engendrada**, não permite que esta a. Corte conheça, **até este momento**, da presente insurgência. (negritos nossos)

No desenrolar do caso, os recursos especiais nº 1.117.859/RJ, 1.117.035/RJ e 1.117.021/RJ, remetidos pelo Tribunal de origem como representativos da controvérsia **não foram considerados aptos a representar a multiplicidade dos recursos e, por isso, não houve oportunidade para a utilização da cautelar no momento considerado adequado pelo STJ.**

Agravo do art. 544 do CPC

Até a edição da Lei nº 12.322/2012, o recurso cabível contra a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça que inadmitia os recursos especial e extraordinário era o agravo de instrumento dirigido aos respectivos

Tribunais Superiores. Depois de referida lei, tornou-se desnecessária a formação do instrumento, sendo o agravo juntado nos próprios autos (agravo de retenção).

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.223.072 julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins analisou o cabimento do, àquela época, agravo de instrumento do art. 544 do CPC para a demonstração da diferença entre um recurso supostamente sobrestado de forma equivocada, por dizer respeito a matéria distinta daquela submetida ao incidente de julgamento de recursos repetitivos.

Na oportunidade, o STJ entendeu que a decisão de sobrestamento do recurso especial não possui cunho decisório, pois o juízo de admissibilidade do recurso especial não havia sido, sequer, realizado. Assim, o agravo seria incabível, já que o juízo de admissibilidade – hipótese para a qual havia sido previsto o cabimento do agravo do art. 544 do CPC – não fora alcançado.

A Turma não se aprofundou em outras considerações.

Mandado de Segurança

A Segunda Seção do STJ enfrentou a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra decisão que inadmitte, na origem, recurso especial interposto contra acórdão que se coaduna com o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior no julgamento de recursos repetitivos²⁹.

Restou assentado que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para conhecer originariamente de mandado de segurança impetrado contra decisão do tribunal de origem, nos termos da súmula nº 41 daquela Corte: "O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra atos de outros tribunais ou dos respectivos órgãos".

No julgamento, foram reforçados também argumentos pragmáticos, relativos à interpretação teleológica da lei:

4. Admitir-se qualquer tipo de irresignação por parte do recorrente para se "destrancar" o recurso especial inadmitido na forma dos artigos 543-B e 543-C do CPC, seria o mesmo que desconstituir as diretrizes traçadas pela reforma da Justiça e uma afronta ao ditame da razoável duração do processo, assim como a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88), salvo em casos de sobrestamento equivocado, em que a parte deve demonstrar explicitamente a diferença entre o seu caso concreto e o repetitivo.

²⁹ BRASIL, STJ, 2ª Seção, AgRg no MS 17.942/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 27/06/2012, publicado no DJe de 01/08/2012.

Em complemento, decidiu o STJ³⁰ que, em caso de decisão manifestamente teratológica ou flagrantemente ilegal, seria cabível o mandado de segurança para o próprio tribunal de origem. No caso o Terceiro Vice-Presidente do TJRJ inadmitiu, com amparo no art. 543-C, § 7º, do CPC, o recurso especial manejado pelo impetrante e, em seguida, não conheceu do agravo regimental por ele interposto, sob o fundamento de ser descabido ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça atuar como instância revisora.

Agravo interno no Tribunal *a quo*

Conforme mencionado acima, o acórdão da Reclamação nº 7569/SP de relatoria da Ministra Ellen Gracie sinalizou para o entendimento de que, por ora, a única técnica endoprocessual cabível contra as decisões dos tribunais de origem que determinem o sobrestamento de recursos idênticos ao selecionado para o julgamento por amostragem é o agravo interno, para o próprio tribunal *a quo*. No entanto, a relatora mesma anotou em seu voto a fragilidade do agravo interno para o desempenho de tão elevado papel:

Tendo em vista a ausência de outro meio eficaz para a correção da aplicação da jurisprudência firmada neste Plenário, concluo que o agravo interno a ser interposto no Tribunal de origem contra o ato da presidência que haja erroneamente classificado o caso concreto há de ser o instrumento adequado a ser utilizado. Este instrumento recursal possibilitará a correção, na via do juízo de retratação, ou por decisão colegiada³¹.

O agravo do art. 544 do CPC, que seria uma forma de impugnação dirigida diretamente ao STF seria incabível, por não haver se inaugurado a competência deste, ante a inexistência de juízo de admissibilidade. Tampouco seria cabível qualquer outro meio de impugnação direta, como a reclamação que foi intentada no caso posto em análise naquela ocasião.

O entendimento adotado pelo STF no julgado acima foi seguido *ipsis litteris* pelo Superior Tribunal de Justiça, que já consignou em mais de um de seus acórdãos o seguinte:

3. O STJ aplica o entendimento de que a mencionada decisão somente pode ser atacada por Agravo Regimental a ser processado e julgado no Tribunal de Origem.³²

³⁰ BRASIL, STJ, 2ª T., RMS n. 35.441/RJ, Min. Herman Benjamin, j. 06/12/2012, publicado no DJe de 19/12/2012.

³¹ BRASIL, STF, PLENO, Rcl n. 7569/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, j. em 19/11/2009, publicado no DJe de 11/12/2009.

³² BRASIL, STJ, 2ª T., RMS n. 35.441/RJ, Min. Herman Benjamin, j. 06/12/2012, publicado no DJe de 19/12/2012.

Análise dos Efeitos dos posicionamentos dos Tribunais Superiores

Dos posicionamentos dos Tribunais Superiores analisados acima – que reiteraram veementemente a inadmissibilidade tanto do recurso de agravo do art. 544 do CPC, quanto dos sucedâneos recursais (mandado de segurança, medida cautelar e reclamação) –, pode-se concluir que há uma marcada tendência à vedação de qualquer tipo de insurgência contra as decisões preferidas nos julgamentos por amostragem, sejam elas de inadmissão de recursos que confrontam o entendimento firmado no julgamento por amostragem, sejam de sobrestamento dos recursos idênticos ao afetado como representativo da controvérsia. No segundo caso, a restrição é ainda mais severa, chegando a se argumentar que a decisão que sobresta recursos idênticos ao representativo da controvérsia *não possui cunho decisório*³³.

Em consonância com parte da doutrina³⁴, a restrição do acesso aos Tribunais Superiores é medida conveniente no sistema processual pátrio, com vistas a reduzir o comprometimento da capacidade funcional destas Cortes – que deveriam se prestar, primordialmente, à guarda da Constituição e à inteligibilidade e uniformização da interpretação da lei – se vejam cada vez mais tomadas por julgamentos burocráticos – simples reiterações de julgamentos anteriores e de posicionamentos das instâncias ordinárias.

Contudo, também não se pode menosprezar a importância que o acesso às Cortes Superiores representa para a democracia, constituindo um verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

No *common law* o surgimento dos mecanismos de *distinguishing* e *overruling* foi uma exigência natural para a manutenção da coesão do ordenamento jurídico que, apesar da vinculação ao precedente, não podia ficar engessado. Vê-se, assim, que nem mesmo no sistema em que se originou a teoria do precedente judicial, no qual a jurisprudência tem força vinculante, foi considerado salutar reduzir o juiz a um mero autômato, reproduzindo a solução dada por outro órgão jurisdicional sem interpretá-la devidamente³⁵. Assim, há que se analisar com cautela a posição a se tomar frente à temática, com vistas a equilibrar a finalidade da criação dos julgamentos por amostragem com a garantia de acesso aos Tribunais Superiores – uma

³³ BRASIL, STJ, 2ª T., AgRg no Ag n. 1.223.072/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 09/03/2010, publicado no DJe de 18/03/2010.

³⁴ Como por exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini. “O tratamento dos processos repetitivos”. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1-9.

³⁵ “Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, se aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional. Não é bem assim. Como o juiz precisar interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 2, p. 394.

forma de proteção ao Estado Democrático de Direito.

Aqui, vale citar o voto do Ministro Teori Albino Zavascki³⁶ na Questão de Ordem suscitada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP e julgada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça³⁷, na qual foi o único Ministro a não acolher a questão de ordem que versava sobre o não cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial com base no art. 543-C, § 7º, inciso I, do Código de Processo Civil. No julgamento da questão de ordem, o Ministro fez ressalvas convergentes com as presentes considerações:

3. Inobstante as conseqüências positivas que tal orientação pode acarretar na redução da carga de recursos dirigidos ao STJ, ela esbarra, no meu entender, em sérios empecilhos de ordem jurídica. Antes de mais nada, porque **institui, por via pretoriana, um requisito negativo de admissibilidade de recurso especial não contemplado na Constituição** (art. 105, III), fonte normativa primária dessa matéria, nem previsto na lei processual (CPC, arts. 541 e seguintes). Seria um **peculiaríssimo e atípico** requisito negativo, distinto dos comuns porque, como reconhece o voto do relator na questão de ordem, **estaria vinculado à própria matéria de mérito objeto da causa.** É importante considerar que o art. 543-C do CPC instituiu, apenas, um sistema novo de julgamento do recurso especial, mas não limitou as hipóteses de admissibilidade dessa via recursal. (negritos nossos)

O voto prossegue, abordando exatamente a questão da necessidade de criação de mecanismos de superação do precedente – *overruling* – e remontando aos sistemas de precedente judicial vinculante:

4. Por outro lado, **negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam**

³⁶ Na data do julgamento, 16/02/2011, o Ministro Teori Albino Zavascki ainda era Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Em 29/11/2012, o Ministro Teori Albino Zavascki tomou posse no STF, em substituição ao Ministro Cezar Peluso, aposentado em razão do limite constitucional de idade.

³⁷ BRASIL, STJ, Corte Especial, QO no Agr n. 1.154.599/SP, Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 16/02/2011, publicado no Djé 12/05/2011.

rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito.

Traça, ainda, um interessante paralelo entre o efeito “quase-vinculante” dos paradigmas firmados em julgamentos de recursos especiais repetitivos com os mecanismos de superação ou revisão dos “precedentes” com maior força vinculante no sistema processual pátrio, que são as súmulas vinculantes. Referidas súmulas obedecem a requisitos mais rigorosos que os julgamentos por amostragem e, nem por isso, prescindem de um meio de revisão das mesmas, que está previsto expressamente na Constituição da República, no art. 103-A, § 2º e na Lei 11.417/06, nos arts. 3º a 6º. E nem mesmo as decisões do STF que negam existência de repercussão geral e as súmulas do STJ estão imunes à superação – o que é salutar para o direito:

Até mesmo para as súmulas vinculantes editadas pelo STF há mecanismos de acesso à Corte Suprema para fins de revisão (CF, art. 103-A, § 2º e Lei 11.417/06, arts. 3º a 6º). O mesmo ocorre com as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, que também estão sujeitas a revisão (CPC, art. 543-A, § 5º). São igualmente passíveis de revisão – e não são raros os casos em que isso ocorre na prática – as súmulas editadas pelo STJ (Regimento Interno, art. 125). (negrito nosso)

Ressaem, assim, argumentos para reforçar a tese de que os Tribunais pátrios terão de enfrentar a questão da criação pretoriana de mecanismos de superação (*overruling*) do paradigma sedimentado nos julgamentos por amostragem, principalmente no caso dos recursos especiais repetitivos, que não possuem nenhum meio previsto em lei para tanto.

Vale destacar do voto, ainda, duas considerações importantes:

6. Por outro lado, ainda que se acolhesse a questão de ordem, para afirmar não ser cabível recurso especial ou agravo de instrumento, é certo que não se poderia estender o requisito negativo de admissibilidade quando o recurso, além de versar matéria julgada nos termos do art. 543-C do CPC, trazer também fundamento autônomo, por si só apto a reformar ou a anular o acórdão recorrido. É o que ocorre na hipótese objeto da questão de ordem, em

que a parte recorrente, além da matéria de mérito, invoca ofensa, pelo acórdão recorrido, ao art. 535 do CPC, o que, se acolhida, leva à nulidade do julgado. E não é difícil imaginar que esta será uma porta larga para acesso ao STJ, mesmo se acolhida a questão de ordem.

7. Aliás, a experiência brasileira tem mostrado que as tentativas de eliminar drasticamente o cabimento de recursos podem produzir resultados contrários aos pretendidos, já que a via recursal acaba sendo substituída por meios alternativos, nomeadamente o do mandado de segurança, o das medidas cautelares ou o da reclamação. No caso em exame, a proposta de substituir o recurso especial ou o agravo de instrumento por agravo interno perante o tribunal local pode, na prática, significar apenas a instituição de um degrau a mais ou um desvio para o próprio recurso especial, a ser interposto contra a decisão colegiada produzida no julgamento do agravo interno. (negritos nossos)

Pode-se conceber que, independentemente do mecanismo processual que eventualmente venha a ser considerado adequado para a realização do *distinguishing* (e do *overruling*), seja exigida uma fundamentação vinculada, concernente à demonstração objetiva de peculiaridades que justifiquem a não aplicação do precedente àquele caso, ou à exposição de novos argumentos que não tenham sido levados em conta no julgamento paradigma (com o objetivo v.g. de convencer o Tribunal a realizar o *overruling*).

A mera insurgência contra a tese jurídica fixada no paradigma, a repetição de argumentos já enfrentados no julgamento-modelo ou a simples exposição de argumentos que não se voltem ao fim específico de proceder à distinção ou superação do precedente seriam motivos para obstar, com base em razões processuais, a tentativa de abertura das instâncias extraordinárias, à semelhança do que já ocorre, hoje, com o juízo de admissibilidade dos recursos especiais por divergência jurisprudencial³⁸.

Note-se que a possibilidade de insurgência contra as decisões proferidas em julgamentos por amostragem com base em argumentos novos faria com que os Tribunais Superiores tivessem que se aprofundar mais nas questões a serem decididas, evitando a formação de paradigmas lastreados em análises superficiais.

Seria de interesse do tribunal enfrentar o maior leque de argumentos possível para obstar, de imediato, insurgências posteriores. Além disso, o enfrentamento posterior de novos argumentos permitiria a complementação do debate que tivesse sido travado sem levar em conta

³⁸ Nestes recursos, se o recorrente não demonstrar claramente o cotejo analítico entre o seu caso e o acórdão paradigma, o recurso especial é inadmitido.

certa argumentação relevante, bem como a oxigenação do paradigma, reafirmado mesmo diante de novos argumentos, trazidos à lume com as mudanças de interpretação do direito ³⁹.

Por fim, importa ressaltar que as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, excepcionalmente, têm um mecanismo de *overruling*, pois estão sujeitas a revisão, na forma do art. 543-A, § 5º do CPC.

Considerações Finais

Como se demonstrou, existe há alguns anos a tendência de se utilizar o direito jurisprudencial como fonte do direito especialmente para a busca de resolução das questões envolvendo a litigiosidade repetitiva.

Os exemplos mais evidentes são as técnicas de julgamento por amostragem (Causa piloto) mediante o incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos e repercussão geral – sob os pressupostos dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Contudo, o posicionamento absolutamente restritivo que os Tribunais vêm adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados tende a “engessar” o direito, praticamente suprimindo a possibilidade de que discussões sobre teses jurídicas já decididas cheguem às instâncias superiores, mesmo diante de circunstâncias que aconselhem a superação do precedente ou a sua não aplicação ao caso concreto (distinção), em razão de peculiaridades essenciais.

Ademais, a credulidade de busca de uma identidade evidente entre casos se mostra indubitavelmente superficial em face da dificuldade de se promover a formação de um padrão decisório realmente panorâmico (com respeito ao processo constitucional) e do qual se extraiam com naturalidade as *ratione decidendi*.

Assim, é de se esperar que as mesmas razões que induziram a criação das técnicas de *overruling* e *distinguishing* no *common law* se façam sentir na

³⁹ Há que se destacar que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, em sua obra conjunta, apontam a reclamação constitucional como mecanismo processual adequado, “tal entendimento revela-se preocupante. Imagine-se que determinado recurso especial ou extraordinário foi sobrestado indevidamente, por não guardar pertinência com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa. O que deve a parte fazer? Segundo a orientação ministrada pelo STF, deve interpor agravo interno. E se tal agravo não for provido? O que fazer? A demonstração de que há um *distinguishing* ou um *overruling* deve ser feita perante o tribunal superior, e não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem” DIDIER JR., Fredie; CUNHA Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodium, 2011, v. 3, p. 317.

prática forense pátria. O exemplo histórico do *common law* demonstra que uma rigidez excessiva em relação à aplicação dos precedentes judiciais pode levar a resultados indesejáveis, sendo necessário admitir mecanismos que confirmem alguma maleabilidade à atividade judicante, mesmo diante de casos aparentemente já assentados na jurisprudência.

A necessidade de que os Tribunais Superiores reconheçam algum mecanismo processual para a realização do *distinguishing* (e do *overruling*) no âmbito dos julgamentos por amostragem deverá aumentar, naturalmente, exigindo alguma construção pretoriana capaz de compatibilizar os objetivos dos julgamentos por amostragem (segurança jurídica, isonomia, celeridade) com o caráter dinâmico e discursivo do direito. Algo que na atualidade se busca mediante o CPC projetado, ora em análise na Câmara dos Deputados

Há se de viabilizar urgentemente alguma via de acesso às instâncias superiores que permita um *distinguishing* caso não haja similitude entre seus casos e os respectivos paradigmas que autorizaram o sobrestamento/inadmissão.

Cabe chamar a atenção, aqui, para o fato de que até mesmo as Súmulas Vinculantes – espécie de “precedente judicial” formulado sob requisitos ainda mais rigorosos que nos casos da repercussão geral e julgamento de recursos especiais repetitivos – têm mecanismos previstos expressamente em lei para sua revisão (art. 103-A, § 2º da Constituição da República, Lei Federal nº 11.417/2006 e Regimento Interno do STF), sendo um paradoxo não admitir a possibilidade de revisão para outras hipóteses.

Destaque-se, também que dentro do próprio STF já foram admitidas reclamações para controle das decisões proferidas pelos tribunais locais – Reclamações 7.523/SP e 7.557/SP, de relatoria dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau, respectivamente –, tendo sido este entendimento suplantado no julgamento da Reclamação nº 7569/SP, de relatoria da Ministra Elen Gracie e submetido ao pleno daquele tribunal.

O que parece ser indubitável é que os Tribunais Superiores serão instados a enfrentar a questão, construindo pretorariamente algum caminho para a realização do *distinguishing* (e do *overruling*), ao menos enquanto no CPC projetado não implemente regramento técnico, que se espera ser mais preciso e legítimo.

E só como provocação final aos defensores da eficiência quantitativa, com Damaška devemos perceber que “de fato há uma preocupação onipresente com a maior eficiência. Em meio a essa preocupação, é perceptível a tendência em desenfatizar as preocupações processuais sobre a forma – incluindo diferenças residuais entre os regimes *common law* e *civil law* – e se concentrando em medidas que possam contribuir para o bom funcionamento da justiça civil. Mas consideramos que a eficiência, quando bem entendida, é uma medida da relação entre o resultado, ou objetivo de uma atividade, ao custo de alcançá-lo. A velocidade e custo que um sistema

de justiça incorre para a resolução dos casos nos dizem pouco sobre a sua eficácia se não formos informados de suas metas: sem referência a elas, a eficiência é um ideal sem conteúdo. Agora, seria errado acreditar que as metas e sistemas de valor de máquinas mais ou menos burocratizadas de justiça são iguais. Suas avaliações sobre importância da descoberta acurada dos fatos, a coerência na tomada de decisões, a dissidência, a discricionariedade oficial ou a terceirização das ações oficiais, tudo isso se difere de maneira significativa. Assim, enquanto persistem vestígios no processo civil de atitudes díspares nas estruturas de autoridade entre o *common law* e o *civil law*, eles não devem ser desconsiderados, mesmo se a preocupação principal é o aumento da eficiência processual. Também não é algo do passado, para a finalidade de orientação aproximada sobre uma série de questões processuais, manter em mente que o processo civil continental conserva resquícios de atitudes processuais e condições propícias para um mecanismo hierárquico-burocrático da justiça, enquanto seu homólogo no *common law* mantém resquícios de um ambiente mais igualitário e menos burocrático.”⁴⁰

⁴⁰DAMAŠKA, Mirjan. *The Common Law-Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*. CARPI Federico. *The future of categories*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009. - Tradução livre dos membros do grupo de pesquisa e graduandos da UFMG “processualismo constitucional democrático e circulação dos modelos de *civil law* e *common law*”: Anna Carolina Pedrosa Tameirão Ferreira e Silva, Fernanda Costa Gouthier, Lídia Gonçalves, Patrícia Fernanda Gonçalves, Gustavo Costa Ferreira, Tereza de Assis Fernandes, Fernanda Costa Gouthier, Lídia Gonçalves. No original “And indeed there is ubiquitous concern with increased efficiency. In the midst of this concern, a tendency is discernible to deemphasize preoccupations with procedural form—including residual differences between common law and civil law regimes—and concentrate instead on measures likely to contribute to the efficient functioning of civil justice.³⁴ But consider that efficiency, properly understood, is a measure of the relation of the valued output, or goal of an activity, to the cost of achieving it. The speed and cost at which a justice system disposes of ingested cases tell us little about its efficiency unless we are informed of its goals: without reference to them, efficiency is a contentless ideal. Now, it would be wrong to believe that goals and value systems of more or less bureaucratized machineries of justice are alike. Their assessments of the importance of accurate fact-finding, consistency in decision-making, dissent, official discretion, or the outsourcing of official action, all differ in significant ways. Thus, so long as vestiges persist in civil procedure of attitudes traceable to disparate common law and civil law structures of authority, they should not be disregarded, even if one’s principal concern is the increase of procedural efficiency. Nor is it really passé, for the purpose of rough orientation on a number of procedural issues, to keep in mind that continental civil procedure retains remnants of procedural attitudes and arrangements congenial to a hierarchical-bureaucratic machinery of justice, while its common law counterpart keeps alive vestiges of a more egalitarian and less bureaucratized institutional environment.”