

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ANDRESSA PAULA SENNA LÍSIAS

A Formação dos Precedentes no Sistema de Recursos Repetitivos

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ANDRESSA PAULA SENNA LÍSIAS

A Formação dos Precedentes no Sistema de Recursos Repetitivos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

São Paulo

2021

Lísias, Andressa Paula Senna
A Formação dos Precedentes no Sistema de Recursos
Repetitivos / AndressaPaula Senna Lísias. -- São
Paulo: [s.n.], 2021.
128p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Cassio Scarpinella Bueno.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Precedente. 2. Repercussão Geral. 3. Recursos
. 4. Tribunais Superiores. I. Bueno, Cassio
Scarpinella. II. Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito. III. Título.

CDD

ANDRESSA PAULA SENNA LÍSIAS

A Formação dos Precedentes no Sistema de Recursos Repetitivos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTO CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-Brasil (CAPES) – Código de Financiamento n. 88887.597775/2021-00.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Cassio Scarpinella Bueno, por ter aceitado a orientação da minha pesquisa de mestrado. É uma honra contar com seu apoio no meu amadurecimento acadêmico. Primeiramente, em 2008, quando recebi sua orientação para realizar a monografia de conclusão do curso de graduação. E, em agosto de 2018, recebi este segundo voto de confiança para realizar a pesquisa de mestrado, que agora concluo em junho de 2021, com imensa felicidade.

Agradeço, igualmente, aos professores William Santos Ferreira e Rodrigo Otávio Barioni, pelas contribuições na banca de qualificação. Foram essenciais para aprimorar minha visão sobre os pontos centrais do trabalho.

Ao meu marido, Ricardo Lísias, e ao meu filho, Pedro, com todo o meu amor. Obrigada por respeitarem meus desejos de ir além e por me impulsionarem em direção a tudo o que busco, com o meu coração e a minha inquietação. Parte do meu mestrado foi realizado durante a pandemia Covid-19 que devastou o Brasil (dado o desgoverno e a total inexistência de políticas públicas consistentes para conter a crise). Sem a cooperação do Ricardo e do Pedro, eu teria sido uma das muitas mulheres que, por imperativo e impossibilidade, reduziram ou encerraram a produção acadêmica nesse período de calamidade.

A minha mãe e ao meu pai. Conheço, cada dia mais a fundo, todos os esforços que ambos fizeram por mim. Se hoje desbravo mares interessantes, é porque, por anos, muitos anos, eles se responsabilizaram por mim, e cuidaram de tudo para que eu pudesse estudar, ler livros e ter a infância e a juventude que todas as crianças e jovens deveriam ter. Não foi fácil, eu sei, e reconheço também aqui todo esse esforço e o mérito deles.

A minha avó Jocelita, por me ensinar a persistir com amor, por me lembrar de que temos um lugar a preencher ativamente e uma voz a usar, mesmo diante das adversidades (ou talvez, principalmente diante delas).

Aos meus avôs Vicente e Joaquim (*in memoriam*) e à avó Iraci, com o maior carinho.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização do mestrado e desta dissertação. Não poderia deixar de citar os meus colegas e amigos da PUC-SP, companheiros que foram ao longo do curso.

Também registro neste espaço – e não haveria melhor – uma homenagem à Ciência, à pesquisa e ao conhecimento, preciosidades que, no Brasil, ainda precisamos reafirmar e defender tantas vezes.

Com imensa consternação, dedico este trabalho que se completou a todos os sonhos, de tantas pessoas, que foram rompidos pela pandemia.

*Não se trata, apenas, de estudar as formas de tutela
jurisdicional **mecanicamente**, como se
bastassem **quaisquer** formas, qualquer tutela, qualquer
atuação do Estado. Em um modelo de Estado como o
brasileiro, o desafio que se apresenta necessariamente é o de
se pensar os limites e as melhores formas, as formas **ótimas**
de atuação do próprio Estado, no exercício da função
jurisdicional. É esse o desafio do estudo **contemporâneo** do
direito processual civil. É esse o desafio assumido.*
(Cassio Scarpinella Bueno. **Curso sistematizado de direito
processual civil:...** v. 1)

What's the world for you if you can't make it up the way you want it?
(Toni Morrison, **Jazz**)

– “Muitas vezes, mas pouco de cada vez, como o pobre velho Swann”, tornara-se uma das frases favoritas de meu avô, que ele pronunciava a propósito das mais diversas coisas. Esse velho Swann, na certa me pareceria um monstro, se meu avô, que eu considerava o melhor juiz e cujas sentenças faziam jurisprudência para mim, ajudando-me com frequência a absolver faltas que me sentia propenso a condenar, não exclamasse: ‘Mas como era um coração de ouro!’
(Marcel Proust, **Em busca do tempo perdido**).

LÍSIAS, Andressa Paula Senna. **A formação dos precedentes no sistema de recursos repetitivos**. 2021. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2021.

RESUMO

Muito se tem estudado no Brasil sobre precedentes, especialmente após o início da vigência do CPC/2015. Tais estudos, seja no âmbito doutrinário ou no universo de pesquisas científicas, dedicam-se ao exame da eficácia vinculante, com base no artigo 927 do código processual. Partindo dessa observação, e reconhecendo a relevância dos embates teóricos em relação à vinculação, optou-se por direcionar o foco dessa pesquisa a um segundo aspecto: o modo de produção do precedente. Como não seria possível abarcar todas as modalidades do artigo 927, já que cada mecânica aludida naquele dispositivo é particular, elegeu-se apenas a técnica de recursos repetitivos como objeto. Por se tratar de julgamentos que serão padrão decisório para outros casos repetidos, investigar e trazer à lume suas condições de formação é tão importante quanto sua repercussão posterior. No presente trabalho buscou-se, então, identificar essas condições formativas com base na CF/1988 e em normas do CPC/2015, e compreender se foram adequadamente implementadas e regulamentadas. Foram pensados, assim, os níveis ótimos de publicidade, contraditório, isonomia e participação que tornariam legítimo, democrático e constitucional o processo de produção da decisão, em todas as etapas. Em contrapartida, ao perseguir essa proporção ideal dos valores e direitos fundamentais, na medida em que a análise avança, evidenciaram-se alguns pontos de deficiência no modelo atual. Como se verá, a morfologia da pesquisa explora, com frequência, a tensão entre ambas as faces do problema: a formação e a deformação. E faz sentido sê-lo, afinal, o sistema brasileiro de precedentes está sendo construído, não é algo completo neste momento. É muito possível que sua consolidação, ao longo dos próximos anos, ainda acomode certos ajustes – alguns deles legislativos – que o aperfeiçoem. A reflexão crítica ajuda a despertar essa construção. Feito o percurso proposto no trabalho, conclui-se que o processo de produção do precedente pode contribuir para concretizar a estabilidade e o consenso da solução judicial.

Palavras-chave: Precedente; Repetitivo; Repercussão Geral; Recursos; Tribunais

LÍSIAS, Andressa Paula Senna. **The precedent's formation in the repetitive appeals system**. 2021. 128f. Dissertation (Master's degree), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

Much has been studied in Brazil on precedents, especially after the CPC / 15 came into force. Such studies, in the doctrinal sphere or the scientific survey universe, are dedicated to examining the binding effects, based on article 927 of the Code. Considering this and recognizing the relevance of theoretical discussions in relation to the binding, we chose other focus for this research: the decision-making process. As it would not be possible to approach all the items of article 927, because each mechanic there is particular, we chose only the technique of repetitive appeals as our object. As these judgments will be standard for other repeated cases, investigating and highlighting their production conditions is so important as their subsequent repercussions. In this survey, we seek, then, to identify these conditions based on the Federal Constitution (CF/88) and the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 (CPC/15), and understand if they were properly implemented and regulated. Thus, we think optimal levels of advertising, contradiction, equality and participation would make the decision-making process legitimate, democratic and constitutional, at all stages. On the other hand, the search for this ideal proportion of fundamental values and rights shows, as the analysis progresses, some points of deficiency in the current model. As will be seen, the research morphology frequently explores the tension between both sides of the problem: formation and deformation. And it makes sense, because, after all, the Brazilian system of precedents is being built, it is not quite complete nowadays. It is very possible that its consolidation, next years, will still accommodate certain adjustments - some of them legislative - that will improve it. Critical reflection helps to awaken this construction. Having done the path proposed in this survey, we conclude precedent-making process can contribute to achieving the stability and consensus of the judicial solution.

Keywords: Precedent; Repetitive; General repercussion; Appeals; Courts.

LISTA DE ABREVIATURAS

AJUFE	Associação dos Juízes Federais do Brasil
AJUFESP	Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
APAMAGIS	Associação Paulista de Magistrados
Art.	Artigo
Inc.	Inciso
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015)
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/1973)
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
EC	Emenda Constitucional
ICMS	Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
PIS	Contribuição para o Programa de Integração Social
PL	Projeto de Lei
Resp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	SISTEMA DE PRECEDENTES	16
2.1	A experiência na tradição do <i>common law</i> vs. a experiência brasileira	16
2.2	Os recursos repetitivos no CPC/1973 e no CPC/2015	21
3	A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO	24
3.1	Normas de concretização e a formação dos precedentes	24
3.2	Processo ou procedimento na formação dos precedentes	27
4	O QUE AINDA PRECISA SER CONCRETIZADO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO	32
4.1	Publicidade dos atos processuais	32
4.2	Contraditório e ampla defesa	40
4.3	Princípio da igualdade	45
4.3.1	O nivelamento das demandas idênticas que discutem a mesma questão jurídica	45
4.3.2	Igualdade na aplicação da justiça: solução única para todas as ações iguais	55
4.3.3	Igualdade na aplicação da justiça: sob o ponto de vista dos elementos presentes na ação individual	57
4.3.4	Igualdade na aplicação da justiça: sob o ponto de vista dos elementos presentes no precedente – enunciados, tese jurídica e <i>ratio decidendi</i>	65
4.3.4.1	Enunciados de tese jurídica	66
4.3.4.2	<i>Ratio decidendi</i>	71
4.4	Representatividade	82
4.4.1	A representatividade na sistemática de recursos repetitivos	82
4.4.2	Técnicas de representatividade em relação aos litigantes individuais dos casos repetidos	86
4.4.2.1	Exercício da representatividade por meio da abrangência dos argumentos e fundamentos	87
4.4.2.2	Exercício da representatividade por meio da participação e inclusão – <i>amicus curiae</i> e audiências públicas	91
4.4.2.3	Representatividade em relação às demais instâncias julgadoras – um olhar para o interior do sistema judiciário	99
5	PROPOSIÇÕES ADICIONAIS	102
5.1	A necessidade de inclusão e da participação dos juízos de primeiro grau na formação dos precedentes	102
6	CONCLUSÃO	111
	REFERÊNCIAS	114
	GLOSSÁRIO	128

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, muito se tem discutido no Brasil sobre precedentes judiciais. A maioria¹ dos estudos empenha-se em apresentar a visão minuciosa dos principais institutos do *common law*, a fim de compreender em que medida seria possível utilizá-los, com as devidas adaptações, no sistema brasileiro. São trabalhos de inegável relevância, focados na aplicação do precedente.

Com o início da vigência do CPC/2015, o art. 927 tornou-se o principal condutor das discussões no Brasil. No aludido dispositivo, o legislador elegeu e catalogou as modalidades de decisões e enunciados de súmulas cuja finalidade seria proporcionar a uniformização da jurisprudência, além de mantê-la estável, íntegra e coerente. São elas: i) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; ii) súmula vinculante; iii) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; iv) acórdãos proferidos em recursos extraordinário e especial repetitivos; v) enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ); e vi) decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais aos quais os demais órgãos jurisdicionais estiverem vinculados.

¹ Conforme agrupamento exemplificativo de publicações científicas a seguir: MARIONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Eficácia vinculante – a ênfase a *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, v. 184, p. 9-41, jun. 2010. São Paulo: RT *online*, 2010; CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 215, p. 207-246, São Paulo: RT *online*, jan. 2013; JOBIM, Marco Félix. A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso escola vs. Coca-Cola Bottling Co. **Revista de Processo**, v. 237, p. 403-419, São Paulo: RT *online*, nov. 2014; PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**, v. 248, p. 331-355, São Paulo: RT *online*, out. 2015; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, v. 785, p. 46-72, São Paulo: RT *online*, mar. 2001; GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 40-47, São Paulo: RT *online*, dez. 1996; MACEDO, Lucas Buriel de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 89-120, São Paulo: RT, jan.-jun. 2006; ABBoud, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314, p. 301-313, São Paulo: RT *online*, abr. 2021; CARREIRA, Guilherme Sarri. Breves considerações sobre a aplicação do precedente judicial no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 270, p. 353-382, São Paulo: RT *online*, ago. 2017; MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, São Paulo: RT, fev. 2019; GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 257, p. 343-370, São Paulo: RT *online*, jul. 2016, dentre tantos outros que poderiam ser citados.

Ao examinar esse dispositivo, a doutrina tem se dividido quanto à efetiva existência de efeito vinculante² em todas as modalidades de pronunciamentos indicadas pelo legislador. A controvérsia instaurada é quanto à existência de inconstitucionalidade na suposta vinculação. No caso das súmulas vinculantes e das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, o debate sobre o caráter de obrigatoriedade é balizado pelo que a própria Constituição Federal de 1988 prescreveu (arts. 103-A e 102, § 2º).

A discussão não está solucionada, contudo, muitos trabalhos consideram que as técnicas catalogadas no art. 927 seriam vinculantes e obrigatórios. Alguns fiam-se na interpretação do art. 489, § 1º, VI, já que o cabimento da reclamação asseguraria

² No sentido de não haver vinculação, com exceção à súmula vinculante e decisões em controle concentrado de constitucionalidade: “Não tem constitucionalidade efeito vinculante. Para que pudesse ter, seria necessária expressa autorização da Constituição. Como ainda não existe permissão constitucional para o Poder Judiciário legislar (exceto no caso de súmula vinculante do STF (CF 103-A) e de decisão de mérito transitada em julgado em controle abstrato de constitucionalidade [CF 102, § 2º], não há que se permitir reclamação quando o conteúdo do julgamento proferido nos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em RE e RESP repetitivos não tiver sido aplicado pelo órgão judiciário”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 2.128). Alexandre Freitas Câmara chega a conclusões semelhantes: “o mero fato de um padrão decisório estar inserido no rol contido no art. 927 do CPC/2015 não é suficiente para lhe atribuir eficácia vinculante. A eficácia vinculante de alguns padrões decisórios não provém do fato de estarem no art. 927 do CPC/2015, mas do regime próprio de cada um desses padrões decisórios. Ocorre que não existe, para os enunciados de súmula (art. 927, IV) e para as orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais (art. 927, V), qualquer disposição que se possa ter por análoga às que se encontram nos arts. 102, § 2º, 103-A, da Constituição da República (para as decisões definitivas proferidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade e para os enunciados de súmula vinculante), ou nos arts. 947, § 3º, 985, II, e 1.040 do CPC/2015 (aplicáveis ao incidente de assunção de competência, ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao julgamento de recursos repetitivos, respectivamente)”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 282). No mesmo sentido, os comentários de José Cruz e Tucci ao artigo 927; (BUENO, Cassio Scarpinella (coord.) *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31). Com diferente compreensão do tema, destacamos Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “não há inconstitucionalidade alguma na circunstância do legislador ordinário exigir respeito, sob pena de reclamação, a precedentes produzidos em determinados contextos. A inconstitucionalidade existe, sim, na situação que há hoje: escancarado desrespeito à isonomia e frustração integral do direito à razoável duração do processo. Afinal, a tripartição de poderes, que pode ter várias versões e não é a única salvaguarda da sociedade contra os abusos de Poder”. (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 588). Daniel Mitidiero fundamenta de modo diferente, mas conclui haver vinculação porque a força vinculante não dependeria de uma manifestação do direito positivo, mas da consideração do ordenamento jurídico como um todo, da segurança jurídica. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 99). Hermes Zaneti Júnior, igualmente, entende que não há inconstitucionalidade porque a vinculação, na verdade, proporciona uma integração entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, em que o legislador cria o direito dentro da moldura da CF/1988 e o juiz o reconstrói dentro do processo de interpretação, garantindo mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 400-403).

a autoridade e o respeito àqueles instrumentos. Já outros baseiam-se na Constituição Federal de 1988, sustentando que a imperatividade está relacionada à garantia de duração razoável do processo e à igualdade de todos perante o direito.

Discordamos desse posicionamento e nos inclinamos a pensar que se a CF/1988 tivesse consentido vinculação para outros instrumentos além dos indicados arts. 103-A e 102, § 2º, o teria feito com a mesma intencionalidade, expressamente.

Independentemente disso, como a observância dessas decisões e súmulas tem sido considerada obrigatória por grande parte dos estudos, uma segunda questão nos chama atenção: o modo de produção desses pronunciamentos. Daí porque sentimos a necessidade de direcionar nossa pesquisa para esse aspecto ainda pouco explorado³.

Logo, se hoje convivemos com a ideia de que as decisões e os enunciados de súmula mencionados no art. 927 do CPC/2015 são aplicados de modo cogente, parece lógico perquirir um pouco mais e entender como ocorre sua formação, sua gênese.

A propósito, a legislação prevê inaplicação do paradigma em razão de distinção entre os casos confrontados. No entanto, esse afastamento não tem lugar se o juízo de aplicação entender que o padrão decisório do art. 927 foi malformado. Dessa forma, aprofundar as observações a respeito de sua constituição pode trazer mais segurança a sua aplicação.

Definido esse enfoque, precisamos fixar um novo recorte para delimitar a pesquisa. É certo que existem confluências⁴ em relação a algumas técnicas do art. 927 e delas, seguramente, nos beneficiaremos. Porém, igualmente, há especificidades. O CPC/2015 estabeleceu procedimento próprio para os recursos repetitivos, que, por

³ Importante, por isso, destacarmos o mérito e o pioneirismo da recente pesquisa dedicada à formação das súmulas, em que Letícia Zuccolo Daniel demonstra a carência do contraditório na produção sumular, além de propor melhorias relacionadas à divulgação deste indexador jurisprudencial, em análise similar à que será desenvolvida por nós no presente trabalho. (DANIEL, Letícia Zuccolo Paschoal da Costa. **A formação das súmulas pelos tribunais superiores a partir do CPC/2015**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2020).

⁴ É de se realçar, inclusive, consenso quanto à existência de um microssistema composto dos incidentes de resolução de demandas repetitivas – arts. 976 a 987 do CPC/2015 – e regime de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos – arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015. (MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I “a”. **Revista de Processo**, v. 258, p. 419-446, São Paulo: RT online, ago. 2016; TEMER, Sofia Orberg. O microssistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 279-294).

seu turno, é diverso do aplicável aos demais. O segundo recorte adotado, então, será para selecionar apenas um deles de dentro desse universo.

Optamos pelo regime de recursos repetitivos disciplinado entre os arts. 1.029 e 1.041 do Código. Ou seja, com isso, investigaremos apenas um dos tipos de precedentes estabelecidos no art. 927 do CPC/2015. Desta forma, refletindo sobre *como* a decisão condutora é formada no regime de recursos repetitivos, abordaremos cada uma das etapas intermediárias que compõem essa construção. Por isso, demos ênfase à fase de seleção preliminar dos casos, que, a teor do art. 1.036, § 1º, do Código, acontece perante os tribunais regionais ou locais, além da seleção e da afetação do caso representativo. O momento do julgamento também foi abordado sob o aspecto formativo.

A metodologia traçada para a análise mencionada, porém, não se pauta nessas etapas para dividir os assuntos. Optamos por partir dos princípios e das garantias constitucionais, que as une. Em face disso, os capítulos da nossa investigação foram segregados com base nos aspectos constitucionais que devem ser concretizados nas fases de formação do precedente. Assim, nosso objetivo foi buscar o detalhe de cada etapa, averiguando em que medida suas características se alinham ou não às diretrizes constitucionais.

Sem limitar o estudo à organização de críticas em torno da norma positivada, também nos preocupamos em indicar possíveis alternativas para aprimorar a sistemática. Para isso, apresentamos reflexões e pequenas propostas, procurando encaminhar os pontos deficientes.

Ao final da pesquisa, após analisarmos as fases formativas, abordamos a participação do magistrado de primeiro grau, consolidando, assim, nossas contribuições.

2 SISTEMA DE PRECEDENTES

2.1 A experiência na tradição do *common law* vs. a experiência brasileira

Antes de penetrarmos o tema, sondar a terminologia “precedente” é importante.

Nos países com tradição do *common law*⁵, conforme aponta a literatura estrangeira, *precedent* aparece em relação de proximidade com o respeito ao passado⁶. Neil Duxbury ressalta o *precedent* como uma conexão entre eventos passados e ações presentes, na qual o passado age como um guia para o presente⁷. Seguir um precedente é uma atividade de olhar para o passado, ver o que nele foi decidido e usar lições pretéritas para resolver problemas atuais.

No *common law*, o julgamento baseado na aplicação de decisões anteriores é uma construção feita ao longo de séculos⁸. E esse direito desenvolvido pelos juízes, além de conferir integridade ao sistema judicial, cria entre os cidadãos a sensação de confiança⁹.

⁵ Esta tradição jurídica é presente ainda hoje no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, na Irlanda, nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia, além de exercer influência sobre os ordenamentos africanos e asiáticos. (DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 21-24).

⁶ “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic part of human practical reason”. (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016, p. 585). E de forma semelhante: “Law characteristically faces backward. Unlike most forms of policymaking, which are concerned with a proposed policy’s future consequences, legal decision-making is preoccupied with looking over its shoulder. Frequently in law, but less so elsewhere, it is not enough that a decision produces desirable results in the future; the decision must also follow from or at least be consistent with previous decisions on similar questions”. (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36).

⁷ “This book is concerned with one specific decision-making option: deciding on the basis of what was done when the same matter had to be resolved in the past. When we decide in this way, we decide according to precedent. A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. [...] Precedent-following is very obviously a backward-looking activity [...]”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: United Kingdom: Cambridge University Press, 2008, p. 1).

⁸ “O direito inglês só pôde desenvolver-se e tornar-se um sistema porque, desde uma época bastante antiga – desde o século XIII – existiram coletâneas de jurisprudência e porque os juízes levaram muito em consideração os precedentes”. (RENÉ, David. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 13). No mesmo sentido: “some branches of our law are almost entirely the product of the decisions of the judges whose reasoned judgments have been reported in various types of law reports for close on 700 years”. (CROSS, Rupert; HARRIS, Jim. **Precedents in english law**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 226).

⁹ O papel fundamental das decisões judiciais – as quais, no sistema britânico, são inclusive fonte de direito, é destacado por Herbert Lionel Adolphus: “Um supremo tribunal tem a última palavra ao dizer o direito e, uma vez que o tenha declarado, a afirmação de que o tribunal “errou” não tem consequências dentro do sistema: o fato não altera os direitos ou deveres de ninguém”. (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. t. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 183). Toni M. Fine ressalta o efeito disso: “Quando cidadãos e entidades, ao

No Brasil, temos justamente buscado implementar e enraizar o respeito às decisões judiciais. Por isso, o Código realça como dever dos tribunais a manutenção da uniformidade, da integridade, da estabilidade e da coerência (art. 926)¹⁰.

Nesse contexto, embora não seja fácil realizar aproximações entre o *common law* e as questões brasileiras, nos inspiramos em conquistas¹¹ daquela tradição, de certo modo almejando-as para a nossa ordem processual.

O Brasil, porém, está inserido no *civil law* e na tradição histórica romano-germânica em que a resolução dos conflitos ocorre por aplicação de normas positivadas. A fonte primária do direito é a lei¹².

atuarem em um estado, percebem que as cortes tratam as partes que se encontram em posições similares da mesma forma, surge grande confiança no sistema, o que de outra maneira não aconteceria [...]. Se as regras forem constantemente reformuladas e aplicadas de modo inconsistente, o sistema passará a aparentar instabilidade, imprevisibilidade e arbitrariedade". (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 78).

¹⁰ A Exposição de Motivos do Código também evidencia o propósito de combater a dispersão no direito jurisprudencial, pois "haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade". (BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 313 p. Conteúdo: Dispositivos constitucionais pertinentes – Informações Complementares. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021, p. 27).

¹¹ Além da uniformidade nas decisões gerar maior sensação de justiça para a sociedade, Toni M. Fine lembra de que a estabilidade jurídica proporcionada pelo sistema de precedentes, no sistema anglo-americano, amplia a confiança no sistema judicial. Ademais, eleva-se a eficiência judicial por meio do *stare decisis*: "a utilização do precedente judicial como uma diretriz dentro do sistema jurídico pode promover uma grande eficiência. *Stare decisis* significa que a Corte não precisa considerar novamente todos os princípios legais a ela apresentados. Pode utilizar casos decididos anteriormente que envolvam as mesmas questões legais como um guia". (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 77).

¹² René David destacou as principais diferenças entre tais tradições: "No direito francês e nos outros direitos da família romano-germânica, os princípios do direito foram sempre procurados num corpo de regras preestabelecido: antigamente, *Corpus juris civilis*, hoje, códigos. A jurisprudências nos nossos "países de direito escrito" apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: *non exemplis legibus judicandum est*, declara o código de Justiniano. As decisões de jurisprudência podem efetivamente ser dotadas de uma certa autoridade; mas, de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito. Na verdade, isto seria desnecessário; temos já, independentemente delas, um sistema de regras de direito que basta a si próprio. Na Inglaterra, a situação apresenta-se, contudo, muito diferente. Nunca se reconheceu lá a autoridade do direito romano como se fez no continente europeu. A *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a "certeza" e comprometerem a própria existência da *common law*. A obrigação de recorrer às regras estabelecidas pelos juizes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juizes ingleses o recurso às regras criadas

Isso pode explicar um pouco porque, em nosso ordenamento, a origem do precedente está ligada à força normativa. A discussão quanto ao art. 927 está evoluindo, como pontuamos. De toda forma, diversamente do *common law*, o precedente que surge aqui detém relação estreita com a lei codificada.

A par disso, ao progredir na construção brasileira, a teoria vem examinando experiências do direito estrangeiro e tem compreendido que alguns elementos externos contribuem para o modelo brasileiro. Mas nem todos. Aliás, tão essencial quanto entender o que *pode* nos aproximar do *common law* é saber o que *deve* ser dissociado entre esses sistemas que não pertencem à mesma tradição histórico-jurídica. Algumas rupturas, afinal, são esperadas.

Nessa linha, o direito brasileiro também precisa elucidar e enfrentar suas particularidades. E dentro do que lhe é próprio, tem lidado com uma crônica dispersão nas soluções judiciais, somada à elevação exponencial do volume de processos judiciais, que é problema antigo¹³.

No Brasil, a história que explica o périplo em torno dos precedentes é anterior à Constituição Federal de 1988 e à criação do Superior Tribunal de Justiça. Muito antes, já se observavam movimentações legislativas destinadas a conter o número de recursos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal. Citando apenas alguns exemplos, em 1958, a Lei n. 3.396/1958 concedeu poderes aos presidentes dos tribunais de origem para denegar o seguimento de recursos extraordinários; em 1963, foi instituída a súmula de jurisprudência dominante do STF; em 1975, foi criado o incidente de arguição de relevância; e, em 1988, o STJ, visando a assumir parte das competências e atribuições antes concentradas no STF, e solucionar o problema de congestionamento.

Em meio a esse cenário, uniformizar a solução para dada controvérsia desponta como necessidade que, definitivamente, não é nova. E, como dissemos, soma-se à carência de agilidade na resposta jurisdicional.

pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu". (DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 340-341).

¹³ A crise brasileira quanto à administração da justiça e a dificuldade de lidar com os contenciosos altamente volumosos é histórica. Segundo Taís Schilling Ferraz, registros indicam os primeiros sinais de acúmulo no STF já no início do século XX. O Supremo Tribunal foi instituído em 1890, ainda sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (pré-republicana). Quando nasce o STJ, muitas décadas depois, sob a CF/1988, o propósito era de assumir parte das competências revisionais antes atribuídas ao STF, dado o crescimento exponencial que todo ano se verificava nos recursos extraordinários desde então. (FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40).

São milhares de processos pendentes de julgamento, muitos deles repetindo a mesma discussão e, para agravar a administração da justiça, falta consenso na interpretação da lei. A ideia do precedente brasileiro emerge desse contexto claramente destinado a aplacar o alto volume de demandas e a dispersão na jurisprudência.

Depois da Constituição Federal de 1988, as movimentações legislativas seguiram no mesmo sentido anterior. Para pinçar, dentre tantos, um exemplo mais ilustrativo, na criação da repercussão geral pela EC n. 45/2004, inicialmente disciplinada pela Lei n. 11.418/2006 – ainda antes do CPC/2015, foi renovado o anseio de restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF¹⁴. Apesar disso, depois da implementação da repercussão geral, os problemas quantitativos permaneceram indomados no STF, reafirmando, uma vez mais, as idiosincrasias do contencioso brasileiro¹⁵.

Esse contexto parece oferecer algumas explicações para que, anos depois, no regime de recursos repetitivos do CPC/2015, o precedente formado pela Corte esteja praticamente predestinado à aplicação – ou “replicação” em todas as demandas múltiplas que versem sobre mesma temática. No momento em que o paradigma é proferido no caso piloto que representa a controvérsia – o recurso representativo – já se sabe que essa única solução será reverberada à multiplicidade de processos individuais considerados iguais (arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015).

Essa lógica, portanto, difere do direito anglo-americano, no qual apesar de haver vinculatividade, o *precedent* não é concebido com vistas à ulterior aplicação. A decisão apenas recebe essa qualificação ao ser citada no fundamento da decisão proferida em determinado caso sucessivo. Não é possível estimar se e quando isso

¹⁴ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. **Relatório final da Comissão Mista da Reforma do Poder Judiciário**, de 2006, p. 1412. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

¹⁵ Em artigo sobre os dez primeiros anos da repercussão geral, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego enfatizam o desafio de gestão do volume, mostrando como estamos distantes da realidade estrangeira: “em 2006, no ano anterior ao início de vigência da repercussão geral, foram protocolados no Tribunal 127.535 novos processos. A partir de 2007, este número começou a cair, chegando a 64.018, em 2011. Desnecessário enfatizar que os números continuaram ridículamente elevados. Para que se tenha um parâmetro de comparação, a Suprema Corte dos EUA recebe de 7.000 a 8.000 casos por ano, dos quais apenas 80 terão sustentações orais ouvidas e serão decididos pelo plenário. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal recebe cerca de 6.000 casos por ano, dos quais 99% são considerados sem significação constitucional fundamental, restando, portanto, cerca de 60 casos”. (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral**: ideias simples para reverter um fracasso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/274826/como-salvar-a-repercussao-geral-ideias-simples-para-reverter-um-fracasso>. Acesso em: 29 abr. 2021).

acontece. E não só. Além dos propósitos serem distintos, há problemas relativos ao modelo de recursos repetitivos que são autorreferentes, não havendo comparações possíveis com o *common law*¹⁶. Para tratá-los adequadamente, a investigação demanda a análise do sistema processual brasileiro em particular.

Como exemplo da autorreferencialidade em nossos problemas nativos, podemos citar a série de julgamentos em recursos repetitivos sobre temas idênticos, em sentidos interpretativos diversos¹⁷. Seria aceitável se a superação do posicionamento sobreviesse muito tempo após a pacificação, sob condições e justificativas específicas. Afinal, segurança jurídica é sinônimo de continuidade jurídica¹⁸. No entanto, lamentavelmente, temos decisões discrepantes em pequenos intervalos de três, dois anos, entre uma solução e outra.

Historicamente, e permeado pelo aspecto jurídico, o que em nosso país temos denominado “precedente” não se assemelha totalmente ao *precedent* da família do *common law*. Dessa forma, quando se alude à decisão proferida em recursos repetitivos como precedentes, essa terminologia deve antes remeter ao próprio histórico brasileiro. No Brasil, a origem dos denominados “precedentes” está conectada à necessidade de eficiência e de uniformidade na resposta jurisdicional para solucionar casos iguais e múltiplos.

¹⁶ Interessante notar que a construção, na tradição do *common law*, não foi descomplicada e também precisou lidar com particularidades daquela sociedade. Como aponta René David, as Cortes Reais – que, no século XIX, deram origem às Cortes *de jure* no direito inglês – enfrentaram muitas disputas de poder: “O desenvolvimento da *common law* não se produziu sem atritos. Os senhores feudais, que haviam assumido, em seus domínios, a administração da justiça e que arrecadavam seus ganhos, opuseram-se à extensão das Cortes Reais. Por isso, o desenvolvimento dessa competência só se realizou e sempre permaneceu, na medida do possível, no âmbito das normas processuais antigas. Os juízes só ampliaram sua competência caso a caso [...]”. Nos séculos seguintes, o Parlamento também figurou nesses conflitos. Aos poucos, o enfrentamento de cada crise moldou e modernizou o direito inglês bem como sua organização judiciária. (RENÉ, David. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 5-10).

¹⁷ Gilberto Andreassa Junior chama atenção ao fato, pontuando-o como um dos perigos presentes em nossa sistemática, que dará ainda origem a outros novos problemas. Citando exemplos, menciona os Resp’s repetitivos n. 1.070.297 (2009), 973.827 (2012), 1.124.552 (2014) e 1.388.972 (2017), que decidiram de modo totalmente diferente a possibilidade de cobrança capitalizada de juros. (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Toth, 2021, p. 96-102).

¹⁸ Pequeno aparte para anotar que há estudos chamando atenção à necessidade de se planejar a mudança de entendimento pretoriano. Alguns defendem a técnica de anúncio prévio, por meio da qual o tribunal deve antecipar aos jurisdicionados a possibilidade de mudança de posição, o que torna ainda mais grave o cenário de alterações bruscas como as citadas nos quatro recursos repetitivos. (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, v. 221, p. 13-48, São Paulo: RT, jul. 2013).

Ainda assim, tanto nos recursos repetitivos como no *common law*, o caso sucessivo beneficiar-se-á de um padrão decisório proferido em outro caso. Mesmo que o momento e a forma de reconhecer-se determinada decisão como precedente sejam diferentes em ambos os sistemas confrontados, há em comum o fato de que o caso decidido anteriormente servirá de fundamento à decisão do caso sucessivo.

Nesse ponto, então, parece residir a proximidade importante a permitir que, com todas as ressalvas e diferenças estabelecidas, se considere “precedente” o julgado proferido sob a técnica de recurso repetitivo, de sorte a possibilitar buscar no *precedent*, da família do *common law*, algumas construções e legados que possam auxiliar na teorização do tema no Brasil.

2.2 Os recursos repetitivos no CPC/1973 e no CPC/2015

Dando início à discussão das questões que tangenciam o regime objeto da pesquisa, vale resgatarmos um pouco do histórico que culmina em sua forma atual. O CPC/2015 não inovou totalmente em relação aos recursos repetitivos, mas essa sistemática, ao menos em parte, foi iniciada no Código de Processo Civil anterior (CPC/1973) e na Emenda Constitucional n. 45/2004

Como aludido acima, o instituto da repercussão geral foi estabelecido pela EC n. 45/2004 e foi disciplinada, primeiramente, pela Lei n. 11.418/2006.

Em 2006, após a EC n. 45/2004, o CPC/1973 passou a autorizar a identificação da repercussão geral a partir de recursos múltiplos envolvendo a mesma controvérsia (art. 543-B, incluído pela Lei n. 11.418/2006). Em 2008, o CPC/1973 acrescentou autorização similar para os recursos especiais (art. 543-C, incluído pela Lei n. 11.672/2008). No entanto, no Código anterior, ainda não havia uma disciplina própria e o mecanismo existente era incipiente.

O que o CPC/2015 fez foi disciplinar a sistemática de forma mais minuciosa (o que fica claro a partir do art. 1.036). Além disso, ao aproximar os recursos especiais e extraordinários de índole repetitiva, o legislador passou a agrupá-los sob a mesma disciplina.

No Código atual, a nomenclatura “recurso repetitivo” refere-se ao REsp e ao RE. Assim, o RE afetado como “repetitivo” é o condutor da repercussão geral reconhecida¹⁹ pelo STF.

O sistema de recursos repetitivos, conforme destacado pela doutrina²⁰, foi concebido, em certa medida, para fazer frente à descontrolada tramitação de ações judiciais repetidas. O objetivo é julgar um dos casos repetidos e aplicar a decisão a todas as demais²¹ ações em curso e sucessivas. Com o julgamento por amostragem, espera-se que o Poder Judiciário ganhe agilidade, eficiência e consiga reduzir os volumosos estoques de disputas idênticas que aguardam solução.

Há, sem dúvidas, um aspecto quantitativo que pode entrar em conflito e contrapor a qualidade da prestação jurisdicional. Como pano de fundo do regime de recursos repetitivos, existe, de fato, certa polarização adversarial entre o julgar bem e o julgar depressa²²; entre o tempo razoável de duração do processo e a prestação jurisdicional justa.

¹⁹ “Como um dos fatores para a demonstração da repercussão geral é a presença de questões relevantes ‘que ultrapassem os interesses subjetivos do processo’ (art. 1.035, § 1º), é correto entender que o recurso extraordinário que tenha repercussão geral reconhecida será *também* afetado como repetitivo”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos**. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 704, destaque no original).

²⁰ A respeito dos instrumentos defensivos, técnicas de filtragem e julgamento por amostragem: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2016, p. 547-548; FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-57; ROSSI, Julio Cesar. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173; MELLO, Patricia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017, p. 839; SILVA, Michelle Najara Aparecida. Aplicação parametrizada dos precedentes judiciais no conhecimento dos recursos no STJ como técnica de gestão processual voltada para redução dos efeitos da jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 302, p. 343-376, São Paulo: RT, abr. 2020.

²¹ Como exemplo, na sessão de julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 574.706 – RG, em 13/05/2021, sob a Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir seu voto, salientou a estimativa de que o *leading case* (tese: ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS) repercutiria em cerca de outras 56 mil ações judiciais repetidas, em tramitação perante o Poder Judiciário. TOMAZELLI, Idiana. Estadão conteúdo. **Quatro do STF votam pela limitação do efeito de tirar ICMS da base PIS/Cofins**. Publicado em: 13-05-2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/05/13/quatro-do-stf-votam-pela-limitacao-de-efeito-de-tirar-icms-da-base-pis-cofins.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

²² ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. **Revista de Processo**, v. 150, p. 70-80, São Paulo: RT, ago., 2007; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2016, p. 549.

Diante disso, sem abandonar a necessidade de eficiência²³, concentraremos nossa análise na potencialidade do precedente como instrumento de padronização decisória que, se bem formado, poderá oferecer igualdade perante o direito, estabilidade, integridade, coerência e segurança jurídica como preconizado pelo Código. Para isso, a construção do paradigma deve concretizar exigências constitucionais as quais veremos mais adiante.

²³ Aliás, é muito possível pensarmos em uma equalização entre eficiência e os demais valores constitucionais, conforme destaca Amílcar Araújo Carneiro Júnior: “As constantes reformas processuais, apesar de oferecerem técnicas que cada vez mais valorizam os precedentes judiciais, eficazes sob o ponto normativo, ainda não foram consolidadas, até porque a simples previsão legal, por si só, não é eficaz se não for colocada em prática de uma maneira mais eficiente, o que somente ocorrerá quando sedimentar-se uma verdadeira cultura jurídica de respeito aos precedentes, não pela aplicação automática de ementas, mas pela compreensão dos princípios e regras jurídicas estabelecidos em casos anteriores em situações idênticas. Princípios e regras que devem estar em consonância com a Constituição, que é o princípio fundante de todo o sistema”. (CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 340). Embora a análise refira-se às reformas anteriores ao CPC /2015, a conclusão ainda é válida e atual.

3 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO

3.1 Normas de concretização e a formação dos precedentes

Neste capítulo, introduziremos noções sobre a missão do CPC/2015 em relação à produção do precedente. Assumindo confessadamente os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno, encamparemos as *normas de concretização* que regulamentam o direito processual civil e são direcionadas ao processo²⁴.

Tecer um diálogo entre o tema pesquisado e as normas de concretização traz à tona a relevância da atividade legislativa para se definir e organizar atos processuais e de existência do devido processo na formação do padrão decisório.

Além de estabelecer os pilares que irão viabilizar a ponte entre as normas de concretização e a formação dos precedentes (em sua obra, denominados “indexadores jurisprudenciais”²⁵), Cassio Scarpinella Bueno instiga essa construção teórica, ao voltar sua percepção ao modo *como* são construídos os padrões decisórios e alertar que o “CPC é pouco claro, quanto ao indispensável e prévio processo de formação dos indexadores jurisprudenciais como um todo – para todos os referenciais constantes do art. 927, embora existam, no âmbito do IRDR e do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, importantes elementos para aquele fim”²⁶.

A proposta radica-se no modelo constitucional de processo civil e no devido e prévio processo, além de elementos dispersos no próprio CPC/2015, assim como na legislação extravagante. O trabalho de compreender a formação dos precedentes

²⁴ “Um grupo cujo elo agregador é a identificação (e o devido exame) das normas que, na perspectiva, têm como objetivo regulamentar o próprio direito processual civil. O que distingue este grupo dos demais é a qualidade de suas normas. Aqui, elas se voltam indiretamente ao plano do próprio processo e a seu modo de dever-ser. Sua ocupação dá-se com as normas jurídicas que, na perspectiva constitucional, são as esperadas para tratar do direito processual civil como um todo, inclusive do próprio processo”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 105).

²⁵ A obra, ao propor a denominação “indexador jurisprudencial”, destaca a ausência de critérios uniformes e homogêneo em relação às designações empregadas pelo Código nos arts. 926 a 928: “O ideal é que os precitados dispositivos se limitassem a fazer remissão aos arts. 926 a 928 ou que adotassem alguma fórmula redacional homogênea para aquele fim, razão de ser da sugestão aqui feita: “indexador jurisprudencial”. A falta de uniformização do texto empregado ao longo do Código de Processo Civil, contudo, não pode ser óbice à escorreita compreensão de seu sistema”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 392-394.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos**. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 406.

penetra elementos do Código, mas nele não se encerra. Suas etapas formativas são vistas, principalmente, a partir da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, o fim colimado pelo estudo é identificar elementos tanto na Carta quanto no sistema processual que possam melhorar o processo de produção dessas decisões, buscando mais conformidade constitucional²⁷.

Conforme demonstraremos, por se tratar de decisões de interesse público, o paradigma deve ser concebido no interior de um processo, no qual se assegure o amplo contraditório e a intensa cooperação entre Poder Judiciário e todos – pessoas, órgãos e entidades – que puderem subsidiar essa construção participativa, representativa e democrática²⁸.

Além disso, o sistema precisa assegurar a publicidade em todos os atos envolvendo a produção do precedente, da isonomia tanto do ponto de vista do tratamento dos casos tidos como idênticos, como da aplicação da justiça, dentre outros que ainda serão abordados.

Nesse passo é que, utilizando como força motriz o conceito de normas de concretização, realçamos o grau de responsabilidade e a missão do legislador em concretizar o modelo constitucional de processo civil²⁹ na produção dos indexadores jurisprudenciais.

²⁷ Nesse sentido, “a compreensão do processo na perspectiva dos direitos fundamentais e, especialmente, dos direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo, exige igualmente o controle das opções legislativas realizadas para a conformação do procedimento no nível da legislação infraconstitucional”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2019, p. 563). Do mesmo modo: É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve [...]. Hoje, acentua-se a ligação entre constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 3-4).

²⁸ “[...] a questão que se põe, então, é como fazer que o precedente judicial seja mais do que uma mera decisão com reflexos objetivos em casos semelhantes no futuro, para legitimar-se como tal também por meio do processo de sua formação (e não apenas pela autoridade daquele que o pronuncia), como a expressão concreta da melhor solução que o sistema jurídico vocalizou até aquele momento para determinada questão jurídica”. (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 154-157).

²⁹ “Para tratar de ‘direito processual civil’ é insuficiente referir-se ao ‘Código de Processo Civil’. Se é que isto já foi válido alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o ‘direito processual civil’ como, de resto, todos os outros ramos do direito e disciplinas jurídicas está inserido em um *contexto* bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como, para ir direto ao ponto, tratar de ‘direito’, de ‘qualquer direito’, sem que se volte os olhos em primeiro lugar para a Constituição”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121, *itálico presente no original*).

Essa compreensão sobre o papel das normas concretizadoras do processo civil foi desenvolvida com base em ensinamentos contidos no modelo de processo civil italiano. Para Italo Augusto Andolina, nessa linha, “la concreta organizzazione del processo avviene tramite l'interposizione del legislatore ordinario, il quale è obbligato, però, a tener conto dello schema paradigmatico offerto dalla Costituzione”³⁰.

O autor uruguaio Eduardo J. Couture³¹ ressalta ser dever do legislador desenvolver os direitos processuais enunciados pela Constituição. Partindo da estrutura básica constitucional, cabe ao Código de Processo Civil regulamentar os direitos e as garantias processuais constitucionais, além de implementar o repertório legislativo necessário e suficiente para concretizar esses direitos. A Constituição Federal de 1988 fornece o arcabouço basilar da ordem processual e o legislador, por seu turno, tem o papel de estruturar a lei processual e de realizar a justiça tal como enunciada em sua base.

Essa relevante noção decorre do fato de que o Estado de direito e as leis não possuem apenas a função de limitar o exercício do poder³², mas é bem mais desafiadora: implementar estruturas e mecanismos legais que viabilizem o efetivo exercício dos direitos fundamentais e a democracia consagrados pelo Constituinte, ou seja, um passo além³³.

³⁰ Tradução livre: “A organização concreta do processo se dá por meio da interposição do legislador ordinário, que é obrigado, no entanto, a levar em conta o esquema paradigmático oferecido pela Constituição”. ANDOLINA, Italo Augusto. Il ‘giusto processo’ nell’esperienza italiana e comunitaria. **Revista de Processo**, v. 126, p. 95-113. São Paulo: RT, ago. 2005.

³¹ COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 36-40.

³² Gilmar Mendes, sobre a função do legislador em relação aos direitos e garantias fundamentais, observa: “Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (*Regelung oder Ausgestaltung*) em lugar de restrição (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos”. (MENDES, Gilmar. A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” (Lei n. 8.024/1990). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 7, p. 24-73, abr.-jun., 1994).

³³ A esse respeito, José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar a estruturação do Estado constitucional pelo viés democrático que não se limita a conter o poder, devendo torná-lo legítimo e conforme: “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma ‘linha *Maginot*’ entre os ‘Estados que têm uma constituição’ e ‘Estados que não têm uma constituição’, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático [...]. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 98-100).

3.2 Processo ou procedimento na formação dos precedentes

Uma vez esclarecida a tarefa a ser desempenhada pelo Código, precisamos compreender melhor sobre as características em torno desse campo de atuação legislativa que ainda nos parece incompleto.

Uma questão inicial a qual trazemos à tona é a natureza da formação do precedente em sede de recurso repetitivo, para investigarmos se é processual ou procedimental, reflexão que nos permite adotar uma ampla variedade de caminhos. No entanto, cabe-nos lembrar inicialmente que a própria doutrina enxerga complexidades nas definições de “processo” e de “procedimento”, havendo até mesmo quem não aceite a interposição de barreiras entre as duas modalidades³⁴.

A par disso, é de notar-se que a formação do indexador jurisprudencial decorre, literalmente, de um processo e do exercício da jurisdição. Ora, de fato, o precedente extraído do recurso repetitivo origina-se de um caso concreto, conforme estatui a dinâmica do Código (art. 1.036 e seguintes). Disso decorre não se tratar de atividade administrativa, ou seja, a formação do precedente ocorre mediante o pleno exercício da atividade jurisdicional.

Há, então, uma controvérsia específica e determinada circunstância fática³⁵ provocando a interpretação da Corte. Mesmo que esteja destinado a produzir o precedente, o caso piloto é, inicialmente, um recurso individual que aguarda a prestação jurisdicional, conforme assegura o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988). Na essência, o paradigma não se separa do processo que lhe deu origem, de maneira que sua produção também se comunicará com essa característica.

³⁴ “O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2019, p. 578-579). Paula Sarno Braga, em trabalho monográfico sobre o tema, também enxerga dificuldade de, na prática, separar procedimento de processo com base nos critérios erigidos pela doutrina, os quais vê como insuficientes para os desafios de ordem pragmática. Essa autora oferece uma importante contribuição, chamando atenção à notória falta de consenso e até mesmo divergências agudas entre manifestações do Poder Judiciário, ou conflitos entre o Legislativo e o Executivo relativos ao processo legislativo (por exemplo, como se deu no Projeto de Lei n. 95/1993), em momentos de classificar dada situação como matéria processual ou procedimental (BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015).

³⁵ Interessante, nesse sentido, o RESP Repetitivo n. 1.704.520 (Tema 988), de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual a Corte Especial do STJ, ao fixar entendimento sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, teve o cuidado de delimitar o alcance da regra firmada às circunstâncias fáticas julgadas. Ou seja, o requisito de urgência apreciado no recurso repetitivo deverá também ser verificado no caso sucessivo, quando da aplicação do precedente.

Em contrapartida, essa característica não nos exime de destacarmos que a legislação fixa um procedimento visando a estruturar o processo para os recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041), o que leva alguns autores³⁶ a analisarem a construção do paradigma sob o ponto de vista do procedimento. Nada obstante, mesmo que se contemple a formação por esse viés, o fundamental é assegurar e concretizar os direitos e as garantias constitucionais em todas as etapas de produção do precedente.

Pontuamos, a propósito, que, no Brasil, a separação entre “processo” e “procedimento” também é considerada pela perspectiva da competência legislativa. Isso porque é competência privativa da União legislar sobre matéria de “processo”, ao passo que é competência concorrente da União, Estados e do Distrito Federal editar normas de “procedimento”, conforme estabelecem os arts. 22, I e 24, XI, ambos da Carta Magna. Ou seja, embora a doutrina ainda não tenha solucionado totalmente essas definições, a Constituição considera haver distinção entre um instituto e outro, e suas respectivas matérias.

Deste modo, a temática poderia multiplicar-se em emaranhados, eis que a Constituição concedeu a possibilidade de que cada Estado-membro da Federação discipline seu próprio procedimento. Com isso, ao menos teoricamente, haveria que se admitir a existência de diferentes normas estaduais e distritais em torno da formação do indexador jurisprudencial decorrente do recurso repetitivo. A discussão é ampla e não nos ocuparemos de abrangê-la neste espaço em todos os seus aspectos.

Isso porque, mesmo diante da separação mencionada pela Constituição, o Código tem exercido uma “função totalizante”³⁷ e estabelecido não apenas normas de processo, mas também normas de procedimento até que os Estados exerçam a competência legislativa do art. 24, XI. Talvez, já em função das referidas complexidades ainda pendentes na doutrina. Indo além, Elio Fazzalari, que concebe

³⁶ Para citar um exemplo, reproduzimos observação de Fábio Victor da Fonte Monnerat sobre a repercussão geral: “[...] a deliberação sobre a presença de repercussão geral, assim como o julgamento de mérito do recurso extraordinário com esse pressuposto de admissibilidade reconhecido, deve ser precedida de um procedimento específico, observadas as garantias e os princípios constitucionais de um modo proporcional à potencialidade de seus efeitos”. E nesse procedimento, o autor destaca a necessidade de a) potencialização do contraditório, sobretudo com a admissão de intervenção do *amicus curiae*; b) ampla publicidade da sessão deliberativa e do resultado da deliberação; c) duração razoável. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 383).

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 53-55.

“processo” e “procedimento” como fenômenos de significados distintos³⁸ que se sobrepõem³⁹, enfatiza que o processo possui uma característica importante que o particulariza: o contraditório⁴⁰. Ou seja, a noção de “processo” pressupõe a possibilidade de exercício do contraditório. Para esse autor, a concepção do processo está relacionada com a “habilitação” (estar apto)⁴¹ para o exercício da contrariedade e da participação por aquele que sofrerá efeitos do provimento.

É pensando nessa linha, e priorizando o contraditório e a ampla participação, que a formação do indexador jurisprudencial pressuporia, então, *um processo*⁴² que observe preceitos básicos do *due process*, raciocínio com o qual estamos alinhados.

³⁸ “A noção suficiente de processo decorre, por isso mesmo, da opção política feita pela Constituição brasileira de criar um específico modelo de Estado, um Estado Constitucional, e portanto, na exata medida em que tal realidade jurídica vigorar, o Estado só pode agir, só pode desempenhar as suas funções, cumprir e buscar atingir as suas finalidades se atuar processualmente, isto é, se agir em consonância e de acordo com um modelo prefixado que permita o escorreito exercício de suas funções, que só se legitimam na exata medida em que se busque o atingimento de determinados deveres, isto é, determinadas finalidades sempre públicas. [...] Por isso, não custa repetir, processo é método de atuação do Estado. Mas não de qualquer Estado. Apenas dos Estados Constitucionais. Como é este o caso do Estado brasileiro, é esta a concepção de processo que interessa àquele que se propõe estudar o processo como instituto fundamental do direito processual civil”. E acrescenta, arrematando a reflexão: “Não há como confundir processo com procedimento. Procedimento é o lado extrínseco, palpável, sensível e constatável objetivamente, pelo qual se desenvolve o processo ao longo do tempo. É a forma específica de manifestação, de organização, de estruturação do próprio processo, dos diversos atos e fatos relevantes para o processo (e, por isso, atos e fatos processuais) [...]”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 306-317).

³⁹ “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simetria da paridade de suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-120).

⁴⁰ “[...] até ontem, e talvez ainda hoje, a característica própria do processo – o contraditório – não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas, e o processo foi absolvido na genérica fisionomia do procedimento (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo adiante) e se revelou em toda a sua potencialidade de emprego”. (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112-114). Comentando a obra de Elio Fazzalari, Rosemiro Pereira Leal lembra desse destaque relativo ao contraditório: “[...] o processo define-se em Fazzalari por uma qualidade acrescida ao procedimento denominada contraditório. Quando o procedimento não se faz em contraditório, tem-se somente procedimento, não processo”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150-151).

⁴¹ E, sem prejuízo ao debate em torno desta definição, há motivos razoáveis para a adotarmos nesta pesquisa. Para carrear um exemplo, dentre tantos que poderiam ser aventados, recorde-se que, mesmo na concessão de tutela provisória “inaudita altera pars”, o exercício do direito ao contraditório permanece assegurado, mesmo que nesta situação específica concretize-se de modo postergado.

⁴² Cassio Scarpinella Bueno defende a indispensabilidade de um processo, prévio e devido, para a formação dos indexadores jurisprudenciais elencados no artigo 927 do CPC/2015, o qual deve ser pautado no modelo constitucional do direito processual civil, além de elementos dispersos no próprio

Na constituição do precedente, salientamos esta como sua principal característica. A contrariedade e a ampla participação⁴³ devem ser asseguradas, de forma a integrar a tomada de decisão e os atos processuais anteriores que encaminham e preparam essa resolução. Conforme demonstraremos, a sistemática do Código, embora pretenda ser exaustiva e “totalizadora”, parece inacabada em relação a esta questão, cumprindo aperfeiçoá-la.

A participação e o contraditório no processo⁴⁴ legitimarão a decisão judicial, harmonizando o padrão decisório com o modelo constitucional de direito processual civil. O agir do Estado-juiz deve ser participativo⁴⁵ e democrático, sobretudo por se tratar de uma decisão uniformizadora, que dará origem a uma regra de direito a ser seguida em outros casos.

Importante, então, que a contrariedade seja desempenhada com efetividade e espírito dialético. Não se trata de participar “por participar” e de forma descompromissada; o contraditório precisa ser útil⁴⁶ e gerar diálogo consistente com a Corte incumbida de solucionar a disputa. A fundamentação da decisão, por seu turno, deve posicionar-se em relação a esse diálogo.

O CPC/2015 poderia conter normas mais explícitas para estimular a comparticipação em relação aos recursos repetitivos. Considerando que o Código,

código processual. Ressalta que esse processo de formação ainda é algo a ser construído na ordem processual. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos**. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 406).

⁴³ Ada Pellegrini Grinover traz uma importante lição a esse respeito, pois, em que pese situe processo e procedimento no mesmo plano, não deixou de realçar que os poderes e as faculdades das partes, assim como a intervenção de terceiros, são matérias regidas por normas estritamente processuais, ou seja, relacionadas com o processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18).

⁴⁴ “Nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença de contraditório. Por outro lado, a exigência do contraditório constitui consequência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato de poder, imperativo por sua própria natureza e destinação, donde há necessária legitimação mediante o procedimento participativo. Não se compatibiliza com o espírito do Estado de direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório [...]”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009).

⁴⁵ “O processo é o instrumento pelo qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2019, p. 578-579).

⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental** – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

muito sutilmente, iniciou a disciplina acerca da produção dos precedentes – o que transparece no seu art. 1.036 em diante – seria importante incrementar dispositivos dirigidos a concretizar a ampla participação, inclusive dos *amici curiae*, em cada uma das etapas formativas do paradigma.

Assim, nos capítulos seguintes, com o objetivo de contribuir para o processo de formação do “indexador jurisprudencial” em recursos repetitivos, passaremos a abordar cada um dos aspectos que poderão aprimorá-lo.

4 O QUE AINDA PRECISA SER CONCRETIZADO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO

4.1 Publicidade dos atos processuais

No Brasil, a publicidade dos atos processuais foi reconhecida no art. 5º, LX, e resguardada como princípio fundamental pela CF/1988, após o período de ditadura militar⁴⁷. O art. 93, IX, foi acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a fim de reforçar a publicidade dos julgamentos.

A proteção garante a ciência dos atos praticados no processo, com o escopo de que possam ser questionados e fiscalizados. O intuito da publicidade é evitar o arbítrio e o abuso⁴⁸, mas não se esgota nesse contexto, afinal, a presença da publicidade garante igualdade e imparcialidade perante o Estado-juiz, sem privilégios para uns, tampouco discriminações para outros.

Para Ada Pellegrini Grinover⁴⁹, o sistema de publicidade dos atos processuais representa uma das maiores garantias de independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz. No CPC/2015, a publicidade dos atos processuais está disposta nos arts. 8º e 10, o que denota cautela, por parte do legislador, em realçar a observância desse princípio constitucional no âmbito do direito processual civil. A despeito das normas gerais, em relação ao regime de recursos repetitivos, existem alguns lapsos.

A publicidade, nesse regime, está voltada ao julgamento do recurso condutor e à divulgação das questões jurídicas decididas pela Corte (art. 927, § 5º). Antes disso, é pública a afetação do recurso representativo. São momentos cruciais que, de fato, demandam a ampla publicidade atribuída pelo Código. Problema parece haver em

⁴⁷ “Afirmou alguém que não basta que se faça justiça: é preciso que se veja que está sendo feita justiça. O dito fornece-nos a deixa para ligeiras observações sobre o tema, tão atual, da transparência. É, hoje, autêntica palavra de ordem. Tudo se quer transparente, de maneira especial na atuação dos órgãos públicos. O Judiciário não tem como furtar-se à imposição. De resto, a tradição brasileira prestigia de longa data a publicidade dos atos processuais, agora elevada à categoria de preceito constitucional (Carta da República, arts. 5º, LX, e 93, IX)”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no liminar do novo século. **Revista de Processo**, v. 71, p. 189-199, jul.-set., 1993, São Paulo: RT, 1993.

⁴⁸ Como observam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a base histórica do princípio da publicidade remonta, nos primórdios da Modernidade, à Revolução Francesa, repudiando atos inquisitórios e juízos secretos. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93). De fato, a natureza pública da atividade jurisdicional tem relação com o modo de exercício do poder do Estado-juiz.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 132.

relação às etapas anteriores, ou seja, não há disciplina na legislação processual que assegure a ampla publicidade dos atos que antecedem o julgamento e a afetação do recurso representativo. Quando um recurso é pré-selecionado no âmbito dos tribunais locais ou regionais, a teor do art. 1.036, § 1º, a publicidade desse ato é voltada aos recorrentes⁵⁰.

A Constituição estabelece, sim, ressalvas quanto à publicidade, em razão da necessidade de se proteger a intimidade do litigante ou algum interesse social. A formação do precedente em recursos repetitivos, no entanto, não se acomoda na exceção, ao contrário, visto que o processo de formação do paradigma requer ainda mais publicidade e para além das partes, já que a solução fixada será transposta para os demais casos individuais repetidos.

Como ressalta Ronaldo Cramer⁵¹, a mesma publicidade ampla aplicada às leis deve existir em relação ao sistema de precedentes. Dado que o paradigma cria uma norma a ser seguida, a publicidade, nesse caso, deve ser tão rigorosa quanto o é para a lei, e precisa ter largo alcance para chegar a todos aqueles que possam ser atingidos pelos efeitos do ato.

⁵⁰ Para ilustrar essa dinâmica, citamos um recurso selecionado pela Vice-presidência do TRF da 3ª Região para representar a controvérsia a respeito da possibilidade de expedição de ofício precatório para parcela incontroversa antes do trânsito em julgado no processo. A seleção deu-se no interior do caso e, notemos, nada indica se ou quais outros casos idênticos teriam sido confrontados para se chegar à conclusão de que o selecionado era o mais abrangente e qualificado dos recursos. A decisão de pré-seleção é a seguinte: “Trata-se de recurso extraordinário interposto por WALDOMIRO APPARECIDO TETZNER em face de acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte. A parte insurgente alega violação ao art. 5º, II e XXXVI, e art. 100, § 1º e § 3º, ambos da Constituição Federal. Decido. A matéria encontra-se devidamente prequestionada e o recurso preenche os requisitos genéricos de admissibilidade. Demonstrada a repercussão geral (RE 614.819 – Tema 28). Cinge-se a controvérsia à possibilidade de expedição de ofício precatório referente à parte incontroversa. A questão encontra soluções jurídicas dissonantes em nossos tribunais, remanescendo dúvidas quanto à necessidade de trânsito em julgado para a execução do valor total. A importância do tema e a sua grande propensão à reincidência são indúvidosas, justificando a seleção de recursos como representativos de controvérsia, na forma do artigo 1.036, § 1º, Código de Processo Civil. Ante o exposto, ADMITO o recurso extraordinário, nos termos do art. 1.036, § 1º, CPC, qualificando-o como representativo da controvérsia. Questão de Direito: Discute-se a possibilidade de expedição de precatório da parte incontroversa da condenação, antes do trânsito em julgado. Sugestão de redação da controvérsia: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II e LIV; 37, *caput*; e 100, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de expedição de precatório, antes do trânsito em julgado dos embargos à execução, para efetuar o pagamento da parte incontroversa da condenação. Anoto, em complemento e para efeito de distribuição por eventual prevenção na superior instância, que admiti, mesma data e para a mesma finalidade, o recurso extraordinário interposto no Processo TRF3 0017970-81.2006.4.03.0000”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de instrumento n. 0008528-23.2008.4.03.0000** – Vice-presidência. 15-03-2019. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/>. Acesso em: 06 maio 2021).

⁵¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138.

Sendo público o processo legislativo e a tramitação no Congresso com vistas à formação da lei, a mesma lógica se aplica às etapas intermediárias da produção do precedente. No entanto, o art. 1.036, § 1º, do CPC/2015, não regulamenta como e sob quais condições a seleção preliminar deverá ser feita perante os tribunais regionais ou locais. O tema é tratado apenas por normas regimentais e administrativas dos tribunais e, mesmo nelas, a falha se repete.

O Regimento do Superior Tribunal de Justiça⁵² (RISTJ) restringe-se a mencionar requisitos gerais – abrangência, por exemplo – que devem estar contidos nos casos indicados. No âmbito dos tribunais locais e regionais⁵³, por seu turno, as normas chegam a tangenciar o tema relativo à seleção e à indicação dos recursos candidatos à afetação, mas, como no RISTJ, não há transparência quanto às etapas que deverão orientar a busca dos recursos que reúnem mais qualidades de fundamentação, argumentação e representatividade.

Na prática forense, alguns tribunais locais e regionais tornam pública a lista⁵⁴ contendo a identificação dos recursos selecionados e indicados para afetação do recurso especial ou reconhecimento da repercussão geral no recurso extraordinário. Ainda assim, é insuficiente, pois essa divulgação não isenta o fato de que a seleção em si não pôde ser avaliada e escrutinada pelos interessados no desfecho da matéria. Isto é, a formação do precedente originado de recursos repetitivos ainda não é composta, em todas as suas etapas, de atos amplamente públicos.

⁵² Ver artigos 256 a 256-M do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Gabinete do Ministro Diretor da Revista (org.). Brasília: STJ, 2021. Disponível em: www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839. Acesso em: 11 abr. 2021).

⁵³ Para exemplificar, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que se limita a fazer referência ao CPC/2015, sem disciplinar a forma de seleção dos recursos: “Art. 237. Havendo multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, para fins de análise da repercussão geral, o Presidente do Tribunal, nos termos da legislação processual, selecionará um ou mais recursos representativos e os encaminhará, sobrestando os demais, até o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/legislacao-home/?categoria=Legislacao%20Regimento%20Interno&aba01#conteudo>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵⁴ Como exemplo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região divulga em seu *site* a lista de processos indicados como candidatos a representativos da controvérsia. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Grupo de Representativos eleitos pelo TRF 3ª Região endereçados aos Tribunais Superiores**. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/vipr/GRUPOREPRESENTATIVOSTRF3.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020). Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publica a lista dos temas representativos no âmbito daquela Corte, indicando no detalhamento de cada um deles os processos recomendados para afetação. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Grupo de Representativos**. Núcleo de Gerenciamento de precedentes e ações coletivas. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Nugetp/GrupoRepresentativos>. Acesso em: 19 dez. 2020).

No Código, o holofote realmente está centrado na afetação⁵⁵ do recurso representativo (ou reconhecimento da repercussão geral), todavia, ainda assim, é possível visualizar o “incubamento” das tramitações anteriores ao ato de afetação. O art. 1.036, em seus § 1º e § 4º, institui etapas intermediárias de pré-seleção e de seleção. O Código ainda alerta e dá ciência de que essas fases acontecem, no entanto, na falta de normas a respeito, ou seja, não é possível monitorá-las nem delas participar.

Inevitável, em relação a esta temática, lembrarmos a experiência norte-americana com as *unpublished opinions*. Ao relatar esse momento do direito estadunidense, Rodrigo Barioni⁵⁶ mostra que o sistema norte-americano, primando pela eficiência, estabeleceu critério relacionado à publicidade para definir as decisões que teriam ou não autoridade de precedente. Isso porque, na década de 1950, os Estados Unidos passaram por um vertiginoso acréscimo no número de processos e, neste contexto, em 1964, foi editada a recomendação para que as decisões menos relevantes deixassem de ser publicadas nos repertórios e compêndios de jurisprudência. Considerava-se que esse tipo de decisão, fruto de casos mais simples e cotidianos, somente interessaria às partes.

A razão para essa conduta era tentar reunir nos repertórios apenas as decisões mais sofisticadas e aptas, portanto, a se tornarem futuros precedentes. No entanto, a

⁵⁵ Neste trabalho, a menção à afetação ou ao reconhecimento da repercussão geral surte efeitos semelhantes, pois o intuito é iluminar, em ambos os casos, o ato que consagra determinado recurso como o condutor da tese jurídica de natureza repetitiva. Daí porque a terminologia “afetação” foi utilizada para discriminar não apenas nos recursos especiais como também nos recursos extraordinários.

⁵⁶ “O direito norte-americano vincula-se à cultura de formação de precedentes por meio da resolução de casos concretos. O ordenamento jurídico é adensado pelos inúmeros julgados que lapidam as previsões normativas existentes, relevando significados e definindo de maneira mais clara as pautas de conduta impostas à sociedade [...]. O excesso de causas apresenta-se principalmente nos denominados tribunais de jurisdição obrigatória, isto é, que não podem se utilizar de filtros para deixar de julgar casos irrelevantes ou de solução óbvia. A necessidade de se proferirem milhares de decisões judiciais, que passam a integrar o ordenamento jurídico e devem ser investigadas para se inferir a existência ou não de teses jurídicas que tenham sido enfrentadas previamente, é significativamente onerosa. Por um lado, pelo custo financeiro de aquisição e arquivo desse material pelas bibliotecas. Por outro lado, pela dificuldade de os profissionais do direito obterem e assimilarem o conteúdo das teses jurídicas de inúmeras decisões judiciais. Como forma de contornar os problemas advindos da proliferação de decisões judiciais e de sua invocação como precedente, no Congresso Judicial dos Estados Unidos, realizado em março de 1964, houve a recomendação para que os juízes das cortes de apelação e os juízes das cortes distritais – primeiro grau de jurisdição – autorizassem apenas a “publicação” das decisões que tivessem valor como precedente. O tema evoluiu para a criação, pelas cortes federais norte-americanas, da técnica da limitação da “publicação” das decisões judiciais, denominada *unpublished decisions*”. (BARIONI, Rodrigo. *As unpublished do direito norte-americano: contribuição para a assunção de competência*. **Revista de Processo**, v. 261, p. 389-413, nov. 2016. São Paulo: RT, 2016). Ver também: ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 941-944.

doutrina norte-americana relacionou esse comportamento à possibilidade de arbitrariedade judicial, criticando-o duramente⁵⁷, defendendo que as *unpublished opinions* retiravam da sociedade o seu poder de monitorar a aplicação do direito.

Curioso é que as decisões classificadas como *unpublished opinions* deram origem a uma segunda regra (*no-citation rule*) e, em função desta, não podiam ser citadas como precedentes em casos sucessivos. Apesar disso, na prática, os advogados com maior poder aquisitivo acabavam tendo acesso a essas decisões por outros meios e as utilizavam, em defesa de seus casos, como parâmetro argumentativo⁵⁸. Esse instituto, é verdade, evoluiu e se transformou no sistema americano. Contudo, a experiência nos interessa porquanto realça que a publicidade limitada – mesmo que por razões de eficiência e celeridade – pode produzir consequências incompatíveis com a isonomia constitucional e incongruentes com o direito.

Algo que chama atenção na discussão das *unpublished opinions* e *no-citation rule* é o alerta quanto a mecanismos que poderão interferir e até desvirtuar a formação do precedente. Na tradição do *common law*, o reconhecimento do precedente é um evento futuro e incerto, e, mesmo assim, a doutrina incomodou-se com os casos que deixariam de ser citados. Semelhante raciocínio poderia haver para, no Brasil, defender-se a ampla publicidade no processo de produção do paradigma, que, uma vez firmado, será aplicável às múltiplas demandas iguais. Assim, procuramos demonstrar que a publicidade interfere na indicação, na eleição dos casos mais representativos, e que no regime de recursos repetitivos contemporâneo ainda notamos limitação neste aspecto.

⁵⁷ “Criou-se, nos Estados Unidos, a possibilidade de o Poder Judiciário escolher quais das suas decisões poderiam vir a se tornar precedente. Imediatamente, a doutrina apontou os riscos de se criar uma gama oculta de decisões, que retiraria toda possibilidade de controle democrático dos julgadores. De acordo com Melissa H. Weresh, nos países de *common law*, o juiz tem uma enorme responsabilidade. Ao se permitir que suas decisões não sejam ‘publicadas’, dá-se azo à arbitrariedade e retira-se da sociedade a possibilidade de monitorar como o direito vem sendo aplicado”. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 943).

⁵⁸ GREENE, Dione Christopher. The federal courts of appeals, unpublished decisions and the non-citation rule. **Indiana Law Journal**, v. 81, n. 4, Article 14, 2006. Disponível em: www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol81/iss4/15. Acesso em: 11 abr. 2021; DUVIVIER, K. K. Are some words better left unpublished? precedent and the role of unpublished decisions. **3J APP Practice & Process**, n. 397, 2001. Disponível em: <https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1216&context=appellatepracticeprocess>. Acesso em: 22 jun. 2021. Acesso em: 11 abr. 2021; RENDER, Edwin R. On unpublished opinions. **Kentucky Law Journal**, v. 73, n. 1, Article 5, 1984. Disponível em: <https://uknowledge.uky.edu/klj/vol73/iss1/5>. Acesso em: 12 abr. 2021; FERNANDES, Ricardo Yamin. **Do incidente de assunção de competência**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 70.

O primeiro ponto adverso é o desconhecimento quanto ao que determinou a escolha dos casos perante os tribunais. A seleção de casos, para fins do art. 1.036, § 1º e § 4º, é promovida praticamente como um ato interno (*interna corporis*). Ora, considerando a eficácia do futuro precedente em relação a todo o bloco de litigantes individuais, é preciso assegurar que a escolha dos recursos indicados será tomada a partir de parâmetros lícitos, objetivos e públicos⁵⁹. Entretanto, se a publicidade continuar restrita, a averiguação dos critérios de eleição não acontecerá, porquanto, afinal, inexistem as condições que a viabilizem. Como consequência, o controle da isonomia e da imparcialidade atinente a essa fase fica obstruído.

Em conferência ministrada em 1952, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, Piero Calamandrei opôs-se à publicidade limitada, presente apenas em parte do ato praticado. O professor italiano criticou o fato de que, na Itália, embora a sessão de julgamento fosse pública, o momento da votação ocorria em uma sala fechada⁶⁰. E o fato de os julgadores voltarem à sala aberta para divulgar o resultado não modifica a natureza secreta da deliberação. E, como neste exemplo, a divulgação posterior da lista de casos pré-selecionados ou selecionados não soluciona o problema, pois, ainda assim, a sociedade e os interessados não teriam as informações necessárias para avaliar se os recursos indicados eram os mais qualificados.

O segundo ponto diz respeito à falta de oportunidade de participação dos litigantes individuais nessa seleção preliminar. Ou seja, como não há publicidade anterior à divulgação da lista de casos indicados, os litigantes dos casos múltiplos são excluídos de opinar⁶¹ nesta escolha. Se, na prática, alguns desses litigantes ou seus

⁵⁹ A esse respeito, ver: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, São Paulo: RT, maio 2014. Embora sob o enfoque dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, o artigo busca consolidar os diversos vetores e critérios presentes na eleição da causa-piloto, desde a representatividade e o contraditório, até a qualidade argumentativa, dentre outros.

⁶⁰ “Na Itália, embora a publicidade seja uma garantia fundamental do processo na fase processual, a deliberação da sentença, tanto civil como penal, é secreta. Ao fim da audiência, os juízes se levantam e saem pela porta dos fundos, depois que o Presidente pronuncia a fórmula sacramental: ‘o Tribunal se retira para deliberar’. Aquilo que, dentro dizem os juízes entre eles no recinto fechado, ninguém deve saber. É o segredo da Câmara de Conselho, inviolável como dogma. Quando os juízes reaparecem na sala, a decisão que vem proclamada é a vontade de todo o colegiado: se houve dissenso ou escrúpulos de consciência, não resta qualquer traço; permanecem sepultados naquele segredo”. (CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 60-61).

⁶¹ Poderia, inicialmente, aparentar algo inverossímil. De fato, se cada litigante pretendesse apresentar uma petição de manifestação, tornar-se-ia inviável e ineficiente o mecanismo. Mas há outros

advogados encontram meios de acesso e conseguem influenciar a seleção dos recursos supostamente mais qualificados, a situação de desigualdade é muito similar à verificada nas *unpublished opinions*.

A riqueza democrática que se perde ao deixar de tornar pública a etapa de seleção dos casos é grande. Suprime-se a possibilidade de manifestação do bloco de casos múltiplos, que poderia se dar, inclusive, por meio do *amicus curiae*. A este último seria dada a oportunidade de questionar a metodologia aplicada pelo tribunal na busca dos processos indicados, ou indicar ao tribunal os recursos mais abrangentes naquela jurisdição, apoiado em clara metodologia. Como vemos, a questão extrapola a simples faculdade de reação diante da lista de casos já indicados. Mais do que questionar ou combater o ato que se aperfeiçoou, a participação que sustentamos influencia a própria construção da decisão.

No direito inglês⁶², uma das funções desempenhadas pelo *amicus curiae*, intitulada *shepardizing*, é identificar e sistematizar os precedentes de cada caso para verificar seus usos, preservação, mutação e até insubsistência. A função deste terceiro é, assim, mapear casos interessantes ainda desconhecidos pelos julgadores⁶³.

Consideradas as diferenças entre os sistemas (pois, no *common law*, o precedente é reconhecido no caso sucessivo), função similar poderia ser exercida para fins do art. 1.036, § 1º, do Código. Neste caso, a atuação, evidentemente, não seria manejar as decisões, como acontece naquela tradição, e sim os casos ainda desconhecidos pelos tribunais, mas com potencial forte para representar a

mecanismos para organizar a participação democrática, como consulta pública e sistema de votação que podem solucionar esta questão, de modo a satisfazer também as necessidades de eficiência.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coord.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/163/edicao-1/amicus-curiae>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁶³ "The function of the *amicus curiae* at common law was one of oral "Shepardizing," the bringing up of cases not known to the judge. The Yearbook cite many instances of such aid by bystanders, who not only acted on behalf of infants, but also called attention to manifest error, to the death of a party to the proceeding, and to existing appropriate statutes. Occasionally, however, other information was adduced. In one extreme instance, Sir George Treby, a member of Parliament, informed the court that he had been present at the passage of the statute whose meaning was contested and, as *amicus curiae*, wished to inform the court of the intent of Parliament in passing the legislation. The amicus did not even have to be an attorney to intervene, and the general attitude of the courts was to welcome such aid, since "it is for the honor of a court of justice to avoid error". (KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **72 Yale L. J.**, p. 695, 1963. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol72/iss4/4>. Acesso em: 13 abr. 2021).

controvérsia. Deste modo, a atuação do *amicus curiae* seria voltada a auxiliar os tribunais na seleção preliminar dos recursos mais qualificados⁶⁴.

E mesmo na escolha final do caso representativo, no âmbito do STJ e do STF, nos termos do art. 1.036, § 4º, a publicidade pode ser aprimorada para encampar essa atuação dos *amici curiae*, o que representaria ganho inestimável à sistemática.

Entre todas as possibilidades que não têm sido exploradas pelo sistema brasileiro em função dessa falta de publicidade, há ainda a manifestação dos juízes de primeiro grau em relação às fases de pré-seleção e da seleção, que igualmente poderiam consolidar sua manifestação na figura do *amicus curiae*, por meio das associações nacionais e locais (APAMAGIS, AMB, AJUFE, AJUFESP).

Assim, dúvidas não há de que a concorrência aberta e pública, inclusive proporcionando a participação dos *amici curiae* na etapa de indicação, pré-seleção e seleção dos recursos perante os tribunais locais, regionais e superiores, otimizaria a filtragem dos casos mais qualificados e abrangentes, portadores das melhores condições para liderar a controvérsia.

Por fim, há um terceiro ponto a salientar. A presença da publicidade nessas etapas iniciais que darão origem ao precedente tem o poder de afastar o efeito-surpresa. Se, na mecânica atual, só fica claro que haverá um precedente proferido em recurso repetitivo a partir da afetação, a proposta de ampliar a publicidade para atos anteriores minimizaria a sensação de surpresa aos interessados no desfecho da matéria. Ou seja, na medida em que há alerta prévio de que os tribunais estão pré-selecionando recursos para indicar aos tribunais superiores, os litigantes que portam ações ou recursos repetidos poderão compreender, antecipadamente, que a multiplicidade começou a ser reconhecida, podendo resultar em padrão decisório aplicável a todos eles.

O que se ganha, irrecusavelmente, com esse aprimoramento, é segurança jurídica para o jurisdicionado e racionalidade para o sistema judiciário. Quando a

⁶⁴ A atuação do *amicus curiae* neste caso prestigiaria inclusive o princípio do máximo rendimento. Acerca disso, o artigo de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá discute o alargamento da aplicação deste instituto e como a enunciação da utilidade do atendimento desta função poderá contribuir para a construção da decisão: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do maior rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. **Revista de Processo**, v. 224, p. 73-91, São Paulo: RT, out. 2013. No mesmo sentido, este autor mostra o benefício para a administração da justiça se admitirmos a atuação do *amicus* como auxiliar do juízo, e para isso, defende que a intervenção seja aproveitada para além das hipóteses já contempladas na lei. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2011, p. 166-169.

administração da justiça produz resultados insuscetíveis de calculabilidade, o cidadão fica sem garantia de que não será alcançado por uma surpresa injusta⁶⁵, o que o Código atual repudia.

4.2 Contraditório e ampla defesa

A análise dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na sistemática de recursos repetitivos, desdobra-se, em certa medida, a partir da reflexão feita para o princípio da publicidade. Se o ato processual não se tornar público, as partes e os terceiros legitimados não terão acesso integral ao seu conteúdo e tampouco oportunidade para se manifestarem, reagindo, quando preciso for. Não se perfaz, sem a publicidade, o binômio “informação necessária-reação possível”⁶⁶.

Em sua interpretação mais abrangente e atual, o exercício do contraditório, porém, supera o binômio ciência e reação, pois é, acima de tudo, o direito de plena participação em todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, significando a efetiva faculdade de influir na formação da convicção do julgador, como consignam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁶⁷. É dizer, o direito de manifestação não diz respeito somente à faculdade de reagir depois da decisão, mas também e especialmente ao direito de contribuir⁶⁸ para a própria decisão a ser tomada. É justo que os destinatários do provimento judicial disponham da possibilidade de arguir todos os aspectos e fundamentos em torno da questão a ser decidida.

O contraditório, assegurado no art. 5º, LV, da Carta Magna, juntamente com a ampla defesa, é ponto nevrálgico para este trabalho e a posição nele sustentada. Onde não houver a possibilidade de exercício do contraditório, não haverá processo,

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 109-113.

⁶⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização de jurisprudência**. São Paulo: RT, 2017, p. 32.

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2020, p. 74-75.

⁶⁸ “As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de apresentar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Nota-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição”. (CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-81, ago., 2005. São Paulo: RT, 2005).

mas mero procedimento⁶⁹. O contraditório desempenha papel fundamental na construção do devido processo constitucional e sua ausência, por essa razão, implica grave vício de inconstitucionalidade.

A ampla defesa, por seu turno, está intimamente relacionada ao contraditório e se dá à medida que o direito de manifestação possa ser exercitado, ou seja, concretiza-se por meio do contraditório pleno. O CPC/2015, baseado na Constituição, enfatiza a observância do efetivo contraditório em seu art. 7º, parte final, dentre as normas fundamentais de processo civil. No art. 503, II, ao dispor sobre a coisa julgada, destaca o contraditório prévio e efetivo, revelando a preocupação do legislador em garantir que o direito de manifestação seja concreto e proporcione a cooperação, a comparticipação entre o sistema judiciário e os destinatários do provimento a ser emanado.

Na formação do precedente, concebida sobre princípios e garantias constitucionais, é mandatório o direito de que as partes e os terceiros legitimados possam manifestar-se em momento anterior (contraditório prévio) à tomada de decisão. O direito de manifestação posterior ao ato, que visa a combater uma situação consolidada, já não supre e não basta ao sistema processual vigente.

A interpretação constitucional e lata da contrariedade comporta mais do que a oposição e a resistência, mas contempla, ainda, o direito de incidir ativamente no desempenho do processo⁷⁰. Como parte do refinamento da ideia de democracia (como participação) na jurisdição e no processo, na perspectiva do CPC/2015, os indivíduos afetados pela decisão possuem o direito de assumir o protagonismo⁷¹ na disputa que lhes afeta.

É também norma fundamental do processo vedar a decisão-surpresa (art. 10 do CPC/2015), a estatuir que o juiz dê visibilidade quanto aos fundamentos que pretende enfrentar na tomada de decisão. Diante disso, o julgador não pode decidir

⁶⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 124; NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 206.

⁷⁰ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais à luz do novo Código. Coimbra: Almedina, 2013, p. 49.

⁷¹ Em interessante estudo sobre a obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva, Darci Guimarães Ribeiro comenta a evolução da sistematização democrática da jurisdição, mostrando como, tanto na perspectiva da democracia representativa como na participativa, o indivíduo encontra no processo um espaço que vivifica os anseios de uma sociedade reprimida de justiça social, pois pode assumir o protagonismo e lutar por seus direitos. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Processo e democracia na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva*. In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; JOBIM, Marco Félix (org.). **Teorias do processo**: dos clássicos aos contemporâneos. Londrina: Toth, 2020) (*Kindle*).

com base em fundamento inédito, a respeito do qual as partes – e, a nosso ver, também dos terceiros legitimados – não se manifestaram, haja vista não terem tido oportunidade de escrutiná-lo. Ou seja, o contraditório interagirá com a proibição de efeito surpresa, inclusive com o princípio da motivação⁷² da decisão, e dessa conjugação dinâmica desponta uma poderosa ferramenta de defesa contra o arbítrio e o autoritarismo judiciais.

Além do ordenamento brasileiro, concepção similar acerca do princípio do contraditório é encontrada no direito português após as reformas processuais de 1995-1996:

Antes que seja proferida qualquer decisão no processo, susceptível de afetar o interesse das partes, existe toda a vantagem, para estas e para o tribunal, que as mesmas se pronunciem, querendo, sobre determinado sentido da decisão que aquelas não consideraram na pronúncia do processo. A vantagem é clara para o julgador porque depois da audição das partes e de analisar iguais ou diferentes pontos de vista, pode proferir uma decisão com maior convicção e segurança. Para as partes, a vantagem também é evidente, por lhes ser dada a possibilidade de apresentarem seus argumentos a favor ou contra a decisão, de algum modo a podendo ainda influenciar⁷³.

No tocante ao tema, observamos que se existe a preocupação em proteger o litigante do autoritarismo judicial, em outro extremo não se pode negligenciar a liberdade de convicção do julgador. Ou seja, buscando equalizar o sistema, não se espera que uma proteção constitucional seja exagerada a ponto de extirpar outra garantia.

José Rogério Cruz e Tucci, problematizando em conjunto a vedação ao fundamento-surpresa, o dever de motivação da decisão, a ampla defesa e o contraditório em face da livre convicção do órgão julgador, mostra que essa robusta

⁷² Nesse diapasão: “O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos, pois o papel constitucional que lhe foi atribuído é promover a justiça e a pacificação social. Nesse contexto, o convencimento das partes acerca da legitimidade da decisão é essencial. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento. Do contrário, o que se tem é denegação da justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos”. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo à luz da análise econômica do direito. *In*: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**: após o primeiro ano de vigência do novo CPC. São Paulo: RT, 2017, p. 403).

⁷³ RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil**: os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 48-49.

proteção conferida ao litigante não infirma a liberdade de interpretação do tribunal, visto que são conciliáveis e existe espaço para o equilíbrio⁷⁴.

Feito esse aparte, um segundo atributo a ser destacado sobre a contrariedade é que a oitiva, devidamente documentada, ou a manifestação escrita devem ser vistas como o estopim para o diálogo; não é aceitável a prática do contraditório meramente formal e burocrático. Nas teorias processuais⁷⁵, desde a segunda metade do século XX, os contornos dados ao princípio contraditório empenham-se em garantir a efetividade da influência exercida por meio da manifestação, tratando-a como participação ativa (contraditório substancial).

Houve, pois, o fortalecimento do papel das partes no desenvolvimento do litígio. Unidas do direito de contraditório prévio e substancial, elas podem fiscalizar e atuar nos rumos do processo decisório, que devem ser transparentes. O processo, por sua vez, torna-se mais interdiscursivo e permeado das noções e teorias sociais de democracia que fortaleceram o indivíduo e seu agir processual.

Neste contexto, ganha força a hermenêutica ampla no sentido de que o contraditório não se restrinja apenas às partes, devendo alcançar também os terceiros intervenientes⁷⁶. Como pessoas que podem contribuir para o ajuste semântico-interpretativo do debate em torno da tese, não seria razoável mantê-las afastadas do direito de manifestação em relação às etapas de formação do precedente.

Não se pode olvidar tampouco renunciar à participação do *amicus curiae*. Notemos, novamente, que desde o Direito Imperial brasileiro, no século XIX, quando eram editados os assentos do Superior Tribunal de Justiça, a figura do *amicus curiae*

⁷⁴ “Fácil é verificar que estas regras estão definitivamente afinadas com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitado. O Tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo encontra-se vulnerável, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, é evidente que os litigantes terão oportunidade de defender o seu direito e, sobretudo, influir na decisão judicial. É certo que a liberdade outorgada ao tribunal, no que se refere à eleição da melhor interpretação pretoriana a ser aplicada, independentemente de ser ela invocada pelos litigantes, não dispensa a prévia manifestação das partes acerca da questão alvitada pelo juiz, em inafastável observância ao princípio do contraditório. Verdadeiro dever de consulta do juiz, a cooperação aqui contemplada impõe ao tribunal conceder às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O juiz, antes de se pronunciar sobre determinada tese não debatida, deve abrir prazo para prévia discussão pelas partes, evitando, desse modo, seja proferida decisão calcada em “fundamento-surpresa”, circunstância que acarreta a nulidade do pronunciamento judicial por violação à garantia de ampla defesa” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 175).

⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile**. Pádua: Cedam, 1970, p. 242.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 266.

já estava presente, desempenhando o papel de “auxiliar o juízo no conhecimento das repercussões de suas decisões e na consideração dos melhores argumentos possíveis de interferir em seu julgamento, por meio de opiniões qualificadas”⁷⁷. Daí a razão para que, a cada nova sistemática processual que passe a vigor no país, esse tipo de atuação seja revalorizado e revisitado.

Não é sequer preciso que o *amicus curiae* tome novas roupagens em relação aos recursos repetitivos, visto que é possível maximizar as oportunidades de colaboração e manifestação dentro do próprio campo de permissão do art. 138 do CPC/2015. Os benefícios são incontáveis e, dessa postura mais participativa e ampliada do *amicus curiae*, resultaria coordenação com outros princípios constitucionais. Nessa linha, oportuna a menção de Cassio Scarpinella Bueno a respeito da atuação do *amicus curiae* no direito francês:

A oitiva do *amicus*, destarte pressupõe a oitiva oportuna e eficaz das partes sobre o que ele, *amicus*, disse em juízo. A manifestação do *amicus* em juízo, destarte, também reclama a incidência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal em benefício das partes. Para que elas, em conjunto com as informações prestadas pelo *amicus*, criticando-as ou complementando-as, possam participar da formação de convencimento do julgador⁷⁸.

É uma espécie de circuito entre as atuações de todos os participantes da formação da decisão. Quando uma dessas atuações é desempenhada de forma eficaz, aproveitando ao máximo seu campo de performance, em teoria, este primeiro estímulo tende a desencadear outros movimentos processuais de comparticipação.

No sistema de recursos repetitivos, portanto, a participação do *amicus curiae* contribui também fomentando a contrariedade. E isso poderá ocorrer de forma pluridirecional, porquanto, com a intervenção do *amicus*: a) haverá a ampliação dos argumentos que poderão ser contraditados pelas partes do recurso piloto; b) haverá a ampliação dos argumentos que poderão ser submetidos ao exame do bloco de casos múltiplos sobrestados; c) poderá auxiliar o tribunal na identificação de sentidos interpretativos adicionais que não haviam sido ventilados pelas partes do caso piloto;

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante dec. 6142/1876. **Revista de Processo**, v. 220, p. 407-421, jun., 2013. São Paulo: RT, 2013.

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

d) haverá matéria para diálogo com os pontos de vista provenientes da audiência pública.

É neste sentido que mencionamos a necessidade de revalorizar e revisitar a atuação do *amicus*, pois, diante da dinamicidade do contraditório e da democratização no desenvolvimento do processo e na estruturação do que será julgado, não basta que este terceiro interveniente apresente suas colocações, ficando estas imunes ao debate, ao diálogo, ao escrutínio.

O desempenho do papel do *amicus*, como portador de um interesse metaindividual – “institucional”, como nomeia e define Cassio Scarpinella Bueno na obra citada⁷⁹ – não se resume a enunciar argumentos para o tribunal. Este terceiro participa da discussão, contra-ataca os demais agentes que estão interagindo em prol da construção do precedente. O *amicus curiae* é, assim, agente do contraditório⁸⁰.

Definitivamente, a formação da decisão judicial não mais é consequência da visão solipsista e hermética dos julgadores e da corte, mas resultado de efusiva participação, de colaboração democrática e inclusiva. Fruto disso será um padrão decisório que goze de maior consenso e estabilidade, dado que todos os atores que poderiam atuar em prol de sua construção tiveram a concreta possibilidade e a oportunidade de lançar mão de seus argumentos, colocar seus posicionamentos e dialogar em diversos sentidos do debate plural.

4.3 Princípio da igualdade

4.3.1 O nivelamento das demandas idênticas que discutem a mesma questão jurídica

Outro aspecto que não poderíamos deixar de sondar em pesquisa sobre a formação do padrão decisório é a igualdade, princípio erigido pela Constituição Federal como direito e garantia fundamental, que está no centro do regime de recursos especial e extraordinário repetitivos. Realçado em normas gerais do CPC/2015 (arts. 7º, 139, I), o princípio da isonomia é premissa básica que orienta essa técnica de julgamento cujo objetivo é atribuir a todos os casos reputados iguais e repetidos o

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606.

mesmo tratamento processual e, depois, a mesma solução jurídica firmada pelo precedente.

Ante o princípio da igualdade, a atribuição de tratamento uniforme é não mera possibilidade, mas direito subjetivo de cada litigante individual que pertença ao bloco das demandas múltiplas. Os juízes e tribunais devem conferir mesmo tratamento a esses casos equiparados que farão jus à solução jurídica única e uniforme.

Acerca da produção da decisão condutora e das etapas que a preparam, a disciplina do CPC/2015 não menciona explicitamente o princípio da isonomia⁸¹. Ainda assim, sabemos ser este o princípio que organiza e dá sentido ao padrão decisório no contexto da litigiosidade múltipla. A busca da isonomia está presente na própria lógica estabelecida por essa técnica de julgamento.

O regime de recursos repetitivos consagra a ideia de nivelamento dos processos que integram o bloco de demandas múltiplas e iguais. Neste propósito subjaz notório pilar de igualdade, que visa a atribuir as mesmas condições a indivíduos em idênticas situações e características.

O ponto de partida para esse tratamento equânime é que os processos que versem sobre a mesma questão jurídica serão identificados e submetidos ao sobrestamento (art. 1.030, § 3º). Ainda que tramitem em instâncias de julgamento diferentes, essas demandas são pinçadas, face ao reconhecimento de que integram o coletivo de casos idênticos e múltiplos, e sobrestadas até o desfecho a ser dado pelo precedente. Os casos individuais tornam-se, então, parte de um todo, compondo certo agrupamento.

Assim, a partir da identificação dessas demandas e do estabelecimento de seu vínculo com o desfecho dado pela decisão na causa-piloto, os casos individuais deverão compartilhar a mesma condição processual de suspensão. Nesse contexto, observamos que o sobrestamento previsto pelo legislador atua como responsável por aproximar as ações individuais, uma vez que todas, após o sobrestamento, estarão atreladas ao mesmo evento futuro, ou seja, ao julgamento do recurso representativo e a resposta jurisdicional por ele dada à tese controvertida.

Desse modo, no sistema de recursos repetitivos, a busca pela igualdade de tratamento às ações idênticas inicia-se em momento anterior ao da aplicação da decisão condutora. Ao conferir o mesmo estado de suspensão a todos os casos iguais,

⁸¹ Ressalvada a sutil menção aposta no artigo 927, § 3º que diz respeito à superação de posicionamento anterior.

o CPC/2015 revela o comprometimento do sistema de recursos repetitivos com a isonomia constitucional.

Importante pontuarmos que as questões concernentes à isonomia também se correlacionam com outros efeitos almejados pela sistemática de recursos repetitivos, como a segurança e a calculabilidade. Isso porque, mediante o nivelamento das ações individuais e a formação do bloco de casos sobrestados, a atividade jurisdicional alerta ao litigante que seu respectivo caso individual será julgado de forma coletivizada por meio do recurso representativo da questão jurídica. Ou seja, por ocasião da intimação acerca da decisão que determinou o sobrestamento, dá-se ao litigante individual o conhecimento prévio de que a questão jurídica será solucionada no precedente, não em seu caso particular.

O fato de os casos permanecerem sob a mesma situação de sobrestamento alerta e antecipa ao jurisdicionado que seu caso individual será julgado pela matéria e de forma coletiva. Assim, a isonomia buscada pelo legislador e concretizada com o auxílio do sobrestamento produz, como consequência, a segurança jurídica e o afastamento do efeito surpresa.

A par dessa racionalidade, a matriz do sistema de recursos repetitivos, sob esse aspecto, mostra-se guiada pela Constituição Federal. O propósito de tratamento equivalente a todos os litigantes que discutam a mesma questão jurídica demonstra, em sua essência, que a isonomia é valor recrudescente para o CPC/2015.

Evidente que um dos anseios do legislador, ao tratar dos recursos repetitivos, foi concretizar a isonomia para os casos iguais. E para essa missão, especificamente, as respectivas normas de concretização estão presentes no Código processual, sobretudo externadas no instituto do sobrestamento. Nesse sentido, para José Joaquim Gomes Canotilho⁸², a criação de um direito igual é composta de várias etapas, a primeira delas direcionada ao legislador. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual. É, pois, através da lei que o tratamento isonômico é e deve ser proporcionado. Posição inegavelmente acertada, representa o que buscou o Código em relação aos recursos repetitivos, ao preservar e proporcionar nas normas processuais a isonomia entre os litigantes

⁸² “O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 426-429).

individuais impactados pelo caso-piloto. A despeito disso, é importante a teoria avançar para compreender as características e as opções legislativas em torno do aludido sobrestamento.

Consoante o CPC/2015, o sobrestamento do caso individual poderá ser determinado em primeiro ou em segundo grau. Além disso, o que determinará o tempo e a competência referentes ao sobrestamento da ação individual não é outro senão o evento de afetação do caso representativo. É dizer, se a demanda individual estiver no início de sua tramitação quando proferida a afetação do tema, será sobrestada por ato do juiz de primeiro grau onde estiver sendo processada; se, diversamente, a demanda individual tramitar em grau de apelação quando ocorrer a afetação, será sobrestada perante o tribunal local ou regional competente para apreciar o recurso interposto. É ainda possível que o sobrestamento ocorra inclusive perante os tribunais superiores, em caso de RE e REsp admitidos antes da decisão de afetação ou reconhecimento da repercussão geral.

Existe, desta maneira, uma relação entre a tramitação das ações individuais idênticas que precisa ser observada, pois é diversa da existente entre as ações individuais e a causa-piloto. Nesta última hipótese, a verticalidade e o distanciamento entre o piloto e as demais ações parecem juridicamente mais justificáveis, do ponto de vista da isonomia e da própria finalidade do sistema. Já na primeira hipótese, as diferenças detectadas entre as ações individuais iguais causam certo estranhamento. Por isso, em ambas as situações, investigaremos como a igualdade foi valorada pelo legislador e quais foram os critérios utilizados como base para tal finalidade.

A doutrina, de forma ampla, contempla a ideia de que a igualdade não significa apenas imputar a todos, igualmente, tratamento único e universal, mas antes, e especialmente, identificar e respeitar a medida das desigualdades⁸³, conferindo a estas o tratamento desigual capaz de reequilibrar as diferenças preexistentes.

José Joaquim Gomes Canotilho, na obra citada, ao discorrer sobre a função do legislador de implementar, na norma e por meio dela, a condição de igualdade, sublinha a igualdade no sentido material, ressaltando a necessidade de se

⁸³ José Eduardo Carreira Alvim argumenta, abordando a isonomia no Código: “Ao assegurar o novo Código às partes paridade de tratamento no curso do processo, busca suas origens no conceito de ‘igualdade’, com precedente em Aristóteles, que, ao tratar da isonomia, afirmou que o tratamento isonômico consiste em ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem’”. (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 153).

estabelecerem parâmetros e fundamentos para que seja legítimo o tratamento desigual estipulado em prol do reequilíbrio da isonomia⁸⁴ ante as diferentes condições dos sujeitos. Celso Antônio Bandeira de Mello, em reflexão similar, assevera a necessidade de relação entre o critério eleito para a discriminação e a legitimidade do tratamento desigual⁸⁵ para se aferir o respeito à isonomia.

Ao investigarmos as relações pontuadas acima, observa-se que a existente entre as ações individuais e a causa eleita como representante é, sim, vertical. O caso destacado como condutor é selecionado e afetado em razão de ter sido reputado o mais qualitativo – em tese, dentre todos os demais – em termos de abrangência de argumentação.

Há um fator – a abrangência argumentativa – que embasa o estabelecimento do tratamento diferenciado para o caso condutor. E “diferenciado”, neste caso, realmente significa condição de poder e de preferência. Poder porque o caso representativo é o verdadeiro condutor e protagonista dos debates da controvérsia de direito. Preferência porque as partes do recurso representativo serão as primeiras a receber a resposta jurisdicional firmada no precedente. Por esse viés, a verticalização existe, e tem conotação hierárquica, pois o recurso representativo eleva-se em relação aos demais casos individuais, ao ser o único escolhido pelo STJ ou o STF para dimensionar, dirigir e representar as discussões jurídicas. Já as demais ações

⁸⁴ Nessa linha, as lições do autor sobre o sistema português: “Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13/1 da CRP o princípio da igualdade. Exige-se uma **igualdade material através da lei**, devendo tratar-se por <igual o que é igual, e desigualmente o que é desigual>. Diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações”. E consigna, adiante, arrematando o pensamento e destacando a necessidade de critérios para estabelecer o tratamento desigual: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num (i) *fundamento sério*; (ii) *não tiver um sentido legítimo*; (iii) *estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável*”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 428, negrito presente no original).

⁸⁵ “Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21-22).

individuais são tidas como “bloco”, conjunto de casos representados cuja participação no julgamento principal se dá apenas indiretamente.

Nesta relação, o tratamento diferenciado do caso representante decorre de uma opção feita pela lei, amparada por um critério de discriminação que se concatena com a isonomia constitucional. É dizer, o caso considerado melhor e mais qualitativo, na acepção de abrangência, representa o bloco de casos múltiplos iguais.

No que diz respeito à relação entre as próprias ações individuais, cabe indagar se teria o legislador permanecido inerte na eleição de critério objetivo e legítimo para o sobrestamento. Significa questionar o que faz com que uma ação individual idêntica tramite de forma independente – ao menos por certo período de tempo – e outra seja sobrestada.

Com efeito, recordemos que o CPC/2015 não empregou tratamento processual às demandas individuais iguais desde o início da formação da multiplicidade perante o Poder Judiciário. As ações múltiplas e idênticas somente passaram a receber tratamento específico a partir da proclamação da causa condutora do tema, com a afetação do recurso especial repetitivo ou o reconhecimento da repercussão geral. Até que ocorra referida proclamação, existe um espaço *in albis* que merece ser destacado, dado que nele parece haver certo traço discriminatório, ao se confrontarem, cronologicamente, as ações ou recursos iguais.

Isso porque, a depender da data em que foi movida, a ação individual poderá tramitar de forma absolutamente autônoma em até mais de uma instância, inclusive receber desfecho final de mérito e produzir coisa julgada material. De outro lado, haverá outras ações individuais, movidas em data mais próxima da proclamação da causa representativa, que serão impactadas pelo sobrestamento ainda em primeiro grau de jurisdição.

Com isso, exsurtem as questões concernentes à isonomia entre os casos iguais sobrestados e os que não foram suspensos. Constatado não haver critérios⁸⁶ na norma processual para essa destinação diversa, poderíamos concluir, em um

⁸⁶ A respeito da necessidade de critérios para a desigualdade justificada, Cassio Scarpinella Bueno enfatiza: “Ensina a doutrina que o mero tratamento desigual, por si só, não agride necessariamente a isonomia constitucional. O que importa é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para equilibrar, perante o Estado – e [...] perante o Estado-juiz –, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surge no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 148).

primeiro olhar, que a diferença entre ambas as situações teria ocorrido por conta do efeito natural do transcurso do tempo na tramitação das demandas individuais.

Aparentemente, o que chama atenção entre a primeira e a segunda hipótese, para fins da diferença de tratamento, é mesmo o transcurso do tempo. No entanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o tempo, por si só, não pode ser considerado critério para se atribuir tratamento desigual⁸⁷, visto que há, segundo ele, duas hipóteses distintas. Uma delas seria discriminar apenas com base no tempo (por exemplo, conferir tratamento X para fatos ocorridos no passado, tratamento Y para fatos presentes e futuros) – o que não é admissível. A outra hipótese, essa sim válida, seria discriminar situações ocorridas em tempo pretérito e presente em função de um fato externo e alheio ao tempo. No caso dos recursos repetitivos, o fato que ensejará as decisões de sobrestamentos nas ações individuais idênticas é a consagração de um único caso como condutor, portanto, não apenas o transcurso do tempo.

Como efeito da decisão que afeta o recurso especial representativo, pelo STJ, ou que reconhece a existência de repercussão geral, pelo STF, há o reconhecimento da multiplicidade de demandas sobre a questão jurídica. Ainda que isso não se dê explicitamente, ao eleger o caso condutor para dada tese jurídica, a Corte está assumindo a preexistência da litigiosidade repetida para aquela controvérsia. A identificação da multiplicidade acaba ocorrendo como efeito lógico da eleição do caso representativo.

Esse acontecimento é o que distanciará todos os casos individuais repetidos do que foi alçado ao patamar de recurso representativo, como também é o marco divisor para a mudança no tratamento processual dessas ações ou recursos individuais. Assim, até que haja o reconhecimento da multiplicidade pela decisão de afetação ou repercussão geral, as ações idênticas são tratadas, processualmente, de forma independente, ao passo que, depois dessa decisão, recebem a disciplina atribuída pelo rito dos recursos repetitivos, estando predestinadas ao sobrestamento.

⁸⁷ “A lei não pode tomar tempo ou dito como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado. Nem poderia ser de outro modo, pois as diferenças de tratamento só se justificam perante fatos e situações diferentes. Ora, o tempo não está nos fatos ou acontecimentos; logo, sob este ângulo, fatos e acontecimentos em nada se diferenciam. Deveras: são os fatos e acontecimentos que estão alojados no tempo e não o inverso”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33).

Nesse ponto, há uma observação da doutrina quanto à existência da multiplicidade, já que o propósito da decisão de afetação é eleger o recurso condutor para a tese. Embora seja esse o objetivo principal, há um efeito desencadeado de forma causal pela decisão de afetação: o reconhecimento oficial da multiplicidade de demandas atrelada àquela controvérsia. A esse respeito, Evaristo Aragão Santos e Maria Lúcia Lins Conceição salientam como a legislação ficou-se omissa, já que, em verdade, “a lei não define quando se está diante de uma “multiplicidade” de recursos. Também não estabelece em qual momento duas questões de direito passam a ser “idênticas”, ao menos para o fim de receberem o mesmo tratamento”⁸⁸.

Infere-se daí que o empenho legislativo para colmatar essa lacuna poderia ser proveitoso, na medida em que sua supressão contribuiria para o tratamento mais isonômico e coerente da totalidade – e não apenas parte delas – de demandas iguais, independentemente da afetação do caso piloto escolhido para capitanear a tese. A problemática convida, então, a perquirir a respeito da configuração da litigiosidade múltipla, com vistas a mitigar a desigualdade.

Ainda voltaremos a essa questão em outras seções, mas é relevante pontuarmos que a decisão que elege o recurso representativo não constitui, mas apenas reconhece e declara a existência da litigiosidade múltipla para determinada questão jurídica. Muito embora, na sistemática vigente, o início dos sobrestamentos seja desencadeado pela decisão de afetação do recurso representativo, a litigiosidade múltipla é vivenciada pelo Poder Judiciário e constituída muito antes da afetação.

A lei processual não tomou a formação da multiplicidade como termo ou referência, mas o evento considerado pela legislação foi a decisão de afetação. Diante disso, questionamos: Por que um marco temporal tão tardio? Poderia o Código ter destacado e desvencilhado a configuração da multiplicidade do ato de escolha da causa representativa? A resposta a essas questões está relacionada à expectativa legislativa de que, durante determinado período, haja a evolução e o desenvolvimento do debate jurídico em torno da tese de natureza repetitiva.

Isso porque, enquanto ainda não estão sob o rito de recursos repetitivos, as ações individuais múltiplas tramitam livremente. Ao assim serem processadas e

⁸⁸ SANTOS, Evaristo Aragão; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Sobre o regime de julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos. In: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**: após o primeiro ano de vigência do novo CPC. São Paulo: RT, 2017, p. 471.

julgadas, dão abertura para que os distintos órgãos julgadores do Poder Judiciário realizem suas próprias interpretações sobre a matéria. Por consequência, esse curso de debates e análises de juízes e tribunais ensejará a formação de entendimentos jurisprudenciais – não necessariamente no mesmo sentido; aliás, no geral, são dispersos.

Por outro lado, em situação inversa, o nível de desenvolvimento jurisprudencial e evolução jurídica da matéria seguiriam outra tendência. Se, por hipótese, a litigiosidade fosse consagrada e oficializada como múltipla em ato judicial anterior e desconectada da afetação do recurso piloto, poderíamos esperar o retraimento⁸⁹ da jurisprudência. Primeiramente, porque a partir desse novo marco no rito, nasceria a expectativa da solução por meio do precedente vinculante. Em segundo lugar, porque o sobrestamento poderia, neste caso, ser atrelado não mais à afetação, mas ao ato de reconhecimento da existência da multiplicidade. De uma forma ou de outra, a constituição jurisprudencial, nessa proposta de modelo, sofreria refreamento.

Feito esse aparte, percebemos que para tratar isonomicamente as demandas iguais com mais antecedência do que se verifica na sistemática atual, essa mudança exigiria novas compreensões sobre o amadurecimento do debate e da jurisprudência. Sem dúvida, a reflexão a esse respeito pressupõe a avaliação dos valores constitucionais que devem prevalecer no sistema de recursos repetitivos.

Na sistemática atual, o que sobressai, ao final, é a aceitação de um período de discrepância de tratamento entre as ações múltiplas – que pode redundar em muitas divergências⁹⁰ de interpretação do direito controvertido – até a decisão de afetação ou de reconhecimento da repercussão geral. Se o valor subjacente a esta opção

⁸⁹ Ao recusar essa possibilidade de retraimento jurisprudencial, Dierle Nunes manifesta-se: “Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate”. (NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 268).

⁹⁰ Nessa linha destaca, Cláudia Aparecida Comardi: “[...] os litígios decorrentes de conflitos de massa desaguam ao Poder Judiciário em enorme quantidade de ações, muitas vezes espalhadas por todo o território nacional, nos mais diversos órgãos jurisdicionais (de primeiro e segundo graus). Dessa dispersão resulta um variado leque de conteúdos decisórios concebíveis, ante a possibilidade de os juízes agirem com certa margem de liberdade na solução dos conflitos. Nesse contexto, a grande quantidade de causas, se não proporciona, ao menos favorece a dispersão dos conteúdos interpretativos das decisões judiciais, o que não se coaduna com os objetivos do sistema jurídico”. (CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento de causas repetitivas. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017, p. 218).

legislativa for a aposta no amadurecimento do debate jurídico, o período antecedente à afetação ficará passível e exposto à insegurança jurídica. Não se mostra válido, de acordo com o modelo constitucional do processo civil, aceitar a insegurança jurídica por um período de tempo indeterminado em prol de que os argumentos da tese sejam mais bem equacionados e dispostos nas interpretações jurisprudenciais. Assim, é preciso acomodar na teoria dos precedentes a crítica quanto ao fato de que a uniformidade e a igualdade ainda são preteridas no período temporal que antecede a afetação do caso piloto.

Nessa sorte de ideias, e pensando especificamente na diferença da destinação entre as ações individuais que tramitam antes e após a decisão de afetação do recurso condutor, avançaria o CPC/2015 ao enunciar parâmetros para definir quais ações individuais estariam aptas a serem remetidas ao tribunal local ou regional competente.

Atualmente, ainda carece de regulamentação o trâmite das ações múltiplas antes da proclamação do caso representativo da tese. Por isso, no que diz respeito ao aspecto da isonomia de tratamento, é importante reavaliar a postura legislativa e sopesar se a configuração da multiplicidade de forma desvencilhada e antecedente à decisão que elege o caso condutor não traria ao rito de recursos repetitivos mais conformidade constitucional.

Se o objetivo do CPC/2015 é que os recursos mais qualitativos e abrangentes sejam selecionados e indicados pelos tribunais locais ou regionais para posteriormente integrarem uma espécie de concorrência na etapa de afetação, o legislador poderia antecipar o reconhecimento da multiplicidade e adotar igual critério – isto é, qualidade e abrangência – para definir quais ações individuais permanecerão represadas em primeiro grau e quais delas mostram-se aptas à ascensão para o segundo grau.

Independentemente de eventual ajuste legislativo nesse sentido, o propósito desta seção, em linhas gerais, foi demonstrar que a isonomia no tratamento das ações múltiplas merece ser examinada por perspectivas distintas, contemplando os aspectos apontados. Se, na primeira visão, o tratamento equânime parece estar garantido e ser até mesmo intrínseco à sistemática de recursos repetitivos, a reflexão aprofundada mostrou vulnerabilidade a essa isonomia haja vista o reconhecimento tardio da multiplicidade.

4.3.2 Igualdade na aplicação da justiça: solução única para todas as ações iguais

Examinada a isonomia em relação ao tratamento das demandas consideradas iguais, é necessário compreendermos a incidência do princípio constitucional da igualdade na aplicação da justiça.

Isso porque a igualdade buscada na sistemática de recursos repetitivos não se encerra no tratamento relativo à tramitação dos processos iguais, vez que tal técnica de julgamento destina-se a propiciar a imputação da mesma solução jurisdicional a todos os casos tidos como idênticos.

A lei prevê que, uma vez proferida a decisão final na causa representativa, o precedente será aplicado a todas as ações individuais que versem sobre a questão jurídica solucionada. Desse modo, a solução será reproduzida em todos os casos repetidos⁹¹, por decisão do órgão julgador que efetuou o sobrestamento. Essa vinculação dos casos individuais ao desfecho obtido no caso condutor é o que assegura uniformidade de resposta (ou seja, aplicação isonômica da justiça) a todo o bloco de casos suspensos e atrelados ao tema.

Por outro lado, as distinções⁹² (*distinguishing*) permanecem recebendo aplicação da justiça de forma apartada e específica, conforme previsto pela legislação, a fim de que sejam tratadas e respeitadas certas peculiaridades presentes no caso. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia alertam aos riscos de violação ao princípio da igualdade quando a aplicação do precedente é feita desconsiderando as distinções e singularidades do caso:

Fala-se muito na necessidade de garantia da igualdade, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque, o fato de haver divergência sobre um mesmo “tema” viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. Mas o que é igualdade? Sabemos que, há muito, igualdade deixou de ter apenas um conteúdo negativo (isonomia), como o era nos séculos XVIII e XIX e passou a incorporar também uma dimensão positiva (direito à diferença). Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situações “semelhantes”, aplica-se, sem mais, uma

⁹¹ Nesse sentido, é válido retomarmos o exemplo do Recurso Extraordinário n. 574.706 – RG, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que a solução firmada será aplicada a aproximadamente 56 mil ações múltiplas em tramitação perante o Poder Judiciário, como mencionado pelo Ministro Alexandre de Moraes por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios em 13/05/2021.

⁹² Conforme o artigo 1.037, § 9º, do CPC/2015, demonstrada a distinção entre o processo individual e a causa representativa, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

“tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. infra): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade⁹³.

Em suma, tendo em vista que apenas às causas consideradas idênticas será atribuída a solução firmada no precedente, a legislação processual garante a mesma interpretação jurídica para as questões iguais e, em contrapartida, assegura que questões diferentes terão o tratamento específico, expressando, assim, a noção de igualdade material de tratar igualmente os iguais, sendo os desiguais tratados desigualmente, na medida das desigualdades verificadas.

Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, a concretização da isonomia, nos casos múltiplos, está relacionada à coerência da resposta única oferecida pelo Poder Judiciário e, por conseguinte, à segurança jurídica:

A isonomia é ofendida quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida de forma discrepante. Essa violação, que já seria indesejável em qualquer outra circunstância, mostra-se qualificada quando o Poder Judiciário não age uniformemente quando interpreta e aplica a lei a casos idênticos repetitivos. Isso porque a multiplicidade realça a incoerência do Poder Judiciário, que é uno, embora composto de milhares de juízes. Realmente, como pode o mesmo tributo, ao mesmo tempo, ser e não ser inconstitucional, conforme o sabor da opinião de cada juiz?!⁹⁴

E, de fato, o sistema de recursos repetitivos, no espectro voltado à aplicação da resposta jurisdicional, amplia a incidência de isonomia, coerência e racionalidade nesta forma de resolução conjunta dos casos considerados iguais e repetidos.

Luiz Henrique Volpe Camargo assim descreve a atuação da isonomia na aplicação do direito envolvendo casos iguais:

O jurisdicionado, quando vai a juízo, quer sagrar-se vencedor, quando perde, sem dúvidas, fica insatisfeito, mas essa insatisfação se potencializa a níveis insuportáveis quando toma conhecimento de que um caso igual foi decidido de maneira antagônica. Se, de outro lado, o jurisdicionado se sente inserido no mesmo contexto de todos, mesmo que perca a causa, seu nível de insatisfação certamente se

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. 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**, v. 189, nov. 2010. São Paulo: RT, 2010.

reduz. O sentimento que predominará é de que perdeu porque – assim como todos os demais na mesma situação – não tinha direito⁹⁵.

Segundo o autor, observa-se a relação entre isonomia e coerência, pois ao conferir padrão decisório único às situações iguais, o sistema processual também repele o dissenso e a discrepância⁹⁶ entre os litigantes que enfrentam o mesmo conflito. Com efeito, está no centro do sistema ora estudado a busca da igualdade por meio da aplicação de um direito único a todos os casos que versem sobre certa questão jurídica⁹⁷.

Assim é que a isonomia deve ser vista como axioma no sistema de recursos repetitivos, na medida em que proporciona uniformidade, confiabilidade e segurança jurídica à prestação jurisdicional na resolução dos múltiplos conflitos iguais. Cumpre, porém, segregar os fatores que interferem na aplicação uniforme do direito.

4.3.3 Igualdade na aplicação da justiça: sob o ponto de vista dos elementos presentes na ação individual

Aprofundando a análise da isonomia, entendemos necessário pesquisar os elementos que servem de base para o confronto do caso individual face ao recurso paradigmático. Iniciaremos pelo exame das características relativas à ação individual tida como múltipla, cuja relevância decorre do fato de que a isonomia, na etapa de

⁹⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 572.

⁹⁶ Na mesma linha, Paula Pessoa Pereira destacou em trabalho monográfico: “se a decisão judicial, ao resolver o caso concreto, estabelece a definição da interpretação de uma dada norma jurídica, por óbvio que essa definição deverá ser adotada nos demais casos judiciais semelhantes, como forma de dar continuidade ao desenvolvimento de um direito coerente e consistente. Compromisso assumido pelo Estado de Direito, que se concretiza na atuação dos diversos poderes estatais. Como falar em igualdade perante a lei se não podemos exigi-la dos órgãos jurisdicionais, que são os responsáveis por densificar e materializar o significado do texto legal num determinado caso prático? Aquele que vai aos tribunais espera, no mínimo, que seu caso não seja tratado de forma dissonante a outros semelhantes. Isso porque viver um Estado submetido ao Direito é poder exigir a não sujeição a interpretações arbitrárias e frívolas de um caso para outro”. (PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2014, p. 62).

⁹⁷ “O principal fundamento de um sistema de precedentes obrigatórios está na igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade. De lado a questão do dever de editar normas que assegurem tratamento igualitário, inclusive na proporção das desigualdades, é certo que o Estado, para tutelar a igualdade, não pode admitir tratamento desigual em processo em que exerce seu poder nem procedimento e técnicas que privilegiem determinadas posições sociais, como, por razões que deveriam ser ainda mais óbvias, não pode produzir Direito (ainda que mediante juízes) que expresse tratamento desigual a situações idênticas”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: compreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2017, p. 157).

aplicação do precedente, torna-se mais suscetível a violações em se tratando de casos individuais comparáveis e semelhantes, não necessariamente idênticos ao caso representativo. Conforme destacado por Rafael Sirangelo de Abreu⁹⁸, o tratamento diverso em casos iguais, sem as devidas diferenças relevantes, significa vulnerar frontalmente a igualdade, da mesma forma que será afrontada no caso de aplicação do precedente desconsiderando as diferenças substanciais do caso.

Há, porém, profunda complexidade teórica relacionada ao tema, que se soma à matriz de dificuldades relativas à definição das razões de decidir (*ratio decidendi*), a qual abordaremos adiante. A despeito disso, a fim de demonstrar a relação da isonomia com a aplicação do precedente, buscaremos estruturar, de forma esquemática, alguns focos que importam para nossa pesquisa. Ainda que do ponto de vista conceitual haja uma série de emaranhados já bem identificados pela doutrina, nossa proposta foi fracionar essa dificuldade, graduando-a em três hipóteses.

Por meio dessa dinâmica, e revisitando os ensinamentos doutrinários do *common law*, designaremos os elementos de identificação que devem estar presentes nas ações e nos recursos individuais confrontados para que possam ser considerados, se não iguais, ao menos similares e equiparáveis ao caso piloto.

Em se tratando de distinção, defrontamo-nos com uma primeira hipótese envolvendo casos individuais inteiramente diferentes em relação ao precedente. É dizer, os recursos cotejados apresentam respectivos pedidos e causas de pedir⁹⁹ distintos, sem qualquer coincidência.

Nada há em comum a ambos os recursos confrontados, por consequência, a hipótese de incidência do precedente é estranha à controvérsia contida no recurso ou na ação individual. Neste exemplo, a avaliação jurisdicional será individual e o desfecho não está relacionado à técnica de recursos repetitivos. Nessa extremidade,

⁹⁸ ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015, p. 238.

⁹⁹ Taís Schilling Ferraz define os elementos do recurso: “a *causa petendi* em um recurso extraordinário é a questão constitucional, com todas as suas circunstâncias, vale dizer, com todos os pontos que, de qualquer forma, possam influenciar na sua solução, aí incluídos os fatos da causa. O pedido, diferentemente, será o efeito em concreto que o recorrente busca com a solução da questão constitucional, se alcançado o seu provimento. Exemplificando, será causa de pedir ou fundamento, em um recurso interposto por um contribuinte, em matéria tributária, a alegação do que determinado dispositivo de lei, que institui a obrigatoriedade de pagamento de certo tributo a que está vinculado, ofende certa norma constitucional. Já o pedido será a exoneração do dever de pagamento, em decorrência do reconhecimento desta inconstitucionalidade. O pedido é o bem da vida que se pretende ver concretamente obtido com o julgamento”. (FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199-200).

situam-se casos efetivamente únicos, particulares e que, por isso, deverão tramitar de forma independente perante o Poder Judiciário, sem estabelecerem relação com os recursos repetitivos e serem impactados por essa mecânica.

Em sentido oposto, a segunda das hipóteses vislumbradas neste esquema contemplaria situações nas quais a controvérsia de direito discutida é igual¹⁰⁰ à do precedente, ensejando a mesma resposta jurisdicional. Nelas, os casos cotejados apresentam notória identidade entre os respectivos pedidos e causas de pedir contidos no caso individual e no caso representativo, apenas distinguindo-se as partes ou recorrentes. O precedente é aplicável a essa segunda hipótese, de modo cristalino, sem maiores dificuldades.

Prosseguindo na delimitação teórica deste universo de hipóteses, a terceira tipologia é, comparativamente, menos clara em relação às duas anteriores, apresentando obstáculos à discriminação de seus elementos e, conseqüentemente, na aferição dos níveis de isonomia. Estariam, nessa terceira hipótese, os casos análogos ou semelhantes ao do precedente, que oferecem ao intérprete o desafio de compreender se o tratamento recebido por essas situações deve ser o aplicável aos casos nos quais se constate identidade de pedidos e causas de pedir em relação ao recurso representativo.

As primeiras hipóteses mencionadas poderiam se aproximar ao que a doutrina do *common law* considera “casos fáceis” e a última delas, “caso difícil”:

[...] there is not a clear line dividing ‘clear cases’ and ‘hard cases’. What makes a case clear in law is that facts can (it is believed) be proved which are unequivocal instances of an established rule; but the established rules are susceptible of variant interpretations depending on the pressure of consequentialist arguments and arguments of principle. To be confident in advance that one has a clear case, one must be sure both that it is ‘covered’ by a rule, and indeed by that interpretation of the rule which is best justified by consequentialist arguments and arguments of principle – whose application will not offend judicial conceptions of the justice and common sense of the law. At once we are in the area of the essentially contestable. Of course there are open-and-shut cases, and we all know then when we see them. But in the spectrum from the pellucidly clear to the long-shot try-

¹⁰⁰ “Obviously no previous decision from a potential precedent case will be totally identical in all respects to the instant case. At the very least, of course, the parties will be different, and the time – potentially a relevant part of the context – will be different”. (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Social Science Research Network**, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>. Acesso em: 17 fev. 2021).

on, no one can with confidence (unless he is a fool) claim to discern the point at which the clear cases stop and the hard ones start¹⁰¹.

Na terceira categoria, poderíamos inserir as ações individuais que contenham o mesmo pedido deduzido no caso condutor, mas apresentam causa (s) de pedir com variação fática ou jurídica. Seriam, assim, os casos similares¹⁰², que oferecem características parecidas, mas não totalmente iguais às discutidas no caso paradigmático. Neste ambiente, haverá que se ponderar se a distinção detectada é ou não determinante para alterar a solução jurídica firmada no precedente¹⁰³. Em alguns casos, embora a causa de pedir seja composta de fundamento jurídico autônomo e relevante, poderia, ainda assim, não ser suficiente para modificar a conclusão a que chegou a Corte no recurso piloto. Nesta situação, existe uma zona de interseccionalidade entre ambas as ações confrontadas. A sobreposição, porém, não é completa, mas parcial e relativa.

No *common law* inglês, o *distinguishing* é uma das técnicas para conferir a (in)aplicabilidade do precedente, como consignado por Neil Duxbury: “Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. [...] Distinguishing between cases is first and foremost a matter for demonstrating factual differences between earlier and the instant case”¹⁰⁴.

Neil MacCormick, ao designar alguns dos fatores que podem implicar a distinção na aplicação do precedente, revela que deveremos lidar com a zona de indefinição contida nesse processo, que depende não apenas da natureza dos casos confrontados, estando ainda susceptível à influência dos valores do tempo tanto na formação do paradigma como em sua posterior aplicação:

¹⁰¹ MCCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Nova Iorque: Clarendon Press Oxford, 2003, p. 591-592.

¹⁰² “Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 331).

¹⁰³ Tarefa de alta complexidade, como destaca o professor argentino Alberto Garay: “determinar las similitudes y las diferencias suele ser una tarea compleja, siempre amenazada por dos tendencias contradictorias: no advertir desigualdades cruciales o destacar distinciones irrelevantes. También es complejo el proceso de decidir si dichas similitudes y diferencias son relevantes y justifican aplicar, al caso bajo examen, la misma solución que la del antecedente u otra distinta”. (GARAY, Alberto F. **El precedente judicial en la corte suprema**. Disponível em: http://www.carriogarayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/El-precedente-judicial-en-la-Corte-Suprema-original-UP.pdf. Acesso em: 09 maio 2021).

¹⁰⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: United Kingdom: Cambridge University Press, 2008, p. 112-113.

Whether a precedent is distinguished or not is not conditioned simply by the question whether it is in some way distinguishable; it is also, and crucially, conditioned by whether or not there appear to the court good reasons to distinguish it. Such reasons are in the nature of the case controversial and the values which they necessarily incorporate change over time¹⁰⁵.

Seja na construção doutrinária do *common law* ou do *civil law*¹⁰⁶, percebemos que inexitem formas lógicas pré-estabelecidas, critérios unívocos e inteiramente seguros para saber quando um precedente deve ou não ser aplicado em casos semelhantes. O processo é eminentemente casuístico e pressupõe que os dois casos comparados tenham, em sua essencialidade, semelhanças relevantes.

Ainda assim, em ambos os sistemas jurídicos, foram sendo erigidas metodologias com o propósito de indicar uma base mínima para guiar tribunais e juízes na etapa de interpretação do padrão decisório e de comparação dos casos, evitando que a solução se dê exclusivamente de forma subjetiva.

Os casos mais “difíceis”, de fato, oferecem situações limítrofes, duvidosas e ambíguas nas quais conceitos e institutos processuais são tensionados face aos elementos de direito e circunstância de fatos apresentados na ação individual, como também ao precedente. É bastante elevado o nível de nebulosidade para aferir se os casos individuais devem ser equiparados a partir das questões que configuram a semelhança entre eles, ou se merecem uma avaliação individual do sistema judiciário, por ser material e essencial o fator que as diferencia.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁰⁷, aludindo à obra de Antonio Castanheira Neves, ampliam essa dificuldade teórica em torno dos casos limítrofes, ao argumentar que as questões de direito e as questões de fato nem sempre são passíveis de segregação completa, e lembram: “apesar dos esforços da doutrina, não raro referida distinção não é feita de maneira clara e precisa, mas, ao contrário, em

¹⁰⁵ MCCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Nova Iorque: Clarendon Press Oxford, 2003, p. 583.

¹⁰⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 196-208; FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303-305; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 115-117.

¹⁰⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 362.

muitos casos tem-se a impressão de que essa distinção é impossível, confundindo-se a questão de fato com a questão de direito”.

Os autores¹⁰⁸ propõem alguns testes apoiados no método da “identidade absoluta ou essencial” e nas matrizes teóricas do *common law*. A identidade absoluta ou integral, quando os fatos e a questão jurídica das ações confrontadas são absolutamente iguais; a identidade essencial, quando não necessariamente todos os fatos são iguais, mas aqueles tidos como relevantes e essenciais pelo direito o são. Nesta segunda hipótese, seria possível desconsiderar fatos irrelevantes ou não essenciais para o caso receber a mesma solução firmada no precedente. Uma terceira situação de *hard cases* conteria a possibilidade de se aplicar o precedente a casos envolvendo fatos totalmente diferentes, mas relacionados à mesma essência de problemas.

Para que o precedente seja aplicável, deverá haver correlação¹⁰⁹ entre o caso paradigmático e o caso individual confrontado. Mas não é qualquer correlação porquanto o fator dessa correlação reside em uma semelhança essencial, material e relevante¹¹⁰ do ponto de vista do direito. Taís Schilling Ferraz enfatiza que, embora seja sempre possível agregar um argumento novo à solução, seja sob o aspecto fático ou sob o ponto de vista da interpretação jurídica, caberá ao órgão julgador percorrer o caminho interpretativo dialógico, a fim de problematizar adequadamente se a distinção tangencia pontos essenciais e materiais do precedente:

Não há dúvidas de que algumas diferenças fáticas entre os casos podem não ser relevantes ou suficientes para justificar a não aplicação de um precedente. Não basta ao juiz apontar os fatos diferentes,

¹⁰⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 196-197.

¹⁰⁹ “A técnica de correlação é um corolário lógico do sistema de precedente que impõe àquele que o invocar, sejam as partes, seja o juiz, o dever de estabelecer a partir dos fatores determinantes de tomada de decisão quando da formação do precedente a correlação entre a causa decidida quando da formação do precedente e a causa apreciada na qual se pretender aplicá-la”. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 120).

¹¹⁰ Como destaca Rafael Sirangelo Abreu, “é um problema de relevância, que consiste em saber quais semelhanças e distinções são relevantes. Quando raciocinamos por meio de precedentes, pressupomos que algum evento no futuro vá poder ser identificado como similar para fins de sua aplicação. A similitude dos fatos relevantes é sempre e invariavelmente contextual”. (ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015, p. 238-239).

cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente¹¹¹.

Por isso, precisamente, o método silogístico é insuficiente para confrontar o caso do precedente e o caso posterior, já que o julgador precisará não apenas identificar quais são os fatos, as provas e as questões jurídicas, mas também atentar-se à valoração quanto à relevância e à essencialidade em torno daquele contexto. Sobre o modo de confronto dos casos individuais face ao precedente, Taís Schilling Ferraz tece uma crítica contundente à insuficiência do método silogístico¹¹² frequentemente utilizado pelos tribunais brasileiros:

O modelo de julgamento no Brasil é essencialmente dedutivo, silogístico, que tende ao exame do direito em tese e ao posterior enquadramento dos fatos ao preceito encontrado. O uso da técnica da distinção, porém, exige outro caminho de formação do raciocínio, muito mais argumentativo, dialógico, a exigir problematização. Problematizar é observar a realidade de modo crítico, é identificar o como e o porquê de certos acontecimentos em determinado momento, e relacionar os achados com a temática que está sob análise, discutindo os aspectos que tornem o caso específico ou mais difícil, separando o que não é relevante do que é essencial para a tomada de uma decisão¹¹³.

Em face dessa dimensão interpretativa em torno do grau de semelhança entre os casos confrontados ou da carga valorativa atribuída à essencialidade e à relevância dos fatos às questões trazidas pela parte na ação individual posterior, é agudo o ponto de atenção destacado pela autora quanto à prática dedutiva¹¹⁴.

¹¹¹ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303-307.

¹¹² Também sobre a inadequação do modelo silogístico da decisão judicial: TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista de Processo**, v. 227, p. 31-45, São Paulo: RT, jan. 2014.

¹¹³ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304-305.

¹¹⁴ O raciocínio silogístico e dedutivo é amplamente propalado e utilizado na doutrina processual, além de encampado pela prática nos tribunais. Como exemplo, podemos citar os ensinamentos de Elio Fazzalari: “[...] o juiz deve subsumir a situação substancial, como acima acertada, à lei que disciplina o seu dever de sentenciar, para concluir, enfim, que ele deva ou não emitir o comando jurisdicional requerido”. (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 489). Há, porém, opiniões dissonantes a esse respeito, que procuram demonstrar a insuficiência do pensamento silogístico em face da atividade hermenêutica presente na formação das decisões judiciais, como destaca Georges Abboud: “a sentença judicial não é um ato meramente silogístico, pelo contrário, ela é o modelo fundamental na qual se fundem a compreensão da norma e a sua relevância aplicativa. A norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência jurídica são algo mais que a utilização de um método seguro e predefinido, do mesmo modo que a aplicação do direito é algo mais que a mera subsunção de um enunciado normativo. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 227). Ambos os ensinamentos estão baseados

Em se tratando dos recursos repetitivos, partir da formulação lógica “se fato X, então solução jurídica Y” pode auxiliar no processo de aplicação do direito, mas não afasta a necessidade do julgador de enfrentar os aspectos interpretativos e valorativos da demanda.

Com efeito, a isonomia, na etapa de aplicação do precedente, fica mais sujeita à acuidade dos juízes e tribunais, seja na análise da semelhança entre os casos, a partir de elementos essenciais de direito ou de fato, seja na identificação da necessidade de tratamento individual ante as características da distinção observada no confronto analítico das ações. O Ministro Teori Zavascki, em voto proferido no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 587.371, ressaltou a função¹¹⁵ dos juízes e tribunais na compreensão da aplicabilidade do precedente em situações semelhantes, sem identidade absoluta com o caso condutor¹¹⁶.

na interpretação da norma. Interessante, porém, observarmos como o mesmo modelo vem sendo reproduzido também em relação à interpretação dos precedentes, no momento de aplicá-lo a outros casos.

¹¹⁵ Em sentido oposto, Frederick Schauer estabelece esta relação a partir do conteúdo do precedente: “When these arguments about the relevance or irrelevance of various similarities and differences arise, the determination may hinge on the extent to which a previous case, especially a controlling one, has announced which similarities are relevant and which are not. [...] But the more the determination of legal similarity and difference remains an open question, the more analogical argument in law will resemble the analogical arguments that are used in all walks of life”. (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 95-96).

¹¹⁶ “Não há dúvidas de que o regime de repercussão geral instituído pela EC 45/04 qualificou o julgamento de recursos extraordinários com uma eficácia ultra partes especial. Todavia, o convencimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de determinada questão constitucional é emitido na apreciação de um caso concreto, segundo suas singularidades discursivas. Isso quer dizer que, embora os julgados produzidos dentro desse modelo possuam inegável transcendência, o encargo judicante da Corte está atrelado ao enfrentamento do tema na forma em que ele tiver sido apresentado na demanda selecionada como paradigma. O julgamento por amostragem é parte essencial da racionalidade do modelo de repercussão geral, porque a história judiciária brasileira mostrou que é faticamente inviável exigir que o Tribunal se pronuncie inesgotáveis vezes a respeito da aplicação de um mesmo entendimento a todo e qualquer caso semelhante. Seria um profundo contrassenso, nesse sentido, pretender que, quando da deliberação de um processo-piloto, a Corte fosse obrigada a emitir juízo a respeito da aplicação de sua decisão a diferentes situações virtualmente possíveis. Essa postura determinaria o autossabotamento do expediente de repercussão geral, eliminando suas virtudes. De modo que não está o Supremo Tribunal Federal obrigado a se pronunciar sobre como se dará a aplicação do entendimento firmado a outras situações concretas que apresentem particularidades relevantes e que não tenham sido objeto de análise. Assim, eventuais dessintonias surgidas na aplicação do entendimento afirmado pela Suprema Corte com as peculiaridades dos casos concretos deverão ser apuradas pelas instâncias ordinárias, segundo a trama recursal própria. Somente na hipótese de se instalar um algum dissenso inédito, de estatura constitucional, que exija um juízo adicional sobre a matéria, é que o Supremo Tribunal Federal deverá fazê-lo. Esse novo pronunciamento, se necessário, deverá ser exarado a seu tempo e modo, em processo diverso, de acordo com os contornos que a controvérsia houver assumido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 587.371**, Rel. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 11-09-2014, public 03-10-2014).

Michele Taruffo, igualmente, credita ao julgador sucessivo da ação individual a responsabilidade de compreender a abrangência e a autorização para que o precedente colha fatos e questões análogos, cotejando e sopesando elementos de identidade e elemento de distinção¹¹⁷.

Pontuada a gradação das semelhanças e a distinção entre os casos múltiplos, é importante demonstrarmos como o processo interpretativo dos casos individual e posterior é relacionado, de forma ínsita, às razões determinantes do precedente. Não basta, portanto, que sejam confrontadas as circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos individual e representativo, mas é necessário também compreender quais fatores determinaram a interpretação do direito dada pela Corte no precedente.

Assegurar a isonomia na aplicação da justiça, dentro da sistemática de recursos repetitivos, pressupõe a complexa tarefa de identificar uma série de elementos, não somente relacionados às particularidades das ações múltiplas vistas individualmente em face do caso representativo, como também incluindo os fatores cruciais para formar o precedente.

4.3.4 Igualdade na aplicação da justiça: sob o ponto de vista dos elementos presentes no precedente – enunciados de tese jurídica e *ratio decidendi*

Na sistemática de recursos repetitivos, a aplicação isonômica do direito também depende da correta interpretação do precedente, na fase de aplicação ao caso individual sucessivo. Essa escorreita interpretação do precedente pressupõe entender a função exercida pelos enunciados de tese jurídica e da *ratio decidendi*, e como esses elementos não podem ser tomados separada e abstratamente.

A distorção quanto à interpretação desses elementos é, portanto, ponto crítico adicional a interferir na distribuição isonômica da justiça, na medida em que poderá, indevidamente, vincular à solução firmada matérias distintas que, em verdade, não foram objeto do precedente. Essa operação resultaria no tratamento indiscriminado

¹¹⁷ “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente”. (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, p. 139, São Paulo: RT, set. 2011. Tradução do italiano para o português por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro).

de situações que, no fundo, são diversas – e, logo, desiguais – compondo um dos quadros de violação ao princípio da igualdade.

4.3.4.1 Enunciados de tese jurídica

No momento em que julga o caso representativo, a Corte produz um enunciado por meio do qual declara, sinteticamente, o posicionamento firmado. Esse enunciado é o que se denomina “tese jurídica”.

Há, inclusive, conforme destaca Rodrigo Barioni, um paralelo entre o enunciado de tese jurídica e a súmula¹¹⁸, já que ambas as modalidades visam a apresentar a solução firmada pela Corte em dada questão jurídica, com a principal diferença de que a tese é formulada no acórdão do precedente – estando, portanto, relacionada à atividade jurisdicional – ao passo que a súmula não é concebida no interior de um único caso específico, mas é fruto de uma consolidação – em sessão administrativa – de vários julgamentos no mesmo sentido interpretativo. Por exemplo, ao julgar o RE n. 574.706-RG, o Supremo Tribunal Federal editou a tese jurídica: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

¹¹⁸ Rodrigo Barioni tece essa comparação, mostrando semelhanças e diferenças: “As teses jurídicas vêm na mesma esteira das súmulas. Estas foram criadas pelo Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do ministro Victor Nunes Leal, com a finalidade de divulgar a orientação predominante mais sólida do Supremo Tribunal Federal sobre determinados temas e atuar como mecanismo de simplificação do julgamento de casos mais rotineiros e simples. As súmulas correspondiam, portanto, ao resumo da jurisprudência do STF, e não a uma proposição jurídica extraída de um caso julgado por aquele tribunal. No vigente modelo de precedentes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, as teses jurídicas representam uma versão atualizada das súmulas. Tanto umas quanto as outras visam a externar a orientação do tribunal sobre determinada questão jurídica. A diferença substancial reside no fato de a tese jurídica ser formulada no próprio acórdão que representa o precedente sobre a matéria e em sessão de julgamento do recurso ou causa (arts. 978, parágrafo único; 1.038, § 3º, CPC). As súmulas, ao contrário, têm a redação elaborada em sessão administrativa, após haver multiplicidade de decisões sobre o assunto, em quantidade suficiente a revelar entendimento dominante e estabilizado no tribunal, cujo conjunto jurisprudencial é resumido”. (BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista de Processo**, v. 310, p. 265-291, São Paulo: RT, dez., 2020).

O enunciado contido na tese jurídica, em regra¹¹⁹, não comunica as razões¹²⁰ que levaram a Corte a adotar determinada solução, pois este não é seu escopo. Tese jurídica e *ratio decidendi* são figuras independentes, com características próprias.

A tese extraída do recurso piloto proclama a interpretação fixada pela Corte à luz do caso. No exemplo anterior, o enunciado assevera que, em consonância ao julgamento travado no recurso piloto, o ICMS não comporá a base de cálculo do PIS e da COFINS. Não há qualquer detalhamento acerca das razões de decidir, além das circunstâncias do caso que teriam sido determinantes para o posicionamento da Corte em dado sentido.

Portanto, com base nessa proposição, não são conhecidos os fundamentos que deram contornos ao debate, culminando no entendimento de que a inclusão do imposto estadual na base daquelas contribuições sociais seria inconstitucional. O enunciado não expõe sequer o dispositivo da norma que desencadeou a questão de constitucionalidade. No entanto, essas informações serão imprescindíveis para averiguar se, concretamente, existe identidade suficiente em relação à ação individual apontada como igual ou essencial e materialmente semelhante ao paradigma.

¹¹⁹ A corroborar, citemos alguns exemplos que apontam para uma tendência de similitude entre a formulação dos enunciados de tese: 1) “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (RE 559.943); 2) “É inconstitucional o art. 13 da Lei n. 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social” (RE 562.276); 3) “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (RE 593.849); 4) “É constitucional a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre contratos de franquia (*franchising*) (itens 10.04 e 17.08 da lista de serviços prevista no Anexo da Lei Complementar 116/2003)” (RE 603.136); 5) “O Imposto de Renda incidente sobre verbas recebidas acumuladamente deve observar o regime de competência, aplicável a alíquota correspondente ao valor recebido mês a mês, e não a relativa ao total satisfeito de uma única vez” (RE 614.406).

¹²⁰ É possível observar exceções em que o STF apresenta, sinteticamente, alguma informação acerca da razão de decidir relativa ao precedente: 1) “É inconstitucional o artigo 64 da Lei n. 5.194/1966, considerada a previsão de cancelamento automático, ante a inadimplência da anuidade por dois anos consecutivos, do registro em conselho profissional, sem prévia manifestação do profissional ou da pessoa jurídica, por violar o devido processo legal” (RE 808.424); 2) “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro” (RE 855.178); 3) “A Emenda Constitucional n. 10/1996, especialmente quanto ao inciso III do art. 72 do ADCT, é um novo texto e veicula nova norma, não sendo mera prorrogação da Emenda Constitucional de Revisão 1/1994, devendo, portanto, observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, porquanto majorou a alíquota da CSLL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei n. 8.212/1991” (RE 587.008).

Além de comunicar resumida e assertivamente a solução adotada no precedente, a tese jurídica também prescreve um padrão de conduta dirigido aos casos que abordem a mesma controvérsia de direito. Por isso, o aspecto formal desse enunciado assemelha-se aos preceitos de caráter normativo.

A justificativa para que a tese possua essa fisionomia advém da necessidade de o precedente transcender a solução concreta para o bloco de casos sobrestados e casos futuros envolvendo mesma controvérsia jurídica. Afinal, a figura ora estudada não apenas diz respeito às partes envolvidas no recurso condutor, como principalmente, é endereçada a todos os casos iguais, que se subsumirão ao desfecho produzido no julgamento condutor por força do art. 927 do CPC/2015 e do efeito vinculante.

E é nesse prisma que se identifica a presença de carga normativa no conteúdo desse enunciado. Há um comando contido no enunciado de tese jurídica que regerá todos os demais casos que nele se enquadrarem. Novamente recorrendo ao enfoque empírico, infere-se que o sentido da tese relativa ao RE n. 574.706 é impositivo, ou seja, o ICMS deve ser excluído na base de cálculo do PIS e da COFINS. Não se trata, pois, de mera recomendação, mas de determinação a ser cumprida pelos demais juízes e tribunais.

Observamos que o sistema processual situa na tese jurídica uma etapa de *redimensionamento*. Quando a tese é extraída do julgamento representativo, o comando normativo da Corte não mais pretende estar adstrito ao conflito individual e concreto que motivou a constituição do padrão decisório, mas a toda extensão de casos vinculados à decisão paradigma. Há uma passagem do caso específico para o enunciado tendente a generalizar, “abstrativizar” o precedente, a fim de que seja transcendido (*ultra partes*) para as demandas múltiplas iguais.

A tese, nesse sentido, externaliza um comando para que juízes e tribunais, nos termos do art. 927 do CPC/2015, aproveitem a interpretação produzida no precedente para o bloco de casos individuais que abranjam a mesma discussão jurídica. Além dos órgãos vinculados, esse enunciado destina-se, outrossim, à sociedade como um todo, com o objetivo de nortear comportamentos e planejamentos no sentido do precedente, desempenhando, com isso, a função de irradiar e estabilizar o entendimento consagrado. É um elemento do julgamento, portanto, que tem pretensão “universalizante”.

Nos termos do CPC/2015, a tese jurídica foi tratada pelo legislador como elemento do precedente dotado de efeito vinculante. Em diversos dispositivos (arts. 12, § 2º, II; 927, § 2º; 985; 987, § 2º; 988, § 4º; 1.040), o Código Processual preconiza claramente sua aplicação aos casos que versem sobre mesma questão de direito.

A concepção do legislador é relevante para compreendermos a natureza e a forma dessa figura. Ponderemos, assim, que o fato de ser dotada do poder de vincular e transcender pode esclarecer algumas características centrais desses enunciados.

Com efeito, diante da necessidade de transpor o padrão decisório contido no precedente aos demais casos individuais, a forma dessa figura constitui-se e é externada por meio de textos que se assemelham às proposições de texto encontradas na lei. Importante ponderarmos que haveria entraves para reverberar o precedente sobre os demais processos, se a composição textual da tese fosse voltada às particularidades do caso concreto que deu origem ao padrão decisório. Por isso, esse enunciado é geral e, até certo ponto¹²¹ abstrato, já que visa a justamente a proporcionar a expansão do alcance do precedente. Ou seja, um dos papéis desempenhados por esse elemento é o de sacramentar o espectro de incidência do precedente. A tese, assim, é um dos instrumentos que viabiliza ao precedente encampar os demais casos enquadrados na mesma discussão.

A despeito disso, não é possível assumir que essas formulações extraídas dos julgamentos condutores sejam autossuficientes e passar a considerá-las de forma isolada e dissociada do padrão decisório. Esse método distorceria a hermenêutica em torno do precedente porque, embora não individualizem as circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas às interpretações firmadas e enunciadas pela Corte, as teses estão intrinsecamente ligadas ao caso individual e concreto de que derivam. Ademais, se não houver a correlação com o caso, a possível consequência proveniente dessa distorção seria a irradiação do efeito vinculante para matérias que não foram analisadas no caso condutor.

Essa equivocada vinculação em relação a matérias diversas das que foram objeto do precedente, por sua vez, ameaçaria a aplicação isonômica da justiça na medida em que se estaria tratando como iguais casos que não o são.

¹²¹ Ainda que o enunciado da tese contenha essa característica, a abstrativização não é integral, pois o precedente, visto como um todo, remete ao caso concreto que o originou. Se a tese não traz essa referência de forma direta e imediata, mesmo assim a referenciabilidade existe.

Não fosse o bastante, a distorção ainda desencadearia o cerceamento de defesa dos litigantes individuais. Isso porque, uma vez que seja considerado vinculado a dado precedente, o caso individual supostamente repetido enfrentará obstáculos para acessar aos Tribunais Superiores, dada a mecânica prevista pelos arts. 1.030, I, alíneas “a” e “b”, § 2º c/c art. 1.021, além do art. 1.040, I, todos do CPC/2015.

É dizer, se o caso individual não for considerado distinto, receberá o mesmo tratamento dispensado ao bloco de litígios repetitivos sobrestados e vinculados ao desfecho do caso representativo. Por conseguinte, seus respectivos recursos especial e extraordinário terão seguimento negado pela vice-presidência ou presidência do tribunal de origem, de maneira que o litigante não poderá exercer plenamente os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, já que as decisões proferidas com fulcro no art. 1.030, I e § 2º e art. 1.040, I, do CPC/2015 sujeitam-se apenas ao agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015) perante o próprio tribunal local ou regional.

Desse modo, ainda que presente no recurso individual alguma distinção, caso o tribunal de origem não a reconheça e o precedente seja indevidamente aplicado, a parte poderá ser obstada¹²² de discuti-la perante o STJ ou o STF, por meio do agravo em recurso extraordinário ou em recurso especial previsto pelo art. 1.042 do CPC/2015. Poderia configurar-se neste caso supressão¹²³ da instância excepcional de julgamento para o litigante individual prejudicado.

Por isso, o deslocamento do enunciado da tese em relação ao caso representativo que a originou poderá implicar distorções interpretativas do precedente, cujo reflexo será particularmente relevante para o caso individual portador de distinção. A incidência do enunciado de tese, descontextualizada do caso principal

¹²² Importante notar, novamente, que o CPC/2015 estabelece uma precaução em relação à situação como essa. Por ocasião da decisão de sobrestamento do caso individual, o legislador teve a preocupação de determinar que a parte seja intimada, nos termos do art. 1.037, §§ 8º, 9º e 12, dando oportunidade de se demonstrar a existência de causa de distinção. No entanto, esta solução não foi detalhada pelo legislador para o caso que não chegou a ser sobrestado nos termos do artigo 1.037. Todavia, ainda assim, recebeu a aplicação do precedente sem o contraditório prévio. Ao litigante individual nesta situação restará exercer o direito de se insurgir contra a aplicação do precedente e demonstrar a causa distinta por meio do agravo interno a ser apreciado pelo próprio tribunal local que prolatou a decisão agravada.

¹²³ Sem prejuízo de que tal violação seja solucionada por meio de ação rescisória conforme previsto no artigo 966, § 5º do CPC/2015.

que lhe deu origem, poderá colher equivocadamente situações de *distinguishing* e ensejar violação do devido processo legal¹²⁴.

Em suma, interpretar o caso precedente apenas com base no enunciado de tese jurídica expõe ao risco a aplicação isonômica do direito, além de acarretar, em alguns casos, violação à ampla defesa do litigante individual.

4.3.4.2 *Ratio decidendi*

Uma segunda discussão nesse sentido, e de igual impacto para fins de mensurar-se a isonomia relativa à aplicação da solução jurisdicional, relaciona-se à *ratio decidendi*¹²⁵. A interpretação do precedente que se dê por meio da extração de sua *ratio decidendi*, seguida da tentativa de abstrativizá-la, isto é, aplicá-la sem correlação com as circunstâncias específicas do caso que lhe deu origem, também ameaça a aplicação isonômica do direito.

Esse apontamento demanda investigar se a *ratio decidendi* de um precedente poderia ser acomodada para solucionar outras questões jurídicas essencial e materialmente semelhantes, mas não iguais à decidida no caso representativo julgado pela Corte. Neste aspecto, importante demonstrarmos como a interpretação do precedente e seus elementos interferem na proporção de isonomia, sob o ponto de vista da resposta jurisdicional. Dito de outro modo, a *ratio decidendi*, compreendida de modo apartado das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso condutor, pode afastar a isonomia prevista pela sistemática dos recursos repetitivos.

Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior, nessa linha, destacam a impossibilidade de dissociação entre fatos e direito ao se estabelecer a *ratio*:

¹²⁴ Em artigo sobre o tema, Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni alertam quanto à impossibilidade de dissociação da tese jurídica em relação ao precedente: “Os tribunais devem ter grande cuidado com a elaboração da tese jurídica, para que não reflita aquilo que não se decidiu [...]. A formação da tese jurídica não é e nem pode ser isolada e autônoma dos processos em que surgiu a questão jurídica apreciada em sede de caso repetitivo”. (ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 296, p. 183-204, São Paulo: RT, out., 2019).

¹²⁵ O conceito de *ratio decidendi* (no *common law* americano denominada *holding*) é apresentado pela doutrina estrangeira como a razão, o principal suporte e sustentáculo que leva o Tribunal a decidir o caso em dado sentido interpretativo, em contraposição à noção de *obiter dicta*, que comporia, por sua vez, todas as considerações periféricas que gravitam ao redor do núcleo essencial da decisão. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, remetendo às obras de Neil Duxbury e Arthur L. Goodhart, esclarece: “a distinção entre ‘fundamentos determinantes’ e ‘razões outras’, ou seja, entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sempre foi feita no *common law*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2017, p. 186).

Os fatos estão intimamente ligados ao direito exposto na *ratio decidendi*, sendo que hoje, como já demonstram os escritos atuais e mais progressistas sobre o tema, fato e direito são indissociáveis, razão pela qual conhecendo a *ratio*, os fatos que auxiliaram na sua construção deverão estar presentes ou não no caso subsequente, a ensejar a aplicação ou a distinção do precedente¹²⁶.

Com efeito, a metodologia de segregar a *ratio decidendi* do precedente e aplicá-la, com efeitos vinculativos, a outras circunstâncias específicas do caso que lhe deu origem, padece das mesmas inconstitucionalidades indicadas em relação ao enunciado de tese jurídica.

Taís Schilling Ferraz, ao discorrer sobre o alcance e a interpretação da *ratio decidendi*, cita como exemplo o RE 587.008, no qual a Suprema Corte entendeu ser inconstitucional a Emenda n. 10/1996, que majorou a alíquota da CSLL sem observar o princípio da anterioridade nonagesimal:

Não houve apenas a enunciação de que a Emenda 10/1996 violou o princípio da anterioridade nonagesimal. A Corte assentou que a Emenda 10/1996 deveria observar o princípio da anterioridade nonagesimal porque majorou a alíquota da CSLL. Este fundamento determinante servirá não apenas ao julgamento de casos de contribuintes que foram submetidos à majoração da CSLL pela Emenda 10/1996. Em todos os casos nos quais, tendo havido aumento da carga tributária das contribuições (ao que corresponde um aumento de alíquota), será necessário observar o princípio constitucional da anterioridade nonagesimal, inclusive se esse aumento ocorrer em decorrência de uma Emenda Constitucional¹²⁷.

O caso retratado é exemplo para situações nas quais a *ratio decidendi* de um precedente seria acomodada para solucionar outras questões jurídicas semelhantes, mas não iguais à decidida no caso apreciado e julgado pela Corte. Neste caso, a hermenêutica ampliativa ensejaria a incidência do precedente produzido no RE 587.008 para outras contribuições e outras emendas constitucionais que possam ter tratado de questão jurídica similar. Em todas as situações semelhantes, apesar dos pontos que as diferenciariam, uma única questão jurídica é controvertida: a elevação da carga tributária da contribuição em decorrência de emenda constitucional, à luz do princípio da anterioridade nonagesimal.

¹²⁶ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 74.

¹²⁷ FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 265, p. 419-441, São Paulo: RT, mar., 2017.

No confronto do precedente com os casos sugeridos acima, ter-se-ia que: (i) a questão jurídica seria igual, qual seja, a discussão acerca da constitucionalidade da elevação da carga tributária de uma contribuição por meio de emenda constitucional sem a observância da anterioridade nonagesimal; (ii) os pedidos seriam diferentes, pois visariam ao reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos de emenda constitucional diversas – v.g, EC n. 10/1996 e EC n. 17/1997 – e em relação a contribuições diversas – v.g, CSLL e PIS/COFINS; e (iii) as causas de pedir seriam semelhantes – ressalvada a presença de algum fundamento autônomo e distinto particular à legislação questionada –, pois em ambos os casos os recorrentes arguiriam o princípio da anterioridade nonagesimal que deveria ter sido observado pelas respectivas emendas constitucionais.

O caso paradigmático ofereceria, assim, uma moldura abrangente – no exemplo dado, a razão de decidir é que a majoração da carga tributária das contribuições sociais não pode ser promovida sem se observar a anterioridade nonagesimal – e, por sua vez, a moldura incidiria em casos semelhantes – novamente no exemplo, o precedente “colheria” os casos individuais semelhantes, mas não relacionados à Emenda Constitucional n. 10/1996 e à CSLL como no caso representativo apreciado pela Corte.

Contudo, a expressão ‘abrangência’ não encerra o problema. Nada obstante outros fatos e circunstâncias possam ajustarem-se à *ratio decidendi*, é importante compreendermos se essa ‘abrangência’ equivaleria a afirmar que os casos análogos – que não foram objeto do precedente – ficariam vinculados à solução do RE 587.008 ou se o precedente produziria mero efeito de persuasão em relação a eles¹²⁸.

Em que pese o precedente possa “colher” outras situações análogas, e até muito semelhantes entre si, como na ilustração acima, a *ratio decidendi* somente influenciará a interpretação no caso similar, sem a vinculação do entendimento do juízo. Ou seja, o precedente poderia ser usado como parâmetro por ser possível aproveitar e aplicar a mesma razão de decidir, mas não haveria eficácia vinculante. Até mesmo porque o próprio Código, quando disciplina os recursos repetitivos (especiais e extraordinários), faz realçadas menções a recursos que versem sobre

¹²⁸ Interessante notar que o STF inclusive reconheceu a repercussão geral para outras contribuições – PIS e COFINS – e emendas constitucionais nos autos do RE 578.846 – RG. Neste segundo recurso, ainda que a Corte tenha se utilizado dos mesmos fundamentos adotados no RE 587.008- RG, um segundo precedente foi produzido.

“idêntica controvérsia”, “idêntica questão de direito”, “questão idêntica”. A terminologia remete à identidade, não à aproximação por similitude.

No exemplo, o precedente fixado no RE 587.008 poderá, de fato, exercer força de convencimento para que a solução adotada no caso parecido se encaminhe na mesma direção do paradigma e da razão de decidir, caso não esteja presente nenhuma particularidade que demande mudança de perspectiva do entendimento. O efeito vinculante, desse modo, recairia apenas sobre os casos múltiplos que discutam a majoração da CSLL pela Emenda Constitucional n. 10/1996 e cuja causa de pedir seja a violação à anterioridade nonagesimal, exatamente como do caso-piloto.

Não fosse assim, admitindo-se que a *ratio decidendi* mais aberta e abrangente fosse apta a vincular casos análogos, poderia ocorrer violação ao devido processo legal para o litigante do caso individual semelhante. Isso porque a incidência do efeito vinculante à *ratio* abstrativizada, para fins de aplicação do precedente, poderia inviabilizar ao litigante prejudicado o acesso às instâncias excepcionais de julgamento, conforme abordamos em relação à tese jurídica.

Ademais, o método de segregação seguido da indevida abstrativização das razões de decidir também poderia distorcer a resposta isonômica na técnica de recursos repetitivos, por permitir que a hipótese de incidência do precedente encampe situações que não foram julgadas pela Corte. E considerando que o juízo de equiparação será realizado por cada julgador do caso individual supostamente equiparável – e haverá, assim, quem não encontre semelhança suficiente entre o caso sucessivo e paradigma –, será inaugurada uma nova fase de divergência jurisprudencial e de respostas jurisdicionais desiguais.

Se, por um lado, soaria admissível conviver com essa incerteza, por outro lado, não é algo que aparenta alinhar-se à segurança buscada pela técnica de recursos repetitivos, que, conforme salientamos, segue premissa própria. No *common law*, o precedente e seu alcance são definidos se e quando sobrevém algum caso sucessivo essencialmente semelhante. Já nos recursos repetitivos, o objetivo é atribuir resposta jurisdicional às múltiplas demandas sobrestadas que versem sobre a mesma questão de direito objeto do recurso representativo.

Há também que se considerar, neste momento, não mais tangenciando as questões relativas à indevida abstrativização, que a compreensão da *ratio decidendi*, por si só, também apresenta óbices à aplicação isonômica do direito. A doutrina brasileira, a partir de referências provenientes do *common law* e o princípio do *stare*

*decisis*¹²⁹, considera a *ratio decidendi* do acórdão condutor um elemento central para compreender a posição adotada pela Corte.

O conceito de *ratio decidendi* (no *common law* americano, comumente denominada *holding*) é apresentado pela doutrina estrangeira como a razão, o principal suporte e sustentáculo que leva o Tribunal a decidir o caso em dado sentido interpretativo, em contraposição, muitas vezes, à noção de *obiter dictum*, que comporia, por sua vez, todas as considerações periféricas que gravitam em torno do núcleo essencial da decisão. Para Neil Duxbury¹³⁰, “*ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’...an *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’”.

Embora existam sistemas nos quais o *obiter dictum* possa ser considerado¹³¹ parâmetro para outros julgamentos, em regra, a primazia e a centralidade repousam

¹²⁹ *Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, concordar com ou aderir a casos já decididos. Em direito, esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares. O *stare decisis* será diverso, conforme se esteja tratando do *common law* inglês. Ou do *common law* americano. O *common law* americano é muito mais legislado, muito embora a legislação também esteja fortemente presente e em grau crescente no direito inglês. [...] *Stare decisis* e precedentes são costumeiramente utilizados como sinônimos em razão do seu sentido muito próximo, contudo não se equivalem, da mesma forma que *stare decisis* não se equivale à *common law*. O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo especialmente voltadas para as próprias cortes que estabelecem o precedente, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes com os casos-atuais”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 331-332).

¹³⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: United Kingdom: Cambridge University Press, 2008, p. 67. Na Itália e na Argentina, pensamentos semelhantes são verificados, conforme, respectivamente: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, n. 36, p. 145-146, São Paulo: RT, set. 2011; GARAY, Alberto F. **El precedente judicial en la corte suprema**. Disponível em: http://www.carriogarayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/El-precedente-judicial-en-la-Corte-Suprema-original-UP.pdf. Acesso em: 09 maio 2021.

¹³¹ A *obiter dictum*, na Espanha, pode ser considerada critério para outros julgamentos. Nesse sentido: “in Spain, according to a decision of the constitutional court, reasons cited by the constitutional court as *obiter dicta* may be considered as authorised criteria...and sometimes used as judicial and doctrinal arguments. Here, it is added, a distinction may be made between a ‘simple dictum’ or ‘assertion en passant’ and an argumentative dictum that is connected with, if not central to, the ruling in the particular case”. (GEOFFREY, Marshall. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016, p. 585).

na *ratio decidendi*¹³² do precedente. No Brasil, a doutrina¹³³ aproxima-se da noção partilhada pela doutrina estrangeira de conceber a *ratio decidendi* elemento fulcral e o *obiter dictum*, elemento periférico e não vinculante do julgamento¹³⁴ ¹³⁵. Teresa Arruda Alvim¹³⁶ “trata a *ratio decidendi* como proposição de direito, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão; o *core* da decisão”. Remetendo aos ensinamentos de Rupert Cross, demonstra a contraposição da centralidade da *ratio decidendi* em face dos demais elementos marginais e desimportantes.

A despeito da proximidade das noções teóricas em torno da *ratio decidendi*, a própria doutrina destaca simultaneamente a dificuldade para estabelecer uma metodologia para identificá-la. Nessa linha, Marshall Geoffrey¹³⁷ argumenta: “there is no unique way of saying what has happened in a particular case, and to describes it is to select features of it that seem relevant to the purpose in hand”. Enfatiza, ainda, que historicamente, no *common law*, a maior parte das discussões relativas a precedentes dedica-se a refinar o significado da *ratio decidendi*, tentando entender como podemos encontrá-la em um caso concreto.

¹³² No sistema inglês existe essa centralidade, conforme descreveu René David: “A aplicação da regra do precedente exige, por parte do jurista inglês, a análise dos comentários das decisões judiciais. Nas *reasons* dadas pelos juízes em apoio das suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, e, por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum*, aquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta. A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obiter dictum* não tem, pelo contrário, esta autoridade. O valor das *obiter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso”. (DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 343).

¹³³ Conforme: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2017, p.186; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

¹³⁴ Endossando esta linha doutrinária, a jurisprudência afastou a aplicação do *obiter dictum* como precedente. Como exemplo, o acórdão do Recurso Especial n. 1.829.829, DJe 11-10-2019: “Em que pese a bem lançada fundamentação do acórdão recorrido, ela comete grave equívoco em se amparar em julgado que não apreciou a *ratio decidendi*. Este é o caso do REsp 1.204.294/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, não conhecido pela Segunda Turma, que analisou a questão – ora controvertida – em *obiter dictum*. Por isso, o *decisum* não pode ser considerado como precedente do STJ”.

¹³⁵ Cassio Scarpinella Bueno, ao observar as regras descartadas por ocasião da tramitação do Projeto do CPC/2015 no Congresso Nacional, pontua que o § 4º do art. 521 do Projeto da Câmara deixava claro não possuírem efeitos vinculantes os fundamentos não indispensáveis (*obiter dicta*) para a conclusão alcançada no precedente. Segundo o autor, era preferível que tal regra tivesse sido mantida daquela forma clara e explícita na redação final do Código. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 404).

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 44.

¹³⁷ GEOFFREY, Marshall. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016, p. 585.

Em estudo apresentado em 1930, no *Yale Law Journal*, Arthur L. Goodhart tratou da determinação da *ratio decidendi* (que denomina *principle of a case*) a partir da identificação dos fatos fundamentais e materiais considerados pelo julgador. No entanto, naquele momento, salientou o árduo processo interpretativo ínsito a essa busca e a impossibilidade de se estabelecer um método satisfatório que pudesse simplificá-la:

The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion. Are there any rules which will help us in isolating these material facts? It is obvious that none can be found which will invariably give us the desired result, for if this were possible then the interpretation of cases, which is one of the most difficult of the arts, would be comparatively easy¹³⁸.

Ainda assim, metodologias são propostas visando minimizar a complexidade interpretativa em torno da determinação da *ratio decidendi*. Uma delas seria estabelecer a razão de decidir em localização¹³⁹ diferenciada no texto do precedente. Contudo, considerando que a *ratio decidendi*, para aplicação do precedente ao caso individual, não deve ser interpretada de forma desconectada das circunstâncias fáticas¹⁴⁰ do caso paradigmático, estabelecer topografia específica para a razão de

¹³⁸ GOODHART, Arthur L. Determining a *ratio decidendi* of a case. **Yale Law Journal**, n. 2, p. 161-182, 1930, p. 169.

¹³⁹ Embora a discussão invoque divergências e pontos de vista muitas vezes diametralmente opostos, Neil Andrews descreve o sistema inglês fazendo referência a essa prática de identificação e segregação dos elementos do julgamento por meio de topografias demarcadas: “In a precedent decision which contains a single judgment, the relevant legal proposition is normally contained in an easily identified paragraph or set of sentences. Modern decisions (whether at first instance or on appeal) adopt a structure where (i) the procedural framework of the claim is explained; (ii) the facts are summarised; followed by (iii) an account of the rival arguments presented by the parties’ lawyers; then (iv) a section called ‘Discussion’ in which the court synthesises these arguments and pronounces categorically on the preferred approach, supplying a definition of the rule or principle on which it wishes to proceed. (v) If the claim succeeds, the judgment concludes with a short statement of the order to be made (such as the award of damages, or an injunction). (vi) A decision concerning costs will also be made. When the case is reported, there will be a headnote, which is supplied by the law reporter and is not written by the court itself. This will (a) summarise the facts; (b) indicate the decision which was made, giving paragraph references to the significant passages in the judgment in which the central point of decision (the so-called ratio) is contained; (c) indicate which judges dissented; (d) summarise any non-binding observations made by the court, if those are of real interest”. ANDREWS, Neil. *Precedents in practice: the english experience*. **Revista de Processo**, v. 301, p. 381-397, São Paulo: RT, 2020.

¹⁴⁰ Ressalta, assim, Michele Taruffo: “[...] como o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, é necessário que o significado da regra jurídica, usada como critério de decisão, venha “concretizado” para relacioná-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida”. (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. **Revista de Processo**, v. 199, p. 139, São Paulo, set. 2011. Tradução do italiano para o português por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro).

decidir no corpo da decisão, igualmente, não encerra as questões em torno do problema.

Embora a discussão invoque divergências e pontos de vista muitas vezes diametralmente opostos, Neil Andrews descreve o sistema inglês fazendo referência a essa prática de identificação e segregação dos elementos do julgamento por meio de topografias demarcadas:

In a precedent decision which contains a single judgment, the relevant legal proposition is normally contained in an easily identified paragraph or set of sentences. Modern decisions (whether at first instance or on appeal) adopt a structure where (i) the procedural framework of the claim is explained; (ii) the facts are summarised; followed by (iii) an account of the rival arguments presented by the parties' lawyers; then (iv) a section called 'Discussion' in which the court synthesises these arguments and pronounces categorically on the preferred approach, supplying a definition of the rule or principle on which it wishes to proceed. (v) If the claim succeeds, the judgment concludes with a short statement of the order to be made (such as the award of damages, or an injunction). (vi) A decision concerning costs will also be made. When the case is reported, there will be a headnote, which is supplied by the law reporter and is not written by the court itself. This will (a) summarise the facts; (b) indicate the decision which was made, giving paragraph references to the significant passages in the judgment in which the central point of decision (the so-called ratio) is contained; (c) indicate which judges dissented; (d) summarise any non-binding observations made by the court, if those are of real interest¹⁴¹.

No Brasil, a tentativa doutrinária de depurar o conceito de *ratio decidendi* aproxima-se da mecânica de decomposição de elementos do precedente para a busca do que é determinante ao sentido daquela decisão¹⁴².

Há, porém, dissonância quanto aos resultados do método de separação do que é essencial na decisão. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁴³ lembram de que a

¹⁴¹ ANDREWS, Neil. Precedents in practice: the english experience. **Revista de Processo**, v. 301, p. 381-397, São Paulo: RT, 2020.

¹⁴² "A decomposição tem o objetivo de separar a essência da tese jurídica ou razão de decidir (*ratio decidendi* no direito inglês ou *holding* no direito norte-americano) das considerações periféricas (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores". (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 559). No mesmo sentido: BELL, John. **Policy arguments in judicial decisions**. Oxford: Clarendon Press, 1985, p. 60.

¹⁴³ "De fato, é uma cômoda de se definirem os *obiter dicta*: dizer que tudo o que não é *ratio decidendi* ou *holding*, como preferem dizer os americanos, é *obiter dicta*. Mas é claro que essa definição pela negativa esconde uma série de nuances que podem ter a sua relevância, e, sobretudo, supõem que se saiba como encontrar a *ratio*. Contudo, a simplicidade da definição pela negativa a torna quase imprestável. Isso porque saber o que é a *ratio*, numa decisão, nem sempre é fácil. Afinal, precisa-se interpretar a decisão". (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso**

definição pela negativa esconde uma série de nuances relevantes e, sobretudo, é problemática porque supõe que o intérprete saberá encontrar a *ratio*. Em crítica à simplicidade dessa definição, os autores são enfáticos ao mostrarem sua insuficiência diante das sutilezas e das dificuldades surgidas na interpretação da decisão judicial. Notemos que, apesar do consenso quanto às principais características da *ratio decidendi*, identificar esse núcleo essencial na própria decisão é inteiramente tortuoso¹⁴⁴.

Thomas Bustamante¹⁴⁵, por exemplo, percorre essa busca utilizando o que denominou “ferramenta analítica”, por meio da qual se elucidaria a estrutura das decisões judiciais e todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. O objetivo desse método seria, essencialmente, separar a estrutura da decisão em premissas silogísticas. Contudo, ao teorizar o tema, o autor considera que a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação são o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*.

Nesse sistema, essa dificuldade também está presente e é muito debatida pela doutrina, no entanto, com algumas diferenças. Uma delas, em relação à recente experiência brasileira, é a prática já muito evoluída e desenvolvida naquele sistema – dada a tradição histórica e secular – no que tange ao manejo dos precedentes e os desafios interpretativos decorrentes de sua aplicação, conforme destaca Marshall Geoffrey:

extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 193). Em sentido semelhante, Toni M. Fine, ao analisar o sistema anglo-americano: “[...] nem sempre é fácil determinar o que é *dictum* e o que é parte do *holding* ou da *rationale* da corte. As partes normalmente apresentam argumentos contrários sobre o que constitui o *dictum* e o que constitui parte do *holding* ou da *rationale* da corte e, portanto, carregados de efeito do *stare decisis*. Ainda, mesmo quando as declarações das cortes podem ser tecnicamente vistas como *dicta*, uma corte subsequente pode dar a elas efeito vinculante, caso tenham sido atentamente consideradas e não constituam simples observações realizadas pela corte anterior”. (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13).

¹⁴⁴ Como ilustração de uma das nuances e complexidades, Alexandre Freitas Câmara observa que o sistema de votação nos julgamentos dificulta a existência de uma única razão de decidir: “tradicionalmente, o que se fez no Brasil foi ‘somar conclusões de votos’, de modo que se reputa majoritário um entendimento quando uma conclusão é manifestada ‘pelo menos’ pela maioria dos votantes. Pode haver, porém, casos em que uma conclusão tenha sido alcançada pela maioria (ou unanimidade) dos integrantes do tribunal, mas os juízes que a hajam sustentado se tenham valido de fundamentos completamente diferentes”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério:** formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 274).

¹⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259-278.

Juristic discussions, involving both judges and scholars, do thus exhibit a certain confusion, a difficulty in capturing or conceptualizing in clear terms some central elements of practice. The 'ratio' is perhaps to be considered an essentially contested concept, because it is not purely descriptive but also evaluative and normative in force. The difficulty, perhaps impossibility, for achieving consensus in definition should not thought to mirror a like confusion in practice; for on the whole experienced lawyers and judges are able, with a relatively high degree of common understanding, to operate effectively in practice with a system of precedent in application case by case¹⁴⁶.

E, de fato, como identificar sua verdadeira substância em um precedente, senão interpretando-o? Para compreendermos um precedente de forma completa, precisamos examinar o papel que a razão de decidir desempenha em cada decisão. Para tanto, é necessário visualizar, inclusive, como interage a solução jurídica dada pelo STJ ou o STF com o caso que lhe deu origem, buscando entender o que nele pode ter sido essencial e determinante para a interpretação adotada. Isso significa que, mais do que não se distanciar das circunstâncias¹⁴⁷ do caso, a compreensão do precedente e a formação da *ratio decidendi* pressupõem o exame cuidadoso da hipótese fática que balizou a discussão e conduziu àquela resposta jurisdicional.

Consideremos ainda que nem sempre a hipótese abarcada pelo precedente é fechada e determinada, pois, algumas delas podem guardar vagueza e termos gerais em sua descrição, de maneira que parte da moldura do precedente (*fatispécie abstrata*) configura algo em construção. É o que ocorre, por exemplo, no Tema n. 988 do STJ.

¹⁴⁶ GEOFFREY, Marshall. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016, p. 585.

¹⁴⁷ Nessa linha, são bastante construtivas as observações de Rodrigo Barioni, que analisam a importância dos fatos tanto pelo aspecto da formação da *ratio decidendi*, como da interpretação do precedente. Em relação ao primeiro ponto, ressalta: “[...] a correta delimitação do precedente torna indispensável o exame cuidadoso dos fatos que ensejaram a regra jurídica nele veiculada. A falta de atenção aos fatos da causa enseja sua descrição de modo mais superficial pelas decisões formadoras do precedente, sem a narração de detalhes mais precisos. Por consequência, tais decisões geram precedentes demasiadamente abertos. A amplitude da *ratio decidendi*, como regra generalizável, necessita dos fatos da causa que gerou o precedente para ser adequadamente interpretada”. E em relação à compreensão do precedente, alerta: “Não se pode perder de vista que a transposição do conteúdo normativo do precedente para o caso subsequente está diretamente ligada à hipótese fática analisada. A alteração de algum elemento fático pode conduzir a resultado diverso – desde que essa diferenciação venha a ser reputada relevante. O risco gerado pela falta de descrição de determinados elementos de fato pode ensejar situações complexas e interpretações equivocadas dos limites da *ratio decidendi*”. (BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista de Processo**, v. 310, p. 265-291, São Paulo: RT, dez., 2020).

William Santos Ferreira¹⁴⁸, em instigante artigo que compara paradigmas, demonstra como aquela solução veiculou elementos de cunho mais genérico e vago ao analisar o cabimento do agravo de instrumento à luz da urgência presente no caso, caracterizando a *fatispécie* abstrata genérica. Além disso, ao enfatizar a natureza de *vaguedad* contida no precedente, indica a importante missão que caberá ao julgador do caso sucessivo, ao complementar e criar o sentido interpretativo na *fatispécie* concreta, o que nessas situações nos aproximaria do *common law*.

E, deveras, não há indicativos seguros na teoria de precedentes, tampouco na própria sistemática dos recursos repetitivos ora pesquisada, de caminhos lógicos que permitam localizar a razão de decidir do acórdão, de modo preciso e depurado. O desafio hermenêutico é grande. Por esse motivo, observar a interação e a interdependência entre cada um desses atores é tão ou mais importante do que os testes para decompor metodologicamente o precedente em partículas, com o escopo de averiguar a função desempenhada por cada elemento.

Nessa sorte de ideias, o empenho na interpretação da decisão judicial extrapola o desmontar de peças, porque exige um passo adiante em relação à identificação do que é essencial em oposição ao que não é. A dificuldade, como mostramos, é o fato de não haver formulações lógico-formais indicando exaustivamente como deve ser essa busca, visto que o processo é notoriamente interpretativo e, como tal, sujeito ao olhar subjetivo do intérprete ou do aplicador do direito.

Assim, para fins do sistema de recursos repetitivos, essa ausência de metodologia uniforme e segura para a interpretação da *ratio decidendi* deve ser considerada um dos pontos críticos que interferirão na aplicação isonômica da

¹⁴⁸ “[...] o julgamento do Tema 988 é muito mais vago (*vaguedad*), por envolver *fatispécie genérica* (determinável) que impõe trabalho complementar do julgador futuro, do que o do Tema 1.022. Quando se está a analisar a *fatispécie* ainda não definida de forma mais descritiva, determinada e, no sistema de precedentes brasileiro, “vinculante”, por assim dizer, a margem decisória do julgador do futuro é maior, cabendo a ele afirmar se a *fatispécie* abstrata do Tema (no sistema brasileiro) está presente na *fatispécie concreta* que lhe é submetida; com isto, o sistema processual brasileiro, nestes casos de adoção de termos vagos em precedentes, se aproxima, de algumas características do precedente em sua forma tradicional nos sistemas de *common law*, já que, para o caso tratado em concreto, ainda que possível futura abstração em Tema repetitivo, até aquele momento é o julgador do futuro, como diz Michele Taruffo, o real criador do precedente, pelo menos em relação ao assunto específico que analisa”. (FERREIRA, William Santos. Antes e depois do paradigmático julgamento acerca do cabimento agravo de instrumento (Tema 988) – tradição, prática, gestão de processos, taxatividade, interpretação, preclusão, *fatispécies* determinadas e determináveis e a força dos precedentes. In: KUKINA, Sérgio e outros (coord.). **CPC de 2015 visto pelo Superior Tribunal de Justiça**: 5 anos de vigência – 2021, no prelo).

resposta jurisdicional a cada um dos casos individuais considerados repetidos ou semelhantes.

4.4 Representatividade

4.4.1 A representatividade na sistemática de recursos repetitivos

Para iniciarmos esta análise, interessante pontuarmos que a ideia de participação democrática e representativa¹⁴⁹, presente no processo civil, possui alguns pontos de contato com a tomada de quaisquer outras decisões estatais, como a política ou legislativa¹⁵⁰. Ainda que na natureza, ou no plano formal-estrutural as decisões judiciais sejam distintas das demais, todas geram o direito de participação para os cidadãos, que, ao final, serão os destinatários destes processos decisórios.

¹⁴⁹ Conveniente a observação de Paulo Bonavides que, nada obstante referente ao Estado e as decisões políticas, coloca em xeque justamente o problema vivenciado pelo Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito à incapacidade de aplicar o direito para as demandas múltiplas idênticas, mediante atividade jurisdicional totalmente individualizada: “O Estado moderno precisa de instituições representativas. Não seria possível à democracia em nossos tempos – com um Estado de área territorial que se conta por muitos milhares ou milhões de quilômetros quadrados, e cujos habitantes também se elevam à casa dos milhões – praticar forma direta de governo, reunindo em Assembléia, nas praças públicas, à imitação do que se fazia na Grécia Antiga, toda a população política, todo o corpo ativo dos colégios eleitorais”. (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais Online**, v. 2, p. 1.209-1.216, São Paulo: RT, maio 2011 (Originalmente publicado em 1968, na Revista de Direito Público 3/99, jan.-mar., 1968). Em sentido semelhante, Simone Goyard-Fabre: “mesmo uma democracia perfeita não poderia ser direta: a mediação dos representantes é uma necessidade”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 134). E é preciso partir do evidente, como chama atenção o cientista político Giovanni Sartori, para compreender que os instrumentos modernos são outros e, de fato, mais alinhados à matriz representativa: “la differenza tra democrazia diretta dei Greci e democrazia rappresentativa dei moderni è anche, e forse ancor più, differenza di distanza storica”. (SARTORI, Giovanni. **Democrazia**. Italia: Alfabeto Trecanni).

¹⁵⁰ “Dentre os escopos políticos do processo destaca-se a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Trata-se de peculiar espectro da condição de cidadão, o *status activae civitatis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, o direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas. De fato, a participação democrática não existe só no âmbito legislativo, através da iniciativa popular de leis, plebiscito, referendo, e do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto, através dos Poderes Executivo e Judiciário)”. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, out.-dez., 2003. Mauro Cappelletti, embora tenha se dedicado a diferenciar as decisões legislativas das judiciais, sob o aspecto da ‘democraticidade’, situou a função jurisdicional como preservadora do regime democrático: “Uma virtude do Judiciário é, propriamente aquela de saber frustrar o ramo político, quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias [...] o critério da “democraticidade” da função legislativa permanece, na essência, aquele da correspondência à vontade majoritária; diverso é o critério legitimador da função jurisdicional”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 22).

Em outras palavras, se um (ou mais) direito da pessoa física ou jurídica será atingido por determinada decisão, independentemente de qual seja sua natureza, tem essa pessoa o direito de influir na constituição desta decisão cujos efeitos lhe alcançará. Na base desse raciocínio está o princípio democrático-republicano.

Segundo a sistemática do CPC/2015, quem conduz a controvérsia de índole repetitiva é o recurso “representativo”. É essa a terminologia¹⁵¹ utilizada pela lei (ao longo dos arts. 1.030, IV, V, 1.036, 1.037, 1.040), por isso cabendo questionar a *mens legis* que a nortearia. Em regra, conforme leciona Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹⁵², quem exerce os direitos e as pretensões é o próprio titular do direito. Nas hipóteses de representação, a lei permite que o direito do titular seja apresentado e sustentado por alguém que o represente, ou seja, o representante. E nos recursos repetitivos há similaridades, com a diferença de que o recorrente do recurso representativo age também em prol de seu direito e, simultaneamente, representa os interesses e os direitos dos demais litigantes individuais perante a Corte Julgadora.

Também não se pode afirmar que os litigantes individuais são inteiramente substituídos pela representação. Suas respectivas ações judiciais permanecem existindo, mesmo quando sobrestadas, e sua titularidade não muda. O ponto é que a partir da afetação e do sobrestamento, o litigante individual não poderá mais sustentar diretamente seu direito perante a Corte que formará o precedente, estando, nesta etapa, sujeito à representação exercida pelo caso piloto. Há uma hibridez, portanto. Em algumas fases, o litigante poderá defender seu direito diretamente, mas, quando houver a afetação, a representação altera esse cenário.

Ademais, não é possível prever quando isso acontecerá, pois a sistemática atual não reconhece a existência da multiplicidade no início de sua real configuração. Em algumas situações, a ação individual será sobrestada em primeira instância, estando a partir daí vinculada ao que for decidido no caso representativo. Em outras palavras, é possível que o caso múltiplo seja sobrestado apenas perante os tribunais locais, regionais, ou até mesmo perante o STF ou o STJ.

A par disso, o recurso representativo é selecionado e eleito, dentre o volumoso bloco de casos repetidos, para figurar como porta-voz de todos os demais litigantes

¹⁵¹ No dicionário *Houaiss*, o verbete ‘representativo’ é adjetivo masculino, que concerne à representação, a representar. DICIONÁRIO HOUAISS. Verbetes: representativo. Disponível em: <https://www.houaiss.net>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. t. 1. NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges (atual.). São Paulo: RT, 2016, p. 110-111.

que possuam ações ou recursos individuais abrangendo a mesma controvérsia de direito. José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, em artigo sobre o tema, destacam a importância de o caso paradigmático, de fato, representar a controvérsia, afirmando que “importa, apenas, que os recursos escolhidos sejam efetivamente representativos da controvérsia”¹⁵³. Partindo daí, devemos compreender como esse ato de “representar” atenderá ao modelo constitucional de processo civil.

A função de representar todos os demais casos tidos como iguais revela o exercício de um *poder*. Condição exclusiva, que será ostentada por apenas um dos litigantes da controvérsia jurídica. O litigante do caso representativo dirige o tema e, sem dúvidas, diferencia-se da classe composta pelos demais casos repetidos sobre a mesma questão.

Por outro lado, não basta mero exercício da condição. Imperativo haver boa condução desse papel e, para isso, há características a esse respeito que merecem atenção. Trata-se, então, na verdade, de *poder-dever*, porquanto o recurso representativo assume *múnus* relevante e encargos em relação ao bloco de litigantes das causas repetidas e à sociedade. O litigante titular do recurso representativo, como dito, não age voltado apenas aos interesses de sua causa individual, já que suporta o encargo de defender a tese de direito¹⁵⁴ que veicula. E a principal consequência disso é a de que o recurso piloto deve portar condições mínimas de abrangência, inclusão e participação democrática para comunicar e sustentar os fundamentos e os interesses comuns ao bloco de litígios iguais.

Ademais, o caso representativo deverá propiciar os diálogos, ampliando o debate com os *amici curiae* e com os atores das audiências públicas. Como salientam Aurélio Viana e Diele Nunes¹⁵⁵, a construção da norma do caso concreto, no modelo

¹⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. **Revista de Processo**, v. 159, p. 215-221, São Paulo: RT, maio, 2008.

¹⁵⁴ Aplica-se aqui o comentário de Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti em relação à representatividade nas *class actions* “[...] a vontade manifestada pela parte representativa será a vontade de todos os integrantes do grupo”. E ressalta, quanto ao controle judicial da adequação desta representatividade: “é necessário para fiscalizar se a parte representativa pode efetuar a mais adequada defesa dos direitos coletivos, com a garantia de que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros ausentes”. (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017, p. 469).

¹⁵⁵ “[...] não é difícil perceber que a teoria da comparticipação, ao promover a reconstrução do sistema processual, traz consigo uma inovação substancial, a partir da qual o protagonismo das partes, característico das fases liberal e socializadora, cede espaço à construção da norma do caso concreto

democrático, se dá em um ambiente “policêntrico” e discursivo, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual, mas na participação responsável de todos os envolvidos que, interagindo, contribuirão para esclarecer questões debatidas e o ato decisório.

Ao assumir a posição representativa, portanto, o recurso-piloto detém um relevante papel de interlocução, a fim de que o desempenho do papel do caso piloto reflita e espelhe, de modo geral, os anseios de todos que não poderão sustentar diretamente os fundamentos de defesa e argumentos perante o STJ ou o STF. Por essa razão, o exercício da condição de recurso representativo deverá ser levado a efeito de modo inclusivo, dialogando com as perspectivas do bloco de casos múltiplos.

Além disso, sob o ponto de vista da atribuição desse poder-dever, a eleição do recurso representativo deverá resultar de um processo inteiramente democrático e essa escolha expressará valores compatíveis com a CF/1988, evitando, assim, que a representação seja indevidamente associada a interesses obscuros ou a privilégios¹⁵⁶ que desvirtuem a busca pelo recurso mais qualificado e abrangente. Sem dúvidas, essa distorção contaminaria de inconstitucionalidade a formação do precedente.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁷, ao discorrer sobre a Constituição portuguesa de 1976 e analisar o binômio legitimação-legitimidade, recorda que a legitimidade se dá pelo exercício do poder voltado a determinados fins bem como à persecução da efetivação de valores e de princípios constitucionais, ao passo que a legitimação do poder, diversamente, estaria relacionada ao aspecto normativo-processual, ou seja, regras e processos que conformam a prática levada a efeito ao princípio democrático.

num ambiente efetivamente policêntrico. [...] Abraça-se a tarefa democrática no campo processual em conformidade com a teoria do direito, fazendo com que a decisão tomada em caráter solitário e com privilégios cognitivos ceda espaço ao ambiente discursivo e dele surja o ato decisório”. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 331-332).

¹⁵⁶ É essencial o controle para afastar interesses que não sejam coletivos, como os meramente especulativos. Nesse diapasão, Vincenzo Vigoriti observa que embora os tratem na representatividade das *class actions*, podem ser aproveitados para os recursos representativos. (VIGORITI, Vincenzo. *Class action e azione coletiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e alto*”. **Revista de Processo**, v. 160, p. 181- 204, jun., 2008. São Paulo: RT, 2008).

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 287-288. Nesta obra, o autor consigna também a noção de democracia como um processo dinâmico, percepção que reputamos relevante para este trabalho. A democracia, nesse sentido, não seria sujeita a uma compreensão estática, mas antes um processo de continuidade para acompanhar a abertura social, as transformações e modernizações da sociedade, o desenvolvimento integral e a liberdade de participação crítica. Não se pode vincular o conceito de democracia, sob pena de que seja reduzido a um contexto e sofra a impossibilidade de mutações necessárias para adequar-se ao seu próprio tempo.

Corroborar, pois, que, em relação à representatividade, dois atributos são examinados; um de natureza material e outro, formal. O primeiro é o modo como o caso piloto desempenha seu papel de representante. Conforme pontuamos, a boa condução depende da presença de algumas características e qualidades. O segundo é a forma como o direito processual disciplina o mecanismo democrático visando formar o precedente.

A respeito da forma, não basta que a lei processual preveja a seleção de um caso como representativo da controvérsia, atribuindo a ele legitimidade para representar os demais casos do bloco múltiplo. Como se defende neste trabalho, o processo de produção do precedente é incumbido de promover e concretizar a diretriz democrática do Constituinte. É dizer, a legislação, ao deter a função de concretizar normas constitucionais no plano processual, pode ainda desenvolver meios para assegurar e proporcionar que a eleição do caso representativo seja proveniente de um devido processo constitucional (com contraditório prévio e ampla publicidade).

Além disso, a lei, sobrepujando a tarefa de enunciar mecanismos democráticos, pode tornar-se mais encorpada e incluir, intencional e expressamente, a atuação dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas nas várias etapas de formação da decisão paradigmática.

Nas seções seguintes, analisaremos essas propriedades da representatividade de forma segregada.

4.4.2 Técnicas de representatividade em relação aos litigantes individuais dos casos repetidos

Nesta seção, examinaremos o exercício da representatividade, sob o ponto de vista dos litigantes individuais, tentando compreender quais características o caso piloto deve manifestar para que o bloco de casos repetidos esteja adequadamente representado.

Na primeira subseção, contemplaremos a abrangência de argumentos e fundamentos que aproxima o recurso piloto dos demais casos. Na segunda, nossa observação volta-se à inclusão da participação do bloco de casos repetidos por meio da atuação do *amicus curiae* e das audiências públicas.

4.4.2.1 Exercício da representatividade por meio da abrangência dos argumentos e fundamentos

Fundamental para compreender a extensão do papel do recurso representativo é que se deixe de observá-lo apenas como causa individual. A despeito do recurso piloto originar-se de determinada ação individual, a partir da afetação e/ou do reconhecimento da repercussão geral, referido caso tornar-se-á apto a produzir o julgamento representativo e não mais adstringe-se ao conflito *inter partes*, mas a toda extensão de casos iguais. É um remodelar, já que o caso piloto irradiará efeitos para além da demanda individual.

A presença dessa característica refletir-se-á na preocupação do legislador em assegurar, no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015, que somente os recursos que contenham abrangente argumento e discussão a respeito da questão a ser decidida poderão ser selecionados e afetados como representativos da controvérsia. Com efeito, a noção de ampla abrangência emerge como requisito obrigatório¹⁵⁸ que acompanhará a afetação do caso condutor.

O intuito do CPC/2015 é que o recurso eleito contenha o maior número possível de argumentos e fundamentos jurídicos, além de outros aspectos e interesses – econômicos e sociais, por exemplo – reproduzidos nas demais ações individuais integrantes do bloco de casos repetidos. Partindo-se do pressuposto de que o recurso condutor, em certa medida, “substitui” os casos múltiplos iguais a ele perante a Corte Julgadora que prolatará o precedente, é necessário haver sobreposição da maior parte dos argumentos e fundamentos arguidos nas ações individuais e os fundamentos que serão submetidos ao STJ ou ao STF por meio do recurso representativo.

Caso assim não fosse, e não houvesse correspondência de argumentos e de fundamentos entre o coletivo representado e o caso que o representa, inexistiria a

¹⁵⁸ Cassio Scarpinella Bueno esclarece: “O § 6º do art. 1.036 esclarece o que deve ser compreendido como ‘recurso representativo da controvérsia’. Trata-se de recurso, que versando sobre idêntica questão jurídica que se repete, contenha ‘abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida’. A necessária observância dessa exigência prévia é fundamental para a adequada aplicação da disciplina dos representativos, porque é a partir da *diversidade* e da *profundidade* da sustentação da questão jurídica, e correlatamente, das teses jurídicas por ela representadas, a favor e contra, que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça poderão assumir verdadeiro padrão paradigmático. Só assim é que eles terão aptidão para desempenhar o papel de indexador jurisprudencial reservado para eles pelo Código de Processo Civil”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 148, destaques presentes na obra).

representatividade adequada. Conforme destaca Alexandre Freitas Câmara¹⁵⁹, para se garantir a legitimidade constitucional da eficácia vinculante, os interesses que podem ser atingidos pelo padrão decisório devem estar representados no processo.

Entretanto, o desafio é saber como efetivar a determinação legislativa quanto à abrangência da argumentação. A lei, novamente, não forneceu caminhos e elementos objetivos para concretizar o que estabeleceu.

Aurélio Viana e Dierle Nunes¹⁶⁰ desenvolveram um estudo acerca do ônus processual argumentativo que recai sobre as partes e seus advogados. Em relação ao sistema de precedentes no Brasil, criticam exatamente a exiguidade do legislador, que apenas tangenciou, *en passant*, o tema no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015. Para exemplificar a lacuna não preenchida pelo legislador brasileiro, os autores invocam o Código de Processo Civil português, que traz a seguinte redação:

Art. 639.º

Ônus de alegar e formular conclusões

1 – O recorrente deve apresentar a sua alegação, na qual conclui, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão.

2 – **Versando o recurso sobre matéria de direito, as conclusões devem indicar:**

a) **As normas jurídicas violadas;**

b) **O sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas;**

c) **Invocando-se erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, devia ter sido aplicada.**

3 – **Quando as conclusões sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o número anterior, o relator deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, no prazo de cinco dias, sob pena de se não conhecer do recurso, na parte afetada.**

4 – O recorrido pode responder ao aditamento ou esclarecimento no prazo de cinco dias.

5 – O disposto nos números anteriores não é aplicável aos recursos interpostos pelo Ministério Público, quando recorra por imposição da lei¹⁶¹.

¹⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 236.

¹⁶⁰ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 366-370.

¹⁶¹ PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. **Código de Processo Civil**. Lei n. 41/2013. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/diploma?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma. Acesso em: 06 mar. 2021. Negritos presentes na obra citada de Aurélio Viana e Dierle Nunes.

Interessante percebermos que, com base nessas balizas firmadas pelo legislador processual português, torna-se mais objetivo e aferível o processo de avaliação das condições argumentativas das demandas. Há, como vimos, uma nítida separação entre a norma violada e as interpretações adotadas em face dela, o que minimiza a zona de bruma entre argumentos e fundamentos, em geral presentes na peça recursal.

No sistema processual brasileiro, a iniciativa foi tímida e, podemos dizer, lacônica. O legislador cingiu-se a falar em representatividade abrangente (art. 1.036, § 6º) e adequada (art. 1.038, quando trata do *amicus curiae*), deixando a análise a cargo do órgão julgador.

Aurélio Viana e Dierle Nunes¹⁶² afirmam que os sistemas jurídicos parecem caminhar na direção da exigência de processos argumentativos mais racionais e responsáveis. E acrescentam que, no sistema brasileiro de precedentes, o mínimo que se espera é o desenvolvimento de processos argumentativos capazes de dialogar racionalmente com os casos confrontados, seja para promover analogias e aproximações, seja para distingui-los.

Dessa forma, a abrangência argumentativa, citada de passagem pelo legislador no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015, poderia ser observada não apenas pelo ponto de vista da quantidade de argumentos que se sobrepõem, na comparação entre os casos repetidos e o representativo da controvérsia, mas especialmente, pelo prisma qualitativo¹⁶³. A implementação de mecanismos para controlar a satisfação ou a deficiência na carga argumentativa reduziria incertezas.

Para o que interessa nesta seção, verificar a abrangência dos argumentos por meio de critérios objetivos e regulamentados poderia contribuir para mensurar os níveis de representatividade que porta o caso eleito como piloto.

¹⁶² VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 370.

¹⁶³ Refletindo também sobre aspectos quantitativos e qualitativos da abrangência da argumentação, José Miguel Garcia Medina destaca a necessidade de que o recurso eleito contemple os pontos de vista que se contrapõem: “deverão conter, de modo completo, todos os fundamentos necessários à compreensão integral da questão de direito (requisito quantitativo). Além disso, os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. [...] É importante que, havendo recursos em sentido favorável ou contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista (requisito qualitativo). Trata-se, pois, de escolher recursos que contenham a maior quantidade de fundamentos relacionados ao tema, e que tais fundamentos sejam expostos do melhor modo possível”. (MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.452).

Como é dever do tribunal descartar¹⁶⁴ o caso que, embora indicado pelo tribunal local, não atenda condições satisfatórias para representar a controvérsia, a Corte deveria contar com mecanismos para examinar o grau de representatividade oferecido pelo piloto, ou seja, é preciso dispor de formulações e de indicadores para testar e comparar a desenvoltura da carga argumentativa relativa à questão de direito.

Alguns autores¹⁶⁵ reconhecem, e com razão, a dificuldade em assegurar que os recursos afetados, por mais que sejam abrangentes e representativos da controvérsia, conterão todos os fundamentos da tese jurídica debatida, favoráveis ou contrários ao seu entendimento. Mas, ainda assim, alertam à necessidade de mecanismos regulamentados destinados a assegurar que o caso representativo escolhido contemple os melhores atributos para a cognição do Tribunal.

Talvez, inclusive, estudos técnicos possam subsidiar a tomada de decisão quanto à afetação do recurso especial e/ou do reconhecimento de repercussão geral. Dispor publicamente o número de casos impactados pela matéria, quais e quantos fundamentos e respectivas interpretações foram identificados nestas demandas consideradas idênticas, poderia contribuir para acirrar esses confrontos.

A falta de indicação pelo legislador quanto ao *como* identificar os recursos mais abrangentes merece ser reiterada, especialmente porque está relacionada à legitimação e ao consenso em torno do precedente. Daí a razão pela qual o legislador deverá ainda preocupar-se em implementar as normas a esse respeito. No caso da abrangência das discussões, a clareza permitirá ao litigante individual ver-se, de fato, representado pelo caso piloto e nele reconhecer-se pelas características que lhes são comuns e iguais.

Pois bem, um último ponto. Na análise anterior, o caso piloto foi considerado a partir da condição apresentada no momento estático, “fotográfico” de sua apreciação judicial – a afetação. Importante questionarmos se essa opção poderia ser atenuada em busca de um modelo mais flexível.

¹⁶⁴ A esse respeito: “O tribunal *ad quem* deve fiscalizar se os recursos selecionados pelo tribunal *a quo* efetivamente representam a controvérsia. Caso se entenda que a controvérsia não esteja devidamente representada por tais recursos, o procedimento programado para o julgamento de recursos repetitivos não deve seguir adiante. Nessas circunstâncias, deve o julgador comunicar o tribunal *a quo* para a pronta revogação do sobrestamento dos recursos represados na origem ou tomar as providências necessárias para a seleção de novos recursos”. (NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FOSENCA, João Francisco N. da. **Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.126).

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 231.

Ao tratar do momento em que a Corte compreenderá e definirá a questão de direito controvertida, Luiz Guilherme Marinoni reconhece o desafio de captar todas as perspectivas e os argumentos em torno do tema:

a compreensão da controvérsia, diante do recurso repetitivo, certamente não pode ser limitada pelo princípio dispositivo, devendo a Corte se informar acerca de todos os fundamentos e perspectivas de análise que podem influenciar a resolução da questão, nos termos do art. 1.038, CPC¹⁶⁶.

Porém, a reflexão do autor está voltada à afetação, não ao julgamento. Trata-se de uma diferença relevante, afinal, admitir que o tribunal tenha postura mais aberta e investigativa para decidir qual é o caso mais abrangente, e assim eleger o caso representativo, é o que esperamos. Já transpor o mesmo raciocínio para o momento do julgamento da causa-piloto demanda, no mínimo, cautela.

No julgamento, se, por um lado, se admitir ao STJ ou ao STF coletar manifestações e participações para elevar a extensão argumentativa da controvérsia parece contribuir para o debate se tornar mais completo; por outro lado, deve ser afastado o risco de se configurar uma causa de pedir aberta no recurso repetitivo.

Por isso, é preciso equacionar esses limites em conjunto, a fim de que a busca pela melhor composição da abrangência dos fundamentos e argumentos não redunde em distorções no objeto julgado. Até porque, o precedente está ligado às circunstâncias específicas do caso concreto que lhe deu origem.

4.4.2.2 Exercício da representatividade por meio da participação e inclusão – *amicus curiae* e audiências públicas

Conforme preconiza José Joaquim Calmon de Passos¹⁶⁷, a partir da segunda metade do século XX, a constitucionalização do direito processual vem mostrando serem indissociáveis os papéis de enunciar o direito e de organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação.

O debate acerca da participação, da acessibilidade e da inclusão tem se fortalecido no ambiente processual em direção à concretização. É incontestável que,

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2017, p. 220.

¹⁶⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 102, abr.-jun., 2001. São Paulo: RT, 2001, p. 55-67.

a cada dia, valoriza-se mais a ampla cooperação no desenvolvimento e no resultado do processo.

Luigi Paolo Comoglio evidencia o devido processo legal e os demais princípios – contraditório, ampla defesa e igualdade – em forte vínculo com o princípio da democracia nas estruturas do processo, identificando-os como a força motriz e a garantia suprema de não retorno do modo autoritário e inquisitorial de julgar¹⁶⁸. Para José Carlos Barbosa Moreira, a disciplina do processo civil, nesse sentido, passa a sofrer, cada vez de forma mais intensa e transformadora, a influência do princípio republicano e da soberania popular¹⁶⁹. Por fim, em conferência realizada em Curitiba, em 1991, Mauro Cappelletti¹⁷⁰, ao dedicar sua fala à inclusão social, ressaltou que democracia equivale à participação e, assim, sob o ponto de vista do processo, a formação do juízo deveria ser examinada não somente a partir de seu produtor (juízes e tribunais), mas sobretudo de seus *usuários*.

Na sistemática analisada neste trabalho, trata-se de decisões de grande interesse social, uma vez que serão aplicadas a muitos outros casos. Desta forma, deve ser pressuposto do devido processo que formará o precedente assegurar a intensa cooperação entre o Poder Judiciário e todos – pessoas, órgãos e entidades, inclusive de grupos minoritários – que puderem contribuir e apresentar subsídios para a construção participativa, representativa e político-democrática da decisão-paradigma, como temos enfatizado.

É imprescindível que o Poder Judiciário ouça as vozes de todos os interessados e destinatários de suas decisões, promovendo a pluralidade no debate e a discussão aprofundada sobre todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis, jurídicos e não jurídicos, que permearão a tese analisada e os interesses contrapostos.

No entanto, embora seja evidente a necessidade de que a constituição dos precedentes decorra de uma cadência de atos processuais organizados, públicos e

¹⁶⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, v. 108, p. 133-183, out.-dez., 2002. São Paulo: RT, 2002.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-89.

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma no processo civil nas sociedades contemporâneas. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, v. 65, p. 127-143, São Paulo: RT, jan.- mar.1992.

que garantam os direitos constitucionais, o CPC/2015 possui lacunas¹⁷¹ de publicidade que interferem nas oportunidades de manifestação da sociedade civil.

Desde as fases iniciais pré-seleção e seleção dos casos representativos, passando pelo julgamento e pela elaboração do enunciado de tese jurídica – e mesmo eventual modificação ou revogação do precedente, por fatores históricos ou normativos que o justifiquem – deve haver abertura democrática.

A previsão contida nos arts. 1.038 e 138, embora louvável, ainda está apenas enunciando a possibilidade de participação, sem garantir a cobertura participativa em todas as etapas de formação do precedente.

A despeito da deficiência na lei, certo é que a participação da comunidade interessada no desfecho da tese jurídica e a atuação dos *amici curiae* contribui, enormemente, para a representatividade e a abrangência argumentativa no julgamento do caso piloto. Por isso, se seguir a tendência bem desenvolvida no controle concentrado de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/1999), o regime de recursos repetitivos será beneficiado pela maximização dessa participação.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷², grande estudioso do tema, destaca que o depoimento, em audiências públicas, de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, em nada se sobrepõe à oitiva do *amicus curiae*, visto que são conciliáveis e ambos criam o espaço adequado e racional para se travar as discussões a respeito da questão de direito repetitiva. Logo, são forças distintas que se somam no processo para atingir o objetivo de democratizar¹⁷³ o debate judicial.

Taís Schilling Ferraz, ao discorrer sobre a atuação de terceiros nas repercussões gerais, ressalta como esses mecanismos têm o potencial de ampliar o debate, contribuindo para a melhor solução da causa. E acerca das audiências, consigna:

Ao encaminhar convites ou acolher propostas de participação de entidades do poder público e da sociedade civil em uma audiência pública, o STF busca conhecer da matéria sobre a qual se pronunciará, sob aspectos muitas vezes não explorados ou suficientemente mencionados nos recursos-paradigma, colhendo

¹⁷¹ Os RISTF e RISTJ também tangenciam o tema com normas abrangentes, reafirmando o que temos demonstrado quanto à existência de disciplina regimental referente à formação dos precedentes. Ver, nesse sentido, artigo 323, § 3º, do RISTF e artigo 160, § 8º, do RISTJ.

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 742.

¹⁷³ Na MC na ADIn 2.321, Pleno, j. 25-10-2000, rel. Min. Celso de Mello, foram ressaltados os propósitos teleológicos da atuação no *amicus curiae*, plurizando o debate constitucional e ampliando a legitimação democrática das decisões proferidas pela Suprema Corte.

elementos, inclusive, para a previsão dos efeitos que poderão sobrevir à sua decisão, a curto, médio ou longo prazo¹⁷⁴.

A ponderação que se renova aqui é quanto à importância de medir os elementos e os aspectos novos trazidos pelos participantes, evitando distorções da causa de pedir e os pedidos do caso representativo.

Mas não há dúvidas de que abrir canal de comunicação, seja por *amicus curiae*, ou por manifestação da sociedade civil em audiência pública¹⁷⁵, pode colaborar para enriquecer os pontos de vista da questão jurídica debatida, em todos os seus diversos aspectos. Então, para equacionar, a abrangência argumentativa contida no recurso representativo pode ser aprimorada pela participação dos terceiros, desde que não modifique nem deforme as circunstâncias do caso representativo.

Mas seria falho sustentar que a participação do *amicus curiae* e da sociedade civil limita-se a aperfeiçoar a abrangência argumentativa. A participação destes atores no julgamento do recurso condutor tem a função crucial de democratizar a formação do precedente que será produzido.

Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra mais completa sobre o tema, dedicou-se a analisar os contornos históricos e jurídicos em torno da figura do *amicus curiae*, instigando a reflexão sobre as pessoas que, ao menos teoricamente, estariam representadas no julgamento indexador e que serão atingidas pela solução dada no precedente:

[...] nunca, para a nossa experiência jurídica, foi tão importante saber o que e como os tribunais decidem as mais variadas questões. E saber como eles decidiram para saber como eles vão decidir nos sucessivos “novos” casos que lhes são postos para julgamento. Se há nisso ecos de “previsibilidade”, de “igualdade” e de “segurança jurídica, não há como negar que também se pode ouvir uma questão que vem facilmente à tona: como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu?¹⁷⁶

Fundamental, portanto, que a compreensão do papel do *amicus curiae* e da sociedade civil em audiências públicas, se dê a partir do pressuposto de que a construção da norma jurídica a ser estabelecida no precedente deve ser coletiva,

¹⁷⁴ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p.183.

¹⁷⁵ A exemplo das audiências realizadas nos RE 641.320 e 586.224.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

participativa, inclusiva e cooperativa. Em outras palavras, para haver efetiva democracia na formação da decisão paradigmática, a sociedade e os terceiros interessados devem dispor de meios de participação e de intervenção no julgamento condutor, sob pena de, ao final, não se verem verdadeiramente representados no precedente formado à míngua de sua atuação.

Em relação aos recursos repetitivos, trata-se de tema a ser enfrentado de modo a abranger a participação do coletivo imediatamente impactado pela tese¹⁷⁷, ou seja, o bloco de casos reputados repetidos, mas não apenas, pois o precedente é de interesse da sociedade como um todo.

Acerca do bloco de casos, o movimento de abertura democrática ocorre no intuito de trazer ativamente os respectivos litigantes para o debate. A despeito de estarem representados pelo caso condutor, paira sobre os casos múltiplos a noção (equivocada) de que, uma vez sobrestados, devam limitar-se a aguardar, passivamente, a fixação da tese no caso eleito como representativo.

Isto é, existe a leitura de que todo o trabalho de cooperar para o julgamento e influenciar a Corte Julgadora será feito pelo caso representativo. Trata-se, no entanto, de um pensamento incorreto, visto que o recurso piloto, de fato, recebe o encargo de conduzir e ser o porta-voz, mas não fará o trabalho de modo isolado e solipsista. Aliás, pelo próprio sentido das expressões utilizadas, percebemos que o caso representativo faz as vezes de conducto, ou seja, encaminhará ao julgamento aspectos e interesses captados junto ao bloco de ações repetidas as quais representa.

Indo além, podemos vislumbrar o empréstimo de alguns instrumentos de democracia representativa para tornar ‘audível’ a voz desse coletivo de casos

¹⁷⁷ A investigação sobre o mecanismo democrático de participação aos titulares de processos sobrestados possui dissonâncias. Algumas linhas de pensamento encampam a posição de que o *amicus curiae* poderia veicular as vozes captadas desse coletivo de demandas repetidas para a Corte. Na contramão, há debates no sentido de que não haveria representatividade adequada no *amicus curiae* que tem interesse no desfecho do processo, como as pessoas físicas ou jurídicas que possuem demandas sobrestadas. (GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. **Revista de Processo**, v. 294, p. 297-332, São Paulo: RT, ago., 2019; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Admissibilidade de *amicus curiae* no julgamento de repercussão geral. **Revista de Processo**, v. 922, p. 589-609, São Paulo: RT, ago., 2012. Ainda, o acórdão RE 590.415/SC, j. 29-09-2011, rel. Min. Joaquim Barbosa, que recusou a intervenção do terceiro nesta condição. Mostrando a dissonância: “Amicus briefs give a voice to persons who are not parties but who may be affected by a decision. This is justified because, as the Supreme Court has recognized, decisions do not just belong to the parties but are “valuable to the legal community as a whole”. “Some judges resent the fact that amicus briefs represent a form of lobbying [...]”. (MUNFORD, Luther T. When does the curiae need an amicus?, 1 J. App. Prac. & Process n. 279, 1999. Disponível em: <https://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol1/iss2/5>. Acesso em: 13 abr. 2021).

sobrestados. Como exemplo, o caso representativo teria condições de realizar consultas prévias ao coletivo sobre alguma questão específica, por sistema de convocação e de votação em plataformas administradas pela Justiça.

Interessante, a propósito, observarmos que, historicamente, havia mecanismo similar presente no procedimento para a edição dos assentos do direito imperial brasileiro¹⁷⁸. O Decreto n. 6.142/1876 estipula que, diante do reconhecimento da necessidade de emitir o assento, o Tribunal tinha a faculdade de consultar a opinião de algumas entidades, dentre elas, a Ordem dos Advogados. São recursos lícitos, disponíveis na ordem jurídica, mas que não foram explorados na órbita dos recursos repetitivos. Embora demandem gestão judiciária, a implementação de ferramentas de consulta poderia tornar o processo de formação do precedente mais incluyente e dialógico.

A consulta pública é um meio utilizado comumente na elaboração de legislação¹⁷⁹ e de regimentos internos que poderia ser útil para auxiliar a legitimar o precedente também. Com efeito, a comparticipação na produção do precedente pode ser melhor aparelhada (referimo-nos aqui, especificamente, à presença de instrumentos jurídicos “democratizantes”). Nos moldes em vigor, ainda é baixo o nível de interação e de trocas entre o caso representativo e os casos representados sobrestados.

Atualmente, a democratização na produção do precedente está bastante vocacionada a proporcionar ao julgamento diversidade e abrangência quanto aos distintos pontos de vista, pretensões e interesses que gravitam a tese. Ainda parece possível irradiá-la para outros momentos, conferindo mais chances de participação ao bloco representado, e por meio de novos instrumentos. Além da consulta pública, as sabatinas, audiências e outros espaços regulamentados cumpririam essa finalidade.

¹⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante dec. 6142/1876. **Revista de Processo**, v. 220, p. 407-421, São Paulo: RT, jun. 2013.

¹⁷⁹ A exemplo das consultas públicas realizadas pelo Senado Federal acerca das atividades legislativas, reportamo-nos aos mapeamentos no *site* www12.senado.leg.br/ecidadania. Nele, é possível checar a quantidade de pessoas votantes, o número de votos registrados, de proposições votadas e até mesmo quais delas são as mais votadas no dia. Outro exemplo seria a consulta pública aberta para escrutinar a minuta do regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). (MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **CARF abre consulta pública para alterações em seu Regimento Interno** – ENCERRADA. Disponível em: www.carf.economia.gov.br/noticias/2020/carf-abre-consulta-publica-para-alteracoes-em-seu-regimento-interno. Acesso em: 18 jun. 2021). O mesmo foi feito em relação ao regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-proposta-de-novo-regimento-interno>. Acesso em: 22 jun. 2021.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁰, ao criticar duramente a falta de participação dos litigantes das ações repetidas, evidencia a urgência de se disporem mecanismos para que o bloco de casos suspensos possa influir, concretamente, na formação da decisão-quadro que lhes afetará:

Sem embargo da racionalidade operacional que impregna o sistema de julgamento por amostragem, e de seu pragmático objetivo de otimizar o tempo da prestação jurisdicional nos Tribunais, não há negar que, na pendência dos trâmites voltados à fixação do entendimento do STF ou do STJ no processo paradigma, as partes atinentes aos processos sobrestados nos TJs, TRFs (ou mesmo nos TRTs), ficam na angustiante condição de impassíveis espectadoras, não só da eventual afetação de seu processo como representativo da controvérsia, como da fixação final da decisão-quadro pelo STF ou STJ, assim figurando como “litigantes sombra”, na expressiva locução do Min. Hermann Benjamin, do STJ (voto vencido no RESP 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24-10-2007, Dje 01-09-2008).

A crítica atenta do autor aponta a impossibilidade de reação dos litigantes das ações individuais em relação à escolha do recurso representativo da controvérsia, o que, francamente, ocorre na prática. Assim, o que se pretende destacar é que o permissivo legal de influência e cooperação democrática dos arts. 1.038 e 138 do CPC/2015 não são totalmente aptos a desempenhar a missão concretizadora quanto à formação do precedente. Não faz sentido que se planifique a discussão quanto à democratização e a representatividade, reduzindo-a à sessão de julgamento perante a Corte. Há momentos anteriores a este e possibilidades de participação que não foram valorizados e disciplinados.

Assim, na forma vigente no Código, apesar de presentes mecanismos que autorizam a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiência públicas, o legislador poderia ter sido mais incisivo e implementado a efetiva participação do bloco de litigantes das ações individuais repetidas, e, quiçá, até de posições minoritárias entre eles.

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁸¹ elogiam o potencial de pluralização do debate presente no CPC/2015 dada a possibilidade de que um terceiro – como o *amicus curiae* – fale em nome de um

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2016, p. 535.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2019, p. 558-559.

setor social, contribuindo para formar a discussão em torno da controvérsia, mas ressentem-se da falta de mecanismos, de “critérios objetivadores da compreensão constitucional”, que exigiriam do juiz o emprego dos recursos representativos.

Rosemiro Pereira Leal, outrossim, debruça-se sobre as nuances e complexidades contidas na materialização dos parâmetros democrático-representativos dentro da procedimentalização-institucionalização dos atos, concluindo não ser todo “procedimento¹⁸²” (devido processo legal) apto a acomodar tamanho desafio de natureza constitucional, jurídico, linguístico:

[...] não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como proposição linguístico-jurídico-constitucional (devido processo constitucional) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), autoincludente de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria integração social¹⁸³.

Logo, também não podemos ignorar a dificuldade contida na missão de identificar, suficiente e adequadamente, o aparato normativo-processual que acomodaria de forma precisa as necessidades democráticas em torno da formação do precedente.

Cassio Scarpinella Bueno posiciona a discussão no campo interpretativo e, com isso, logra a dispensa da ação do legislador para assegurar o direito de participação. Sustenta que é ampla a interpretação a ser aplicada no tocante à realização das audiências públicas e os *amici curiae*, e coloca ênfase ao lembrar que esse diálogo institucional *deverá* ser proporcionado sobretudo no ambiente de processos que produzirão as decisões ‘ultra partes’ do art. 927, as quais denomina “indexadores jurisprudenciais”:

[...] é importante interpretar que a convocação de *amici curiae* nos processos destinados à formação dos referenciais do art. 927, quaisquer que sejam eles, é medida verdadeiramente imperativa para o relator e que deve ser determinada no ambiente dos processos ou

¹⁸² Para o autor, procedimento “seria uma estrutura institucional caracterizada pelos atributos de juridicidade na estabilização decisória da conduta no plano temporal, social e material, não se afirmando por conteúdos jurídico-demarcatórios (normativos) dos juízos argumentativos (comunicativos) da lógica das decisões”. (LEAL, Pereira Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 152).

¹⁸³ LEAL, Pereira Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 148.

dos incidentes destinados à formação dos indexadores jurisprudenciais, sendo indiferente a previsão legislativa expressa ou em sentido contrário¹⁸⁴.

Desta maneira, as discussões no campo doutrinário tendem a concordar que houve pouca força do Código para concretizar direitos de participação e inclusão em todas as etapas de formação do precedente.

4.4.2.3 Representatividade em relação às demais instâncias julgadoras – um olhar para o interior do sistema judiciário

A representatividade não se encerra nas pessoas atingidas pelo precedente. Como mencionamos na seção anterior, além dos litigantes individuais portadores de casos idênticos, ao pensarmos em representatividade incluímos os *amici curiae* e as audiências públicas. Mas não só. Poderíamos questionar se o precedente é representativo para os demais órgãos jurisdicionais que deverão aplicá-lo. Ou seja, se houve comparticipação e cooperação entre todos os órgãos jurisdicionais para a construção do precedente.

É incomum, de fato, o pensamento de que também os julgadores de primeiro grau deveriam ter participação ativa na formação do precedente. Mas existe uma razão para trazer à tona essa reflexão: o consenso buscado em torno do precedente e o anseio para que tal solução seja uniforme, estável e íntegra (art. 926, do CPC/2015). Não se trata de defender que todos os órgãos devam participar do mesmo modo e simultaneamente, visto que precisam ser respeitadas as respectivas competências e jurisdições constitucionais. Consideradas as diferenças institucionais e jurisdicionais, avançaria bem o Código em assegurar que todos os órgãos do sistema judiciário aportem contribuições, também preocupando-se em como organizar e viabilizar tal participação.

Os tribunais locais e regionais, ao menos, receberam do CPC/2015 a missão de indicar os casos com potencial de, no futuro, representar a controvérsia repetitiva. Já a primeira instância tampouco foi convidada para participar desta etapa preliminar. E, ainda assim, completamente distanciados do processo de produção do precedente,

¹⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 407.

foram incumbidos pela legislação processual como instâncias aplicadoras da solução firmada no precedente.

Na filosofia desenvolvida pelo teórico norte-americano Ronald Dworkin, o uso coercitivo dos poderes do Estado é colocado em questão em face da legitimidade do direito. A integridade e a autoridade do sistema jurídico, assim como o consenso em torno deste não advêm da obrigatoriedade¹⁸⁵ das normas, estando antes mais ligados às práticas jurídicas (e também sociais) e ao comprometimento coletivo em busca da resposta correta.

Conquanto a eficácia vinculativa (art. 927 do CPC/2015) possa impor – se assim for aceito – a obrigatoriedade de observância do precedente, por outro lado, o Código não fez nenhum movimento para evitar a recalcitrância pelos magistrados. A propósito, não raro é que alguns deles se recusem a aplicar a solução fixada, amparados pelo princípio do livre convencimento. Por isso, é necessário explorar se a dinâmica de precedentes comportaria acrescentar mais participação dos julgadores de primeira e segunda instâncias na formação do paradigma¹⁸⁶. Seria mais salutar que o legislador os tivesse permitido cooperar intensamente para a construção do precedente que estarão obrigados a aplicar aos casos futuros.

Evaristo Aragão Santos¹⁸⁷, por meio de reflexão semelhante, pontuou a subvalorização da atividade dos juízes de primeiro grau e dos tribunais intermediários na formação do precedente judicial. Em sua leitura, o sistema, hoje voltado quase exclusivamente às atividades do STJ e do STF, poderia atribuir outro valor às decisões emanadas pelas instâncias ordinárias, e até mesmo considerá-las precedentes. A premissa quanto à subvalorização das instâncias inferiores é no sentido de que “a importância do precedente e da percepção de que sua formação tem início no primeiro grau” nos soa genuinamente verdadeira.

¹⁸⁵ “Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar como regra, para si mesmo, fazer determinada coisa”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 47). Ainda, a esse respeito: PEDRON, Flavio. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo**: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther. Belo Horizonte: Clube dos autores, 2011, cap. 1.

¹⁸⁶ Segundo Fábio Victor da Fonte Monnerat, nos recursos repetitivos, uma vez instaurado o procedimento, deve haver um amplo debate sobre a tese jurídica a ser uniformizada, com a participação de *amicus curiae*, e pedido de informações aos tribunais de 2º grau. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 366).

¹⁸⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 159-168.

Um pouco diferente é o nosso olhar a respeito do que pode ser modificado, vez que não se trata de ajustar o valor e a função social das sentenças de primeiro grau no sistema, mas de realmente incluir os juízes nas etapas de formação do paradigma. Os magistrados podem efetivamente cooperar, possivelmente indicando aos tribunais intermediários a existência de multiplicidade de demandas sobre dado tema, elencando os casos abrangentes e completos sob sua jurisdição, enviando as respectivas resoluções em face dessas disputas ou pareceres sobre a matéria controvertida.

Também a atuação dos tribunais intermediários pode ser aperfeiçoada. Ainda que já sejam incumbidos das indicações preliminares (art. 1.036, § 1º, do CPC/2015), podem expandir a atuação cooperativa e consultiva no que diz respeito ao tema jurídico, maximizando o rendimento do art. 1.038, III.

Voltaremos a tratar do tema relacionado à participação do juiz de primeiro grau à luz de outro aspecto; nesta subseção, a ideia foi especialmente demarcar sua relação com a representatividade.

5 PROPOSIÇÕES ADICIONAIS

5.1 A necessidade de inclusão e da participação dos juízos de primeiro grau na formação dos precedentes

O legislador atribuiu ao juízo de primeiro grau a missão de realizar o sobrestamento das causas consideradas idênticas e, após fixar o precedente, dar-lhe aplicabilidade, irradiando-o para os processos individuais repetidos. Neste capítulo, aprofundaremos a reflexão sobre a participação do juízo de primeira instância na produção do precedente.

A partir da análise da redação original do Projeto do CPC/2015, extraímos elementos que salientam em que medida a atuação participativa do primeiro grau de jurisdição foi contida e subestimada. Dessa forma, resgatamos o art. 333¹⁸⁸, do CPC/2015 e a respectiva mecânica subjacente, a fim de mapear a contribuição que pode ser prestada pelo dispositivo ao sistema de recursos repetitivos.

Em sua primeira redação, o art. 333 do CPC/2015 previa a conversão da ação individual em coletiva pelo juiz de primeiro grau, em casos de relevância social. O artigo, contudo, foi eliminado do Projeto do CPC/2015 por veto presidencial sob o fundamento de que as conversões poderiam ocorrer de forma pouco criteriosa¹⁸⁹.

O veto foi conservado pelo Congresso Nacional e, com isso, de fato, perdeu-se o mecanismo de conversão contido na proposta de Kazuo Watanabe¹⁹⁰ apresentada ao Relator do Projeto do CPC/2015 na Câmara dos Deputados.

¹⁸⁸ Segundo o dispositivo, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, após ouvir o Ministério Público e o autor da ação, o juiz poderia converter em coletiva a ação individual.

¹⁸⁹ Razões do veto: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”. (GOVERNO FEDERAL. **Mensagem n. 56, de 16 de março de 2015, enviada pela Presidência da República ao Senado Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em: 21 nov. 2020). A nosso ver, a justificativa veiculada pelo veto, no entanto, não precede, pois caberia ao Poder Judiciário realizar o controle de eventuais desvios e incorreções na aplicação da norma.

¹⁹⁰ “Acrescenta-se um novo capítulo, a dispor sobre a conversão da ação individual em ação coletiva. Acolhe-se a proposta de Kazuo Watanabe, no sentido de criar um incidente de transformação de ação pseudoindividuais em ações coletivas. Trata-se de técnica de racionalização da função jurisdicional e de prestígio à isonomia”. (CÂMARA LEGISLATIVA. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do Código de Processo Civil – Revogam a Lei n. 5.869, de 1973 – **Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407. Acesso em: 22 fev. 2020).

Tangenciando o dispositivo legal contido no Projeto do CPC/2015 (PLS n. 166/2010, que, na Câmara dos Deputados, foi numerado como 8.046/2010), Rodolfo de Camargo Mancuso ponderou a aplicação da conversão para abarcar as ações individuais múltiplas:

[...] melhor fora que as pretensões isomórficas fossem aglutinadas num processo coletivo, nomeadamente a ação coletiva por interesses individuais homogêneos (Lei n. 8.078/90, arts. 91 a 100), com a vantagem adicional de que por aí se evitaria a atomização do macroconflito em multifárias e replicadas demandas individuais (que depois darão azo a recursos repetitivos) [...]¹⁹¹.

Em outro trabalho, esse autor¹⁹² lembra que tanto para a otimização dos trabalhos nos Tribunais, como para o tratamento isonômico dos jurisdicionados, a multiplicação de recursos isomórficos (idênticos) poderia ser evitada, caso a crise de larga irradiação fosse, desde a origem, encaminhada ao quadrante da jurisdição coletiva. Ou seja, a resolução dos conflitos repetitivos poderia ser mais eficiente se houvesse a coletivização desde o início das proposituras das ações em larga escala.

Eduardo Talamini manifestou-se acerca da tentativa do Projeto de agrupar as demandas idênticas, criticando-a:

Há uma clara preocupação com os conflitos de massa: as causas que, com contornos essenciais idênticos, chegam aos milhares ou milhões ao Judiciário, em ações individuais. O novo Código não trataria do processo coletivo, que já é objeto de um projeto de nova disciplina, em trâmite no Congresso Nacional. Mas trataria de “incidentes de coletivização” das demandas individuais. Propõem-se mecanismos de reunião e suspensão de processos, até que se estabeleça uma solução uniforme para todos os casos homogêneos. Os riscos nesse caso são bastante conhecidos: supressão do devido processo legal, do contraditório, do acesso à justiça¹⁹³.

O escopo do instituto eliminado era, como visto, a conversão de uma das ações repetidas em ação de caráter coletivo. Não é foco deste trabalho a conversão de uma

¹⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 549.

¹⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2016, p. 529.

¹⁹³ TALAMINI, Eduardo. **O primeiro esboço de um novo CPC**. Disponível em: migalhas.com.br/depeso/99523/o-primeiro-esboco-de-um-novo-cpc. Acesso em: 26 mar. 2021.

das ações individuais múltiplas em ação coletiva, como também não se confundem¹⁹⁴ aqui os recursos repetitivos com os incidentes de coletivização. No entanto, ainda que sem mesclar a dinâmica desses institutos a ponto de desnaturá-los, é possível compará-los, pois todos lidam com o conflito repetitivo.

O resgate da mecânica em torno do revogado art. 333 é valioso, porque examiná-la, ainda que sem o enfoque voltado à coletivização das ações repetidas, evidencia, principalmente, a necessidade de maior inclusão e valorização do juiz de primeiro grau na sistemática de recursos repetitivos. O importante é lembrar de que o dispositivo suprimido tratava da conversão da ação individual em coletiva, desde o primeiro grau de jurisdição. Notemos que o objetivo colimado pelo dispositivo revogado era uniformizar o tratamento das ações repetitivas não em qualquer outro momento, mas desde a primeira instância de julgamento. Esse é o ponto central.

No sistema que vigora, a identificação da multiplicidade inicia-se perante os Tribunais nos termos do art. 1.036, § 1º, por ocasião da identificação e da indicação de casos repetidos. O reconhecimento oficial da multiplicidade, entretanto, ocorre apenas posteriormente e de forma reflexa, quando proferida a decisão de afetação ou o reconhecimento da repercussão geral.

Os juízos de primeiro grau, visto sob esse ângulo, acabaram, de certa forma, alijados da formação do precedente, cabendo-lhes apenas proferir decisão quanto (i) ao sobrestamento da ação individual com base na afetação ou repercussão geral enunciada, respectivamente, pelo STJ ou STF; (ii) à aplicação da solução firmada pelas Cortes ou ao afastamento do precedente, quando, interpretando o padrão decisório, verificar causa de distinção (*distinguishing*) no caso concreto individual.

¹⁹⁴ A natureza do recurso repetitivo é o centro deste trabalho. Quanto às outras duas modalidades citadas, a doutrina especializada as diferencia da seguinte forma: “a coletivização de ações individuais não se confunde com o incidente de resolução de demandas repetitivas, vez que os institutos dão tratamento diferenciado à massificação de ações seriadas. Como visto anteriormente, o incidente de resolução de demandas repetitivas se restringe a padronizar questões de direito, enquanto o instrumento de coletivização de demandas individuais unifica questões de fato e de direito. O primeiro, portanto, tem como objetivo principal evitar contradições lógicas; o segundo visa a impedir contradições lógicas e fáticas. Outrossim, a resolução de demandas repetitivas pressupõe a efetiva repetição de processos, de modo que sua aplicação somente ocorre após a consolidação do fenômeno de massificação. A coletivização, por sua vez, atua preventivamente à formação da anomalia, pois permite tratamento adequado à questão de natureza coletiva a partir do ajuizamento de uma única ação”. (CALDO, Diego Santiago Y. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas. **Revista dos Tribunais**, v. 965, p. 37-59, São Paulo: RT, mar., 2016).

No entanto, a inclusão dos juízos de primeira instância pode tornar o sistema mais próximo dos propósitos pensados pelo Código. Vale ressaltar, uma vez mais, que na sistemática vigente, as demandas individuais tramitam de forma independente por certo tempo, e apenas começam a ser tratadas como bloco de demandas múltiplas e iguais após a afetação do recurso representativo da controvérsia ou, no caso do recurso extraordinário, o reconhecimento da repercussão geral. Durante um período de tempo, até esta proclamação do caso condutor, as múltiplas ações individuais terão inclusive recebido respostas jurídicas nas instâncias percorridas.

Curioso é que isso acontece com os recursos repetitivos, mas não com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Neste segundo instituto, o Código evitou prolongar situações de incertezas, ao permitir que o próprio juiz de primeiro grau¹⁹⁵, por ofício, requeira a instauração do incidente ao presidente do tribunal a que está vinculado. Com exceção à disciplina dos recursos repetitivos, houve essa preocupação de evitar a insegurança jurídica decorrente da coexistência de decisões – muitas vezes conflitantes – para a questão jurídica. Importante, portanto, que as investigações sobre os recursos repetitivos se atentem a essa diferença.

Como no sistema de recursos repetitivos esse lapso temporal não pode sequer ser demarcado, recai, neste intervalo, uma severa incerteza para o litigante individual. Por tempo indeterminado, as ações individuais, mesmo que claramente repetidas, não serão regidas dentro do contexto próprio da multiplicidade.

Conforme mencionamos, até o movimento forense orquestrado para que, depois da afetação, por meio do sobrestamento, ocorra a coordenação e o nivelamento do bloco de demandas múltiplas, o magistrado de primeiro grau não foi incumbido de nenhuma ação ou conduta visando interligar processos repetidos. Mesmo diante de comprovada litigiosidade repetitiva em seu âmbito de jurisdição e de competência, permanecerá realizando os julgamentos de forma individual e ordinária à falta de disposição legislativa prevendo conduta específica.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, ao destacarem algumas das interpretações em torno da implementação do IRDR, afirmam: “a instauração a partir do primeiro grau seria uma das características mais relevantes do novo instituto, por evitar a multiplicação de demandas por tempo indevido, com potencial de gerar de modo mais célere a previsibilidade, uniformidade e segurança almejadas. Este fundamento, aliás, constou do relatório apresentado para votação no Plenário do Senado, que eliminou as disposições constantes do projeto aprovado pela Câmara que restringiam a instauração a processos em segundo grau”. (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 977).

Contudo, a falta de iniciativa por parte do juiz não era observada em relação ao art. 333 que foi vetado¹⁹⁶, já que nele era dever do magistrado realizar a avaliação crítica, identificando se a ofensa em discussão afetaria apenas o indivíduo ou abrangeria a coletividade. Então, por que essa mesma conduta e senso crítico não foram exigidos do juiz no sistema de recursos repetitivos?

No sistema de recursos repetitivos, não há comando estipulando que o primeiro grau oficie o tribunal a que está vinculado quanto às demandas múltiplas em tramitação na origem. Ou seja, o juiz não apenas deixa de contribuir ativamente para integrar a litigiosidade múltipla (ao continuar processando e julgando as ações de forma individual, sem considerar o impacto coletivo), como também não precisa sequer avisar o tribunal quanto aos conflitos repetidos que tem enfrentado em sua jurisdição. E vale pontuarmos: sequer precisariam ser manifestações isoladas de cada juízo, até porque, se assim o fosse, provavelmente a sistemática não seria viável em Estados os Regiões com muitas comarcas. Houvesse coordenação e consolidação, até mesmo a figura do *amicus curiae*¹⁹⁷, por meio de associação de juízes, poderia facilitar essa comunicação dos juízos.

Nesse sentido, a presença de dispositivos como o art. 333, que foi vetado, ou mesmo de algumas disposições relacionadas ao IRDR, chama à reflexão quanto aos recursos repetitivos e as possibilidades que o legislador deixou de explorar e encaminhar. A identificação e o agrupamento dos casos idênticos nas etapas iniciais de processamento das ações, em primeiro grau de jurisdição, poderiam garantir mais segurança jurídica e igualdade. Evitaria que o bloco de ações individuais perdurasse, por tempo indevido, como algo desconectado. Ponderemos, ainda, que o trâmite das demandas repetitivas, em primeira e segunda instância, sem qualquer interligação coordenada irradia outras consequências laterais.

¹⁹⁶ “O juiz converteria a ação individual em coletiva, mediante requerimento formulado por um dos arrolados no art. 82, do CDC (LGL\1990\40), caso o objeto da lide se enquadrasse em hipóteses específicas. Isto é, a transformação da demanda individual dependeria dos limites da causa de pedir e do pedido formulados, através dos quais o juiz verificaria se a ofensa narrada poderia afetar concomitantemente as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade”. (CALDO, Diego Santiago Y. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas. **Revista dos Tribunais**, v. 965, p. 37-59, São Paulo: RT, mar. 2016).

¹⁹⁷ Neste sentido, Caio Marcio Gueterres Taranto defende que o magistrado de primeira instância atue como *amicus curiae* em precedentes aptos a fundamentar a edição de súmula com efeito vinculante. (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de *amicus curiae* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. **Direito Federal**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 23, n. 82, p. 25-43, out.-dez. 2005, p. 25; KOENER, Andrei. As súmulas de efeito vinculante e as futuras crises institucionais do judiciário brasileiro. **Direito Federal**: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 21, n. 70, p. 77-85, 2003).

Vale reiterarmos que as ações, embora idênticas, serão tratadas pelo Poder Judiciário como únicas, e, ao assim serem processadas, deflagrarão a formação de jurisprudência. Esse tema não é tratado na doutrina pela vertente dos recursos repetitivos, mas do IRDR. Em concepção crítica relacionada à segunda sistemática, Leonardo Carneiro da Cunha pondera:

Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente [...].

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão¹⁹⁸.

Embora refiram-se a outra sistemática, as reflexões podem ser aproveitadas. No entanto, concordar com esse ponto de vista significa assumir a existência de decisões discrepantes¹⁹⁹ sobre a mesma questão, contrariando a racionalidade, a isonomia e a coerência almejadas pelo Código em relação às demandas múltiplas²⁰⁰. Além disso, cabe indagar se a premissa do sistema dos recursos repetitivos seria a preexistência de sentenças antagônicas a respeito do tema. E não parecer ser. Ao contrário, pois a técnica quer atribuir resolução uniforme às demandas repetidas.

Em prol do hipotético amadurecimento do debate em torno de determinada questão jurídica, cria-se um cenário de insegurança e de desigualdade. E vale

¹⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 193, mar. 2011, p. 258 (versão digital).

¹⁹⁹ No mesmo sentido, Julio Cesar Rossi, aludindo a Ronald Dworkin, destaca que o IRDR deve ser instaurado “no mínimo, quando já houvesse algumas controvérsias comprovadas por sentenças antagônicas a respeito do tema repetitivo, pois, salutar a controvérsia disseminada”. (ROSSI, Julio Cesar. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218).

²⁰⁰ Humberto Theodoro Júnior anota jurisprudência do STJ em sentido oposto ao nosso entendimento: “Afetação ao rito dos recursos repetitivos. Formação de jurisprudência no STJ. Necessidade. ‘Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1686022/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, jul. 28-11-2017, DJe 05-12-2017)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.033.)

notarmos: mesmo diante da situação na qual se identifique jurisprudência preexistente e consolidada, o STJ e o STF não estarão proibidos de firmar precedente em recurso repetitivo. Com isso, o novo entendimento estabelecido pelo indexador jurisprudencial poderá ser diverso do fixado na jurisprudência. Em que pese a Corte deva modular os efeitos da decisão condutora em caso de mudança na solução, ficam vulneráveis os planejamentos feitos com base na jurisprudência preexistente.

Sob essa perspectiva, há algo grave que não pode passar despercebido: para a sociedade, não é sequer seguro planejar com apoio na jurisprudência, mesmo consolidada e dominante, já que a qualquer momento poderá sobrevir recurso repetitivo sobre a matéria. Diante disso, o caminho hierárquico e verticalizado²⁰¹ adotado pelo Código, operado essencialmente a partir dos tribunais, requer aprofundamento e possivelmente ajustes legislativos.

Embora seja claro o intuito do legislador de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/2015), o modelo atual, por vezes, poderá contradizer esse propósito, ao determinar que a configuração da multiplicidade se inicie apenas perante os tribunais, assumindo a tramitação independente de um grupo de ações individuais até a prolação da decisão de afetação.

É necessário repensar essa *indeterminabilidade*. O magistrado de primeiro grau detém condições de notificar o tribunal regional ou local a que está vinculado acerca da multiplicidade detectada no âmbito de sua jurisdição. Assim como no art. 139, X, do CPC/2015 – o juiz tem o dever de oficiar o Ministério Público para eventual ajuizamento de ação coletiva em face da existência de demandas individuais repetidas – o magistrado também deveria ter sido incumbido pela legislação a notificar o tribunal *ad quem* quanto à existência de litigiosidade múltipla sobre dado tema. E, na linha do que temos demonstrado, além de estabelecer a incumbência, papel do legislador, no exercício da função “totalizante” que assumiu, seria também estipular e disciplinar como deveria concretizar-se, de modo a ser viável.

O incremento dessa conduta, além de acelerar a ciência dos tribunais quanto à tramitação de ações múltiplas para determinada temática, pode viabilizar a relação

²⁰¹ Segundo Daniel Mitidiero: “o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes”. Diversamente do que expusemos, o autor não vê, em sua teoria sobre o tema, a inclusão e o engajamento de todas as instâncias no processo de formação do precedente, mas antes a segregação e a especialização de papéis entre cada um dos órgãos jurisdicionais (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 88-89).

coordenada das demandas individuais e idênticas com mais brevidade do que hoje acontece. Assim, essas demandas seriam submetidas a tratamento conjunto e igual desde as primeiras etapas da tramitação.

A reflexão pode estender-se a outras funções. Na identificação dos processos repetitivos, os juízos de primeiro grau jurisdicional podem auxiliar a verificar os casos com maior abrangência de argumentos. E não apenas, pois estando os juízes muito próximos das circunstâncias fáticas dos casos, conseguem contribuir com esclarecimentos e delimitações dessa natureza. Afinal, ainda que o precedente julgue questão jurídica, a controvérsia não é julgada abstratamente. Assim, a atividade do juiz de primeiro grau poderá contribuir para o melhor atendimento do art. 926, § 2º, do CPC/2015, na delimitação das circunstâncias de fato.

Na redação vigente do CPC/2015, a função relacionada com a indicação dos casos mais abrangentes é desenvolvida apenas pelos tribunais locais e regionais. Nenhum sistema de filtro é realizado antes do exame feito pelos tribunais. Entretanto, ao detectar a litigiosidade múltipla nas respectivas jurisdições, os juízes poderiam indicar os processos mais qualificados em seu âmbito de competência. A existência da seleção preliminar, pelos juízos de primeiro grau, poderia contribuir para refinar a busca pelos casos mais abrangentes.

De fato, se a totalidade das ações individuais fosse represada em primeiro grau, não haveria processos em grau recursal para integrar o rol de candidatos à afetação da causa piloto. Seria preciso parâmetro legal para que a alçada dos casos do primeiro para o segundo grau fosse realizada de forma seletiva e, se possível, já pautada em critérios quanto à dimensão argumentativa.

Há dois pontos associados nessa crítica. O primeiro deles é relacionado ao momento de reconhecimento da existência da multiplicidade e seus efeitos. A legislação elegeu um momento tardio. O segundo ponto é a necessidade de se ampliar a participação do juiz de primeiro grau jurisdicional na sistemática. O ponto em comum é que para identificar a litigiosidade repetitiva com maior antecedência é necessário ampliar a atuação do juiz de primeiro grau.

Esse ajuste na sistemática detém o potencial de reduzir o espectro de casos repetidos pesquisados pelos tribunais locais ou regionais, para a finalidade de indicar os processos para a seleção do representativo da controvérsia. O início dessa seleção, ainda em primeiro grau, propiciaria o envio dos casos mais qualificados, em

termos de abrangência argumentativa, ao tribunal local ou regional. O juiz de primeiro grau, pois, atuaria em uma seleção preliminar.

De outro lado, os processos individuais não considerados mais abrangentes permaneceriam agrupados em primeiro grau, em igual condição, conferindo uniformidade e isonomia no tratamento.

Por fim, ressaltamos que a participação do juiz de primeiro grau, de forma mais integrada, inclusiva e consistente, na sistemática abordada, poderia contribuir para o momento futuro de aplicação do precedente. Tendo em vista que o juiz de primeiro grau estará vinculado ao entendimento firmado no recurso representativo, nada mais consentâneo que a primeira instância também detenha espaço e competência para atuar na triagem prévia dos casos repetidos mais abrangentes, cooperando, assim, para formar o precedente.

6 CONCLUSÃO

Realizada a incursão nos recursos repetitivos e o modo como ocorre seu processo de formação, chegamos às considerações finais. Antes de enunciá-las, consolidaremos neste espaço um pouco do que fomos construindo ao longo de cada capítulo.

No sistema de precedentes, a publicidade é essencial. Não apenas no momento da afetação do caso representativo ou no julgamento que dará origem ao precedente. A pré-seleção e a seleção preliminar de casos perante os tribunais locais e regionais também devem ser totalmente públicas. Mesmo raciocínio estende-se à seleção de casos perante o STJ e o STF, anteriormente à afetação ou ao reconhecimento da repercussão geral. O alargamento da transparência ainda nas primeiras etapas seria proveitoso por inaugurar a inclusão da participação do bloco de casos múltiplos, por meio de *amicus curiae* ou outros meios democráticos, na fase de escolha dos casos mais qualificados. Também os juízos de primeiro grau, que não foram considerados pelo legislador, poderiam colaborar da mesma forma, admitindo-se, por exemplo, a manifestação da APAMAGIS, da AMB e da AJUFE, dentre outras.

Além de contribuir para democratizar e legitimar o processo de formação do precedente, a publicidade ampla nessas etapas iniciais poderia otimizar a filtragem dos casos mais abrangentes e qualificados. A concorrência aberta e divulgada a todos os interessados traria racionalidade na identificação do caso portador das melhores condições para liderar e representar a controvérsia perante a Corte.

Ademais, a alta divulgação da pré-seleção de casos com vistas à eleição do caso representativo minimiza a sensação de surpresa para os interessados no deslinde de certa questão de direito. Na medida em que há alerta prévio de que os tribunais estão pré-selecionando recursos para indicar aos tribunais superiores, os litigantes individuais portadores de ações ou recursos repetidos poderão compreender, antecipadamente, que a multiplicidade começou a ser reconhecida, podendo resultar em padrão decisório com eficácia ultra partes.

Abordamos, em dado momento, a essencialidade de que o contraditório e a ampla defesa sejam compreendidos além do binômio “informação-reação”, pois, em verdade, representam a garantia de participar e influir ativamente na formação da convicção do julgador. A noção de contrariedade não mais é lida como reação ao ato

ou provimento já praticado. No processo civil atual, ancorado nos direitos e garantias constitucionais, como também na democracia participativa, as partes e os interessados assumem a responsabilidade pelo destino do processo e um agir processual com maior protagonismo. Inclusive, desta forma, estar-se-ia novamente evitando o efeito surpresa, já que o provimento proferido apenas se posiciona em relação aos pontos largamente debatidos no ambiente participativo do processo. O contraditório representa, então, para o sistema pesquisado, a garantia de participação e não surpresa.

Por fim, demonstramos que esse direito, no regime de recursos repetitivos, não pertence apenas às partes, alcançando também a atuação do *amicus curiae*, de sorte que se aproveite ao máximo o rendimento dessa intervenção, potencializando a comparticipação e a contrariedade em prol da construção e da legitimação do precedente.

Em subseção específica, tratamos da isonomia. Primeiramente, pelo aspecto do tratamento processual entre as demandas múltiplas, depois sob a ótica da aplicação do direito. Observamos que, na sistemática vigente, nem todos os casos recebem o tratamento previsto pela técnica de recursos repetitivos porque a multiplicidade apenas é reconhecida quando da proclamação oficial do caso representativo (decisão de afetação ou reconhecimento da repercussão geral). Essa premissa foi objeto de reflexão e, a partir dela, ponderamos que antecipar o reconhecimento da multiplicidade possibilitaria o tratamento igualitário de todas as demandas consideradas repetidas. Já em relação à aplicação, mostramos como a interpretação da *ratio decidendi* e dos enunciados de tese jurídica podem ameaçar a resposta uniforme aos casos sucessivos, o que tende a se agravar na comparação entre os casos que não contemplem a identidade, mas semelhanças e distinções.

Em seguida, a proposta foi pensar a representatividade em vertentes distintas. A primeira delas comportou a análise da representatividade na relação entre o caso piloto e os litigantes individuais dos casos sobrestados. Realçou-se, nesse sentido, a relação entre a capacidade de representação do recurso condutor da tese por meio da potência argumentativa. Mostramos, porém, como o CPC/2015 foi lacônico ao regulamentar esse aspecto, sem mostrar preocupação em relação ao modo de se identificar os recursos mais qualitativos e abrangentes.

Ademais, ainda neste primeiro ângulo, destacamos a democratização na produção do precedente, explanando o papel desempenhado pelo *amicus curiae* e as

pelas audiências públicas. E conjugamos essas participações ao fato de que o bloco de casos considerados repetidos e múltiplos também deve cooperar, assumindo um agir colaborativo em relação a essa construção, abandonando-se a ideia de que os litigantes individuais devam se limitar a aguardar passivamente a resposta que será firmada no recurso piloto.

Passando à segunda vertente, a representatividade sofreu um giro e foi observada, desta vez, pelos demais órgãos do sistema judiciário. A ideia foi pensar como o precedente pode aprimorar o consenso, se for produzido coletivamente dentro do Poder Judiciário. Com isso, refletimos sobre ampliar o papel da primeira instância, especialmente, para além da mera aplicação da solução firmada.

Esclarecido o papel dos juízos, que foi subestimado pela sistemática de recursos repetitivos, desenvolvemos o capítulo final intitulado *Proposições adicionais*, no qual arrematamos a ideia de inclusão dos magistrados na produção do precedente e persistimos na posição de que a primeira instância tem condições de auxiliar no reconhecimento antecipado da multiplicidade e de contribuir para o tratamento equânime de todos os casos considerados idênticos e repetidos.

Partindo dos pontos levantados neste estudo, esperamos que o precedente proferido no recurso repetitivo possa ser fruto de um processo legítimo, democrático e participativo, ancorado em valores e em direitos constitucionais. O padrão decisório final, dado o modo como foi produzido, tornar-se-á, a nosso ver, naturalmente estável e respeitado. Daí porque nos pareceu claro que a força do precedente ultrapassa a discussão sobre a vinculação formal do art. 927 do CPC/2015, residindo também nas condições em torno da produção do paradigma que será repercutido para tantos outros casos.

Com efeito, a conclusão a que chegamos realça a relevância do pensamento crítico de Cassio Scarpinella Bueno quanto à indispensabilidade de um processo, prévio e devido, para a formação dos indexadores jurisprudenciais elencados no artigo 927 do CPC/2015, o qual deve ser pautado no modelo constitucional do direito processual civil, além de elementos dispersos no próprio código processual.

Assim, para cumprir os anseios de uniformidade, segurança jurídica, coerência, estabilidade, isonomia e eficiência processual, ambas as conformações – não apenas a eficácia do provimento, mas também seu modo de produção – precisam ser teorizados em nosso sistema de precedentes. E sempre à luz das particularidades jurídicas e histórico-civilizatórias que estão nas raízes do Brasil.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, v. 314, p. 301-313, São Paulo: RT *online*, abr., 2021.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15**. São Paulo: RT, 2017.

ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 296, p. 183-204, São Paulo: RT, out., 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. **Revista de Processo**, v. 150, p. 70-80, São Paulo: RT, ago., 2007.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il 'giusto processo' nell'esperienza italiana e comunitaria. **Revista de Processo**, v. 126, p. 95-113, São Paulo: RT, ago. 2005.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Toth, 2021.

ANDREWS, Neil. Precedents in practice: the english experience. **Revista de Processo**, v. 301, p. 381-397, São Paulo: RT, 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Admissibilidade de *amicus curiae* no julgamento de repercussão geral. **Revista de Processo**, v. 922, p. 589-609, São Paulo: RT, ago., 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no liminar do novo século. **Revista de Processo**, v. 71, p. 189-199, São Paulo: RT, jul.-set., 1993.

BARIONI, Rodrigo. As *unpublished* do direito norte-americano: contribuição para a assunção de competência. **Revista de Processo**, v. 261, p. 389-413, São Paulo: RT, nov. 2016.

BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista de Processo**, v. 310, p. 265-291, São Paulo: RT, dez., 2020.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral**: ideias simples para reverter um fracasso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/274826/como-salvar-a-repercussao-geral-ideias-simples-para-reverter-um-fracasso>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BELL, John. **Policy arguments in judicial decisions**. Oxford: Clarendon Press, 1985.

BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 2, p. 1.209-1.216, maio 2011 (Originalmente publicado em 1968, na Revista de Direito Público 3/99, jan.-mar., 1968).

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 313 p. Conteúdo: Dispositivos constitucionais pertinentes –Informações Complementares. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Grupo de Representativos eleitos pelo TRF 3ª Região endereçados aos Tribunais Superiores**. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/vipr/GRUPOREPRESENTATIVOSTRF3.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 587.371**, Rel. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 11-09-2014, public 03-10-2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Gabinete do Ministro Diretor da Revista (org.). Brasília: STJ, 2021. Disponível em:

www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839.

Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de instrumento n. 0008528-23.2008.4.03.0000** – Vice-presidência. 15-03-2019. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/>. Acesso em: 06 maio 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coord.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/163/edicao-1/amicus-curiae>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella (coord.) et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

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

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, São Paulo: RT, maio 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-81, São Paulo: RT, ago., 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, out.-dez., 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, v. 221, p. 13-48, jul., 2013. São Paulo: RT, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CALDO, Diego Santiago Y. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas. **Revista dos Tribunais**, v. 965, p. 37-59, São Paulo: RT, mar., 2016.

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

CÂMARA LEGISLATIVA. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do Código de Processo Civil (Revogam a Lei n. 5.869, de 1973). **Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407. Acesso em: 22 fev. 2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 215, p. 207-246, São Paulo: RT *online*, jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma no processo civil nas sociedades contemporâneas. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, v. 65, p. 127-143, São Paulo: RT, jan.- mar.1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Breves considerações sobre a aplicação do precedente judicial no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 270, p. 353-382, São Paulo: RT *online*, ago. 2017.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento de causas repetitivas. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Pádua: Cedam, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, v. 108, p. 133-183, São Paulo: RT, out.-dez. 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, Jim Harris. **Precedents in english law**. Oxford: Clarendon Press, 2004 (*Kindle*).

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 193, p. 58, São Paulo: RT *online*, mar. 2011.

DANIEL, Letícia Zuccolo Paschoal da Costa. **A formação das súmulas pelos tribunais superiores a partir do CPC/15**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2020.

DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**: após o primeiro ano de vigência do novo CPC. São Paulo: RT, 2017.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do maior rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. **Revista de Processo**, v. 224, p. 73-91, São Paulo: RT, out., 2013.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. ***Amicus curiae***: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2011.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. **Relatório final da Comissão Mista da Reforma do Poder Judiciário**. 2006, p. 1.412. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1123?sequencia=51&sequenciaFinal=60>. Acesso em: 28 abr. 2021.

DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <https://www.houaiss.net>. Acesso em: 24 mar. 2021

DIDIER JUNIOR, Fredie. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. **Revista de Processo**, v. 220, p. 407-421, São Paulo: RT, jun. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. v. 1. Salvador: Juspodivm, s.d.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUVIVIER, K. K. Are some words better left unpublished? precedent and the role of unpublished decisions. **3J APP Practice & Process**, n. 397, 2001. Disponível em: www.lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol3/iss1/19. Acesso em: 11 abr. 2021.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: United Kingdom: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Ricardo Yamin. **Do incidente de assunção de competência**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2017.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 265, p. 419-441, São Paulo: RT, mar. 2017.

FERREIRA, William Santos. Antes e depois do paradigmático julgamento acerca do cabimento do agravo de instrumento (Tema 988) – tradição, prática, gestão de processos, taxatividade, interpretação, preclusão, fatispécies determinadas e determináveis e a força dos precedentes. *In*: KUKINA, Sérgio e outros (coord.). **CPC de 2015 visto pelo Superior Tribunal de Justiça: 5 anos de vigência** (2021, no prelo).

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo Código**. Coimbra: Almedina, 2013.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo à luz da análise econômica do direito. *In*: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência: após o primeiro ano de vigência do novo CPC**. São Paulo: RT, 2017.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 257, p. 343-370, São Paulo: RT *online*, jul. 2016.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; JOBIM, Marco Félix (org.) **Teorias do processo: dos clássicos aos contemporâneos**. Londrina: Toth, 2020 (*Kindle*).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental** – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2007.

GARAY, Alberto F. **El precedente judicial en la corte suprema**. Disponível em: http://www.carriogarayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/El-precedente-judicial-en-la-Corte-Suprema-original-UP.pdf. Acesso em: 09 maio 2021.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 40-47, São Paulo: RT *online*, dez. 1996.

GEOFFREY, Marshall. What is binding in a precedent. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016.

GOODHART, Arthur L. Determining a *ratio decidendi* of a case. **Yale Law Journal**, n. 2, p. 161-182, 1930.

GOVERNO FEDERAL. **Mensagem n. 56, de 16 de março de 2015, enviada pela Presidência da República ao Senado Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GREENE, Dione Christopher. The federal courts of appeals, unpublished decisions and the non-citation rule. **Indiana Law Journal**, v. 81, n. 4, Article 14, 2006. Disponível em: www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol81/iss4/15. Acesso em: 11 abr. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil.** São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. **Revista de Processo**, v. 294, p. 297-332, São Paulo: RT, ago. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** t. 3. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JOBIM, Marco Félix. A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso escola vs. Coca-Cola Bottling Co. **Revista de Processo**, v. 237, p. 403-419, São Paulo: RT *online*, nov. 2014.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente:** da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

KOENER, Andrei. As súmulas de efeito vinculante e as futuras crises institucionais do judiciário brasileiro. **Direito Federal**, Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 21, n. 70, p. 77-85, 2003.

KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **72 Yale L. J.**, p. 695, 1963. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol72/iss4/4>. Acesso em: 13 abr. 2021.

LEAL, Pereira Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização de jurisprudência**. São Paulo: RT, 2017.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016.

MACEDO, Lucas Buril de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 89-120, São Paulo: RT, jan.-jun. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

MARIONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Eficácia vinculante – a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, v. 184, p. 9-41, São Paulo: RT *online*, jun. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (coord.); MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2014.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). **Interpreting precedents**. New York e London: Routledge, 2016.

MCCORMICK, D. Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Nova Iorque: Clarendon Press Oxford, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” (Lei n. 8.024, de 12.4.1990). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 7, p. 24-73, abr.- jun., 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Patricia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **CARF abre consulta pública para alterações em seu Regimento Interno – ENCERRADA**. Disponível em: www.carf.economia.gov.br/noticias/2020/carf-abre-consulta-publica-para-alteracoes-em-seu-regimento-interno. Acesso em: 18 jun. 2021.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I, “a”. **Revista de Processo**, v. 258, p. 419-446, São Paulo: RT *online*, ago. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 191-212, São Paulo: RT, fev. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2019.

MUNFORD, Luther T. When does the curiae need an *amicus*? 1 **J. App. Prac. & Process** n. 279, 1999. Disponível em: <https://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol1/iss2/5>. Acesso em: 13 abr. 2021.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. **Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, v. 785, p. 46-72, São Paulo: RT *online*, mar. 2001.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 102, abr.-jun., 2001. São Paulo: RT, 2001.

PEDRON, Flávio. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo**: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther. Belo Horizonte: Clube dos autores, 2011.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**, v. 248, p. 331-355, São Paulo: RT *online*, out. 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. t. 1. NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges (atual.). São Paulo: RT, 2016.

PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. **Código de Processo Civil**. Lei n. 41/2013. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/diploma?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diplo ma. Acesso em: 06 mar. 2021.

RENDER, Edwin R. On unpublished opinions. **Kentucky Law Journal**, v. 73, n. 1, Article 5, 1984. Disponível em: <https://uknowledge.uky.edu/klj/vol73/iss1/5>. Acesso em: 12 abr. 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Processo e democracia na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva. *In*: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; JOBIM, Marco Félix (org.). **Teorias do processo**: dos clássicos aos contemporâneos. Londrina: Toth, 2020. (*Kindle*).

RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil**: os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSSI, Julio Cesar. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Grupo de Representativos**. Núcleo de Gerenciamento de precedentes e ações coletivas. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Nugsp/GrupoRepresentativos>. Acesso em: 19 dez. 2020.

SARTORI, Giovanni. **Democrazia**. Italia: Alfabeto Trecanni, 2014 (*Kindle*).

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Social Science Research Network**, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SILVA, Michelle Najara Aparecida. Aplicação parametrizada dos precedentes judiciais no conhecimento dos recursos no STJ como técnica de gestão processual voltada para redução dos efeitos da jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 302, p. 343-376. São Paulo: RT, abr., 2020.

TALAMINI, Eduardo. **O primeiro esboço de um novo CPC**. Disponível em: migalhas.com.br/depeso/99523/o-primeiro-esboco-de-um-novo-cpc. Acesso em: 26 mar. 2021.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de *amicus curiae* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. **Direito Federal**. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 23, n. 82, p. 25-43, out.-dez. 2005.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista de Processo**, v. 227, p. 31-45. São Paulo: RT, jan. 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, p. 139, São Paulo: RT, set. 2011. Tradução do italiano para o português por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro.

TEMER, Sofia Orberg. O microssistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. 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**, v. 189, São Paulo: RT, nov. 2010.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. **Revista de Processo**, v. 36, n. 197, São Paulo: RT, jul. 2011.

TOMAZELLI, Idiana. Estadão conteúdo. **Quatro do STF votam pela limitação do efeito de tirar ICMS da base PIS/Cofins**. Publicado em: 13-05-2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/05/13/quatro-do-stf-votam-pela-limitacao-de-efeito-de-tirar-icms-da-base-pis-cofins.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIGORITI, Vincenzo. Class action e azione coletiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e alto. **Revista de Processo**, v. 160, p. 181- 204, São Paulo: RT, jun., 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. **Revista de Processo**, v. 159, p. 215-221, São Paulo: RT, maio 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2019.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação — Resumo, resenha e recensão — Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

GLOSSÁRIO

Recursos repetitivos: termo que, conforme o CPC/2015, refere-se ao Recurso Especial e ao Recurso Extraordinário, ambos de natureza repetitiva.

Padrão decisório: termo geralmente utilizado no texto como sinônimo de “paradigma”, “precedente”, “indexador jurisprudencial”, “decisão-modelo”, “decisão-quadro”, e para fazer referência à decisão proferida em sede de recurso repetitivo.

Casos múltiplos: expressão utilizada no texto como sinônimo de “casos repetitivos”, “casos sobrestados”, “casos repetidos”, “coletivo de casos idênticos”, “bloco de casos iguais/idênticos”, “ações individuais repetidas”, fazendo referência a todos os processos individuais que serão atingidos pela solução firmada no caso representativo.

Caso representativo: expressão utilizada no texto como sinônimo de “caso-piloto”, “caso condutor”, “caso afetado”, referindo-se ao recurso selecionado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça para representar a controvérsia jurídica de índole repetitiva.

Seleção preliminar: expressão utilizada para referir-se à seleção de casos feita pelos tribunais regionais ou locais nos termos do artigo 1.036, §1º, do CPC/2015.

Seleção: expressão utilizada para referir-se à seleção de casos feita pelos Tribunais Superiores nos termos do artigo 1.036, § 4º, parte final, e § 5º do CPC/2015.

Caso afetado: expressão utilizada para referir-se ao recurso oficialmente proclamado como representativo da controvérsia, após a decisão de afetação consoante o artigo 1.037 do CPC/2015. O ato de afetação foi abordado no trabalho tanto para mencionar a afetação do recurso especial como para o reconhecimento da repercussão geral no recurso extraordinário. O intuito era destacar o momento em que o STJ ou o STF consagram determinando recurso como o condutor da tese jurídica de índole repetitiva.