

PREFÁCIO

Fiquei muito feliz com o convite da Cláudia, para apresentar este livro trabalho sobre precedentes e a força da jurisprudência à luz do novo Código de Processo Civil.

Não que o trabalho precise de apresentação e muito menos a autora. Encaro esta oportunidade como um pretexto para dizer alguma coisa sobre Claudia Cimardi, como pessoa, como profissional e como jurista.

Trabalhamos juntas há mais de vinte anos e posso dizer que Cláudia é uma companheira de trabalho absolutamente perfeita: séria, responsável e integralmente confiável. Exerce suas funções com integral dedicação, entregando-se ao que faz de corpo e alma. Sempre teve pendor por temas complexos e resistência à sistematização, tanto é que sua dissertação de mestrado, que agora já está na segunda edição, por esta mesma Editora, versa sobre posse e ações possessórias.

Os temas de que se ocupa e que lhe chamam a atenção são sempre os que têm visível repercussão social, cuja abordagem exclusivamente jurídica se revela marcadamente insuficiente. E ela nunca se furtou a fazer as necessárias visitas em outras áreas do conhecimento, para que suas produções literárias fossem melhor contextualizadas.

Neste trabalho, por exemplo, trata de temas espinhosos e delicados, daqueles que o tratamento exclusivamente dogmático não satisfaz, como, v.g., a liberdade do juiz e a argumentação jurídica.

Já no plano dogmático, trabalha com desenvoltura as técnicas que levam à uniformização da jurisprudência, à luz do CPC de 1973 e do CPC de 2015, tanto as preventivas quanto as corretivas.

Também não é deixado de lado o exame do direito comparado. No que tange à época presente, comenta o direito alemão e o inglês; no que tange ao passado, aborda as origens do *common law* e descreve, embora sucintamente, mas com bastante clareza e precisão, o modo como se operativiza o *common law*.

A autora se dispôs a tratar de um tema bastante atual, porque sentiu a necessidade de explicar como e porque a influência da jurisprudência ocorre exatamente naquilo que se considera como sendo o **Direito**. Esta influência vem ganhando maior visibilidade nos últimos tempos em muitos países de *civil law*, inclusive no Brasil.

Esta importância, que se revela, por exemplo, na abundância de citações de precedentes nas próprias decisões judiciais, vem sendo acompanhada de um eviden-

te declínio da importância que se tem dado à doutrina. De fato, decisões judiciais passaram a ser notícia, com frequência, nos meios de comunicação de massa, o que revela o crescente interesse da sociedade pelo conteúdo das manifestações do Poder Judiciário, como se houvesse uma consciência difusa no sentido de que os juízes têm o seu papel na conformação da regra jurídica.

Foi essa evidente relevância que despertou na Cláudia a necessidade de enfrentar o fenômeno, transformando-o no tema de sua tese de Doutorado.

No trabalho produzido, a autora procura compreender o fenômeno e explicar como ocorre e até aonde pode chegar, ou seja, até aonde pode ir a influência dos precedentes judiciais e da jurisprudência na configuração do próprio Direito.

O trabalho é escrito em linguagem clara e correta. É permeado de exemplos que permitem a melhor compreensão das ideias expostas.

Com certeza, o fato de Cláudia ser atuante no foro e desempenhar com brilho e eficiência função de ensinar o processo civil, na graduação e na pós-graduação *lato sensu*, contribui não só para que sinta a necessidade de esclarecer suas afirmações com exemplos mas também em ser capaz de encontrar excelentes exemplos!

Com imensa satisfação escrevi esta pequena apresentação. Tranquiliza-me saber que a comunidade jurídica está sendo realmente presenteada com um trabalho sério e interessante, muitíssimo atualizado, sobre assunto importantíssimo, a respeito do qual a abundância de livros que vem sendo publicados nem sempre apresenta a qualidade que seria indispensável, principalmente tendo em vista a relevância do tema.

Por isso parabeno também a Editora, na pessoa da Marisa Harms e à sua equipe, representada por Cristiane Faria, pela acolhida e obras de qualidade como esta.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO.....	11
PREFÁCIO	13
INTRODUÇÃO	17
1. O DESENVOLVIMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO EM CONCRETO	21
1.1 O pensamento jurídico ocidental e a aplicação do direito na solução de conflitos	21
1.1.1 A aplicação do direito no sistema do <i>common law</i>	38
1.1.1.1 O núcleo do precedente vinculante	43
1.1.1.2 As técnicas de distanciamento do precedente vinculante.....	48
1.1.2 A aplicação contemporânea do direito no sistema do <i>civil law</i> – a norma e a jurisprudência	52
1.2 O desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro e a concretização do direito	62
1.2.1 O sistema do <i>civil law</i> do direito brasileiro do século XXI e a aplicação do direito	75
2. A ATIVIDADE JURISDICIONAL, A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES ...	85
2.1 A jurisprudência e o precedente judicial	85
2.2 Jurisprudência, interpretação e aplicação das normas.....	94
2.2.1 A liberdade do juiz na atividade interpretativa	105
2.2.2 Jurisprudência e argumentação jurídica.....	114
3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SEU PAPEL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	129
3.1 As funções exercidas pelos tribunais superiores brasileiros por intermédio do julgamento de recursos	131
3.1.1 A função nomofilática	133
3.1.2 A função paradigmática.....	138
3.1.3 A função uniformizadora.....	144
3.2 A influência da jurisprudência dos Tribunais Superiores	147
3.2.1 A jurisprudência uniforme e paradigmática como instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual	156
3.2.2 As mudanças da jurisprudência.....	167
3.2.2.1 As mudanças da jurisprudência perante as alterações sociais – a evolução do sistema.....	171
3.2.2.2 As mudanças da jurisprudência diante dos progressos na interpretação da norma – a atualização do sistema.....	175
3.2.2.3 As mudanças da jurisprudência diante das oscilações de interpretação – a desintegração do sistema.....	183
3.2.3 A positivação da jurisprudência como técnica de orientação de julgamento	191

3.3	Os precedentes.....	203
4.	AS TÉCNICAS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO (À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015)	209
4.1	As técnicas de uniformização e os critérios para identificar situações jurídicas semelhantes	210
4.2	As técnicas de uniformização de jurisprudência e as espécies de conflitos apresentados ao Poder Judiciário	217
4.3	As formas processuais das técnicas de uniformização da jurisprudência	234
4.4	As técnicas de correção da divergência – Os recursos para o STJ/STF.....	236
4.4.1	O recurso extraordinário – a técnica de uniformização das questões constitucionais	241
4.4.1.1	A repercussão geral como qualificadora da questão constitucional (a técnica da seleção da matéria a ser julgada pelo STF)	247
4.4.1.2	Os recursos extraordinários repetitivos – o julgamento por amostragem das causas que envolvem conflitos de massa	260
4.4.1.3	Os recursos extraordinários avulsos	268
4.4.2	O recurso especial – a técnica da uniformização da interpretação dos textos legais federais.....	272
4.4.2.1	Os recursos especiais repetitivos – o julgamento por amostragem das causas que envolvem os conflitos de massa.....	274
4.4.2.2	Os recursos especiais avulsos.....	279
4.4.3	Embargos de divergência – a técnica da uniformização <i>interna corporis</i> dos Tribunais Superiores	280
4.5	As técnicas de prevenção da divergência (não recursais).....	289
4.5.1	Os incidentes preventivos engendrados no Código de Processo Civil de 1973 (e as alterações do Código de Processo Civil de 2015).....	291
4.5.1.1	O incidente de declaração de inconstitucionalidade.....	292
4.5.1.2	O incidente de uniformização de jurisprudência.....	295
4.5.1.3	A assunção de competência	298
4.5.2	As súmulas	300
4.5.3	O incidente preventivo criado no Código de Processo Civil de 2015 – O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).....	306
4.5.3.1	O direito comparado – O julgamento de processos-teste	307
4.5.3.1.1	Direito alemão (<i>Musterverfahren</i>)	307
4.5.3.1.2	Direito inglês – <i>Group Litigation Order</i> – <i>GLO</i>	308
4.5.3.2	O incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015	310
4.5.3.2.1	Cabimento do incidente e os requisitos para sua instauração.....	310
4.5.3.2.2	Procedimento do incidente	312
4.5.3.2.3	Consequências do julgamento do incidente.....	314
5.	AS DIRETRIZES DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	317
5.1	Regras gerais sobre uniformização de jurisprudência e precedentes	317
5.2	As regras para a modificação da jurisprudência e dos precedentes	322
	NOTAS CONCLUSIVAS.....	333
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	339

INTRODUÇÃO

A crescente influência da jurisprudência no âmbito do sistema jurídico brasileiro é fenômeno que tem sido percebido, há algum tempo, pelos operadores do Direito e juristas.¹ A elaboração de textos forenses, doutrinários e até mesmo acadêmicos, em regra, demandam pesquisa acerca da posição da jurisprudência sobre o tema objeto do trabalho. As decisões judiciais frequente e reiteradamente têm por fundamentação a citação da jurisprudência sobre a questão a ser solucionada.

A análise e o emprego da jurisprudência são uma constante rotina de todos que estudam e trabalham com o Direito, o que, de certo modo, têm sido cada vez mais facilitados pelo desenvolvimento das áreas da tecnologia e da informática. Os *sites* dos tribunais de nosso país diariamente divulgam em suas páginas iniciais as recentes decisões que causam ou possam causar impacto em determinado seguimento da sociedade, e contam com várias ferramentas de pesquisa para que o usuário efetue investigação da jurisprudência sobre determinado tema jurídico.

Também fora do âmbito estritamente jurídico, paulatina e regularmente, as decisões judiciais passaram a ser veiculadas pelos meios de comunicação de massa, diante do crescente interesse da sociedade pelo conteúdo de certas decisões judiciais, na medida em que estas podem desvelar alguns direitos até então não percebidos, assim também elucidam se e como devem (ou não) ser praticadas determinadas condutas.² Inúmeras decisões, como as relacionadas às questões que envolvem a devolução de dinheiro a poupadores, em virtude de planos econômicos; a condenação de empresas prestadoras de fornecimento de água e energia elétrica a efetuar o desconto de valores nas cobranças mensais em razão de suspensão temporária no fornecimento; a condenação de fabricantes ou fornecedores de bens de consumo a retirar produtos das prateleiras; a condenação da Administração de fornecer medicamentos, e outras, são amplamente tornadas públicas a toda a sociedade.

1. Nesse sentido, afirmam Arruda Alvim (*A arguição de relevância no recurso extraordinário*), Rodolfo de Camargo Mancuso (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*), José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como fonte do direito*).

2. A título de exemplo, o jornal *Valor Econômico*, no formato impresso e no digital (www.valor.com.br/legislacao), mantém um caderno específico de informações sobre “legislação”, no qual são divulgadas notícias relacionadas à edição recente de leis, de medidas pelo Poder Executivo, bem como de decisões de interesse econômico, político, social, especialmente as proferidas pelos tribunais superiores.

Da observação desse contexto do mundo empírico, certamente não se poderia sustentar que a jurisprudência desempenha hoje, perante o sistema jurídico, o mesmo papel que lhe fora atribuído no passado.

Desde sua origem, concebido sob as bases da família do direito do *civil law*, o sistema jurídico brasileiro teve e tem como apoio, predominantemente, as normas, isto é, os atos emanados da atividade do Poder Legislativo. Aos magistrados, afirmava Carlos Maximiliano, caberia apenas interpretar o Direito, não formulá-lo,³ o que deixava transparecer que as decisões judiciais, resultado final da atividade jurisdicional, não integravam a composição da estrutura do sistema jurídico.

Essa concepção, todavia, não mais se coaduna com a irrefutável constatação de que a jurisprudência é um dos protagonistas do atual cenário jurídico brasileiro. A jurisprudência, vista como o conjunto de decisões judiciais, uma vez alcançado o estágio de uniformidade do entendimento sobre determinada questão jurídica, é um dos componentes que conferem coesão e harmonia ao sistema jurídico. A norma, no *civil law*, não deixou de ser o alicerce inaugural do sistema jurídico, porém, revelou-se insuficiente para atender ao principal objetivo do direito, qual seja, o de proporcionar a *decidibilidade* dos conflitos sociais, com o mínimo de perturbação possível. Na medida em que um mesmo texto normativo, ao ser interpretado, pode apresentar mais de um significado, a sua incidência aos conflitos pode gerar soluções divergentes, ainda que para casos fáticos idênticos, o que abala os ideais da segurança jurídica, da igualdade, da previsibilidade, da estabilidade do sistema jurídico.

Assim, a interpretação das normas efetivada, em especial, pelos tribunais que têm a função constitucional de dar a última palavra – os tribunais superiores –, uma vez retratada na jurisprudência uniforme e reiterada, atribui *um sentido* às normas, que passa a aderir e incorporar o seu conteúdo. Desta forma, a norma tem seu sentido integralizado pela interpretação contida na jurisprudência uniforme para que possa ser fixada *uma única pauta de conduta* a toda a sociedade, à Administração, e também aos demais órgãos jurisdicionais.

Conclui-se, portanto, que a jurisprudência uniforme quanto a determinado tema jurídico é elemento formador e transformador da estrutura do sistema jurídico brasileiro.

Este estudo objetiva compreender como, porquê e em que medida a jurisprudência assumiu a posição de componente estrutural do sistema jurídico. Para tanto, parte da análise do desenvolvimento do pensamento jurídico ocidental, traçando os caminhos percorridos, ao longo do tempo, da construção doutrinária do que se entende por *sistema jurídico* (do *common law*), e sua relação, ou, mais propriamente, sua vinculação com a aplicação do Direito na solução dos conflitos.

3. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 58.

tos. Assim, iniciamos o estudo histórico doutrinário do raciocínio desenvolvido quanto ao direito, na Roma antiga, até chegarmos aos dias atuais. Esta análise está permeada de uma investigação dos aspectos filosóficos diretamente relacionados com as teorias da dogmática e do positivismo jurídicos.

O estudo sobre a aplicação do Direito, em concreto, não poderia deixar de abordar alguns aspectos fundamentais do sistema do *common law*. Sendo assim, com supedâneo em doutrinas nacionais e estrangeiras (especialmente inglesas), faz-se uma análise das estruturas essenciais do Direito do *common law*, alicerçado fundamentalmente nos *precedentes vinculantes* e, por conseguinte, na teoria do *stare decisis*. A importância desse estudo repousa na crescente valorização e assimilação normativa dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, os quais, entretanto, não se revestem das particularidades dos precedentes do *common law*, apesar de neles se inspirarem.

Assim, para ser entendido o sistema do *civil law* do Direito brasileiro, procuramos apontar seus principais acontecimentos históricos, a começar pela implementação do direito positivo português em território brasileiro, até sua formatação atual, em face das contingências de nosso país, reconhecidamente globalizado e composto por uma sociedade de massa.

Realizamos no capítulo 1, portanto, essa análise histórica para serem estabelecidas as bases sobre as quais se assentam a parte central da tese proposta, qual seja, a de que a jurisprudência uniforme dos tribunais superiores é elemento estruturante do sistema jurídico.

Ato contínuo, no capítulo 2, são fixados os conceitos dos vocábulos *jurisprudência* e *precedente*, que são utilizados ao longo do trabalho. No mesmo capítulo, examinamos as teorias relacionadas à interpretação e aplicação das normas, bem como à argumentação jurídica, pois são temas diretamente relacionados aos motivos de a jurisprudência ter alcançado o grau de elemento componente básico dos sistemas jurídicos da família de *civil law*.

No capítulo 3, com amparo em autorizada doutrina nacional, são analisadas as razões pelas quais a jurisprudência uniforme dos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça –, exerce importante influência no sistema jurídico brasileiro. Primeiramente, são apontadas as funções confiadas aos tribunais superiores, pela Constituição Federal, e o sentido da produção de decisões uniformes e reiteradas na concretização de princípios constitucionais.

Verificamos que os tribunais superiores, ao produzirem um conjunto de decisões uniformes e reiteradas sobre determinado tema jurídico atendem aos desígnios previstos na Constituição Federal, o que não significa que a jurisprudência deva permanecer estática ao longo do tempo. Assim, faz-se o indispensável estudo quanto à dicotômica necessidade de a jurisprudência atingir um estágio de uniformização, mas também de estar apta a passar por mudanças.

Analisadas aproximadamente uma dezena de questões jurídicas uniformizadas por respectivos conjuntos de decisões dos tribunais superiores, verificam-se três diferentes maneiras em que se opera a transformação da jurisprudência constante. Entre estas, observamos não ser incomum que a jurisprudência dos tribunais superiores, em curto lapso de tempo, tem sofrido bruscas e injustificáveis mudanças de rumo, situação que tem sido exposta e criticada por vários doutrinadores brasileiros.⁴

A constante e nem sempre justificada subsistência de decisões discordantes, assim como a inusitada e ilegítima mudança de orientação dos nossos tribunais superiores desequilibram o sistema jurídico, motivo pelo qual hoje, mais do que nunca, faz-se necessário que as técnicas de uniformização de jurisprudência tenham o máximo rendimento para efetivamente produzirem decisões homogêneas.

Ao lado da análise da influência da jurisprudência uniforme dos tribunais superiores são examinadas as características dos precedentes judiciais proferidos por esses mesmos tribunais, em que medida se inter-relacionam com a jurisprudência e como se inserem na estrutura do sistema jurídico brasileiro.

Considerando-se que a jurisprudência estrutural do sistema jurídico é a uniformizada e reiterada, são estudados os critérios para a identificação de situações jurídicas semelhantes, das espécies de conflitos da sociedade contemporânea e, por conseguinte, das técnicas específicas para a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores. Em suma, examinamos o papel desempenhado pela jurisprudência e pelos precedentes, como instrumentos utilizados nas técnicas de uniformização da interpretação das questões jurídicas.

A seguir, foram examinadas individualmente as técnicas previstas no ordenamento, tanto no CPC/1973 como no novo CPC, voltadas a minimizar a divergência da jurisprudência dos tribunais superiores, e destinadas aos demais tribunais, para a efetivação da uniformização da jurisprudência. Aqui também se examinou as modificações introduzidas pelo CPC/2015, quanto às técnicas de uniformização de jurisprudência, e também a inaugural técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas.

No capítulo 5, foram analisadas regras gerais contidas no novo Código de Processo Civil, quanto ao tratamento da jurisprudência uniforme e dos precedentes judiciais, especialmente no que concerne às diretrizes a serem observadas por todos os órgãos jurisdicionais e quanto às modificações das teses firmadas.

Ao final, são apresentadas as notas conclusivas.

4. Nesse sentido se posicionam Teresa Arruda Alvim Wambier, *Precedentes e evolução do direito*, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*.