A ANÁLISE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS PELOS TRIBUNAIS INTERMEDIÁRIOS – O PERNICIOSO ART. 1.030 DO CPC E SUA INADEQUAÇÃO TÉCNICA COMO FRUTO DE UMA COMPREENSÃO EQUIVOCADA DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

The analysis of appeals to the Supreme Courts by the intermediate courts – The pernicious rule 1.030 of Brazilian Code of Civil Procedure and its technical inadequacy as a consequence of binding precedents misunderstanding

Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 187 - 221 | Dez / 2016
DTR\2016\24423

Lucas Buril de Macêdo
Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado. lucasburilmb@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Processual
Resumo: Este ensaio analisa o novo texto do art. 1.030 do CPC, modificado na primeira reforma legislativa do Código. Após demonstrar as preocupações que motivaram a sua nova redação e sistematizar o conteúdo normativo, são realizadas duas críticas. Primeira, porque ela preconiza como juízo de admissibilidade um provimento que adentra também o mérito do recurso, mediante juízos distintivos. Segunda: a sistematização acaba impedindo o STF e o STJ de cumprirem sua função constitucional de desenvolver o direito, especialmente por meio de superações. Ao fim, propõe-se uma interpretação conforme à Constituição para sanar parcialmente o problema do dispositivo normativo e, em seguida, uma proposta de modificação legislativa.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário - Recurso Especial - Juízo de admissibilidade - Precedentes - Superação.
Abstract: This essay analyses the new text of the rule 1.030 Brazilian Civil Procedure Code, modified in its first reform. After demonstrate the concerns that motivated the new redaction and propose the new rule meaning in a systemic approach, it makes two criticisms. First, because it preconizes as an admission decision what actually can be a decision based on merits, based on distinguishing. Second, because the impugnation circuit prevents de Brazilian Supreme Courts – Superior Tribunal de Justiça for federal legislation and Supremo Tribunal Federal for Constitution – from accomplish they constitutional role, by block the access to them in overruling discussions. The article finishes with a proposal of interpretation to the rule according to the Constitution and, after that, a proposal of statute reform.

Keywords: Appeal - Writ of Certiorari - Admission - Precedents - Overruling.
Sumário:

1Introdução - 2O art. 1.030 do CPC/2015 – Breve histórico legislativo - 3O art. 1.030 do CPC/2015 – Compreensão - 4O "juízo de admissibilidade" dos recursos excepcionais realizados nos tribunais a quo e a compreensão da distinção como método de aplicação de precedentes – Primeira crítica - 5Os recursos extraordinário e especial como meios por excelência de construção e alteração do direito – Segunda crítica - 6Proposta de interpretação conforme à Constituição e de modificação da lei

1 Introdução

Recém-promulgada a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, antes mesmo do transcurso de sua vacatio, a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, alterou várias de suas disposições, modificando normas processuais de muita relevância. Até aí tudo bem, nada extraordinário que, em uma democracia, o jogo político, diante dos diversos interesses contrapostos, tenha levado à modificação da lei civil mais abrangente e uma das mais importantes. Aliás, o evento não teve como não trazer à memória a fatídica modificação que sofreu o CPC/1973 (LGL\1973\5) pela Lei 5.025, de 01 de outubro de 1973, igualmente antes de um ano de sua outorga.

A modificação, por si só, não é um problema. Na verdade, a revogação de normas é algo natural. É, aliás, imprescindível. E é justamente por não ter percebido isso que pecou o legislador reformista, como será demonstrado.

O Código de Processo Civil inova ao inaugurar um sistema de precedentes, que, embora esquematizado de modo concentrado nos arts. 926 e 927, impacta em vários institutos processuais. Nada obstante os dispositivos não constem do Capítulo I, do Título Único, do Livro I, da Parte Geral, pode-se afirmar com certa segurança que, ao menos pelo critério substancial, a obrigatoriedade dos precedentes – ou, simplesmente, princípio do stare decisis – é uma norma fundamental do processo civil. Isso fica claro ao passar os olhos pelo Código: a tutela de evidência (art. 311), a improcedência liminar (art. 332), a fundamentação (art. 489, § 1.º, V e VI), os poderes do relator (art. 932, IV e V) e a caução em cumprimento provisório (art. 521, IV) são algumas figuras processuais, entre tantas outras, que recebem forte influxo da sistemática de precedentes.[1]

Certamente, o pretenso novo "juízo provisório de admissibilidade" dos recursos excepcionais tenta dialogar intimamente com o princípio do stare decisis. O grande problema é que, como esta pesquisa busca demonstrar, a reforma passou ao largo da compreensão adequada do sistema de precedentes. As regras estatuídas no art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), oriundas da reforma da Lei 13.256/2016, ao tentar resgatar uma previsão contida no CPC (LGL\2015\1656) revogado, acabaram por inserir na nova sistemática processual normas incompatíveis, um remendo deselegante e totalmente descabido.[2]

A intenção deste trabalho é demonstrar o grave problema que a "novidade" no "juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais" traz. Para isso, a mudança legislativa será inicialmente analisada de modo expositivo, para, em seguida, serem feitas considerações teóricas que demonstram os erros da nova regra e trazem um prognóstico irremediavelmente pessimista em relação à sua aplicação e efeitos perniciosos. No entanto, a fim de viabilizar o funcionamento constitucionalmente válido do circuito recursal positivado, é feita uma proposta interpretativa, de lege lata, e, finalmente, uma recomendação de lege ferenda.

2 O art. 1.030 do CPC/2015 – Breve histórico legislativo

Quando o Código de Processo Civil de 2015 veio a lume, entre as suas novidades estava a extinção do juízo de admissibilidade realizado pelo órgão a quo. Tanto a apelação como os recursos excepcionais, bem como o recurso ordinário, deixariam de ter o juízo de admissibilidade provisório, realizado pela instância inferior, que era feito por força dos arts. 541 e 542 do CPC/1973 (LGL\1973\5), de modo geral, e arts. 543-A, § 5.º, para a repercussão geral, 543-B, § 3.º, para recursos extraordinários repetitivos, e 543-C, § 7.º, para os recursos especiais repetitivos.

A mudança realizada pelo Código, no entanto, não agradou, especialmente aos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Com muita brevidade, então, passou-se a falar em necessidade de reforma do Código, para evitar efeitos

maléficos à distribuição de justiça. Passou, então, a tramitar o PL 2.384 de 2015, de autoria do Deputado Federal Carlos Mandato (SD/ES), que viria a se tornar, posteriormente, e com várias modificações implementadas no processo legislativo, a Lei 13.256/2016. O então projeto de lei veio acompanhado da seguinte justificativa:

"Este projeto tem por objetivo reestabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais.

A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo.

No Senado Federal, o projeto foi processado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) 168, e o histórico legislativo mostra interessante manifestação da Comissão designada pelo Pleno do Superior Tribunal de Justiça para acompanhar a tramitação do referido projeto de lei. Neste arrazoado, assinado pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Isabel Gallotti e Marco Buzzi, há um enfático apelo à modificação do art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), "a fim de reavivar o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário", apontando a relevância que desempenha para o funcionamento do STF e do STJ, sob pena de, diz a Comissão, "entulhar as Cortes Superiores com milhares e milhares de recursos manifestamente descabidos, fato que deporá contra a celeridade que se requer dessas instâncias extraordinárias no novo cenário de valorização da jurisprudência pelo novo Código".[3]

Se, de um lado, estranha que uma lei recém-aprovada precisasse de mudança, especialmente quando a sua tramitação foi dotada de tanta publicidade e de larga abertura à participação de interessados; noutro giro, é estarrecedor perceber que a mais abrangente lei cível foi confeccionada, no mínimo no tocante ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, sem qualquer preocupação com dados empíricos, sobretudo os que demonstram a gritante relevância do juízo de admissibilidade realizado pelo órgão a quo, e sem qualquer consideração à situação já caótica dos tribunais superiores.[4]

Nesse ponto, fica claro que a processualística brasileira não aprendeu com as lições do passado. A mudança implementada pelo CPC (LGL\2015\1656) poderia ocasionar um grave prejuízo – ou mesmo a inviabilização a médio prazo – da distribuição de justiça no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.[5] O alerta de Barbosa Moreira, realizado no início do século, de que são fundamentais os estudos empíricos para a adequada compreensão dos problemas práticos e, por conseguinte, para a sua solução eficaz, foi sumariamente ignorado e, consoante justificou o legislador, por pouco não causou graves danos ao sistema judiciário e aos jurisdicionados.[6]

Enfim, a norma do CPC/2015 (LGL\2015\1656) que suprimia o juízo de admissibilidade nos tribunais de justiça e regionais não chegou sequer a produzir efeitos. Em fevereiro de 2016, a Lei 13.256/2016, antes mesmo do término da vacatio legis, passou, por meio de modificação do Código de Processo Civil, a disciplinar diferentemente o "processo e o julgamento dos recursos especial e extraordinário". A nova regra pretendeu restabelecer o juízo de admissibilidade nos tribunais de segunda instância, de modo semelhante a como se dava no CPC/1973 (LGL\1973\5).[7]

Se há algo que podemos inferir da história da Lei 13.256/2016 é a intensa preocupação, não sem razão, dos tribunais superiores quanto à retirada do juízo provisório de admissibilidade realizado nos tribunais inferiores relativamente aos recursos excepcionais. Provou-se, com dados, que, do modo como estatuía a Lei 13.105/2015, a distribuição de justiça por meio de recursos excepcionais não seria nem um pouco saudável.

3 O art. 1.030 do CPC/2015 – Compreensão

Ao tempo que o Código de Processo Civil passou a produzir efeitos,[8] o art. 1.030, já modificado, previa a realização do juízo de admissibilidade pelos tribunais de segunda instância quanto aos recursos excepcionais, de modo semelhante ao previsto no CPC/1973 (LGL\1973\5).

O sistema anterior à modificação, constante na versão originária do CPC/2015 (LGL\2015\1656), era bem mais simples – embora problemático do ponto de vista consequencialista e, a longo prazo, prejudicial ao acesso à justiça –, uma vez que previa apenas a colheita das peças no tribunal de justiça ou regional, com subsequente remessa ao respectivo tribunal superior. Isso, por sua vez, simplificava bastante a verificação de cabimento do agravo interno ou do agravo em recurso especial ou extraordinário: tratando-se de decisão unipessoal do relator no tribunal superior, agravo interno; já nas únicas três hipóteses em que o recurso excepcional tinha sua subida obstada pelo tribunal de origem, a impugnação se daria pelo agravo em recurso excepcional. O sistema recursal era simplíssimo, já que qualquer trancamento de recurso especial ou extraordinário seria necessariamente impugnado pelo agravo do art. 1.042 do CPC (LGL\2015\1656).

A nova disposição muda isso. Embora não se possa falar que a regra torna muito complexo o sistema impugnativo, sem dúvidas traz maiores dificuldades – o que se alia a sua redação truncada.[9] O teor da regra processual, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, é o seguinte:

"Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6.º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.§ 1.º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2.º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021".

Inicialmente, é perceptível que a redação do dispositivo discrepa do restante do Código, marcado por uma preocupação com a boa técnica e a precisão dos termos. Sua redação é confusa e um tanto desordenada. O dispositivo faz uso de termos ambíguos, com destaque para "negar seguimento", que foge à tentativa do legislador de deixar claro que ou o juízo é de admissibilidade ou de mérito, devendo, portanto, ser retratado por um dos dois termos.[10] Além disso, é impreciso, como no inc. V, a, quando remete a "o recurso" em vez de "a questão objeto do recurso".

Para sistematizar a compreensão da norma é preciso, antes, perceber que ela pressupõe a divisão dos recursos excepcionais objeto do juízo provisório de admissibilidade em três categorias: (i) aqueles em que há recurso repetitivo, decisão de repercussão geral ou de recurso extraordinário sob o regime da repercussão geral sobre a matéria, que serão retratados simplesmente como precedentes obrigatórios; (ii) a daqueles nos quais não há recurso repetitivo, mas há potencial para a sua utilização, ou seja, demandas repetitivas insurgentes; (iii) e, finalmente, a dos que não se enquadram em nenhuma das outras duas categorias, portanto, não há massificação da demanda, o que permite falar se tratar de casos individualizados.

Antes de tudo, duas anotações.

Primeiro, é claro que essa divisão é referencial ao juízo de identificação, feito pelo presidente ou vice-presidente do tribunal ao processar os recursos excepcionais, por força do art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656) e em atenção a determinado contexto específico. É evidente que, por exemplo, um caso pode ser tido como individualizado em certo momento, mas, diante da efetiva repetição, venha a se caracterizar, posteriormente, como uma demanda repetitiva insurgente ou mesmo como um precedente obrigatório, quando assim for reconhecido. Enfim, essa divisão não pretende apontar uma característica essencial da causa, mas apenas contextual, a partir da interpretação realizada levando em conta os dados que se apresentam quando do momento de sua análise.

Segundo, são necessários alguns esclarecimentos sobre a repercussão geral. É notável que todo recurso extraordinário interposto após a EC 45/2004, para que seja decidido no seu mérito, deve possuir repercussão geral. Como se sabe, a repercussão geral foi instituída como um requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários, consoante o qual é necessário que o tema objeto do recurso possua transcendência jurídica, política, econômica ou social, isto é, que algum desses fatores torne a decisão do recurso relevante não só para aquele caso, mas, sim, para a coletividade, por conta

do impacto da decisão, seja direto ou mesmo por seu efeito paradigmático.[11] O CPC (LGL\2015\1656) parece ter utilizado a repercussão geral mais do que como um mero requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, mas, sim, como um fator legitimador da expansão da decisão em recurso extraordinário para os casos posteriores. Além disso, embora o enquadramento realizado coloque os casos em que a admissibilidade é decidida com base nos recursos extraordinários ou na repercussão geral como precedente obrigatório, essa classificação não é exata, já que nem todo recurso extraordinário ou decisão de repercussão geral é necessariamente um precedente obrigatório, notadamente no sentido atribuído pelo art. 927 do CPC (LGL\2015\1656), que tem apenas como vinculante aqueles decididos sob o regime dos recursos repetitivos e os decididos pelo plenário. Assim sendo, no sentido que usamos aqui para precedente obrigatório temos por base a proposta do art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), desconsiderando uma análise sistêmica mais aprofundada que permita afirmar com mais precisão o que, realmente, configura precedente obrigatório. De todo modo, a classificação tripartite que propomos é útil, pois os efeitos atribuídos a cada um dos elementos integrantes de cada categoria são exatamente os mesmos, e, além disso, não é de todo inadequada: a decisão em recurso extraordinário ou em repercussão geral pode, efetivamente, ser interpretada como um precedente vinculante e, ademais, acaba sendo aplicada, no art. 1.030, como se fosse um.

Outro alerta: tratando-se de precedente obrigatório, o procedimento para resolução de casos repetitivos poderá ser tanto o julgamento de recursos repetitivos como, também, e nada obstante a omissão do texto normativo, o recurso excepcional interposto contra decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas. Embora o dispositivo não mencione os recursos excepcionais em incidente de resolução de demandas repetitivas, o sistema processual reputa-os também integrantes do regime de causas repetitivas (art. 928). Portanto, a análise da admissibilidade de recursos especiais ou extraordinários em tribunais de justiça ou regionais deve seguir o mesmo parâmetro do restante do sistema processual, pelo que, conquanto o texto implementado pela reforma não mencione os recursos especiais ou extraordinários interpostos contra decisão de incidente de resolução de demandas repetitivas, o art. 1.030 deve ser lido de modo que seja integralizado e compatibilizado, tratando igualmente as causas repetitivas, especialmente garantindo-lhes os mesmos efeitos.

Feitos os destaques necessários, é possível prosseguir ao juízo de admissibilidade propriamente dito.

Primeiramente, ao se fazer o juízo de admissibilidade provisório no tribunal recorrido, deve-se perquirir: já houve a formação ou há procedimento para criação de precedente obrigatório em curso? Havendo procedimento em curso, ou seja, tendo o STF ou o STJ instaurado procedimento para julgamento de recursos repetitivos acerca do tema objeto do recurso especial ou extraordinário do qual se analisa a admissibilidade, deve o presidente ou vice-presidente sobrestá-lo e aguardar o precedente obrigatório para que o aplique ao caso (art. 1.030, III). Caso a parte entenda que o sobrestamento é inadequado, sobretudo diante da existência de particularidades fáticas, poderá interpor o agravo interno (art. 1.030, § 2.º), levando o caso ao pleno ou órgão especial do tribunal recorrido.

Havendo precedente já formado, são duas as possibilidades antevistas pelo art. 1.030: primeiro, a decisão está de acordo com o precedente, pelo que o recurso terá seu seguimento negado, decisão esta que é impugnável por agravo interno, levando-a ao pleno do tribunal;[12] segundo, a decisão está conflitando com o precedente, devendo o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem remeter o processo para juízo de retratação, a fim de que o órgão prolator da decisão recorrida conforme-a ao precedente. Ainda na segunda hipótese, a decisão pode ser retratada, com o propósito

de ajustá-la ao precedente, abrindo novo prazo para recurso – que pode ser de qualquer das partes, uma vez que o sujeito que interpôs o primeiro recurso pode não estar satisfeito com a medida em que foi reformada a decisão ou com qualquer outro aspecto dela, desde que se trate de ponto ensejado especificamente pela reforma no juízo de retratação. A decisão, ademais, pode ser mantida, sem qualquer alteração no juízo de retratação; assim sendo, o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou regional deverá "fazer o juízo de admissibilidade", e, sendo admissível o recurso, remetê-lo à superior instância. Caso o recurso seja inadmitido, caberá o agravo do art. 1.042 do CPC (LGL\2015\1656) para discutir a questão na qual se embasou a decisão de inadmissibilidade.

Em caso de demanda repetitiva insurgente – entendida como aquela na qual ainda não existe procedimento próprio para causa repetitiva, porém há possibilidade de sua instauração – cumpre ao presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário tomar uma das duas posições: assumindo o recurso como representativo da controvérsia, isto é, dotado de arrazoado abrangente, técnico e sendo cumpridor de todos os requisitos de admissibilidade, deve remetê-lo ao STF ou STJ, de acordo com a matéria sobre qual verse, para que, distribuído nos moldes do regime para julgamento de recursos repetitivos, decida a Corte Superior sobre o efetivo cabimento do processamento como causa repetitiva; ou, alternativamente, caso o tenha como não representativo, deverá processá-lo como se caso individualizado fosse, ou seja, limitar-se a avaliar sua admissibilidade. Admitido o recurso, deverá seguir para o respectivo tribunal superior; não o sendo, a decisão é impugnável por agravo para destrancamento de recurso excepcional.

Sendo caso individualizado, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem deve analisar sua admissibilidade normalmente, remetendo-o para o tribunal superior, em caso de juízo positivo, ou inadmitindo-o, em caso de juízo negativo. Inadmitido, cabe o agravo do art. 1.042 do CPC (LGL\2015\1656).

As disposições do CPC (LGL\2015\1656) acerca do que se chamou de demandas repetitivas insurgentes e dos casos individualizados não são problemáticas. Nessas duas hipóteses, o circuito recursal é coerente e preserva o direito da parte ao recurso, numa medida adequada para o funcionamento do sistema processual e em conformidade ao due process of law. Problemática é a sistematização dada pelo art. 1.030 quando há precedente, especialmente nos casos em que ele já foi formado.

Consoante preconiza o reestabelecido juízo provisório de admissibilidade, o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou regional deverá "realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos". Em outras palavras, a contrario sensu: se já houve o julgamento de recurso repetitivo, decisão em repercussão geral ou em recurso extraordinário com repercussão geral que versem sobre a matéria objeto do recurso, e a referida decisão esteja em conformidade com o decisum recorrido, então o recurso não subirá ao tribunal superior. Isso fica claro a partir da leitura do § 2.º, que rege a impugnabilidade de tal decisão a partir do agravo interno, o que significa que a análise do recurso intentado contra a decisão que nega seguimento será feita, em regra, pelo tribunal pleno ou órgão especial.

Dessa forma, para que fique claro, se se imaginar um precedente firmado em recurso especial repetitivo que trate da legalidade da cobrança de corretagem nos contratos de compra e venda de imóvel firmados diretamente em estabelecimento da construtora, qualquer recurso que trate do tema simplesmente terá seu seguimento negado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário e, então, apenas poderá ser

levado ao pleno ou órgão especial do mesmo tribunal, por meio do agravo interno, o que significa que ele não será analisado pelo STJ. Assim, firmado um entendimento em recurso especial, os demais recursos que abordem a temática de modo diverso não chegarão ao Superior Tribunal de Justiça.

No caso do Supremo Tribunal Federal, o problema se intensifica, uma vez que precedente advindo de recurso extraordinário – mesmo fora do regime dos repetitivos, já que ele necessariamente terá de possuir repercussão geral para ser decidido, e, diz o art. 1.030, I, a, do CPC (LGL\2015\1656), que os recursos extraordinários decididos sob o regime de repercussão devem ser utilizados como parâmetro – necessariamente impede a subida do recurso extraordinário que trate do mesmo objeto, caso aponte em sentido diverso ao precedente. Portanto, basta a decisão de um único recurso extraordinário sobre a "questão" que, em seguida, todos os demais deverão ter seu "seguimento negado" no tribunal de justiça ou regional. Mais ainda, uma vez decidida a repercussão geral de uma matéria pelo STF, a mesma matéria não mais terá acesso à Corte, ficando perenemente inviabilizada.

O que é notável neste dispositivo é a completa ausência de preocupação com as distinções e, sobretudo, com as superações. Firmado o precedente, o juízo de identidade final entre o caso subsequente e o padrão decisório será feito pelo presidente ou vice-presidente e, utilizando a parte do agravo interno, pelo pleno ou órgão especial do respectivo tribunal intermediário, em ultima ratio. Caso o órgão responsável pelo "juízo de admissibilidade provisório" negue seguimento ao recurso por considerar o caso em análise semelhante ao que deu vazão a um precedente obrigatório, então a análise de eventual distinção findará no tribunal de justiça ou regional, independentemente de aquele conjunto fático, tido por semelhante, não ter sido especificamente o avaliado no precedente.

Os únicos meios disponibilizados pelo sistema processual para que a Corte Superior avalie uma distinção são a reclamação, consoante previsto no art. 988, § 5.º, II, como meio de defender que o precedente foi mal aplicado (art. 988, § 4.º), ou a ação rescisória (art. 966, V), que pode ensejar a rescisão da decisão judicial quando houver aplicação do precedente em desconsideração de uma distinção, que deve ser demonstrada na petição inicial (art. 966, §§ 5.º e 6.º). Todavia, a distinção é uma operação que possui certa criatividade, pelo que o manejo da reclamação não parece uma medida adequada para todas as hipóteses de distinção, diante de sua fundamentação vinculada, isto é, do necessário apontamento de quebra do paradigma que envolve a propositura da reclamação.

Mais problemática ainda é a situação da superação de precedentes. O recorrente pode, de fato, ter elaborado uma tese relevante que demonstre uma mudança contextual a exigir a revogação do precedente aplicável – nesse caso, portanto, pressupõe-se a incidência do precedente na espécie, mas se diz que ela não deve gerar efeitos, diante da necessidade de revogação –, mas, ainda assim, a nova sistemática não deixaria que seu recurso subisse, tendo o inexorável destino de ser "inadmitido" no tribunal a quo. Portanto, pela leitura do art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), simplesmente não há possibilidade de se superarem precedentes mediante recursos excepcionais. Decidida a questão uma única vez, o STF e o STJ não mais conheceriam dela, sendo avaliada com ares de finalidade pelo tribunal recorrido. Aliás, neste caso não cabe sequer a reclamação, ficando a parte sem qualquer meio para levar a tese no sentido da superação para a Corte Superior.

Como se verá a seguir, a positivação da norma demonstra o completo equívoco do legislador na sua concepção do sistema de precedentes.

4 O "juízo de admissibilidade" dos recursos excepcionais realizados nos tribunais a quo e

a compreensão da distinção como método de aplicação de precedentes – Primeira crítica

São já clássicas as lições sobre a diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito nos recursos. Barbosa Moreira, constatando a confusão entre o mérito do processo e o mérito do recurso, trouxe esclarecimentos essenciais: não necessariamente o objeto do processo será objeto do recurso, que pode se limitar a impugnar uma questão processual.[13]

Ao juízo de admissibilidade recursal são pertinentes as questões referentes à viabilidade de processamento do recurso, decorrentes especialmente do ato de sua interposição, mas também engloba requisitos procedimentais. A noção que é necessária para a compreensão adequada da matéria é que, assim como a ação processual, a manifestação recursal instaura o procedimento para prestação da tutela recursal, que tem pressupostos e requisitos próprios para a sua higidez, sem os quais a tutela não deverá ser prestada. É preliminar ao mérito recursal a decisão acerca de sua admissão.[14] São questões relativas à admissibilidade recursal, exemplificativamente, o respeito ao prazo para interposição do recurso (tempestividade), o recolhimento das custas para a prática do ato recursal e prestação da tutela jurisdicional recursal (preparo), o interesse recursal, a legitimidade do recorrente e o preenchimento dos requisitos formais de admissibilidade, como, especialmente relevante para esta pesquisa, a dialeticidade.

Já o juízo de mérito do recurso refere-se à análise da existência dos vícios, processuais ou substanciais, que se alega inquinar o provimento impugnado.[15] Assim, o tribunal, ao avaliar se a decisão efetivamente tem respaldo no direito substancial, julga o mérito do recurso. Igualmente, caso o recorrente impugne a decisão por ter se formado em desrespeito ao regramento processual ou, ela mesma, em contrário aos seus requisitos formais, o tribunal, ao decidir tal questão, está decidindo o mérito do recurso. Nesta última hipótese, fica bem claro que o juízo de mérito recursal não se confunde com o juízo de mérito da relação processual originária.[16]

Realmente, isso fica evidente ao se comparar a causa petendi e o pedido recursal e tais elementos objetivos da ação na demanda, que não se confundem. Assim sendo, o que era uma questão de admissibilidade na decisão da demanda, no juízo recursal pode muito bem ser uma questão de mérito. A relação recursal tem características próprias.[17]

Pois bem, revisitados tais conceitos elementares de teoria dos recursos, cumpre examiná-los em contraposição ao art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), sobretudo no tocante ao seu inciso I.

Neste dispositivo, embora a proposta da modificação legislativa tenha sido a de trazer de volta o juízo de admissibilidade provisório, o que efetivamente ocorreu foi a fixação de competência para o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem realizar, além do juízo de admissibilidade propriamente dito, também a análise do próprio mérito recursal.

Realmente, quando há precedente obrigatório, o mérito é analisado no tribunal a quo, no sentido de que será ele que fará o juízo de identidade entre o precedente e o caso, "negando seguimento" ao recurso caso entenda que a ratio decidendi é aplicável. O juízo pretensamente de admissibilidade, portanto, nada mais é do que uma análise do mérito recursal, na medida em que o objeto do próprio recurso é a decisão fundada em precedente, ou seja, ele versa sobre a aplicação da sua ratio ou não ao caso. A reforma da Lei 13.256/2016, ao atribuir competência ao presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário para negar seguimento ao recurso caso o precedente incida no caso, deu-lhe competência para decidir sobre o próprio mérito recursal, na exata medida em que tal decisão avaliará as próprias razões recursais para distinção.

Na verdade, isso só mostra como a reforma legislativa passou ao largo da técnica processual e, sobretudo, de uma concepção adequada de teoria dos precedentes.

O juízo distintivo é típico da aplicação dos precedentes,[18] na medida em que é a partir dele que se identificam as semelhanças e diferenças entre os casos, com a subsequente decisão acerca da relevância jurídica de tais diferenças fáticas – e foi exatamente isso que se imputou ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido.[19] A partir daí, inclusive, é possível que se tenha uma expansão ou retração da ratio decidendi. É comum que rationes decidendi que, no precedente, parecessem abrangentes, com as distinções realizadas nas suas aplicações subsequentes, tornem-se mais restritas e mesmo bem particularizadas. É também usual que precedentes que parecessem tão peculiares a ponto de não merecer qualquer aplicação em casos subsequentes acabem se tornando, por conta de um juízo analógico tendente à extensão, referentes de uma ratio decidendi de larga aplicação.[20]

Isso significa que o processo de distinção como método aplicativo de precedentes judiciais pode ser criativo, e tende a assim o ser, a partir da utilização de razões do passado perante novas situações ou de sua ponderação perante novas razões relevantes.[21] Casos célebres do common law, não raro, acabam ganhando significado a partir de suas posteriores aplicações, justamente por meio das distinções, que tornam mais precisos os limites aplicativos da ratio decidendi e também os seus efeitos. Portanto, muito embora possa se falar em uma específica decisão como o referencial para a criação do precedente paradigmático, é completamente equivocado pensar que a ratio decidendi, isto é, a norma do precedente, está pronta e acabada com a existência única e exclusivamente do leading case, na verdade, a norma do precedente deverá ser trabalhada nos casos subsequentes até que ela se estabilize e tenha real segurança quanto aos seus limites de aplicação e efeitos produzidos; o processo de distinções, portanto, é o meio pelo qual se estabelece o significado do precedente.[22]

Todavia, frise-se, o art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656) passou ao largo da correta compreensão do sistema de precedentes. Ignorou, por completo, a possibilidade – rectius, necessidade – de distinções, que acabarão sendo realizadas pelo presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário e, em seguida, em caso de recurso, pelo pleno ou órgão especial do tribunal. Ou seja, é no tribunal de justiça ou regional que a arguição de uma particularidade ou de que a ratio decidendi deve ser estendida será analisada e decidida, dando aplicação ao precedente, e essa questão, que é inequivocamente inovadora no sentido de que não foi analisada pelo órgão prolator do precedente, será solucionada com ares de finalidade pelo tribunal intermediário.[23]

O dispositivo legal pressupõe que, uma vez resolvida determinada questão pelo STF ou pelo STJ, o precedente seria unívoco, e os problemas subsequentes meras repetições do que já fora analisado, sem dar conta que uma das questões mais relevantes e recorrentes em um sistema de precedentes é, justamente, identificar até que ponto as razões do passado são extensíveis aos casos semelhantes do futuro. Esse mister, no entanto, é exatamente o que não será desenvolvido pelo STF ou pelo STJ, aos quais deveria ser dada a função de dar interpretação à Constituição e à legislação infraconstitucional federal, mas, justamente pelo fato de as distinções terem sido alijadas de sua competência, grande parcela do desenvolvimento do direito acabará sendo desempenhada mediante um juízo de mérito atribuído ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal a quo, que apenas é transferível ao pleno ou órgão especial do mesmo tribunal por agravo interno.

Realmente, a própria reconfiguração do agravo interno, como recurso dialeticamente dedicado a mostrar as diferenças entre o caso paradigmático e o caso a ser decidido, portanto, à realização de distinções, e o fato de o § 2.º do art. 1.030 o ter previsto

contra a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, demonstra inequivocamente que houve tal atribuição. Dessa forma, o juízo de distinção, que é eminentemente interpretativo, será feito pelo presidente ou vice-presidente do tribunal e, interposto recurso dessa decisão, será avaliado pelo pleno ou órgão especial do tribunal, sem nunca chegar ao STF ou STJ. A construção paulatina das normas jurisprudenciais, realizada mediante distinções (distinguishing), foi atribuída aos tribunais intermediários.[24]

Assim sendo, o CPC (LGL\2015\1656), que tanto se preocupou com a segurança jurídica e, nessa linha, constituiu um sistema de precedentes, acabou por, no afã de utilizar um mecanismo jurídico voltado para a racionalidade[25] com o único fim de garantir eficiência e celeridade, criar uma técnica aberrante, em erro imperdoável de premissa, e contraditória com suas próprias finalidades. Outorgando-se o juízo de mérito dos recursos excepcionais aos vários tribunais de justiça e regionais, é bem possível – na verdade, provável – que esses tribunais considerem a identidade de modo diverso entre si. Então, para um tribunal, o precedente pode ser aplicável a um grupo de casos e outro tribunal, avaliando esse mesmo grupo de casos, pode chegar à conclusão que o precedente versa sobre questão distinta. Há possibilidade de os juízos distintivos feitos pelos tribunais intermediários diferirem entre si, ocasionando dissensos sérios entre a abrangência e os efeitos da mesma ratio decidendi, pondo por água abaixo a segurança e isonomia que se pretendia com o princípio do stare decisis. A regra, enfim, permite a disformidade da interpretação da legislação infraconstitucional federal e da Constituição.

Pela reforma da Lei 13.256/2016, portanto, previu-se mais do que um juízo de admissibilidade, mas, sim, também um juízo distintivo, que é parte do mérito, notadamente nos casos de aplicação de precedentes, deixando tais questões ao crivo do tribunal intermediário, tendo a reclamação (art. 988, § 4.º, do CPC (LGL\2015\1656)) e a ação rescisória (art. 966, §§ 5.º e 6.º, do CPC (LGL\2015\1656)), e seus limites específicos, como únicos meios de acesso à Corte prolatora do precedente para que corrija a aplicação da norma jurídica.[26] Essa previsão prejudica seriamente o papel de desenvolver o direito do STF e do STJ, o que é naturalmente realizado mediante as distinções. Há, como se viu, grave atecnia e contravenção aos propósitos do princípio do stare decisis.

5 Os recursos extraordinário e especial como meios por excelência de construção e alteração do direito – Segunda crítica

Ao se ler o art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), certamente um dos maiores estranhamentos que se tem, de logo, é a total ausência de um meio para levar o recurso ao tribunal competente para decidi-lo nos casos em que há algum precedente regendo a matéria. Realmente, formado o precedente e tornado eficaz, fica impossível levar o caso ao STJ ou ao STF, uma vez que o presidente ou vice-presidente deverá "negar seguimento", mediante uma análise do mérito recursal acerca da incidência do precedente, e, caso a parte não se resigne com a decisão, o máximo que poderá fazer é levá-la ao pleno ou órgão especial do tribunal recorrido, através da interposição de agravo interno.

Vamos imaginar uma situação hipotética: determinada matéria possui um precedente obrigatório regente, formado há cerca de cinco anos, e uma banca de advocacia é contratada para defender cliente com interesses contrários aos firmados no entendimento. O novo cliente do escritório não participou da formação do entendimento jurisprudencial, mas vem sendo diretamente afetado por ele em vários casos. Daí, em um caso especialmente significante, surge a oportunidade de debater a tese. Podemos imaginar, também, que a banca de advocacia reúne, por dias a fio, seus mais preparados membros, bem como contrata notórios especialistas para participar de

debates e dar seus pareceres, tudo com o intuito de avaliar criteriosamente a tese encampada no precedente obrigatório. Imaginemos que, após esse extenuante e dispendioso trabalho, uma nova tese tenha sido elaborada, capaz de, per se, fundamentar a virada jurisprudencial, em um petitório digno de ser emoldurado.

No nosso caso hipotético, consoante diz o art. 1.030, I, b, do CPC (LGL\2015\1656), pouco importaria todo o esforço da banca e, menos ainda, a consistência de seus argumentos. Bons ou ruins, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, ao avaliar superficialmente a petição, não precisaria ver nada mais do que a "confissão" de que o precedente incide sobre o caso, mesmo que suas razões já não mais se sustentem, à luz das razões expostas no recurso – que nunca foram nem serão vistas pelo tribunal superior. Bastaria saber que o entendimento firmado no precedente tem relação com a matéria versada no recurso e, prontamente, teria o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido a licença para julgar o seu mérito sob a obscura batuta da negativa de seguimento. Diante disso, é possível afirmar que o esforço para a superação de um precedente, definitivamente, não compensa.

Como se vê, prolatado o precedente, não se chega mais ao STJ ou ao STF. Parece que a proposta da reforma legislativa foi dar um recado alto e claro para os jurisdicionados: "os tribunais superiores apenas atendem os jurisdicionados uma vez".

Nesse ponto, a previsão normativa se relaciona com a superação de precedentes (overruling). A superação consiste, justamente, na imposição da necessidade de adaptação sobre a pretensão de garantir segurança jurídica: os sistemas jurídicos precisam mudar, e isso independentemente de se pautarem em leis ou precedentes.[27] Os precedentes obrigatórios buscam dar maior racionalidade ao sistema, especialmente ao regular a mudança, o que significa que ela é lícita em um ordenamento que adote o stare decisis, devendo ser feita de acordo com justificativas adequadas e em consideração ao passado e à confiança legítima dos jurisdicionados.[28] Aliás, o fato de o sistema jurídico regular a superação de precedentes é a maior demonstração de sua importância, na medida em que, nos ordenamentos jurídicos em que precedentes são irrelevantes, a superação não merece qualquer atenção, por ser algo corriqueiro e desprendido de quaisquer exigências.[29] Realmente, o stare decisis pretende a estabilidade, mas sempre há de preservar espaço para mudanças e ajustes de equívocos.[30] Assim sendo, o princípio do stare decisis lida com a mudança de precedentes, regulando-a de modo a deixá-la configurada do modo menos traumático possível. Dentre as regras, é notável a de competência: apenas pode superar o precedente a Corte superior que o prolatou ou outra de maior hierarquia.[31] Pode-se dizer, então, que a superação de precedentes é uma das funções essenciais de um tribunal superior em um sistema que adote a obrigatoriedade dos precedentes.

Ora, se, de um lado, viabilizar o funcionamento prático das Cortes superiores brasileiras é uma prioridade, ela impõe, por outro lado, a preservação dessas mesmas funções, inclusive constitucionais, que se quer preservar, e não a sua supressão. Aliás, só faz sentido viabilizar o funcionamento do STF e do STJ na exata medida em que possam tais tribunais justamente realizar o seu mister constitucional. O que o art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656) faz, a pretexto de tornar o papel dos tribunais superiores exercível, é, na verdade, mutilá-lo, reduzindo significativamente a missão constitucional que lhes foi imputada.

Nenhuma Corte, em um sistema de precedentes, limita-se a consagrar um determinado entendimento jurisprudencial e, então, entregá-lo, mais do que como se fosse algo pronto e acabado, mas também como se essa fosse a resposta verdadeira e definitiva, imune às intempéries da evolução social e à própria possibilidade de erro. A reforma do CPC (LGL\2015\1656), também nesse ponto, andou muito mal, em uma concepção do

precedente que ignora por completo a elementar noção de que superar rationes decidendi é também papel imprescindível dos tribunais superiores.

Não podemos deixar de notar como a estruturação do sistema processual, com a pretensão de fazer valer um sistema eficiente de precedentes, acabou confundindo precedente e coisa julgada.[32] Enquanto a segurança naquele é essencialmente dinâmica, propondo a racionalização da argumentação judicial e preparando os jurisdicionados e julgadores para operar em consideração à sua história institucional, criando óbices e aceleradores para movimentos de manutenção e mudança em conformidade aos precedentes existentes, a segurança jurídica fornecida pela coisa julgada é clássica ou estática, simplesmente impedindo a argumentação acerca de um ponto já definido e independentemente da possibilidade de inovação.[33] A lógica é bem diversa e inconfundível, embora disso não tenha o legislador reformista percebido.

Com efeito, muitas vezes é preciso negar um precedente para que se sustente o direito.[34] A construção do stare decisis inglês mostra a completa inevitabilidade da revogação de precedentes, na medida em que o avanço social, com a adaptação da sociedade a diferentes padrões tecnológicos, morais, econômicos e jurídicos, tende a tornar erodidas e obsoletas as regras cunhadas no passado, exigindo que sejam alteradas ou buriladas. Foi por isso que, na Inglaterra, em 1966, o Practice Statement passou a prever expressamente a possibilidade da então House of Lords superar seus precedentes.[35] Mesmo em uma sociedade extremamente tradicionalista e reacionária, com forte ligação à preservação histórica e dos costumes, a imposição da adaptação e da mudança se fez notar e reconhecer.

O Brasil, no entanto, parece querer seguir o caminho inverso: diante de um contexto institucional em que as Cortes superiores, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, mostram um desprezo marcante pelos seus próprios precedentes, mudando-os sem qualquer rigor metodológico ou mesmo consideração ao trabalho desenvolvido no passado – às vezes nem um pouco remoto –,[36] quer-se sair de um extremo para o outro, qual seja, a completa irrelevância da superação. De acordo com o art. 1.030, pouco importa se há fundamentos relevantes ou não para a mudança ou completa superação da ratio decidendi, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido deve fazer o juízo de identidade entre o caso e o precedente e, sendo ele positivo, deve ser "negado seguimento". Afinal, sobre aquela matéria já haveria "entendimento" firmado pelo tribunal em recurso repetitivo, ou a "questão" já fora objeto de análise em repercussão geral ou recurso extraordinário... Nada mais inapropriado.

Estruturando o procedimento dessa forma, outorgando o juízo de mérito ao presidente ou vice-presidente do tribunal intermediário, não há sequer possibilidade de superação, já que tal órgão, bem como o pleno ou órgão especial do tribunal ao qual pertence, não tem sequer competência para realizar a superação. De fato, superar um precedente compete ao tribunal que o prolatou ou a outro de hierarquia superior. Quando a análise do recurso que veicula uma proposta de superação é dada a órgão julgador sem competência para avaliar a sua procedência, tem-se a completa impossibilidade de sua realização e a impertinência sistêmica da revogação de precedentes (overruling).

Podemos dizer, por todo o exposto, que o art. 1.030 torna inviável a discussão acerca da superação de um precedente por meio de recursos excepcionais. Neste ponto, então, o sistema processual brasileiro pode se gabar de ser um dos mais rígidos do mundo em superação de precedentes, superando – ao menos formalmente – o direito inglês, em que, desde meados da década de 60 do século passado, há plena viabilidade de se discutir o overruling. Houve, com a Lei 13.256/2016, mais do que um retrocesso, tem-se a instituição de um sistema severo, com traços marcantes de arbitrariedade e pretensão de tornar os precedentes mais rígidos que a própria lei.[37] Saímos do discurso da

completa irrelevância do precedente para o discurso da completa irrelevância dos argumentos contrários ao precedente – o que só mostra, no entanto, o quanto ainda é paupérrima a compreensão da teoria dos precedentes no Brasil e como é perigoso positivar algo que não se entende bem.

6 Proposta de interpretação conforme à Constituição e de modificação da lei

O recurso extraordinário e o recurso especial são recursos excepcionais, considerados de direito estrito e têm como principal objetivo a tutela do ordenamento jurídico,[38] buscando preservar sua integridade e adequação.[39] Esses recursos são de sobreposição, visto que apenas são cabíveis quando não há mais possibilidade de impugnação recursal.[40] Essa espécie de recurso é, sem dúvidas, a mais importante para o stare decisis,[41] pelo que o seu regime jurídico tem fundamental importância para o funcionamento do ordenamento jurídico.

A Lei 13.256/2016 modificou o regime dos recursos excepcionais, com a pretensão de restabelecer o seu juízo de admissibilidade provisório, nos tribunais recorridos. A previsão de uma técnica desse tipo, como se viu, é salutar para o funcionamento adequado do STF e do STJ, diante do número incrivelmente alto de recursos interpostos.

Todavia, ao assim fazer, e numa tentativa de coligar a nova regra com o sistema de precedentes previsto no Código, acabou por cometer dois erros de grande monta, capazes de comprometer o funcionamento do stare decisis brasileiro. Ignorou-se a possibilidade de argumentos distintivos, que são em alguma medida criativos e servem à conformação da norma do precedente, e também se ignorou a importância da própria superação do precedente, da qual passou ao largo o legislador reformista. De fato, o art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656) veio como um instrumento de efetividade para demandas repetidas, mas completamente destoante com a compreensão adequada de um sistema de precedentes.[42]

Tais equívocos estão muito longe de ser insignificantes. Aliás, o filtro da avaliação de admissibilidade de recursos extraordinários e especiais pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, por conta dos graves erros cometidos na sua positivação, a pretexto de tornar o STF e o STJ funcionais, acabará, na verdade, mutilando severamente a missão constitucional de tais tribunais, na medida em que se dificultou gravemente sua relevantíssima função de desenvolver o direito a partir das distinções e não há um meio ordinário para o juízo de superação, técnicas fundamentais para o sucesso de qualquer sistema de precedentes. A prolação de um precedente paradigmático pode ser – e normalmente é – apenas o início da relevante tarefa de desenvolver o ordenamento jurídico, garantindo-lhe maior densidade normativa. Com o novo juízo de admissibilidade pelos tribunais intermediários, interpretado consoante foi disposto, tem-se uma fratura inadmissível entre o precedente e sua posterior aplicação.[43]

Pois bem, diante disso, é necessário indagar o que é possível fazer a partir do texto legal do art. 1.030 que, nada obstante parta de pressupostos equivocados e seja alheio à boa técnica, é uma realidade institucional. Bom ou mau, é nosso direito positivo, e ele precisa ser utilizado como ponto de partida, ainda que para uma reconstrução. É a isso que nos dedicaremos a seguir.

Primeiro, é necessário deixar claro: a norma é inconstitucional, caso seja interpretada em sua literalidade.

Ao alijar as Cortes superiores de suas funções constitucionais de dar a palavra final acerca do direito constitucional, no caso do STF, e do direito infraconstitucional federal, no caso do STJ, o art. 1.030 inequivocamente afronta à Constituição. Não se pode retirar

a competência constitucionalmente imputada de tais tribunais e entregá-la, ainda que parcialmente, por meio de legislação infraconstitucional federal, para qualquer outro órgão julgador, por mais destacado que seja. O desenvolvimento do direito não finda com o primeiro precedente sobre a matéria, a sua realização carece de seu aperfeiçoamento, mediante as distinções e superações, ao longo do tempo, dando o preciso alcance da norma jurisprudencial e fixando parâmetros seguros de seus efeitos.

Além dessa razão, por si só suficiente, a norma afronta o devido processo legal. O princípio do due process of law garante a participação do cidadão nos atos de poder que inflijam a sua esfera jurídica, devendo a legitimidade de tais atos ser medida em conformidade aos mecanismos postos em prol do afetado para garantir que suas razões sejam devidamente ouvidas e, acima de tudo, influenciem na formação do ato. É nesse sentido que se fala em contraditório-substancial ou poder de influência.[44] A Lei 13.256/2016, em sua concepção torta de precedente que o coloca como uma espécie nada simpática de coisa julgada, acabou por desconsiderar completamente o direito de participação, porquanto pouco importará a novidade do argumento trazido pela parte, tenha ele sido analisado ou não no caso do passado, o sujeito se verá perante um precedente fixado que não poderá contornar, ficando sua argumentação sem qualquer resposta.[45] Assim, de acordo com o art. 1.030, pouco importa se o argumento da parte é novo ou não, havendo precedente que regule a questão sobre a qual verse o recurso, ele deverá ter seu "seguimento negado". A participação do sujeito processual com argumentos que efetivamente configurem uma novidade institucional é completamente irrelevante. Se a "questão" já fora decidida ou o "entendimento" já firmado, caberia ao tribunal simplesmente aplicar a mesma solução, o que o torna uma violação ao devido processo legal.[46]

Interpretado o dispositivo em sua literalidade, nos limites semânticos dos termos empregados, ter-se-ia uma flagrante inconstitucionalidade, pois o juízo de mérito realizado pelo presidente ou vice-presidente acaba excluindo a função constitucional das Cortes de desenvolver o direito e, ademais, suprime o direito de participação do litigante que contribui efetivamente com novas razões. O vício é notavelmente insuperável ao se perceber que o § 2.º do art. 1.030 estabelece que dessa decisão de "negativa de seguimento" apenas cabe o agravo interno, levando-a ao crivo do pleno ou órgão especial do tribunal recorrido – sem, portanto, no circuito recursal, chegar à Corte responsável pela reconstrução normativa.

O equívoco, portanto, está em considerar o precedente como um agente estático da segurança jurídica quando é, na verdade, essencialmente dinâmico. Em outras palavras, para a aplicação de modo adequado do precedente não se deve perquirir acerca da questão resolvida ou se já há algum entendimento sobre o tema, mas, sim, se os argumentos analisados e respondidos no precedente abarcam os utilizados no recurso e se há possibilidade de extensão das mesmas razões aos novos argumentos fático-jurídicos. Assim, mesmo em uma questão jurídica já solucionada pelo tribunal, se o recorrente trouxer um argumento que nunca foi considerado pela Corte, este deve ser considerado, em uma interpretação conforme à Constituição, uma nova questão, que ainda não foi resolvida, devendo seguir para a apreciação do tribunal superior como se tratasse de questão sobre a qual não há, ainda, precedente.

Perspectivado o dispositivo dessa forma, indo além de sua literalidade e garantindo um significado sistematicamente adequado e constitucionalmente válido, os argumentos distintivos que ainda não foram avaliados pelo tribunal superior e os argumentos aptos à superação também não refutados devem ser levados, por meio de recurso excepcional, ao tribunal superior competente para seu julgamento, desde que preencha os requisitos ordinários de admissibilidade. É dizer, tratando-se de novo argumento, ainda que em questão ou entendimento já pacificado por precedente obrigatório, o recurso especial ou

extraordinário deve ser processado normalmente, sem que o presidente ou vice-presidente possa "negar seguimento".[47]

Com isso, separa-se de forma precisa a coisa julgada do precedente, pois, enquanto aquela possui uma eficácia preclusiva a tornar irrelevante tudo que pudesse ser debatido nos limites objetivos do que configura res judicata, este se preocupa em racionalizar o debate judicial, evitando a repetição da veiculação de argumentos idênticos, mas sem bloquear novas razões porventura não consideradas no precedente obrigatório. O precedente, enfim, não elimina a possibilidade de arrazoar além dos argumentos já examinados.

O art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656), em uma interpretação conforme à Constituição, apenas impede que os argumentos já desenvolvidos e solucionados pelas Cortes superiores retornem a ela. Tratando-se de um argumento de distinção ou de superação que não foi examinado pelo STF ou pelo STJ, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido deve examinar tão somente a admissibilidade do recurso e remetê-lo à superior instância, nada obstante exista precedente sobre a matéria de fundo.

Por outro lado, caso o recorrente, em sua pretensão recursal, limite-se a (res)suscitar os argumentos já aduzidos e rejeitados na formação do precedente que embasa a decisão impugnada, o problema transplanta-se do juízo de distinção para a regularidade formal, nomeadamente para a impugnação específica dos fundamentos da decisão. Nesse caso, quando o recurso veicular apenas argumentos já examinados pela Corte superior, não se pode considerar como formalmente regular, uma vez que não trouxe nenhuma razão capaz de infirmar o precedente ou de afastar sua aplicação ao caso. Não houve, enfim, impugnação específica das razões para decidir, que, no caso, se consubstanciam no próprio precedente obrigatório.

Portanto, o juízo de identidade que realiza é meramente assertivo, não avaliando a procedência das razões para a distinção, mas apenas se tais argumentos já foram especificamente examinados ou não, em algum precedente, pela Corte superior. Com isso, evita-se o juízo de distinção propriamente dito, atinente ao mérito, realizando-se apenas uma análise da impugnação específica dos fundamentos decisórios, que, há muito, já se considera um dos elementos da regularidade formal do recurso. Realmente, basta que as razões da impugnação tenham afirmações de distinção ou de superação que já não foram avaliadas no precedente paradigmático ou em outro que lhe seja posterior e complemente o sentido, para a admissão do recurso, por essa razão, sendo a efetiva análise da procedência da distinção ou superação suscitada realizada pela Corte superior respectiva, a única a quem assiste competência para tanto, em juízo de mérito.[48]

Frise-se: o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, assim como o seu pleno ou órgão especial com a interposição do agravo interno, apenas avalia a correspondência entre os argumentos do recurso e os argumentos enfrentados na decisão, sem avaliar a identidade fática e jurídica entre os casos e muito menos a possibilidade de extensão de suas razões. Na hipótese de os argumentos ventilados serem idênticos aos expendidos na formação do precedente obrigatório ou em posterior precedente que lhe desenvolve a ratio decidendi, falta ao recurso regularidade formal, sendo realmente caso de inadmissão. Entretanto, se houver novidade argumentativa, o recurso deve ser processado normalmente, com análise dos demais requisitos de admissibilidade.

Note-se, finalmente, que o constante desenvolvimento do direito mediante recursos excepcionais, além de viabilizar que os tribunais superiores cumpram a sua missão constitucional, acabará criando uma rede de precedentes que, além de fixar o entendimento da Corte (caso paradigmático ou leading case), acaba densificando o

significado do precedente, tornando a sua ratio decidendi mais segura e precisa.

É certo que essa solução não é a ideal, mas certamente é a possível e necessária. O melhor, nesse estágio, é a mudança legislativa, que garanta direta e literalmente o significado adequado ao dispositivo, em respeito à função constitucional dos tribunais constitucionais e ao due process of law. Além disso, seria de muita utilidade, para intensificar a função inibidora da interposição incabível de recursos, a previsão de alguma sanção para os recorrentes que apontem distinções ou superações sem o mínimo de plausibilidade.

Com isso em mente, faz-se uma proposta de nova redação do dispositivo:

"Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – inadmissível, por falta de impugnação específica, o recurso, caso:

a) o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral do tema objeto do recurso extraordinário ou possua precedente em recurso extraordinário contrário à impugnação recursal, exceto quando o recorrente trouxer a afirmação de situação nova ou diversa a justificar uma nova decisão;

b) interposto diretamente em contrário a precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, exceto quando houver argumento que leve à distinção ou superação;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6.º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) os argumentos recursais ainda não tenham sido analisados e decididos em acórdão de repercussão geral, recurso extraordinário ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1.º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2.º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

§ 3.º Da decisão proferida em agravo interno pelo pleno ou órgão especial do tribunal,

caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042, sob o fundamento de que se trata de argumento ainda não analisado.

§ 4.º No caso de o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça já ter analisado os argumentos que basearam a interposição do agravo do § 3.º, o recurso será inadmitido pelo relator, na forma do art. 932, III, e será aplicada multa de 2 a 10% sobre o valor atualizado da causa, reversível em favor da União, do Estado ou do Distrito Federal, conforme o caso.

§ 5.º A multa prevista no parágrafo anterior se cumula com as demais sanções processuais e materiais cabíveis ou já impostas."

Com essa modificação legal, além de implementar no texto legal as mudanças que a interpretação conforme à Constituição proposta realiza, cria-se um incentivo econômico à não interposição de recursos excepcionais manifestamente descabidos. Não é tolerável que os recursos excepcionais continuem a ser interpostos em direta afronta a precedentes estabilizados, como se a litigância abusiva se tratasse de um fenômeno natural. O debate judicial precisa ser racionalizado e o único meio para isso é a criação de penas pecuniárias àqueles litigantes que insistem em repetir acriticamente debates já realizados, especialmente diante da função normativa dos tribunais superiores.

Dessa forma, tem-se um modelo que é: (i) constitucionalmente válido, em respeito ao devido processo legal e ao direito à participação, permitindo que novos argumentos sejam analisados pelas Cortes superiores; (ii) tecnicamente adequado, sem outorgar ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem a competência para se imiscuir no mérito recursal, garantindo às Cortes superiores que continuem cumprindo sua missão constitucional de desenvolver o direito; e, finalmente, (iii) preserva-se a função de filtro do juízo admissibilidade provisório, que manterá a inadmissão de recursos na origem, com o plus, que pode desenvolver um papel relevante, da multa sancionadora, elidindo o uso abusivo do agravo para destrancamento de recurso excepcional.

---

1 Escrevemos, de forma bastante ampla, sobre o sistema de precedentes em obra anterior: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. À época, o CPC (LGL\2015\1656) ainda não havia sido aprovado, muito menos a Lei 13.256/2016. Pode-se dizer, no entanto, que as ideias desenvolvidas neste trabalho advêm das premissas teóricas e dogmáticas construídas nesta obra predecessora.

2 Esse é mais um problema decorrente da positivação de um sistema de precedentes sem uma teoria dos precedentes adequada à sua compreensão. Denunciando o perigo de tal situação: MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). Precedent in law. Oxford: Claredon Press, 1987, p. 157. Também destaca o problema, sobretudo no contexto da utilização cada vez maior dos precedentes no civil law: TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: Ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131.

3 Ofício no PLC 168/2015 da Comissão do STJ, fl. 111. Mais à frente, a peça da Comissão refere-se a dados realmente alarmantes, embora não aponte a respectiva fonte. Após afirmar que "nesses 26 anos de funcionamento, o crescimento de processos tem sido vertiginoso", indica os seguintes números:

1989 – 6.103 (a partir de junho)

1990 – 14.087

2000 – 154.164

2010 – 228.981

2013 – 309.677

2014 – 314.316

Enfim, a Comissão indica que a estimativa é que, em 2016, a quantidade de processos decididos seja superior a 500.000.

4 Sobre a crise dos tribunais superiores, analisando suas origens: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 66-73.

5 Muito embora o texto seja alheio à boa técnica, o que se lê no relatório é relevante: "A proposta justifica-se pela importância de um mecanismo processual que possa evitar procrastinações e preservar a força coercitiva das decisões de primeiro grau, além de impedir a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sob o potencial risco de comprometer, sobremaneira, o desempenho das respectivas funções jurisdicionais"; conclui-se, então, que "o duplo juízo de admissibilidade tem funcionado como um filtro importante para o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, tornando mais célere a prestação jurisdicional" (Câmara dos Deputados. Deputado Fernando Coelho Filho. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao PL 2.384, de 2015, proferido em 20.10.2015, p. 1 e 5).

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais. Temas de direito processual – Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

7 KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. O "novo" juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário. In: Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Selecionada, vol. 6 – Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1020.

8 Na doutrina, a data em que o CPC (LGL\2015\1656) passou a produzir efeitos, em outras palavras, o marco final da vacatio legis, produziu um intenso debate doutrinário, tendo os autores se dividido em três posições. No entanto, com o fito de evitar longos debates judiciais sobre a matéria, o Conselho Nacional de Justiça definiu a data 18.03.2016, seguindo determinação dada anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça. Se, de um lado, a definição da data por meio de manifestações "administrativas" com evidente conteúdo jurisdicional é um tanto bizarro, por outro lado, mais reprovável seria o dispêndio de tempo e dinheiro, de particulares e entes públicos, com longos e enfadonhos debates acerca do marco inicial dos efeitos do Código de Processo Civil.

9 Noutras palavras, pode-se falar que o que se fez foi "quebrar a sistematicidade do cabimento do agravo", cf. SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Agravo em recurso extraordinário e agravo em recurso especial: entre imposição de precedentes, distinção e superação. In: Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Selecionada, vol. 6 – Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1002.

10 O CPC/2015 (LGL\2015\1656), no entanto, ainda usa o termo "negar seguimento", além de no art. 1.030, I, também nos arts. 1.035, § 8.º, e 1.040, I.

11 Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. DANTAS, Bruno. Repercussão geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. MEDINA, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. RT, 2013. DECOMAIN, Pedro Roberto. Repercussão geral: antecedentes e institutos afins. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, vol. 125, p. 86-108. GAIO JR, Antonio Pereira. Considerações sobre a ideia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, 2009, vol. 170, p. 140-155. Acerca de sua predecessora, a arguição de relevância, por todos: ARRUDA ALVIM. A arguição de relevância no recurso extraordinário. São Paulo: Ed. RT, 1988.

12 "Segundo o novo texto, caso se verifique que a decisão recorrida foi proferida em conformidade com um padrão decisório (como seria uma decisão prolatada no julgamento de REsp ou RE repetitivo), deverá o recurso ser declarado inadmissível (art. 1.030, I, a e b). E desta decisão caberá apenas agravo interno (Ag Interno) para o Plenário ou Órgão Especial do próprio tribunal (art. 1.030, § 2.º)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Consultor Jurídico, publicado em 12 de fevereiro de 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes)].

13 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, publicada em: Revista de direito, 197, vol. 19, p. 76-222. Igualmente, em precisa crítica à confusão reinante na decisão de recursos especiais, onde se tinha ou o não conhecimento ou o provimento: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. Temas de direito processual – quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. Similarmente: FAZZALARI, Elio. Il giudizio civile di cassazione. Milano: Giuffrè, 1960, p. 125. Existem algumas diferenças nas ideias, mas elas são decorrentes da distinta configuração jurídica da cassazione, que funciona a partir do juízo de reenvio. Sobre este tema, amplamente: RICCI, Edoardo F. Il giudizio civile di rinvio. Milano: Giuffrè, 1967, passim.

14 Sobre o juízo de admissibilidade recursal, é já clássico o debate sobre a sua declaratoriedade, como se defendeu em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, p. 130. ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 118-119. GIUDICEANDREA, Nicola. Le impugnazioni civili. Milano: Giuffrè vol. 1, p. 136; ou constitutividade, consoante se defende em: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 73-76. Não nos parece que a questão esteja bem posta. Embora o juízo de admissibilidade, a nosso ver, seja declaratório, por reconhecer a eficácia do ato recursal, ele não o é meramente uma declaração, mas apenas preponderantemente, tendo forte carga constitutiva. É esta eficácia, inclusive, que causa o fim do procedimento. Portanto, o debate é melhor solucionado a partir da noção das múltiplas cargas de eficácia presentes numa única decisão. Sobre as várias cargas eficaciais presentes nas decisões, conferir: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Ed. RT, 1970, t. I. Temos tal contribuição pontiana como a maior do jurista para o direito processual, embora não nos pareça adequado assumi-la com a exagerada pretensão matemática que lhe é

marcante. Fundamental é a ideia de que qualquer que seja a eficácia preponderante da decisão, ela terá outras eficácias marcantes.

15 "Assim como a instauração do processo tem por fim levar o pedido à apreciação do órgão judicial, a interposição do recurso visa a suscitar, do mesmo ou de outro órgão, nôvo pronunciamento. Aqui, como ali, existe algo a cujo respeito se espera uma decisão. A analogia é patente, e não turva a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamenta em fato exterior e anterior ao processo, ao passo que no segundo ela tem origem já processual, encontrando sua ratio essendi no próprio ato recorrido" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, p. 97).

16 Normalmente, afirma-se que o recurso gera novo julgamento, em uma espécie de repetição da decisão anterior, o que nem sempre é verdadeiro. Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos cíveis. Nova era do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 116.

17 A ideia parte do pressuposto de que existem várias relações processuais no mesmo processo. Essa é a ideia defendida em: DIDIER JR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 72. Conforme defende o autor, "processo é o conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes juiz, auxiliares da justiça etc.)", e complementa: "Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chamaria processo". Assim: CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958, p. 35. Similarmente, defendendo, com base em Fazzalari, a alteração de situações jurídicas na mesma relação processual, o que alcança um resultado prático equivalente à lição anterior: DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos cíveis. Nova era do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 117-118.

18 "Case law is peculiarly revisable in a way that enacted law is not: the judge who carefully articulates a principles is not determining its formulation in future disputes over materially identical facts – the likelihood, rather, is that it will be moulded and remoulded in the hands of successive courts. We might even question whether is correct to speak of precedents being interpreted. Although judges interpret statutes – and will sometimes consider the entire meaning of a statute to depend on the interpretation of a single word within it – they customarily purport to follow or distinguish or overrule precedents. Since the recorded case is not a strict verbal formulation of a principle, only exceptionally will judges conceive their task to be one of interpreting specific words or phrases within a case rather as they might focus on the precise wording of a statute. Instead, they will consider if the case is factually similar to or different from the case to be decided. Case-law, we might say, unlike statute law, tends to me analogized rather than interpreted" (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 59).

19 Confira-se, nesse sentido, a lição de Schauer, que liga diretamente a noção de precedente à sua aplicação posterior e, por conseguinte, com a ideia de analogia: "Thus, one who worries about establishing a precedent, or for that matter one who wants to establish a precedent, has in mind a characterization that the future will give to today's action, some category within which tomorrow's decisionmaker will place today's facts. The issue is one of assimilation, how we will group the facts and events of our world" (SCHAUER, Frederick. "Precedents". Stanford Law Review. Stanford, 1987, vol. 39, p. 579).

20 É clássico o caso Donogue vs. Stevenson, decidido em 1936, onde fatos

particularíssimos, ligados à ingestão de bebida com uma lesma no recipiente, acabaram gerando um precedente interpretado de forma bastante ampla, que é servil a uma série extensa de casos de responsabilidade civil, embora isso fosse inimaginável quando de sua prolação. Sobre o caso, conferir: EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Harvard University Press, 1991 p. 53-54. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, 504-506. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in english law. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 31-33.

21 PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 475.

22 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 52.

23 Realizando crítica no sentido de que toda compreensão da aplicação com automática e meramente reprodutora é equivocada: ASCENSÃO, J. Oliveira. As fontes do direito no sistema do Common Law. Revista de direito público. 1975, n. 35-36, p. 17-18. Similarmente: EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law, cit., p. 51.

24 Relacionando interpretação e criação no juízo de cassação, em uma construção complexa: "In verità, árduo è segnare, sul piano concettuale, la distinzione fra interpretazione e 'criazione' della norma, quando nella prima intervenga la massa di elementi sopra rilevata: può dirsi che vi è interpretazione, quanto si voglia 'creativa', quando si via, in effetti, il pressupposto dell'interpretazione, cioè la proposizione normativa positiva; quando cioè, nella pur complessa realtà da interpretare, vi sia, e faccia spicco, una data norma, talchè l'interprete da essa muova e ad essa faccia capo, anche se inserisca, nel processo di enucleazione della massima per il caso concreto, tutti gli altri elementi assiologici; e che vi è, invece, vera e propria 'creazione' della norma nei casi in cui la norma positiva non giochi alcun ruolo, e la regola per il caso concreto sia tratta, dall'operatore (e così dal giudice), da una complessa realtà che ignora una norma già data e non deve fare i conti con essa, costituendo ciò ce metaforicamente viene indicato come la coscienza sociale e giuridica del tempo" (FAZZALARI, Elio. Il giudizio civile di cassazione. Milano: Giuffrè, 1960, p. 80-81).

25 Já se concluiu, com base em estudos comparados, que o stare decisis é uma forma de garantir racionalidade aos sistemas jurídicos, pois garante um incremento de coerência, uniformidade e integridade na aplicação do direito: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 486-487.

26 Aliás, essa exclusão parte do pressuposto de que o precedente seria uma norma pronta e construída, e não um texto que configura fonte normativa. Dessa forma, não seria necessário que a decisão que lhe aplique seja passível de recurso excepcional para verificar a correção da interpretação, pois ele já seria uma interpretação pronta.

27 "The ancient Persians and Medes notwithstanding, it is hard to imagine a system in which the law could not and did not change. In our system, the law changes all the time. One expects a newly elected presidential administration to overturn some of its predecessor's regulatory initiatives—that is part of the point of having elections. Legislatures can change the law essentially whenever and with whatever frequency they like (which is not necessarily to say that changes will apply retroactively, as we will soon

discuss). Judicially initiated legal change is constrained by the familiar doctrine of stare decisis, but that doctrine is hardly absolute" (BRUHL, Aron-Andrew P. Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change. Cornell Law Review, vol. 96, 2011, p. 208).

28 MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conslusions. Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 535. Sobre a superação de precedentes no direito brasileiro, conferir: PEIXOTO, Ravi. Segurança jurídica e superação de precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

29 SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 519.

30 "Stare decisis seeks to preserve stability, but the doctrine must also leave room for innovation and correction of error" (FARBER, Daniel A. "The rule of law and the law of precedents". Minnesota Law Review, vol. 90, 2006, p. 1175).

31 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in english law. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 127.

32 Criticando tal confusão, aduzindo ser mais comum do que deveria por conta do uso de termos similares e do fundamento comum na segurança jurídica: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English law. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 97-98.

33 Semelhantemente: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 138.

34 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 122.

35 O seu texto é o seguinte:

"Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

"Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefor, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

"In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House".

O texto é fornecido por: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in english law. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, p. 104.

36 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 176-178. Com alguns exemplos de mudanças deste tribunal e do TST contrárias à

segurança jurídica: CABRAL, Antonio do Passo. "A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada". Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, ano 38, vol. 221, 2013, p. 31-33.

37 Nesse sentido: SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Agravo em recurso extraordinário e agravo em recurso especial: entre imposição de precedentes, distinção e superação. In: Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Selecionada, vol. 6 – Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1003.

38 Todavia: "Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, esses tribunais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficam a meio caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do Direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. A função dos Tribunais Superiores. Sentença e coisa julgada. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 285).

39 Em sentido contrário, embora sem engar a nomofilachia, mas afirmando que a cassazione serve à primordialmente à tutela de direitos: FAZZALARI, Elio. Il giudizio civile di cassazione. Milano: Giuffrè, p. 208-209. Entendemos que uma função não anula a outra e que, na verdade, as duas estão conectadas de forma indissociável.

40 Na verdade, o recurso especial é o recurso extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Este tribunal foi criado pela Constituição Federal de 1988, e, anteriormente a isto, a previsão das hipóteses de cabimento atualmente típicas do recurso especial eram também hipóteses do recurso extraordinário, que era veículo apropriado para impugnar decisão judicial com base tanto na legislação federal como na Constituição. Ver: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 269. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 103-110. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. 5, p 380-383.

41 Igualmente, no direito espanhol, são nesses recursos as mais importantes manifestações de atribuição de força aos precedentes: o recurso de cassação no contencioso-administrativo, que pode possuir como fundamentação, dentre outros motivos, a "infracción de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1, d, LJCA)"; o recurso de cassação em matéria de direito social ou trabalhista, ao se dispor, no art. 205, e, da LPL, que esse recurso é cabível quando houver "infracción de las normas del ordenamento o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"; O recurso de suplicación sobre direito social, que tem como objeto previsto, dentre outros, "examinar las infracciónnes de las normas substantivas o de la jurisprudência (art. 191, c, LPL)". Cf. MUÑOZ, Martin Orozco. La creación judicial del derecho y el precedente vinculante. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 276.

42 Isso, inclusive, tem sido um equívoco comum na instrumentalização de técnicas processuais voltadas para os precedentes obrigatórios. Realizando um juízo crítico da própria teoria dos precedentes arquitetada entre nós, cf. SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Agravo em recurso extraordinário e agravo em recurso especial:

entre imposição de precedentes, distinção e superação. In: Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Selecionada, vol. 6 – Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais . 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 985-987.

43 Mostrando preocupação análoga com a lei e sua interpretação e a distinção entre giurisprudenza teórica e giurizprudenza pratica: FAZZALARI, Elio. Il giudizio civile di cassazione. Milano: Giuffrè, 1960, p. 84.

44 Sobre a proibição de decisão surpresa e o contraditório efetivo, conferir: PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars – As matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista de Direito Processual Civil, n. 27. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 28-29. DIDIER JR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. Revista de Direito Processual Civil, n. 29, p. 510. Curitiba: Gênesis, 2003. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 39-42. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, p. 76-77. São Paulo: Dialética, 2005. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale, vol. 2, n. 2. Milano: Cedam, 2005, p. 449-464. ZANETI JUNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61. BARREIROS, Lorena Miranda. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 198-199. CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. Revista de Processo, n. 218. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 65-80. MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. O Contraditório no Estado Constitucional Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p. 67-77. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, 87-103. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231. SOUZA, André Pagani. Vedação das decisões-surpresa no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2014, passim.

45 Semelhantemente, defendendo que uma interpretação literal do dispositivo levaria a ofensa ao Estado Democrático: CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Consultor Jurídico, publicado em 12 de fevereiro de 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes]. Aliás, deve ser devidamente creditado ao processualista carioca o mérito de ter percebido pioneiramente, e se preocupado e proposto solução, com a necessidade de viabilizar uma interpretação que assegure ao ordenamento brasileiro a possibilidade de superação de precedentes obrigatórios, enquanto a doutrina brasileira parece ainda não ter percebido os sérios problemas que o dispositivo traz.

46 Nesse sentido, ver o interessante trabalho: BARRETT, Amy Coney. Stare decisis and due process. University of Colorado Law Review, 2003, vol. 74, p. 1011-1075. Conforme a autora, referindo-se ao stare decisis: "This preclusive effect raises serious due process issues, and, as I shall argue below, occasionally slides into unconstitutionality. In adjudication—where, by definition, life, liberty, or property is at stake—the Constitution guarantees litigants due process of law. Due process includes the right to an opportunity

to be heard on the merits of one's claims or defenses. To the extent that a rigid application of stare decisis deprives litigants of this opportunity, it raises a due process issue" (p. 1026).

47 Chegou, anteriormente, a resultados semelhantes, embora apenas avaliando o problema da superação: CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Consultor Jurídico, publicado em 12 de fevereiro de 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes]. O processualista carioca, todavia, preconiza o cabimento de novo recurso especial ou extraordinário do acórdão que decidir o agravo interno, no caso de o presidente ou vice-presidente agir equivocadamente. Embora o engenho pareça correto, a sua construção não foi feita de forma adequada, por conta da falta de justificativa para interposição de um ou de outro em conformidade a qual a espécie do recurso que foi inadmitido, se especial ou extraordinário. Para Câmara, se o recurso especial foi inadmitido, caberia novo especial; sendo inadmissão de recurso extraordinário, novo extraordinário. No entanto, realmente parece cabível a interposição de recurso especial desse acórdão, por infringência ao art. 1.030 do CPC (LGL\2015\1656). Caso o STJ não conserte o defeito, dando ao dispositivo legal interpretação meramente literal, é cabível o recurso extraordinário, pelas exatas razões que fundamentam a interpretação conforme à Constituição do dispositivo. Enfim, concorda-se com Alexandre Freitas Câmara, notadamente quando defende argutamente a necessidade de interpretação conforme à Constituição, mas dissentimos da ideia de que a espécie de recurso excepcional cabível do acórdão em agravo interno será definida a partir da natureza do recurso inadmitido, se especial ou extraordinário.

48 Há muitos anos, Barbosa Moreira escreveu para criticar a confusão reinante no STJ, que não trabalhava bem com a distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. Naquela oportunidade, expôs uma lição que pode ser transplantada para o problema que ora enfrentamos, ao falar da ofensa a ser alegada: "Resta ver em que consiste, na hipótese da letra a, a princípio, o juízo de admissibilidade. Ele abrange, sem dúvida, a apuração das características genéricas do art. 105, III: ter sido a decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal Regional Federal ou por tribunal de Estado, do Distrito Federal ou de Território. Mas abrange um plus, ligado à característica da contrariedade a tratado ou lei federal, embora não identificado com a respectiva presença no acórdão recorrido. Para que o recorrente tenha razão, e por conseguinte o recurso mereça provimento (juízo de mérito), já se assinalou, é preciso que exista realmente a contrariedade; para que o órgão ad quem possa legitimamente averiguar essa existência, e portanto o recurso mereça conhecimento (juízo de admissibilidade), é suficiente que a contrariedade seja alegada. Todo recurso especial em que o recorrente alegue que o acórdão recorrido contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível; e, se não lhe faltar outro requisito de admissibilidade, dele deve conhecer o Superior Tribunal de Justiça, para, em seguida, examinar-lhe o mérito, provendo-o ou desprovendo-o conforme entenda, respectivamente, que o acórdão recorrido na verdade contrariou ou não o tratado ou a lei federal" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. Temas de direito processual – quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133-134). As mesmas ideias podem ser usadas para a alegação de razões para a distinção ou para a superação e a efetiva realização delas.