

PAULO CESAR CONRADO  
JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO

Coordenadores

NOVO  
**CPC**  
E SEU IMPACTO NO  
DIREITO TRIBUTÁRIO

2.ª edição revista e atualizada

Antes mesmo do novo CPC entrar em vigor, em 18.03.2016, alterações significativas em seus dispositivos foram introduzidas no sistema jurídico nacional por meio da Lei 13.256/2016.

A 2.ª edição desta obra, que busca olhar o novo CPC pelo ângulo material a que o processo corresponde – sendo nosso alvo o direito tributário – foi atualizada levando em consideração as recentes alterações, em especial, aquelas que envolvem a figura do precedente, além das novas possibilidades de propositura de ação rescisória quando da aplicação equivocada de um julgado submetido às hipóteses de julgamento de casos repetitivos.

Tais alterações, em sua grande maioria, refletem a preocupação do legislador em tornar a aplicação do CPC/2015 mais próxima da realidade dos Tribunais Superiores, no caso, STF e STJ.

Mantemos a estrutura da obra em que artigos tratam de temas da maior relevância para aqueles que lidam com o direito tributário, com a recorrente preocupação de demonstrar os pontos positivos e negativos do CPC/2015, incluídas as alterações trazidas pela Lei 13.256/2016.

Somos entusiastas do novo CPC e pensamos que o mais importante neste momento é refletir criticamente. É isso que propomos com esta publicação, esperando que as opiniões expostas nos artigos possam contribuir para a melhor elucidação dos desafios teóricos que a nova legislação apresenta.

▷ SÓ AQUI VOCÊ TEM O MELHOR DO LIVRO  
IMPRESSO E A FACILIDADE DO LIVRO ELETRÔNICO  
EM UM ÚNICO PRODUTO!

Accesse seu livro  
também em formato  
eletrônico ProView



ISBN 978-85-5542-062-7



9 788555 420627



THOMSON REUTERS

PAULO CESAR CONRADO  
JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO

NOVO CPC E SEU IMPACTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

2.ª edição  
FISCOSOFT

PAULO CESAR CONRADO  
JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO

Coordenadores

NOVO  
**CPC**  
E SEU IMPACTO NO  
DIREITO TRIBUTÁRIO

ATUALIZADO  
CONFORME A  
LEI 13.256/16

PAULO CESAR CONRADO  
RODRIGO GIACOMEL NUNES MASSUP  
DANILO MONTEIRO DE CASTRO  
LUIZ CLAUDIO FERREIRA CANTANHEDE  
CAMILA VERGUEIRO  
JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO  
MARIA RITA FERRAGUT  
IRIS VANIA SANTOS ROSA  
RODRIGO DALLA PIRA  
DIEGO DINIZ RIBEIRO

Autores

2.ª edição revista e atualizada



FISCOSOFT



THOMSON REUTERS

*Diretor de Negócios FiscoSoft*  
ANA PAULA NEVES

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
JULIANA MARUMI O. ONO

*Gerente de Conteúdo*  
VANESSA MIRANDA DE M. P. CAVAZZANA

*Produção Editorial /  
Coordenação*  
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

*Analistas de Operações Editoriais:* Alirce Almeida da Silva, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Marinho, Gabriel Henrique Zeldeton Sales, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha e Maurício Zednik Cassim

*Qualidade Editorial e Revisão  
Coordenação*  
LUCIANA VAZ CAMEIRA

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

*Analistas Editoriais:* Daniele de Andrade Viretinho e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Chrisley Figueiredo  
*Administrativo e Produção Gráfica  
Coordenação*  
CAIO HENRIQUE ANDRADE

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Assistente Administrativo:* Francisca Lucélia Cavalho de Sena

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(*Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil*)

O Novo CPC e seu impacto no direito tributário / coordenadores Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araujo. -- 2. ed. -- São Paulo : FiscoSoft, 2016.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-5542-062-7

1. Direito tributário - Legislação - Brasil 2. Processo civil - Brasil 3. Processo civil - Leis e legislação - Brasil I. Conrado, Paulo Cesar. II. Araujo, Juliana Furtado Costa.

16-04930

CDU-347.9:336.2(81)

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil : Código de processo civil : Direito tributário 347.9:336.2(81)

PAULO CESAR CONRADO  
JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO

Coordenadores

NOVO  
**CPC**  
E SEU IMPACTO NO  
DIREITO TRIBUTÁRIO

PAULO CESAR CONRADO

RODRIGO GIACOMEL NUNES MASSUD

DANILO MONTEIRO DE CASTRO

LUIS CLAUDIO FERRERA CANTANHEDE

CAMILA VERGUEIRO

JULIANA FURTADO COSTA ARAUJO

MARIA RITA FERRAGUT

IRIS VÂNIA SANTOS ROSA

RODRIGO DALLA PIRA

DIEGO DINIZ RIBEIRO

Autores

2.ª edição revista e atualizada

FISCOFOT



THOMSON REUTERS™

## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA BUSCA PELA COMMON LAW OU MAIS UM INSTITUTO PARA A CODIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS?¹

DIEGO DINIZ RIBEIRO²

SUMÁRIO: 1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e a velha-nova persecução por uma (pretensa?) aproximação do regime de *stare decisis*; 2. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma primeira análise de caráter estritamente dogmático; 3. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise crítico-dogmática; 4. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise crítico-filosófica; 4.1 Alguns dos pilares do *common law* e do *civil law*: uma análise macrocomparativa; 4.2 Novamente o incidente de resolução demandas repetitivas: *civil law*, *common law* ou *Macunaíma law*?; 4.3 Há esperança com o incidente de resolução de demandas repetitivas?

### 1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e a velha-nova persecução por uma (pretensa?) aproximação do regime de *stare decisis*

Há algumas décadas se constatou o colapso vivenciado pelo ordenamento jurídico nacional. O sistema brasileiro, enraizado em um

típico modelo de *civil law*,<sup>3</sup> em especial por um *civil law* repaginado pelo jusracionalismo – que, após longo período de gestação, culminou em um direito codificado<sup>4</sup> –, se viu envelhecido e incapaz de atender as novas e cada vez mais complexas e plurais demandas oriundas de um mundo pós-moderno.<sup>5</sup> Mas não é só!

Se não bastasse o citado anacronismo do direito legislado, o que também se percebeu é que a sua estrutura minimalista<sup>6</sup> em um mundo complexo suscitou, no instante da sua aplicação, em inúmeras divergências de caráter judicativo. Assim, casos aparentemente análogos, vinham se sujeitando a decisões judiciais díspares, gerando uma instabilidade decisória afrontosa ao principal valor tutelado por esse modelo jurídico: a segurança jurídica.

1. Publicado em: *O novo Código de Processo Civil e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: FISCOSOFT, 2015.
2. Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogado licenciado. Conselheiro do CARF e Professor.

3. O termo *civil law* é cunhado para designar o modelo de direito adotado por grande parte dos países da Europa Continental, bem como daquelas nações que sofreram a colonização desses países. Sua tradução para o português – *direito civil* – foi inicialmente empregado para, no direito romano, designar o direito destinado aos cidadãos romanos. O *ius gentium*, por sua vez, era o direito empregado para resolver os problemas de convivência humana de estrangeiros, ainda que situados em solo romano. Em um momento histórico seguinte, “direito civil” era sinônimo de direito romano (em sentido amplo), em contraposição ao direito canônico. Nesse sentido: VIEIRA, Andréia Costa. “*Civil law*” e “*common law*” – os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 21.
4. Em que o direito apresenta uma única fonte material: a lei. Daí Castanheira Neves afirmar que, para esse modelo, próprio do movimento codificador, há um rompimento com a ideia de pluralidade de fontes jurídicas. Neste momento histórico a lei é a única fonte do direito, se dirá que para essa teoria a lei é a fonte decisiva. Além de que continua a ser assim e lei a primeira, e a única verdadeiramente autônoma, fonte titular da juridicidade – todas as outras fontes se-lo-iam apenas através da lei –, e nesse sentido, seria ela a ‘*fontes fontium*’, a fonte originária do direito (NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica – problemáticas fundamentais* (1993). Coimbra: Coimbra. p. 40).
5. A pluralidade e a complexidade do mundo atual se opõem à ideia de uma uniformidade geral, abstrata e ahistórica própria de um direito predominantemente legislado.
6. O direito é visto como lei, o qual implica a formulação de um juízo de valor hipotético e geral, ou seja, de caráter estritamente formal. Nesta acepção, o que interessa para o direito é o mínimo irreduzível do deontico.

Dá o legislador, nas últimas décadas, ter promovido inúmeras reformas legislativas,<sup>7</sup> todas elas com a pretensa intenção de uniformizar (formal ou materialmente?) as decisões judiciais, com a concentração desse papel em nossos tribunais e, em especial, nos nossos tribunais superiores. E é também nesse sentido que se afiguram algumas das alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil (“NCCPC”), dentre as quais se destaca o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos art. 976 e seguintes do citado *Codex*.

Diante do referido incidente, a questão a ser respondida é: tal instituto de fato nos aproxima de um modelo de *common law* ou implica, em verdade, em um processo de esvaziamento da jurisdição de primeira instância e de codificação de decisões judiciais? Mais do que isso, a análise do presente instituto pode ainda redundar em outras questões: alterações legislativas são suficientes para promover mudanças culturais, ao ponto de transformar nosso típico modelo de *civil law* em um regime de *stare decisis*?<sup>8</sup> E, por fim: que direito nós queremos?<sup>9</sup>

7. Essa ideia de uma “uniformização” judicativa, decorrente de uma “transubjetivação” das lides, tem início com as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADIn, ADcon e ADPF) e o caráter vinculante e *erga omnes* de suas decisões. Em um segundo instante, perpassa pela possibilidade de julgamentos monocráticos pelos tribunais com base em jurisprudência dominante dos nossos tribunais superiores. Não obstante, houve a dispensa do reexame necessário no caso de decisões pantufas em jurisprudência do STF ou em súmula daquele tribunal ou de outro Tribunal Superior competente. Houve, ainda, o advento das súmulas vinculantes, o julgamento de recursos especiais sob o rito de repetitivos, as súmulas impeditivas de recursos e a possibilidade de julgamento liminar de improcedência de pedidos na hipótese de haver “precedente” do próprio juízo sentenciante.
8. Da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*.
9. Em verdade, outras tantas questões são passíveis de serem extraídas a partir deste instituto, dentre elas as seguintes: quem será o real beneficiário com o incidente de resolução de demandas repetitivas? O Poder Judiciário enquanto “fornecedor” da jurisdição ou o jurisdicionado na qualidade de “consumidor” da citada atividade estatal? Em outros termos, o objetivo do instituto é apenas o de diminuir a carga de processos que chegam ao Poder Judiciário ou é de aprimorar qualitativamente as manifestações

Em regra, a novidade é sempre um bálsamo de esperanças de que, daqui para frente, as coisas serão diferentes, o que, no nosso caso, implicaria em acreditar em um direito previsível e capaz de gerar uma segurança jurídica de índole material. Entretanto, tal como cantado por Gil, corre-se o risco de que a novidade não seja “o milagre risinho da serena” e que, em verdade, se transforme em “um pesadelo tão medonho”.

## 2. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma primeira análise de caráter estritamente dogmático

Segundo o disposto no art. 976 do NCCPC,<sup>10</sup> o incidente de resolução de demandas repetitivas será cabível sempre que preenchidos um pressuposto e dois requisitos. O pressuposto é a efetiva existência de repetição de processos<sup>11</sup> e os requisitos, por seu turno, são os seguintes: (i) ser a lide unicamente de direito,<sup>12</sup> e, ainda, (ii) risco de existir decisões contrapostas e, portanto, capazes de ofender a isonomia e a segurança jurídica.

- jurisdicionais, de modo a garantir, dentre outras coisas, uma efetiva e material unidade judicativa?
10. “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
  - I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
  - II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (...).”
11. O que se entenderia por “efetiva repetição de processos”? A existência de dois processos de caráter transubjetivo seria suficiente para o preenchimento desse pressuposto?
12. Existe lide sem fato? Nesse caso o Poder Judiciário atuaria como um órgão consultivo? A questão então seria de grau e não de gênero, ou seja, poder-se-ia submeter ao incidente de uniformização aquelas lides em que a questão debatida fosse predominantemente de direito e não de fato? Essa cisão entre questões de fato e questões de direito é uma típica dicotomia promovida por um direito legislado, cujo acento tônico está no seu aspecto normativo e não no seu âmbito fático. Assim, para essa mundividência, o que se discute em processos – e, particularmente, em processos tributários – são teses e não casos.

Atendidas tais exigências, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por petição, ou o próprio juiz, de (e por) ofício, podem provocar o referido incidente,<sup>13</sup> o qual será distribuído e julgado pelo órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal vinculado à lide.<sup>14</sup>

Admitido o incidente, o relator ficará incumbido de determinar a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região que redundou no aludido incidente, conforme o caso. Na sequência, determinará o seu processamento e poderá, inclusive, admitir a intervenção da figura do *amicus curiae*.<sup>15</sup> Na data aprazada, julgará o incidente e a tese jurídica ali lavrada será aplicada<sup>16</sup> (i) no próprio caso que suscitou o incidente, (ii) nos demais casos que se encontrem suspensos por conta do incidente e, ainda,

13. É o que estabelece o art. 977 do NCCP:

“Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, por petição;

III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

(...)”

14. Como prevê o art. 978 do NCCP:

“Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.  
(...)”

15. “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controversia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controversada, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo” (grifos nossos).

16. Quando se fala em tese jurídica o legislador faz referência ao estrito juízo normativo extraído da parte dispositiva da decisão então proferida ou da *ratio decidendi* do suposto precedente ali formado? Logo, a aplicação da referida tese se dará de forma lógico-subsumtiva, exatadamente como ocorre com as disposições legais, ou de forma analógico-problemática, como de fato exige um modelo sério de precedentes?

(iii) nos casos futuros “que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”.<sup>17</sup>

Contra a referida decisão é cabível a interposição de recursos especial e extraordinário, ambos com efeito suspensivo e, no que tange à eventual extraordinário, com presunção legal de repercussão geral.<sup>18</sup> Na hipótese de interposição desses recursos, eventual decisão de mérito também apresentará um caráter transubjetivo, já que a tese jurídica a ser fixada pelo Tribunal Superior se estenderá de forma vinculativa para todo o território nacional.<sup>19</sup>

Em suma, essas são as principais considerações de caráter estritamente dogmático a se fazer a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas. Não obstante, o fim do presente trabalho pretende ir para muito além, tendo por escopo avaliar o novel instituto de forma crítica, tanto sob uma perspectiva dogmática quanto por um prisma jusfilosófico.

17. Nesse esteio é o teor do art. 985 do NCCP:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aqueles que tramitem nos juzados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.  
(...)”

18. “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.  
§ 1.º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.  
(...)”

19. “Art. 987. (...)”

§ 2.º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.”

### 3. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise crítico-dogmática

Guardadas as devidas proporções, o incidente de resolução de demandas repetitivas, se assemelha bastante ao instituto da advocatória, presente no texto da Constituição de 1969 por intermédio de inserção promovida pela EC 7/1977 e também veiculado pelo art. 15 da Lei 9.784/1999,<sup>20</sup> que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Percebe-se, portanto, que por intermédio do incidente aqui estudado uma determinada demanda de caráter supostamente generalizante terá a sua competência para julgamento transferida para um órgão específico de um tribunal regional ou local, conforme o caso. Por seu turno, a decisão proferida pelo citado órgão vinculará o juízo responsável pelo julgamento da demanda do qual o incidente foi sacado. Essa mecânica do instituto, entretanto, faz surgir algumas indagações sob uma perspectiva microscópica, i.e., restrita ao dogmático instituto em si considerado e seu relacionamento com outras questões também de caráter dogmático.

Primeiramente, ao prever a possibilidade desta “transferência de competência”, o incidente de resolução de demandas repetitivas não estaria redundando em uma supressão de instância e, por conseguinte, em ofensa ao direito de ação,<sup>21</sup> ao devido processo legal<sup>22</sup> e ao juízo

20. “Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a advocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.”

21. Aqui referido sob uma perspectiva contenciosista e, por conseguinte, atrelado à ideia de instrumentalidade do processo, ou seja, o direito de ação visto e efetivamente tratado como instrumento de realização material (com justiça) de uma determinada controvérsia humana.

22. O qual, por sua vez, “não pode e não deve ser entendido como mera forma de *procedimentalização* do processo, isto é, de atuação do Estado-juiz em determinados modelos avaliativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade, mas, muito além disto, ele diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1, p. 137).

natural?<sup>23</sup> Não é demais lembrar que tais direitos possuem o *status* de garantias fundamentais capituladas na Constituição Federal do Brasil. Logo, são cláusulas pétreas e que, portanto, não estão sujeitas à supressão ou mitigação nem mesmo por emenda constitucional, exatamente como prevê o art. 60, § 4.º, IV da *Magna Lex*,<sup>24</sup> além de se sujeitarem a regras hermenêuticas próprias, dentre elas a da máxima efetividade.

É claro que tais afirmações não implicam a defesa de um fundamentalismo das garantias constitucionais, até porque não se olvida da inexistência de direitos absolutos.<sup>25-26</sup> Longe disso!

O que se pretende demonstrar com tais reflexões é que a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas não são apenas flores, existindo, em verdade, alguns espinhos tormentosos a serem enfrentados. Nesse sentido, será que os valores constitucionais que se busca tutelar com tal incidente<sup>27</sup> ponderadamente se sobrepõem

23. Aliás, em relação à garantia do juízo natural e de vedação aos tribunais de exceção, quer parecer que o incidente de resolução de demandas repetitivas só poderia ser efetivado para aqueles casos *ajuzados após a determinação em regimento interno de qual será o órgão do tribunal (local ou regional) competente para a sua análise*. Não basta, portanto, a sua vigência em razão do que dispõe o novo Código de Processo Civil, sob pena de se criar um Tribunal de Exceção.

24. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...).

§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...).

IV – os direitos e garantias individuais.

(...).”

25. Até o direito à vida é passível de restrições, haja vista, v.g., o disposto no art. 5.º, XLVII, *a*, da CF, bem como alguns institutos de direito penal, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade.

26. E tudo isso para evitar que um direito, ainda que fundamental, seja abusado ao invés de realizado pelo seu titular.

27. Tais como unidade das decisões judiciais, isonomia entre jurisdicionados e segurança jurídica.

àqueles almejados com a tutela do direito de ação, do devido processo legal e do juízo natural?<sup>28</sup>

Mas não é só! Existe ainda outra questão que merece reflexão.

É sabido que o Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade de normas. Ao STF é atribuído o exclusivo papel de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, sempre que for provocado pelos legitimados à propositura de ações específicas para esse fim. Por sua vez, o controle difuso é exercido por todo e qualquer juízo, como questão incidental a uma determinada demanda.

Não obstante, também é notório que, em razão do caráter analítico da Constituição Federal brasileira, inúmeras demandas judiciais acabam por apresentar uma questão incidental de caráter constitucional e que, por isso, exigem o controle difuso de constitucionalidade. Em matéria tributária, por exemplo, cuja temática é abordada pela Constituição em inúmeras disposições – inclusive várias delas de caráter principiológico e, portanto, com um conteúdo fortemente valorativo e, por conseguinte, mais abrangente – são raras as lides que não tragam em seu bojo alguma discussão prejudicial a respeito da (in)constitucionalidade de normas.

Nesses casos, em específico, há uma enorme tendência que tais demandas apresentem um caráter transsubjeto, o que, consequentemente, poderia ensejar a mobilização do incidente de resolução de demandas repetitivas para tratar da referida questão constitucional, suscitando as seguintes reflexões: o ajuizamento do incidente nessas hipóteses não implicaria o esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade? Em contrapartida, não haveria uma concentração, indevida,<sup>29</sup> do controle de constitucionalidade por parte dos tribunais locais e regionais, conforme o caso?

28. Tais como paz social, manutenção da tripartição de Poderes e confiabilidade institucional dos jurisdicionados no Poder Judiciário, com a consequente vedação (em regra) da autotutela como forma de composição de conflitos.

29. Já que não mais exercida originalmente pelo STF, conforme disciplina a lei das leis no caso de controle concentrado de constitucionalidade.

Em princípio, tem-se que o uso do incidente nesses casos resultaria sim em um sensível apeguamento do controle difuso de constitucionalidade o que, em contrapartida, conflitaria com o rígido modelo de controle constitucional de normas detalhado na *Magna Lex*. Caso, todavia, se admita o incidente como válido nessas hipóteses, é fundamental destacar que aí se deverá respeitar a regra de reserva de plenário, ou seja, o julgamento do incidente necessariamente deverá ser realizado por voto da maioria absoluta dos membros do correlato tribunal local ou regional ou dos membros dos seus respectivos órgãos especiais, nos termos do art. 97 da CF<sup>30</sup> e da Súmula Vinculante 10.<sup>31-32</sup>

Ainda com um foco no direito tributário, surge outra questão interessante e que também poderá repercutir para outros ramos do direito.

É muito comum que demandas tributárias sejam processualmente materializadas pela figura do mandado de segurança,<sup>33</sup> em especial na hipótese de impetrações de caráter preventivo e que, no âmbito fiscal, acabam por atribuir ao *writ* um caráter declaratório.<sup>34</sup> Não obstante, é

30. “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

31. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

32. Será que nossos tribunais locais e regionais estão aptos para diminuir o acúmulo de trabalho oriundo dessas exigências sem, todavia, se valer da malsinada “jurisprudência defensiva”?

33. O que ocorre por vários motivos, dentre eles: (i) pelo fato de muitas lides tributárias não demandarem produção de outras provas além daquelas de caráter documental e já apresentadas com a exordial; (ii) o fato do *mandamus* não se sujeitar à incidência de verbas sucumbenciais; e, ainda, (iii) sua tramitação prioritária frente a outras ações, exceção feita ao *habeas corpus*.

34. Nesse esteio, Paulo César Conrado professa que “a ‘ação’ de mandado de segurança, quando ajuizada antes da prática do ato de autoridade, hospeda conteúdo declaratório” (*Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 220).

sabido que uma das características marcantes deste remédio constitucional é a uma qualidade *pré-processual*<sup>35</sup> que lhe é insita: a necessidade que o direito material nele debatido seja líquido e certo.<sup>36</sup>

Diante deste quadro e, em especial, ante a certeza e liquidez do direito debatido em sede de mandado de segurança, seria possível sacar desse tipo de relação processual um incidente de resolução de demandas repetitivas? Ademais, a premência, que é insita do writ<sup>37</sup> não conflitaria com a instauração de um incidente capaz, inclusive, de implicar o sobrestamento do mandamus? Caso o incidente venha a ser jurisprudencialmente admitido nessa hipótese, a possibilidade de concessão de tutelas provisórias<sup>38</sup> pelo magistrado originalmente competente para o julgamento da lide<sup>39</sup> terá a sua importância redobrada, na medida em que evitará que o sobrestamento do feito em razão do incidente

instaurado implique o esvaziamento da tutela jurisdicional almejada com a impetração do mandado de segurança.<sup>40</sup>

Aliás, tratando do sobrestamento do feito originário em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, convém aqui trazer outro questionamento próprio do campo tributário: referido sobrestamento implica a automática suspensão da exigibilidade de eventual crédito tributário questionado na demanda principal ou, para tanto, há de existir o necessário preenchimento das hipóteses e requisitos estabelecidos para a concessão de uma das tutelas provisórias previstas no novo Código de Processo Civil? Havendo a suspensão automática com o citado sobrestamento, esse efeito seria estendido para as demandas análogas e que também serão sobrestadas em razão da instauração do incidente? Essa possível extensão de caráter subjetivo seria de competência do relator do incidente?

Não é demais lembrar que, segundo previsão legal, o sobredito sobrestamento pode perdurar por até 1 (um) ano, sendo passível de prorrogação por tempo indeterminado, desde que haja decisão fundamentada nesse diapasão, exatamente como prevê o disposto no art. 980 do NCP-C.<sup>41</sup> Também não é demais lembrar os efeitos tenebrosos que a demora em se ter uma prestação jurisdicional pode resultar para uma lide de caráter tributário.<sup>42</sup>

40. Em um processo civil moderno uma das palavras de ordem é a efetividade da tutela jurisdicional, a qual é aqui entendida como aquela capaz de realizar seus resultados de forma plena, isto é, concretos, palpáveis, sensíveis no plano exterior do processo, isto é, fora do processo (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1, p. 148), o que perpassa, necessariamente, por uma tutela jurisdicional rápida (não necessariamente expressa e tão somente quantitativa, como indevidamente almejada por alguns).

41. Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.  
Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

42. A título de exemplo, o contribuinte em litígio pode continuar se sujeitando a incidências de caráter duvidoso, além de ser impedido de obter certidão

35. CONRADO, Paulo César. *Processo tributário*, p. 224.

36. Ainda segundo Paulo César Conrado, *liquidez e certeza é lessitura do argumento jurídico, articulada na inicial do mandado de segurança, se necessário com a prova dos fatos que o justificam, tenente a qualificar o direito que se pleiteia* (Op. cit. p. 225.) (grifos do autor).

37. E que decorre da sua consagrada finalidade de combater abusos (efetivos ou potenciais) cometidos por autoridades públicas, suscitando, inclusive, expresso reconhecimento legal quanto à sua urgência, haja vista o disposto no art. 20 da Lei 12.016/2009:

“Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*”.

38. As tutelas emergenciais ou de urgência do Código de Processo Civil de 1973 (antecipada e cautelar) são agora tratadas pelo novo Código de Processo Civil como *tutelas provisórias*, as quais se subdividem em tutelas de (i) urgência e de (ii) urgência. As tutelas de urgência, por seu turno, se dividem ainda em tutelas (i.a) antecipada e (ii.b) cautelar, podendo ambas ser concedidas de forma antecedente ou incidental, além de a tutela antecipada sujeitar ao novel instituto da estabilização. É o que dispõe os arts. 294 e ss. do NCP-C.

39. Conforme prevê o art. 982, § 2.º, do NCP-C:

“Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

(...).

§ 2.º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

(...).”

Em princípio, parece que o sobrestamento do caso diretamente afetado pelo incidente e os demais processos a ele análogos não teria o condão de, automaticamente, resultar na suspensão da exigibilidade do crédito tributário debatido. Em verdade, aqui será mais uma vez essencial a sensibilidade do juiz originário em manejar as tutelas provisórias sempre que cabíveis, inclusive na hipótese do referido sobrestamento se estender por muito tempo. Também será essencial a capacidade do relator do incidente, à luz do caso em concreto, observar a necessidade de, eventualmente, além de sobrestar os casos análogos, também determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário para tais demandas.

#### 4. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise crítico-filosófica

A par das considerações alhures desenvolvidas, todas elas paudadas em uma análise de caráter crítico, porém dogmático, mister se faz, nesse momento, dar um passo adiante para então analisar o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas sob uma perspectiva jusfilosófica, de modo a tentar responder outras reflexões macroscopicamente dali extraídas e que poderiam ser assim sintetizadas: o instituto de resolução de demandas repetitivas contribui na aproximação do *civil law* brasileiro a um regime de *stare decisis*? Que modelo de direito se almeja enquanto sociedade e que modelo de direito o citado incidente ajuda a construir?

##### 4.1 Alguns dos pilares do common law e do civil law: uma análise macrocomparativa

Se de fato o que se pretende com as reformas processuais promovidas nas últimas décadas e citadas inicialmente no presente trabalho é aproximar o modelo jurídico nacional a um regime de *stare decisis*, é

de regularidade fiscal, ter seu nome negativamente junto a órgãos de restrição ao crédito o que, por sua vez, pode resultar em limitações das mais variadas ordens como, v.g., a impossibilidade de participar de licitações públicas, bem como obter linhas de crédito, as quais, não raramente, são essenciais para a saúde financeira do contribuinte.

indispensável, neste momento, certificar-se de fato isso está ocorrendo, o que necessariamente passará por uma comparação, ainda que muito singela,<sup>43</sup> entre os regimes do *common law* e do *civil law*.

Aliás, talvez o mais adequado nem fosse falar em uma comparação de sistemas, haja vista o corte metodológico a ser aqui empregado e que reduzirá essa análise a dois pontos fundamentais nesses modelos: (i) o conceito de direito e a ideia de justiça e (ii) a metodologia jurídica daí decorrente.

##### 1) O conceito de direito e a ideia de justiça

O conceito de direito está diretamente atrelado à ideia de justiça, fato esse que, em princípio, parece ser comum às duas famílias jurídicas aqui comparadas. O grande ponto de distinção, todavia, está na forma (método) que essa justiça se realiza e, consequentemente, os reflexos daí decorrentes para a concepção de direito e suas funções em uma dada comunidade histórica.<sup>44</sup>

Sendo assim, no *common law* o direito não se resume a um corpo de leis criadas pelo Poder Legislativo, pois para esta família jurídica o direito forma-se a partir da prática jurisdicional, tendo por escopo a material resolução de casos concretos. Trata-se de um direito prático, estável, mas contendidisticamente elástico, empírico-forense e, portanto, *conformador de um pensamento jurídico anti-taxiomático, antissilogístico e*

43. Para não dizer simplória, haja vista as restrições dimensionais do presente trabalho, o qual deve representar um artigo e não um trabalho monográfico. Caso haja interesse em maior aprofundamento do tema, sugerimos as seguintes leituras: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. BRONZE, Fernando P. “Continentalização” do direito inglês ou “insularização” do direito continental? Coimbra, 1982; VIEIRA, Andréia Costa. “Civil law” e “common law” – os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

44. Para Mauro Cappelletti a concepção de direito também é ponto fundamental a distinguir as duas famílias jurídicas aqui estudadas. Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 122-123.

*marcadamente casuístico.*<sup>45-46</sup> *Dai a aproximação da justiça realizada no common law com a ideia da phronesis aristotélica, ou seja, a sabedoria prática, o bem agir em concreto (prudência).*<sup>47-48</sup>

Desse modo, os juízes do *common law*, por não serem meros aplicadores do direito, mas construtores da ordem jurídica em concreto, realizariam justiça<sup>49</sup> por intermédio das suas decisões, utilizando-se

45. BRONZE, Fernando P. “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental? p. 132.

46. Também nesse diapasão, ao tratar do *common law*, Lordie Leslie Scarmann professa que não se pode indicar nenhum grupo de homens eruditos sentados ao redor de uma mesa formulando o direito e o sistema. É um direito Consuetudinário (*customary law*) desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juízes e advogados (*legal profession*) que atuam através dos tribunais. *Dessa maneira, é, essencialmente, um direito do jurista. (O direito inglês: a nova dimensão.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978, p. 14) (grifos nosso).

47. A “*phronesis*” versa sobre coisas humanas, e coisas que podem ser objeto de deliberação; pois dizemos que essa é acima de tudo a obra do homem dotado de sabedoria prática: deliberar bem. Mas ninguém delibera a respeito de coisas invariáveis, nem sobre coisas que não tenham uma finalidade, essa finalidade: um bem que se possa alcançar pela ação. De modo que delibera bem no sentido irrestrito da palavra aquele que, baseando-se no cálculo, é capaz de visar à melhor, para o homem, das coisas alcançáveis pela ação. Disponível em: [http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/artistoteles\\_etica\\_a\\_nicomaco\\_poetica.pdf](http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/artistoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf). Acesso em: 05.02.2014.

48. Todavia, para Villey, o filósofo grego a influenciar o *common law* seria Platão e a ideia de justiça por ele formulada em *A República*. Isso porque, ao dissertar a respeito da *polis* ideal, Platão defende que a justiça não estaria sujeita a fórmulas escritas, uma vez que toda lei escrita revela-se injusta na sua aplicação, porque o mundo dos homens, ao qual deve se aplicar o direito, está em constante movimento, o qual não é acompanhado pela rigidez da lei positivada. Ainda segundo Villey, o jurista concebido por Platão para esse modelo de direito também se aproximaria do jurista do *common law*, uma vez que seu papel não se limitaria à aplicação (lógico-substantiva) da lei, indo para muito além disso: *assim como o médico procura o remédio mais útil, o jurista está à procura da melhor solução* (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 25).

49. Construída historicamente por intermédio de um *continuum* prático e não como um valor metafísico preexistente.

da razão e da experiência, ou ainda, da prudência, para dar a cada qual o que lhe é devido.

Aqui o direito não consiste em um objeto estático e universal, passível de compreensão por um observador externo, mas é construído e reconstruído em concreto pelos seus próprios operadores por meio de uma prática recorrente, a qual é responsável por ir sedimentando uma *ratio ius*, bem como respostas materialmente válidas para casos concretos, respostas essas que vão se repetindo continuamente na solução de novos casos sempre que esses sejam problematematicamente análogos ao primeiro, tido então como precedente.

Percebe-se, pois, que aqui o direito é visto sob uma perspectiva histórica, ou seja, como uma resposta de índole material construída humano-culturalmente para solucionar os necessários problemas de convivência humana. Para essa família jurídica o problema do direito é que o *mundo é um e os homens nele são muitos*,<sup>50</sup> motivo pelo qual a função do direito não é planificar previamente condutas, mas sim resolver materialmente o necessário problema de convivência humana.<sup>51</sup>

Nesse sentido, a intenção do *common law* é construir uma resposta jurídica que seja sincrônica às demandas de uma dada comunidade histórica. Logo, o tempo que importa para essa acepção do direito não é o presente-futuro, já que seu fito não é planificar previamente condutas, mas sim o presente-passado, já que seu escopo é resolver no tempo presente e com justiça problemas ocorridos no passado, resolução essa que deve estar em compasso com outros precedentes também formados preteritamente ao caso a ser decidido.

Por sua vez, no âmbito do *civil law* e, em especial, para o *civil law* desenhado na Modernidade (codificado e exportado para além-mar, inclusive para *terra brasílica*), a ideia de justiça dele advinda é passível de ser abstratamente delineada mediante o emprego da razão humana. É passível, pois, de uma apreensão sistemática, formal e ahistórica,<sup>52</sup>

50. NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra, 2008, vol. 3, p. 13 (grifos do autor).

51. Op. cit. Loc. cit.

52. O axiomatismo lógico-dedutivo prevalece sobre o método casuístico-dialético. O direito e, conseqüentemente, a ideia de justiça, consistiriam

de modo a tornar a justiça algo “certo”, “seguro”, ideal, independente da contingência<sup>53</sup> do caso em concreto a ser julgado.<sup>54</sup>

Percebe-se, portanto, que para essa família jurídica a função primordial do direito é prescrever de forma geral, abstrata e a histórica conduta, o que se dá mediante a previsão de leis<sup>55</sup> aplicadas em concreto de forma silogística. Consequentemente, a função do aplicador do direito – o juiz – é vista como uma tarefa exclusivamente neutral-cognitiva,<sup>56</sup> na medida e que a ele cabe a tarefa de conhecer o direito (dado-objeto imposto e preexistente) para então aplicá-lo no caso em concreto. Ao juiz cumpre o simples papel de ser a *boca da lei*, ou seja, o seu mero aplicador,<sup>57</sup> o que o torna uma verdadeira máquina do silogis-

---

em regras previamente existentes, sendo dedutivamente extraídos (deduzidos) a partir dos princípios da razão pura que formam, de modo lógico e ordenado, o sistema jurídico.

53. “A regra de direito decanta e purifica a prática, rejeitando os elementos discordantes ou supérfluos. Simplifica o conhecimento do direito, reduzindo a massa dos elementos que devem ser tomados em consideração” (DAVID, René, p. 103).

54. Até porque, para essa família do direito, a sua função primordial não é a material solução de casos concretos (visão microscópica do direito), mas sim a prévia, geral e abstrata prescrição de condutas (visão macroscópica), de modo a moldar comportamentos em uma dada sociedade. “Esta função atribuída ao direito conforma-se plenamente com a tradição, segundo a qual o direito tem de ser concebido como um modelo de organização social” (Op. cit. Loc. cit.).

55. Nem sempre sincronizadas com as intencionalidades jurídicas de uma dada comunidade histórica.

56. “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995. p. 131).

57. “O positivismo sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)” (BOBBIO, Norberto, p. 133). Nesta senda “a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta

mo lógico,<sup>58</sup> competindo-lhe apenas declarar o enquadramento de um determinado fato (premissa menor) àquele descrito na lei (premissa maior), o que o faz por meio da decisão judicial (síntese conclusiva deste silogismo lógico-dedutivo).

#### ii) O método jurídico nas diferentes famílias analisadas

Como já afirmado anteriormente, no *common law* o direito não se resume a um conjunto de normas válidas (formalmente falando) em um determinado tempo e espaço, mas vai para muito além disso. A lei (*statute law*) é mais um critério jurídico para a resolução de conflitos de interesses, mas a fonte (material) precípua do direito nesse modelo forma-se a partir do caso em concreto e a sua consequente realização pela resposta judicativa.

Trata-se, pois, de um direito produzido historicamente, de forma sincrônica, como uma tarefa prática e não como um axioma.<sup>59</sup> Logo, é possível afirmar que o direito do *common law* adota uma racionalidade prático-problemática e não lógico-dedutiva. O direito é continuamente elaborado, decorrente de um sistema aberto, cuja fundamentação (axiológica) é preenchida em concreto, diante do caso decidendo. Em

---

vozes, autómatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala” (CAENEGEM, R. C. Van. *Oráculos da lei ou bouche de la loi*, in “O perfil do juiz na tradição ocidental”. Almedina: Coimbra, 2009. p. 40).

58. Daí o papel do juiz resume-se a um ‘*applicatio*’ de caráter estritamente lógico-dedutivo: o direito (que se reduzia à e identificava com a lei) era a premissa maior, os factos (previamente subsumidos ao conceito circunstancialmente pertinente) constituíam a menor (...) e da lógico-formal articulação de ambas resultava,....tautologicamente, a solução (BRONZE, Fernando J. P. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 764).

59. O direito nesse sistema é tido como “objectivo, histórico, concreto, prático, profissional e técnico-empírico-forense, cujos princípios não são puros enlaços conceituais em sentido axiomático, mas antes princípios de protecção jurídica – porque ligados às actions – princípios práticos, desenvolvidos indutivamente a partir do caso e do problema, ao estilo da tópica” (BRONZE, Fernando P. “*Continentalização do direito inglês ou ‘insularização’ do direito continental?*” p. 169).

suma, é possível então afirmar que o raciocínio jurídico no *common law* pode ser caracterizado como *casuístico, indutivo, particularista, um raciocínio "from case to case"*.<sup>60</sup>

Sendo assim, resta claro que o *prius* metodológico<sup>61</sup> do *common law* é o caso em concreto, *uma vez que na busca do precedente ajustado ao caso decidendo se não perde nunca de vista a individualidade histórico-concreta dos dois casos (o precedente e o decidendo), inquirendo-se não são os mesmos princípios normativos (se é a mesma ratio decidendi) intervenientes na constituição do problema de ambos os casos, que permitam dizê-los juridicamente análogos*.<sup>62</sup>

Portanto, o direito nasce, quer dizer, é axiologicamente (re)criado a partir do caso em concreto e da resposta atribuída pelo julgador à sua intencionalidade problematizante; daí afirmar-se que aqui o direito é um irromper histórico de valores jurídicos vigentes em uma dada comunidade histórica. O direito nasce de forma indutiva<sup>63</sup> e não contrário.

E se o caso em concreto é indispensável para a construção desses valores, é natural que, ao se convocar um precedente para a resolução de um novo caso, se leve em consideração não só a juridicidade vincu-

60. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. Noeses. 2013. p. 11.

61. Em um direito formado judicialmente, como ocorre no *common law*, o juízo decisório (o juízo jurídico) é o *punctum criticis* da metodologia jurídica, é o seu problemático objeto intencional (NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*. p. 33).

62. BRONZE, Fernando P. "Continentalização" do direito inglês ou "insularização" do direito continental? p. 159.

63. O método é o indutivo-tópico, segundo Fernando Bronze (op. cit. p. 163-164).

No mesmo sentido acima, ao comparar o modelo do *common law* com o direito romano clássico, Thomas da Rosa Bustamante assevera que no *common law* predomina um modelo de pensamento tópico, segundo o qual "ao invés de procurar – dedutivamente – a resposta para cada problema jurídico em um sistema de regras prévias estabelecidas pelo legislador, o juiz do *common law* e o jurista romano parecem recorrer a um sistema de 'topoi' que podem ser livremente empregados pelo aplicador do direito: no *common law*, os precedentes; em Roma, as 'responsa' dos juristas autorizados" (*Teoria do precedente judicial*. p. 11).

lante dele extraída, mas em especial o seu substrato fático, com todas as nuances importantes para a configuração da citada juridicidade vinculante.<sup>64</sup>

Assim, apenas depois de absorvida as circunstâncias fáticas relevantes para a extração da *ratio decidendi* de um dado precedente é que será possível compará-lo analógico-problematicamente com o caso decidendo, em especial com os elementos fáticos do caso *sub iudice* para, em caso de aproximação, então convocar a *ratio decidendi* do precedente para a material resolução do caso em julgamento.<sup>65</sup> Em síntese, trata-se de um modelo de comparação de casos em concreto, o que permite afirmar que, nesse modelo, o direito se realiza *pelo e no* caso em concreto.

Nesse sentido, resta claro que o acento tônico não está no resultado (enunciado) obtido com o julgamento do caso precedente, mas sim no processo de desenvolvimento do juízo decisório (enunciação) a justificar a tomada de decisão em concreto. Daí, inclusive, a importância do papel desempenhado pelo julgador, a quem compete a tarefa de recontar o direito vigente, sem perder a oportunidade de recriá-lo em concreto, de modo a dialeticamente prestigiar a sua autonomia axiomático-normativa, sem, todavia, cerrar suas portas para um novo direito almejado por uma nova comunidade histórica.

64. Em verdade, a juridicidade vinculante extraída do caso só é possível de ser tratada como tal a partir da análise e convocação do caso em concreto que lhe origina. Em outros termos, o que se pretende afirmar é que a referida juridicidade não existe de forma autônoma ou desprendida do caso, ou seja, não se perfaz na forma de um juízo hipotético-condicional de caráter abstrato. Ela só faz sentido quando caminha conjuntamente com o caso, com quem mantém uma relação umbilical.

65. As particularidades dos casos (precedente e decidendo) são fundamentais para, analogicamente, aproximá-los ou distanciá-los. Essa comparação problematizante, por sua vez, é que permitirá dizer se a *ratio decidendi* do caso precedente poderá ou não ser convocada para a realização do caso decidendo. É também essa comparação histórico-concreta que permite afastar um precedente com base em institutos como o *distiguishing*.

66. Daí se afirmar que no *common law* há o emprego de um discurso do particular (caso decidendo) para outro particular (caso precedente).

Ressalte-se, entretanto, que a criação de um “novo direito” na família do *common law* não é ilimitada, estando aí, v.g., um dos importantes papéis desempenhados pelos precedentes, em especial aqueles tidos como obrigatórios, os quais, segundo Fernando Bronze, acabam nesse cenário apresentando uma *função compensadora*.<sup>67</sup> Tais precedentes visam compensar o poder criativo do juiz de modo a garantir uma *axiológica ou intencional segurança para o ordenamento jurídico*. A *unidade e autonomia do direito* (*ius, não legis*) no modelo do *common law* é preservada pelo precedente, sem que, todavia, isso implique a existência de uma sistematicidade pronta e predefinida de forma geral e abstrata.

E por se tratar de um *continuum* prático o modelo do *common law* não pode ser representado pela figura de um sistema hermeticamente fechado pela lei. Talvez a melhor representação a ilustrar o ordenamento jurídico dessa família jurídica seja o de uma colcha de retalhos<sup>68</sup> ou, quem sabe, de uma teia, que vai sendo costurada ou tecida de forma contínua, espraçando seu conteúdo a partir de uma mesma unidade (núcleo duro) para resolver axiologicamente os problemas de convivência humana que são concretamente apresentados para ao Estado-Juiz.

Não é essa, todavia, a racionalidade desenvolvida na família do *civil law*. Aqui, o direito não é visto como um *continuum* prático, mas sim como um objeto de conhecimento,<sup>69</sup> retratado pela lei e a ser estudado por uma razão eminentemente científica, cabendo, pois, ao

67. “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental? p. 158.

68. SOARES, Guido F. S. Soares. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 54.

69. “A concepção de regra de direito admitida na família romano-germânica é a base fundamental da codificação, tal como concebe na Europa continental. (...) Um código, na concepção romano-germânica, não deve procurar a solução de todas as questões concretas que se apresentarão na prática; a sua função é formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema, que se tornem acessíveis à descoberta e ao conhecimento, para que destas regras, por um trabalho tão simples quanto possível, juizes e cidadãos deduzam facilmente o modo como esta ou aquela dificuldade

pensamento jurídico a função de conhecer esse objeto de forma neutra, i.e, com uma intencionalidade formal-científico-teórica. Trata-se, pois, da tentativa de uma radical adoção da racionalidade teórico-explicativa (científico-explicativa) pelo pensamento jurídico, que na sua intencionalidade continua o projecto “moderno” da redução do “prático” ao “teórico”, ou da filosofia prática à ciência (...).<sup>70</sup>

O direito, portanto, é o conjunto sistemático e acabado<sup>71</sup> de disposições normativas formalmente válidas<sup>72</sup> em um dado tempo e espaço e sua realização se dá pela convocação dessas disposições em concreto mediante o emprego de uma racionalidade lógico-substantiva. Aqui, o caso em concreto é apenas um pretexto para delimitar um processo interpretativo que parte do altopiano normativo e a ele retorna, na medida em que a solução do caso em concreto sempre redundará em uma resposta pensada em termos normativos (de caráter geral,<sup>73</sup> abstrata e abstrórica).

Nesse modelo, compete ao aplicador do direito, diante do caso em concreto, “limpar” suas impurezas fáticas e dele extrair uma *questio juris* de caráter minimal. Diante dessa questão geral e abstrata, já desassociada do caso donde ela se originou, o aplicador do direito volta-se ao sistema jurídico, ou seja, ao ordenamento prescritivo formalmente

concreta deve ser resolvida” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 103.) (grifos nossos).

70. NEVES, A. Castanheta. *Metodologia jurídica*. p. 51.

71. Para essa família jurídica o direito não apresenta contradições e é um produto acabado que só se abre para o novo por intermédio da lei e da norma jurídica daí decorrente. O direito existe como um sistema independente, no qual o legislador buscou criar normas harmônicas entre si, evitando contradições.

72. A validade de uma norma não é extraída do seu conteúdo, mas sim da sua forma. Ser válida, portanto, é ter sido formalmente produzida nos termos em que previsto pelo próprio ordenamento jurídico e pela autoridade também previamente estabelecida por esse mesmo sistema.

73. Tratando da generalidade das regras de direito nessa família jurídica, René David conclui “é, sim, necessário que ela (regra de direito) assumam um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situação e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular” (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 104) (acrêscimos nosso).

válido em dado tempo e espaço, com o fito de buscar uma mesma questão idealmente pensada pelo legislador e prospectivamente descrita em um dado antecedente normativo. Havendo essa *identidade* generalizante (e não analogia concreta)<sup>74</sup> de problemas/questões, o aplicador do direito convoca a resposta idealmente estabelecida pelo legislador e prescreta no consequente normativo para então resolver o caso em concreto. Há, assim, a formal subsunção do caso em concreto à lei.

Dessa feita, é possível afirmar que a metodologia do *civil law* decorre desse processo de organização e sistematização que reduz na aplicação da norma jurídica “de cima para baixo”, a partir da subsunção da norma geral e abstrata ao caso concreto.

Feitas essas considerações mínimas a respeito desses dois pontos de vital importância para as famílias jurídicas aqui analisadas, convém agora, com base em tal ferramental teórico, novamente nos voltarmos ao instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

#### 4.2 Novamente o incidente de resolução de demandas repetitivas: *civil law*, *common law* ou *Macunáima law*?

Tecidas as considerações acima, convém repisar as reflexões anteriormente firmadas: o instituto de resolução de demandas repetitivas contribui para nos aproximarmos de um modelo sério de *common law*? E, diante de tudo o que fora até então exposto, a resposta para tal pergunta seria uma só: um sonoro *não*!

Primeiramente pelo simples fato de pretensamente se pretender “criar” um modelo de *stare decisis* de forma artificial, já que idealizado e materializado pela via legislativa! Trata-se de um verdadeiro contrassenso instituir um modelo de precedentes por intermédio da lei, o que, no nosso caso, é agora simbolizado pelo novo Código de Processo Civil e seus institutos – dentre eles o incidente aqui tratado – que supostamente prestigiariam um modelo de *stare decisis*.

Acontece que, um modelo sério de *common law* perpassa, necessariamente, por mudanças estruturais no direito, o que só se dará historicamente, em especial pelo desenvolvimento de uma cultura de precedentes a ser ensinada nos bancos escolares das faculdades de direito e desenvolvida em concreto pelo Poder Judiciário nacional, em especial pelos *juizes de primeira instância*. Aliás, aqui residem outros problemas do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O primeiro ponto a se levantar é o esvaziamento da atividade judicativa de primeira instância, que acaba se tornando um rito de passagem (formalmente falando) para que o jurisdicionado realmente obtenha tutela jurisdicional, cada vez mais concentrada (sob uma perspectiva material) nos tribunais, em especial nos tribunais superiores.<sup>75</sup> Acontece que, como visto há pouco, em um verdadeiro modelo de *stare decisis* o direito não nasce de cima para baixo. Pelo contrário! O direito é formado de baixo para cima, pelo exercício contínuo/histórico da atividade judicativa de primeira instância que, na medida em que trabalha, vai contribuindo na formação de uma intencionalidade jurídica que vai sendo seguida e respeitada, inclusive, pelos tribunais, o que redundará na figura do precedente.<sup>76</sup>

O segundo ponto problemático se dá pelo fato de institutos como o incidente de resolução de demandas repetidas partirem da equivocada premissa que um determinado julgado nasce predestinado a ser precedente.<sup>77-78</sup> Acontece que, em um verdadeiro modelo de prece-

75. Tribunais esses que, por diversos motivos, mas em especial pela forma de eleição de seus membros, estão cada vez mais e perigosamente imiscuídos (seja na posição de situação seja na qualidade de oposição) com o poder político-partidário.

76. Que nada mais é do que *uma atividade reconstrutiva do passado* (HORTA, André Frederico; NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no Código de Processo Civil de 2015: uma breve introdução. *Precedentes Judiciais no NCCP*. Salvador: JusPodivm, 2015).

77. Daí o tribunal “avocar” a competência para dizer o direito ante uma dada *questio juris* (arts. 976 e ss. do NCCP) e, inclusive, determinar a suspensão do julgamento de todos os casos “idênticos” que estejam dentro do seu feixe de atuação funcional (art. 982 do NCCP).

78. Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia também denunciavam esse equívoco quando assim professam:

74. “A generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida nestes países (*civil law*) como uma tarefa de *interpretação* de formulas legislativas, ao inverso dos países de *common law*, onde a técnica jurídica se caracteriza pelo processo de *distinções*” (DAVID, René. p. 105.) (grifos do autor, acréscimos nosso).

denes, um determinado caso é tratado como tal *em concreto*, ou seja, apenas quando, após uma comparação analógico-problemática com o caso a ser decidido, se percebe que há mais pontos de encontro do que desencontros entre tais casos, o que permite convocar a *ratio decidendi* do caso (aí sim) precedente para a realização do caso decidendo.

Assim, a vinculatividade de um precedente não é prévia e nem é sintetizada em termos gerais e abstratos, mas é convocada em concreto. É neste momento que o precedente adquire uma “vinculação normativa”.<sup>79</sup> Assim, um dado precedente é o *ponto de partida*, mas não necessariamente o *ponto de chegada para a realização de um caso em concreto*. É apenas no instante do julgamento do caso decidendo que a sua vinculação se constrói e se reafirma. Trata-se, portanto, de uma vinculação interrogada pelo caso decidendo e que pode ser por ele flexibilizada, “já porque vinculante não é todo o conteúdo do precedente ou do ‘pré-juízo’, mas unicamente a sua *ratio decidendi*”.<sup>80</sup>

Não obstante, existe ainda outro problema do incidente estudado: o de método jurídico. Como já visto no presente trabalho, em um modelo de precedentes a racionalidade a ser convocada deve, necessariamente, ser analógico-problemática. Há, portanto, uma comparação de casos concretos, de suas porções *fático-jurídicas* relevantes. Havendo mais pontos de encontro do que desencontros entre tais casos, o precedente é convocado para resolver o caso decidendo.

<sup>79</sup> “Precisamos perceber e estabelecer bases científicas para a mixagem brasileira (convergência), com a construção de uma teoria dos precedentes que compreenda e critique a tendência dos tribunais, especialmente superiores, de produzir decisões ‘em grau zero’, como se o próprio direito, tradição e história de aplicação do instituto jurídico sob comentário ou aplicação, no caso concreto, pudessem ser desprezados pelo voluntarismo (decisionismo) do julgador” (Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise de convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de “padronização decisória”. *RePro* 189/9-52, São Paulo: Ed. RT).

<sup>79</sup> BRONZE, Fernando. *P. A metodologias entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 591.

<sup>80</sup> NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra, 2008. vol. 2, p. 37.

Em hipótese contrária, se distingue o caso a ser decidido do pretense precedente, buscando-se, assim, uma nova solução. A racionalidade é tópico-problemática e não lógico-subsumitiva.

Acontece que a leitura dos dispositivos que tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas denota que a racionalidade a ser aplicada não será a analógico-problemática, mas sim lógico-subsumitiva. Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a já denunciada cisão própria dessa metodologia entre questões de fato e de direito, quando o art. 976 do NCPD reza que referido incidente só será cabível quando a controversia versar sobre *questão unicamente de direito*.

O citado dispositivo parte do pressuposto que o tribunal (local ou regional) irá veicular uma decisão desassociada ou, ao menos, despreocupada com o caso em concreto em si considerado. Tanto é verdade que, conforme prevê o art. 976, § 1.º, do NCPD, *adesistências ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente*, uma vez que, ao que parece, o que realmente interessa não é a manifestação do tribunal para a resolução, *com justiça*, do caso em si considerado, mas sim dar uma resposta universal a *quaestio juris* (geral, abstrata e ahistórica) dele extraída, de modo então a planificar condutas idênticas e futuras (novos casos), como se a decisão judicial atuasse como se peça de lei fosse.<sup>81</sup> Acontece que a *força gravitacional do precedente*

<sup>81</sup> E isso porque, ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumariação da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de hiperintegração do direito.

A expressão denota o tratamento igualitário a casos substancialmente distintos, como se fossem (mas não são) objetos subsumíveis à mesma regra geral (HORTA, André Frederico; NUNES, Dielte. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no Código de Processo Civil de 2015: uma breve introdução, cit.) (grifos dos autores).

Trata-se, portanto, de uma mundividência que pretende solucionar os estruturais problemas do Poder Judiciário outorgando para esse Poder um instituto que permita o advento de uma única decisão judicativa capaz de solucionar uma infinidade de casos – preocupação quantitativa –, sem,

não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação.<sup>82</sup>

Ainda nesse sentido, em várias oportunidades o legislador se vale de termos ou expressões que confirmam essa suspeita. É o caso, v.g., de expressões como “tese jurídica” (arts. 978, parágrafo único, 979, § 2.º, 984, § 2.º e 985 todos do NCCPC) e “aplicação” (art. 985, caput, e § 2.º), que necessariamente remetem a ideia de aplicação (*applicatio* lógico-substantiva) de um sintético enunciado normativo (“tese jurídica”), como se um dado precedente se equiparasse à lei. Assim, ao tribunal local ou regional ficaria o encargo de, diante do aludido incidente, enunciar um juízo normativo de caráter sumular a ser aplicado em casos futuros, prospectando, pois, novas condutas, o que pode resultar no sério risco de ocorrer uma verdadeira codificação das decisões judiciais ou a sua legalização.<sup>83</sup>

Ao juiz de primeira instância e às demais Turmas e Câmaras dos Tribunais regionais e locais caberiam mobilizar o sobredito enunciado normativo veiculado no incidente de resolução de demandas repetidas e aplicá-lo, lógico-dedutivamente, ao caso em concreto, o que, sob uma perspectiva formal-legalista, supostamente garantiria a certeza e a unidade do direito, assim como uma pretensa segurança jurídica.<sup>84</sup> Esta mecânica idealizada com o incidente de resolução de demandas

— todavia, maior cuidado com o aprimoramento técnico-jurídico-prudencial das manifestações judiciais enquanto realizadoras de justiça em concreto — preocupação qualitativa. As metas estabelecidas pelo CNJ de quantidade de casos a ser julgados por juízes e tribunais são um bom exemplo dessa racionalidade tipicamente neoliberal e eminentemente preocupada com números.

82. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176.

83. Nesse sentido, ao tratar do análogo problema do instituto dos assentos em Portugal: NEVES, A. Castanheira. *Instituto dos assentos*. Coimbra: Coimbra 1983. p. 39.

84. Aqui entendida como uma segurança através do direito, quer dizer, a garantia de uma planificação prévia de ações, mas não uma segurança do direito, ou seja, como algo que suscite a manutenção dos vetores irredutíveis da normatividade jurídica [BRONZE, Fernando P. As margens e o rio

repetitivas acaba por ensejar na “codificação” das decisões judiciais, o que decorre da indevida apropriação de funções legislativas por parte dos nossos tribunais e que é extremamente preocupante.

#### 4.3 Há esperança com o incidente de resolução de demandas repetitivas?

Para que de fato houvesse uma verdadeira esperança com o incidente de resolução de demandas repetitivas no sentido de nos aproximarmos, sinceramente, de um regime de *Common Law*,<sup>85</sup> seria indispensável o advento de inúmeras medidas estruturais que permitissem uma construção histórica desse caminho. Dentre tais medidas, destacar-se-iam: (i) o desenvolvimento de uma cultura jurídica do precedente, que teria início nos bancos escolares das faculdades de direito e que se estenderia para cursos permanentes de aperfeiçoamento dos magistrados brasileiros para fins de manipulação dessa nova cultura; (ii) um novo modelo de tribunais, em especial dos tribunais superiores, o que necessariamente passaria por novos critérios de admissão dos seus Ministros e Desembargadores, isentos, pois, de influências político-partidárias; (iii) um novo modelo de admissão de juízes de primeira instância, para que se priorize a escolha de magistrados que não sejam apenas técnicos, mas que sejam dotados de prudência e, acima de tudo, de conhecimento prático do direito.

(da retórica jurídica à metodonomologia). *Boletim da Faculdade de Direito LXXIII*/p. 112-113, Coimbra: Faculdade de Coimbra, 1997].

85. Registre-se, nesse momento, que o presente trabalho não tem por fito se opor ao modelo de *common law* e seu desenvolvimento no Brasil. Pelo contrário! Ainda que não seja imune a falhas, entende-se que em um mundo cada vez mais plural e complexo a adoção de um regime de *stare decisis*, quando levado a sério, tem maior propensão de resolver, com justiça, os necessários problemas de convivência humana. O que se critica aqui, portanto, é essa aproximação “orta” do regime de *common law* pelo legislador nacional, fruto da nossa péssima herança cultural do “jeitinho”. Assim, o problema não se está em aproximar-se do *common law*, mas criar um novo — e ruim, diga-se de passagem — modelo jurídico: o “Macanatina law”.

Não se nega, todavia, o caráter utópico dessas pretensões, já que desenvolverá-las demandaria a ruptura de inúmeros dogmas e uma enorme vontade política. Assim, compete agora pensar em outras medidas que estejam mais próximas de uma real concretização.

Nesse sentido e, em um primeiro instante, com foco apenas no julgamento de um específico incidente em si considerado, mister se faz que tal julgamento respeite algumas premissas e elementos essenciais para a formação da sua decisão, a começar pela necessidade de se romper com a disposição legal do próprio art. 976, I, do NCP, a qual seja, de que o incidente só analisará questões de direito. Ora, se o incidente tem por escopo, por mais equivocada que isso seja, fixar um precedente *a priori*, o seu julgamento não pode ocorrer apenas no plano normativo, mas deve levar em consideração, com particular ênfase, o caso em concreto e suas particularidades fáticas. E isso porque, conforme já tratado no presente ensaio, não existe precedente sem caso, até porque, em um momento futuro, o que irá se comparar analógico-problematicamente são casos: o precedente e o decidendo.

Além disso, há a necessidade de se tentar esgotar<sup>86</sup> o debate a respeito do caso, analisando-se todos os ângulos da questão *sub iudice*. Daí

86. O que, frise-se desde já, é impossível de acontecer. A complexidade do mundo fenomênico é muito mais rica do que a capacidade de absorção dessa realidade pelo direito, de modo que, em um modelo de *stare decisis* em harmonia com essa realidade, jamais o precedente será anunciado e forma completa e única. E a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debaterão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função no amadurecimento dos precedentes e, porque, também não, dos padrões decisórios e do direito jurisprudencial como um todo (HORTA, André Frederico; NUNES, Dieler. “Aplicação de precedentes e *distinguishing* no Código de Processo Civil de 2015: uma breve introdução”, cit.) (grifos dos autores).

a importância do art. 10 do NCP<sup>87</sup> que, em última análise, prestigia a importância das partes no processo para a construção da melhor e mais democrática decisão judicial possível para o caso em julgamento. Todavia, da mesma forma que prestigia as partes e sua participação<sup>88</sup> na relação processual, referido dispositivo cobra de tais pessoas uma atuação qualitativa e altamente sintonizada com a metodologia própria de um regime sério de precedentes.

Nesse mesmo diapasão, a figura do *amicus curiae*, capitulada no art. 138 do NCP,<sup>89</sup> terá importância fundamental para a construção da melhor decisão a ser proferida em um dado incidente de resolução de demandas repetitivas. Daí a existência de previsão, nos próprios dispositivos legais que tratam do incidente,<sup>90</sup> no sentido de prever a

87. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

88. Em um processo civil moderno, o antagonismo existente entre autor e réu, embora não se possa afirmar solidário, deve ser ao menos cooperativo, em busca, portanto, da melhor e mais justa decisão para o caso. É por isso que a doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em “princípio da cooperação”, uma específica faceta – quiza uma (necessária) “atualização” – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1, p. 141).

89. “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

(...)”

90. É o que se extrai dos arts. 983 e 984, II, b, ambos do NCP, *in verbis*:

“Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos,

participação do *amicus curiae* nesse tipo de relação processual, o que deverá ser não apenas permitido, mas necessariamente estimulado pelos tribunais locais e regionais.

Por sua vez, já em um segundo momento, i. e., levando então em consideração os efeitos vinculativos do precedente formado no incidente para casos análogos e que estejam suspensos ou que venham ser objeto de ulterior ajuizamento, o comando a ser seguido com altíssimo rigor é o disposto no art. 489, § 1.º, V, do NCPG,<sup>91</sup> o qual reforça a necessidade das decisões judiciais apresentarem uma motivação estruturada.

Segundo o dispositivo legal supramencionado, sempre que uma decisão judicial se fundamentar em um precedente deverá ela ser fruto de um necessário “cotejo analítico”<sup>92</sup> entre o caso a ser decidido e o caso tido como precedente. E, ao realizar essa comparação, é fundamental que o julgador se atente para as circunstâncias fáticas que permeiam

bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controversada, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

(...).

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

(...);

II – poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

(...);

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

(...).<sup>93</sup>

91. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...).

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...).

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

(...).<sup>94</sup>

92. Para empregar um termo mais próximo do referencial teórico de um sistema jurídico vinculado ao *civil law*.

ambos os casos (decidendo e precedente), uma vez que o precedente só será considerado como tal em concreto, ou seja, depois de comparado analogamente ao caso a ser decidido e, ainda, desde que se identifique uma similaridade quanto à intencionalidade jurídica de ambos.<sup>93</sup>

Repita-se: a similaridade sobrevida só será atestada mediante uma ponderação material-comparativa dos casos em concreto, ou seja, da substância do caso a ser julgado com o conteúdo do caso precedente. Não há, pois, uma prévia, perfeita e substantiva simetria entre os casos, típica de uma razão universal, geral e abstrata, mas sim uma similaridade decorrente do emprego de uma racionalidade moldada pela analogia<sup>94</sup> ou, por outro giro verbal, oriunda de uma *ponderação sempre atenta à identidade-diversidade própria do analógico e que, como tal, só pode considerar-se em concreto*.<sup>95</sup>

*Se todos esses cuidados forem tomados com alto grau de rigor é possível, apesar dos inúmeros problemas aqui apontados no incidente de resolução de demandas repetitivas, que referido instituto contribua,*” na

93. “(...) quando se puder concluir pelo parentesco tipológico dos dois casos (isto é, quando o ‘problema particular [do] caso precedente [tiver sido] constituído também com fundamentos nas mesmas intenções ou princípios normativos [do caso decidendo]’, ‘o fundamento jurídico da decisão do precedente, a sua *ratio decidendi*, passa a ser o critério normativo do caso decidendo’. De modo que a ‘identidade aqui em causa’ (a identidade existente entre o caso precedente e o caso decidendo) é ‘análogo-concreta (...)’ (BRONZE, Fernando J. “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental? p. 210).

94. Segundo Castanhiera Neves a convocação do discurso analógico é característica de todo e qualquer pensamento, inclusive do pensamento jurídico. Neste sentido: NEVES, A. Castanhiera. *Metodologia jurídica – problems fundamentais*. p. 238. Destaque-se, todavia, que a analogia aqui convocada não é aquela típica do movimento codificador e que tem por escopo apenas preencher eventuais lacunas do direito, mas sim uma analogia que tem por objetivo “*trazer-à-correspondência o mérito problemático de um concreto caso decidendo e a intencionalidade também problemática de um constituído ou constituído(...) apoio (de um critério)*” [aqui se enquadrando a figura do precedente] “*e/ou de um fundamento jurídico, repetimos, circunstancialmente pertinente para a almejada decisão judicativa*” (BRONZE, Fernando P. *Lições de introdução ao direito*. p. 952) (comentários não constantes no original).

95. NEVES, A. Castanhiera. *Instituto dos assentos*. p. 74.

*medida do possível, com uma aproximação mais sincera do nosso atual regime de civil law para um verdadeiro e sério modelo – ainda que assemelhado – de common law. Aguardemos, com um ceticismo ligeiramente esperançoso (1), o desfecho dessa novela.*

## O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES TRIBUTÁRIAS

JULIANA FURIADO COSTA ARAUJO<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução; 2. As tradições do *common law* e *civil law* e o modelo brasileiro de respeito aos precedentes; 3. Definição do conceito de precedente: distinção entre jurisprudência e precedente no direito brasileiro; 4. A uniformização das decisões no novo Código de Processo Civil e seus reflexos tributários; 5. Os mecanismos de julgamento de recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil; 5.1 Recursos representativos de controvérsias; 6. Conclusões.

### 1. Introdução

A adoção de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, com características bem peculiares a nossa realidade, passou a ter relevância significativa no meio acadêmico e profissional<sup>2</sup> desde

1. Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP. Professora do Mestrado Profissional da FGV/Direito SP e dos cursos de especialização em Direito Tributário e Processo Tributário do Ibet e PUC-Cogea. Procuradora da Fazenda Nacional.
2. A partir da década de 90, uma série de alterações legislativas passou a valorizar a figura do precedente no sistema jurídico nacional. Como exemplos, citamos a introdução em nosso sistema constitucional, por meio da EC 45/2001, do art. 103-A da CF/1988, que trata da súmula vinculante. Além disso, foram introduzidas no Código de Processo Civil de 1973, pelos arts. 543-A, 543-B e 543-C, as técnicas de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, com análise de repercussão geral em relação aos recursos extraordinários. Acrescentamos, ainda, a possibilidade que o art. 557 do CPC/1973 estabelece de julgamento monocrático dos órgãos colegiados, nos casos em que há jurisprudência dominante no tribunal de apelação ou tribunal superior, além do art. 285-A que permite