





ARTIGO

**Palavras-chave:** Precedente; Litigiosidade repetitiva; Efeito prospectivo; Estabilidade.

### ABSTRACT

The article approaches the prospective effect of the precedent and the use of binding judicial provisions in tackling repetitive litigation in Brazil within the scope of the current Code of Civil Procedure. The research methodology was inductive, with a bibliographic review procedure and observation of consolidated statistical data. The main objective was to answer how Schauer's theory about precedent can contribute to address repetitive litigation in Brazil. The specific objectives of the work were: to understand the precedent for Schauer; to analyze how the prospective effect of precedents came to be; categorize the central point of treatment of legislation for repetitive

litigation; study the similarities and differences of legal provisions binding on Schauer's precedent; indicate contributions of the author's theory to our system. It was concluded that the legislator opted for the prospective effect of binding judicial provisions and that the methodological difference in the formation of jurisprudential theses in relation to the generalization of the precedent for Schauer will cause difficulties in maturing the thesis and identifying their premises. Even so, the prospective effect model can be an appropriate instrument for the Brazilian Judiciary when combined with concern about the practical consequences of the factual framework adopted for the formation of binding judgments thinking about future cases.

**Key-words:** Precedent; Repetitive litigation; Prospective effect; Stability.

### INTRODUÇÃO

Com o mote de trazer coerência, estabilidade e isonomia ao processo civil, o legislador instituiu diversos mecanismos a fim de promover a uniformização das decisões judiciais. Essa tendência continuou com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe instrumentos desenhados para enfrentar o quadro de assoberbamento do Poder Judiciário, mirando a litigância repetitiva ou de massa<sup>1</sup>.

Frederick Schauer (2012) estudou o precedente no contexto da *common law* e analisou as principais questões relativas ao sistema de aplicação do direito baseado em regras.

<sup>1</sup> Neste artigo, trabalhamos com as noções de litigância repetitiva, demandas de massa, litigiosidade repetitiva ou litigância de massa como sinônimas. Consistem em casos de premissas fáticas muito similares e que costumam ser julgados simultaneamente pelo Poder Judiciário por meio de fixação de teses em súmulas, repercussão geral, recursos repetitivos ou mesmo que são objeto de ações coletivas, plúrimas ou afetas a determinada categoria.



## ARTIGO

O autor aborda a identificação das generalizações do precedente, a forma de coesão do sistema com base nessas generalizações e o tipo de resultado do sistema de decisão baseado em regras. Na sua teoria, aparece a preocupação com o efeito prospectivo do precedente, por meio do qual uma decisão passará a integrar o sistema do direito, e com problemas na vinculação horizontal e vertical dos tomadores de decisão. Essas finalidades aparecem na exposição de motivos do nosso atual Código de Processo Civil, o qual busca implementar e generalizar as decisões dos Tribunais por meio da fixação de teses.

O objetivo geral deste artigo é analisar como a teoria de Schauer pode contribuir para a interpretação, aplicação e melhoria do enfrentamento da litigiosidade repetitiva no Brasil. Pretende-se analisar o precedente para Schauer, com a compreensão do que caracteriza um precedente, como identificá-lo e inseri-lo em sistema de tomada de decisões com base em regras, além de investigar como o legislador se propôs a enfrentar a litigiosidade repetitiva no Brasil e os pontos de contato com a teoria de Schauer.

Para tanto, foi feita revisão bibliográfica sobre o tema do precedente em Schauer e da litigiosidade repetitiva no Brasil, em busca da identificação dos motivos que inspiraram o legislador na edição da atual codificação processual e os índices de processos em trâmite nos dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O trabalho está dividido nos seguintes tópicos: (1) como Schauer identifica um precedente, quais os seus efeitos e o desenho sistêmico sobre a tomada de decisões com base em regras; (2) o tratamento legislador da litigância repetitiva no Brasil, com enfoque no ponto comum eleito para a aglomeração e uniformização de processos; e (3) pontos de tangenciamento entre a teoria de Schauer sobre o precedente e o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil, além de análise de como os estudos do autor podem contribuir para o nosso sistema processual.

## 1 O PRECEDENTE PARA SCHAUER





## ARTIGO

Para Frederick Schauer (2002), regras são criadas a partir de generalizações para solucionar casos médios. O centro de aplicação do direito reside nas regras e o juiz, ao aplicá-las, contribui para que o sistema seja conservador de si próprio. Não se trata de conservadorismo político, social ou cultural, mas sim jurídico, pois a manutenção das regras ao longo da aplicação do direito confere estabilidade ao sistema.

A generalização promovida pelas regras, explica o autor, será ótima em certos momentos e subótima em outros. A aplicação ótima ocorre quando a decisão anterior é seguida por ainda ser considerada a melhor decisão possível para o caso atual. Dito de outro modo, o juiz concorda com o conteúdo da regra anterior e a aplica por convicção de que ele leva ao melhor resultado. A aplicação subótima, por outro lado, acontece quando o juiz discorda da regra anterior, acreditando que outra decisão seria melhor, mas ainda assim a segue por respeito à autoridade da decisão anterior que gerou sua generalização (Schauer, 2008).

Schauer (2002) analisa o sistema de tomada de decisões com base em regras pelo entrincheiramento do passado contra as pressões do presente e o presente contra os reclames do futuro. Do ponto de vista substancial, a tomada de decisões baseada em regras será necessariamente subótima, pois é a segunda melhor solução, muito embora represente o procedimento ótimo de tomada de decisões.

As vantagens desse sistema dependem do contexto em que se insere. O argumento pela estabilidade é ligado à aversão ao risco e a uma visão positiva do estado atual das coisas. As regras entrincheiradas servem à estabilidade pela estabilidade (Schauer, 2002).

Schauer apresenta o seguinte esqueleto de precedente: o tratamento prévio do acontecimento A na maneira X constitui, tão somente devido ao seu pedigree histórico, uma razão para tratar A na maneira X se A ocorrer novamente. Assim, precedente é a obrigação de o tomador de decisão adotar a mesma decisão que havia sido tomada em ocasião anterior sobre idêntica ou similar circunstância fática (Schauer, 2012).

Os precedentes não se confundem com a experiência prévia para o autor, pois “Ao raciocinar a partir da experiência, os fatos e as conclusões do passado não têm qualquer significado além do que nos ensinam sobre o presente. A probabilidade de que o presente seja



como o passado determina e esgota o valor da experiência anterior.” (Schauer, 2002, p. 182, tradução nossa)<sup>1</sup>

Quando o agir se baseia na experiência, a decisão de lidar com o caso presente de forma diferente não importa em nenhum resíduo de precedente. De igual modo, se passarmos a acreditar que a decisão anterior estava incorreta, iremos rejeitar por completo o valor da experiência. Por outro lado, se a decisão é tomada com base em um precedente, o fato de que alguma coisa foi decidida anteriormente dá à presente decisão peso e força vinculante, a despeito da crença atual de que a decisão anterior esteja errada.

Schauer (2012) diferencia, ainda, o precedente da analogia. Ao decidir por analogia, a Corte trabalha com a concepção do que entende ser a melhor aplicação do direito para aquele caso concreto. O precedente, por seu turno, traz a vinculação ao que foi decidido anteriormente, mesmo que se compreenda que a decisão anterior não é a melhor ou mais adequada.

A analogia envolve a seleção de uma fonte análoga, que pode ser frequente, mas não necessária em casos anteriores. O tomador de decisão argumenta pela persuasão da fonte análoga. O precedente não é persuasivo nem diz respeito à escolha ou seleção.

Schauer (2012) apresenta, também, duas dimensões do precedente. A dimensão vertical descreve a obrigação de uma Corte seguir a decisão tomada pelo Tribunal superior a ela na hierarquia judicial, mesmo que a questão tenha sido trazida em um caso diferente. Do ponto de vista horizontal, a Corte é obrigada a seguir a decisão que ela própria tomou em uma oportunidade anterior (*stare decisis*), mesmo que não seja mais composta pelos mesmos juízes dos casos anteriores.

Essas duas dimensões enfocam a impessoalidade dos Tribunais, que devem manter consistência decisória e observância aos precedentes ainda que ocorra a troca de seus membros. O precedente trata a antecedência temporal como base suficiente para a autoridade

---

<sup>1</sup> No original: “When reasoning from experience, the facts and conclusions of the past have no significance apart from what they teach us about the present. The probability that the present will be like the past both determines and exhausts the value of the previous experience.”



da decisão. O argumento de um precedente é um argumento de autoridade e, por isso, Schauer o chama precedente de autoritativo e não de persuasivo.

A força vinculante do precedente é neutra, ou seja, não leva em conta razões legais, morais ou de prudência. Vinculam-se as decisões posteriores independentemente de seu conteúdo e da concordância pessoal daquele determinado julgador com a solução jurídica esboçada no precedente (Schauer, 2012).

Como visto, as regras são criadas a partir de generalizações para solucionar casos médios. Dessa forma, o predicado fático de uma regra traz a generalização de uma multiplicidade de eventos para criar sua fórmula canônica. A fonte desse predicado e a maneira que as decisões anteriores foram tomadas podem ser opacadas e tornar problemática a identificação do precedente, pois não existem dois casos exatamente iguais.

A ideia da vinculação ao precedente pressupõe uma decisão anterior que irá controlar uma subsequente. A generalização parte da segunda Corte que julgar o caso, porque a primeira decisão não traz nenhuma generalização. A segunda Corte atua à luz das circunstâncias do caso presente e do anterior. A primeira decisão traz uma série de fatos e resultados que podem ser levados em consideração em relação a um sem-número de categorias não congruentes.

Assim, explica Schauer, uma decisão isolada, tomada de forma simples e direta, pode ser interpretada posteriormente como pertencente a diversas categorias que se sobrepõem, mas que não são idênticas. Por isso, ela não pode servir como um parâmetro vinculante, nos moldes de uma norma, para orientar casos futuros — como se espera do uso de precedentes (Schauer, 2002).

O que diferencia o precedente da lei é a necessidade de o precedente racionalizar a generalização/predicado factual que já existe no caso de uma regra (Schauer, 2002). Seguindo a linha argumentativa do autor, o sistema de precedentes não se presta a fornecer a vinculação à moda das regras para os casos subsequentes. É possível se extrair uma série de regras divergentes de decisões prévias, que satisfariam a compatibilização com toda a série. Por isso, a identificação de uma regra vinculante em determinada série de decisões sem formular uma generalização é profundamente problemática.





## ARTIGO

Para Schaeur, os ambientes decisórios interferem na escolha de regras mais abrangentes ou mais particulares. Ambientes que valorizem a riqueza e a peculiaridade da experiência imediata acabam por ter julgadores com maior liberdade para explorar cada fato ou argumento possível para tornar a decisão melhor (Schauer, 2002). Nesses sistemas, a virtude da estabilidade cederá ao desejo de acertar a decisão. Haverá regras, mas será menor a possibilidade de variação entre as limitações da regra e a complexidade do caso particular.

Outros ambientes decisórios, contudo, focam no decurso do tempo e enfatizam o que é recorrente em detrimento do particular. A tomada de decisão canaliza comparações de um número limitado de fatores que se repetem ao longo do tempo. O resultado ocasional subótimo é visto como um erro tolerável, um preço a ser pago pela vantagem que vem com a acomodação da variedade e fluidez da experiência na vinculação e na estabilização das decisões de acordo com regras amplas aplicáveis (Schauer, 2002).

Schauer não discute se, no plano teórico, a estabilidade ou o entrincheiramento são bons ou ruins. Adverte, contudo, que a estabilidade gerada pelas regras pode ser desestabilizada política ou psicologicamente, uma vez que o entrincheiramento do *status quo*, frequentemente, gera pressões para mudanças radicais (Schauer, 2002). Assim, a estabilidade sistêmica pode produzir instabilidade pessoal, social e política.

## 2 O TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA REPETITIVA NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado com o objetivo de conferir maior organicidade ao sistema processual e lhe dar maior coesão. A esse respeito, confira-se o seguinte excerto da exposição de motivos:

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica** leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.



## ARTIGO

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável (Brasil, 2015).

Foram criados e modificados instrumentos com vistas à obtenção de resolução de demandas repetitivas,<sup>6</sup> para a assunção de competência,<sup>7</sup> vinculação e respeito às decisões

<sup>6</sup> Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil.

<sup>7</sup> Incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do Código de Processo Civil.



dos Tribunais<sup>8</sup> e possibilidade de sobrestamento de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito.<sup>9</sup>

Houve a opção expressa do legislador por valorizar o argumento da segurança, previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais ainda que a contrapartida seja limitar a busca pela melhor aplicação do direito em cada caso concreto.

Embora existam pontos de contato entre os instrumentos do atual Código de Processo Civil e o sistema de precedentes da *common law*, as diferenças entre os sistemas são notáveis, sobretudo na falta de historicidade dos mecanismos legislativos adotados no Brasil, que valorizam a fixação de teses para pacificação de entendimentos e julgamentos de demandas em massa.

Não obstante, o sistema implementado tem o mérito de enfrentar a problemática da falta de coesão das decisões judiciais no Brasil. Procurou-se munir os atores processuais de instrumentos para a busca de uniformidade de entendimentos e racionalidade sistêmica. Buscou-se aprimorar a previsibilidade da aplicação do direito. É necessário, contudo, compatibilizar essa sistemática com as cláusulas gerais e promover a evolução da teoria da interpretação voltada à distribuição racional da justiça.

Nesse aspecto, Marinoni (2023) fala em etização dos precedentes contra a cultura do personalismo no Brasil. O autor pugna pelo desenvolvimento de clareza, generalidade, igualdade e pelo fortalecimento institucional, de modo que as Cortes Supremas funcionem como Cortes de precedentes. Sustenta que as Cortes Superiores devem contribuir com o legislador para conferir completude ao ordenamento jurídico, ao estabelecer os critérios para a orientação da sociedade e para a solução dos casos concretos.

A lógica dos precedentes impediria a manipulação das decisões e o favorecimento de determinados litigantes, porquanto a força vinculante dos precedentes impede que o julgador deixe de aplicá-lo simplesmente por não concordar com a solução jurídica nele expressa. Isso

---

<sup>8</sup> Reclamação prevista nos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil.

<sup>9</sup> Art. 1.036 do Código de Processo Civil.



porque, segundo Marinoni, a multiplicidade de entendimentos adotados pelo Poder Judiciário favorece o litigante habitual e fragiliza a posição do litigante eventual (Marinoni, 2023).

A transformação dos nossos Tribunais como Cortes de precedentes necessita de algumas ponderações. O Código de Processo Civil não trata das abstrações necessárias para a criação de um precedente. O remédio escolhido foi imediato, para estancar a multiplicação processual e uniformizar casos tidos como idênticos.

A esse propósito, nota-se ser cabível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver repetição de processos com controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do CPC).

O incidente de assunção de competência é admissível para questão de direito com “grande repercussão social” (art. 947 do CPC) e a afetação dos recursos extraordinários ou especiais à sistemática do julgamento de repetitivos ocorre se verificada a multiplicidade de recursos com “idêntica questão de direito”.

Assim, o enfoque dado pelo legislador foi na repetição de casos sobre a mesma questão de direito. Por questão de direito, é possível inferir se tratar de interpretação controvertida de determinada lei para fatos similares no caso concreto.

Esse raciocínio é corroborado pela exposição de motivos do Código, na qual o legislador expressamente trata de situações idênticas e posicionamentos diferentes, além de mencionar organicidade e coesão. Não se compreende como problemática a moldura fática dada a cada caso concreto pelo Judiciário, mas sim a solução jurídica empregada na interpretação do direito a ser aplicado.

Há, em verdade, um estado primitivo do precedente abordado por Schauer, no qual se busca estabelecer a vinculação vertical e horizontal das decisões judiciais no sistema processual brasileiro. A vinculação vertical extrai-se do papel uniformizador dos Tribunais a que alude a exposição de motivos. Já a horizontal é aferível nos incidentes de julgamento para casos repetitivos.

A criação judicial do direito não se confunde com o propósito uniformizador estabelecido pelo legislador. Isso porque a formulação judicial de teses ocorre em microescala



## ARTIGO

a partir de cada decisão tomada em que dada solução é adotada e reforçada (Lamy; Luiz, 2015). Cria-se judicialmente o direito ao longo do tempo, ao passo que o vigente Código de Processo Civil trouxe instrumentos mirando processos em curso simultâneo e sem que seja necessário aguardar o amadurecimento do debate.

A evolução das decisões judiciais gera o desenvolvimento da tese jurídica, por meio do compartilhamento dos esforços argumentativos em cada caso concreto novo que se apresenta ao Poder Judiciário. A interpretação hermenêutica do direito não se resume a simplesmente reproduzir textos de lei, jurisprudência ou provimentos vinculantes como se normas fossem. O desenvolvimento de sentido em cada uma dessas fontes revela-se de maneira histórica, com a atualização das possibilidades compreensivas e da conformação entre o passado do texto e seu presente (Abboud, 2021).

O atual Código de Processo Civil, portanto, não trouxe disposições específicas para tutelar a evolução do direito e a interpretação hermenêutica quando disciplinou a litigância repetitiva. Voltou-se para a gestão do fenômeno dos processos em massa e para a coerência da jurisprudência.

Valorizou, contudo, a impessoalidade do Poder Judiciário ao buscar fazer prevalecer os provimentos judiciais vinculantes em face do entendimento pessoal de cada julgador. Nesse ponto, a codificação civil proposta aproxima-se das considerações de Schauer sobre impessoalidade, segurança jurídica, estabilidade, coesão e promoção da confiança na jurisdição. Em contrapartida, também se aplica à atual codificação a advertência de Schauer sobre eventual resultado subótimo advindo da aplicação dos provimentos vinculantes.

Por essas razões, muito embora se reconheça a diferença de premissas de que parte Schauer ao retratar o sistema de precedentes da *common law* e da realidade fática brasileira, é possível fazer uma leitura de suas análises sobre a força vinculante do precedente à luz do nosso sistema processual.

A abstração do precedente traz a abertura para a evolução do direito por meio das decisões judiciais. Com a criação de teses pelos Tribunais e, notadamente, pelas Cortes



Superiores no Brasil, a evolução dos entendimentos passará por similar processo de abstração, embora metodologicamente distinta.

O tratamento das demandas repetitivas de modo uniforme também permite que se procurem notas conceituais comuns e agrupamentos naturais, sociais ou culturais para se decidir de forma coerente e com a diferenciação necessária à evolução do direito.

### 3 O ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA REPETITIVA NO BRASIL À LUZ DO EFEITO PROSPECTIVO DO PRECEDENTE DE SCHAUER

A identificação de um precedente passa pela análise da similaridade ou da diferença entre a situação atual e o que foi decidido anteriormente. É possível que haja alguns aspectos similares e outros diferentes. Nesses casos, para se determinar a similaridade necessária aos precedentes, busca-se a *ratio decidendi* do precedente.

A doutrina dos precedentes vincula os juízes a decidirem casos similares por meio da avaliação das razões essenciais para o deslinde de causas anteriores. A forma de se encontrar a razão de decidir está, para Schauer, nas palavras usadas no precedente (Schauer, 2012).

Marinoni (2023) sustenta que a formulação de precedentes no Brasil consiste na atribuição de sentido ao direito pela Corte, de modo que o ato produzido passa a ser autônomo em relação à lei e agrega à norma jurídica. Dessa forma, as teses fixadas pelos nossos Tribunais no enfrentamento da litigiosidade repetitiva, muito embora não observem a historicidade e as peculiaridades dos precedentes da *common law*, tornam-se enunciados normativos autônomos e vinculantes aos casos futuros.

A aplicação dessas teses fixadas depende do estabelecimento de conexão entre casos e encontrar a similaridade e a diferença entre eles. Os juízes que as fixarem devem levar em consideração os standards legais aceitos e, para Schauer, prever os futuros usos do julgamento presente para novos casos.



Isso se deve ao fato de que as razões de decidir declinadas serão posteriormente utilizadas para os casos futuros, independentemente de o julgador em questão concordar ou não que a solução jurídica adotada foi a melhor possível.

Chama-se de aspecto prospectivo do precedente (ou do provimento judicial vinculante, no caso do Brasil), justamente, essa potencialidade que uma decisão judicial tem de influir nas decisões futuras. As generalizações, os conceitos e a interpretação normativa do julgador transcenderão aquele caso e passarão a integrar a ordem jurídica vigente.

Critica-se esse chamado efeito prospectivo sob o argumento de que não é possível separar o fato da norma e uma decisão injusta não se tornará correta simplesmente por gerar regra que, inferida a partir dela, será melhor para os casos futuros (Lamy; Luiz, 2015, p. 394).

A essa crítica é possível responder, de início, com a dificuldade de se elaborar o conceito de justiça de determinada decisão. A justiça de um pode ser a injustiça para outro. Poucos casos trazem soluções facilmente detectáveis como justas ou injustas. Na maioria das vezes, as lides se situam em uma zona cinzenta de difícil delimitação de qual será a solução justa ou a mais justa.

Ademais, a defesa do efeito prospectivo em Schauer (2002) não exclui a potencial justiça da decisão. O próprio autor traz conceitos de instanciação e diferenciação do caso concreto em relação à regra posta quando a solução for aberrante e não coincidir com a justificativa da norma.

Nesse aspecto, a superação do entendimento anterior fixado em uma tese possibilita o desenvolvimento de questões laterais àquela originária e permite que se trace um perfil mais amplo do direito aplicado, por meio do qual se identifica uma realidade mais complexa. Na lição de Marinoni, há uma relação de continuidade entre a nova questão e o precedente, por meio da qual a atividade judicial se desenvolve aos poucos, tema a tema (Marinoni, 2023).

Ainda sobre a questão da injustiça do efeito prospectivo, a uniformidade de entendimentos pode, em determinado caso concreto, ser concebida como injusta pela parte sucumbente. Por outro lado, também haverá injustiça quando duas situações similares recebem tratamento jurídico diverso pelo Poder Judiciário.



## ARTIGO

A uniformidade de entendimentos traz a vantagem do argumento da estabilidade e da confiança, embora acarrete o risco de resultados subótimos. Há, também, o risco de aplicação das regras abstratas a situações não cobertas por elas. O processo de objetivação acarreta o despreendimento da regra em relação aos fatos, segundo a neutralidade dos precedentes sustentada por Schauer.

O risco de aplicação equivocada das teses fixadas pelos tribunais não difere do risco ordinário que existe da aplicação equivocada das leis pelos poderes Executivo e Judiciário. Não há um incremento de risco, à primeira vista, mas a transferência desse risco quanto ao momento de sua verificação, se na elaboração da lei ou na fixação de teses.

A particularidade das regras e, no enfrentamento da litigância repetitiva por teses, das teses fixadas limita a discricionariedade do julgador. A suposta falta de orientação para a caracterização do caso concreto também pode se verificar nas leis aprovadas pelo Poder Legislativo ou nos regulamentos do Executivo.

Importante anotar, ainda, que foi opção do próprio legislador atribuir ao Judiciário o dever de realizar a prognose dos possíveis resultados práticos de sua decisão, com a introdução do art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),<sup>11</sup> pela Lei nº 13.655/2018.

A determinação de que se ponderem as consequências práticas da decisão abrange as repercussões jurídicas do *decisum*. A formação de um precedente não deixa de ser uma das consequências do provimento judicial. Trabalhar com o uso futuro de uma decisão para fundamentar casos análogos é observar a determinação dada pelo próprio legislador.

Não se sustenta o recurso puro e simples a um argumento consequencialista ou pragmático na formação de teses vinculantes, mesmo porque o artigo 20 da LINDB não impôs que a avaliação das consequências práticas determinará a solução jurídica, mas tão somente que sejam levadas em consideração (Justen Filho, 2018). Busca-se harmonizar a uniformidade

---

<sup>11</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.



jurisprudencial, o tratamento da litigância em massa e as disposições do art. 20 da LINDB com o sistema processual vigente.

A atribuição principal dos tribunais é a construção do direito a partir do caso concreto, ao passo que o legislador introduz a norma partindo do plano abstrato. A complexidade da vida social torna impossível prever todos os tipos de eventos que qualquer corte enfrentará. Assim, tanto as leis precisarão se valer de certo grau de abstração, como os julgados vinculantes. A diferença metodológica de construção do direito não significa, por si só, o fracasso do sistema de enfrentamento da litigância em massa instituída pelo legislador em 2015.

O risco que se percebe é da prematuridade dos posicionamentos ante a falta de amadurecimento das discussões jurídicas antes de serem fixadas teses. Nesse ponto, Júlio César Rossi argumenta que o Brasil buscou criar um sistema de precedentes vinculantes pelos mecanismos legais instituídos no Código Processual de 2015, mas continuou preso à visão positivista e subsuntiva, o que compromete a efetividade e a coerência da jurisprudência (Rossi, 2015).

A massificação dos julgamentos também tende a diminuir os espaços para rediscussão dos temas e superação do entendimento anterior, pois julgam-se vários processos de uma só vez. Ainda, a linguagem utilizada no provimento vinculante também é ponto central, pois a norma jurídica é discurso. As normas que se extraem das decisões judiciais, explica Abboud (2021), são sempre derivadas da interpretação, daquilo que foi possível derivar das fontes jurídicas existentes. A falta de consolidação dos conceitos do provimento vinculante também pode ensejar outros óbices à pacificação da jurisprudência.

Isso porque, além da problemática da prematuridade, há risco de uso indevido de linguagem na formação das teses, com estabilização dos entendimentos judiciais sem a adequada generalização das palavras empregadas no discurso da decisão.

Assim, como se atribui à primeira Corte a tarefa de realizar a generalização, os problemas apresentados por Schauer para a identificação do precedente serão incrementados no nosso sistema.



O aspecto prospectivo poderá servir para melhorar o caráter quase precedente dos provimentos judiciais vinculantes no Brasil. Ao invés de cancelar a aplicação injusta da lei, será necessário maior rigor técnico dos formadores de teses no emprego de conceitos e das generalizações das teses fixadas.

A moldura fática utilizada para a categorização dos casos submetidos ao Judiciário não teve o mesmo destaque da uniformização das interpretações jurídicas no sistema processual de provimentos vinculantes. Tratou-se da situação emergencial de excesso de processos em trâmite, especialmente junto à Cortes Superiores, e se aceitou o risco de resultados subótimos no enquadramento fático.

A vinculação horizontal do precedente privilegia a isonomia e garante a estabilidade pela estabilidade, como explica Schauer. O argumento de Schauer é, ao cabo, uma defesa da impessoalidade na tomada de decisões. Diz o autor que as principais virtudes do *stare decisis* estão na estabilidade, confiança e previsibilidade (Schauer, 2012).

As vantagens de uma consistência decisória vieram acompanhadas de um afã uniformizador de jurisprudência e de fixação de teses, com a gestão rápida da litigância repetitiva e trouxeram o risco de teses imaturas, falta de generalizações adequadas nos casos e instrumentos relativamente enfraquecidos de verificação da moldura fática do caso presente em relação ao passado.

Saber se as vantagens desse sistema superam as potenciais desvantagens depende de mensurar a dimensão desse risco, o que somente a prática dirá. No que se refere ao intento de diminuir o número de processos, ao que tudo indica, os mecanismos ainda não surtiram o efeito desejado.<sup>13</sup>

A mudança de uma cultura jurídica de particularismo para a impessoalidade dos tomadores de decisões é processo complexo e demorado. A tomada de decisões baseada nas regras e nas teses vinculantes fixadas pelos tribunais exige nova compreensão do sistema

---

<sup>13</sup> O Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação. Durante o ano de 2022, houve elevação do acervo processual com ingresso de 31.5 milhões de processos, tendo sido baixados 30,3 milhões e diante do crescimento de casos novos em 10% e aumento em 7,4% de casos novos por mil habitantes (Brasil, 2019, p. 92).



jurídico pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo, pois não é demais olvidar a enorme parcela de contribuição do próprio Estado para a litigiosidade repetitiva no Brasil.<sup>14</sup>

Essa nova compreensão exigirá o constante aprimoramento dos instrumentos propostos pelo legislador para enfrentar a litigiosidade repetitiva, na tentativa de mitigar os riscos da generalização *a priori* dos provimentos judiciais vinculantes e de, ao menos, buscar a efetiva implementação da estabilidade pela estabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, vimos que Frederick Schauer trabalhou com o sistema de tomada de decisões com base em regras enquanto meio de buscar a estabilidade pela estabilidade. Segundo o autor, aceita-se o segundo melhor resultado e a decisão eventualmente subótima para o caso concreto, mas com o sistema ótimo de tomada de decisões em prol da segurança e da aversão a riscos,

Abordamos, ainda, como Schauer pontua as características do precedente e valoriza a impessoalidade do Poder Judiciário, ao estabelecer a força vinculante vertical e horizontal do precedente. Diz vertical a força que os provimentos das Cortes Superiores têm sobre as decisões a serem tomadas pelas instâncias inferiores. Por horizontal, compreende a vinculação do Tribunal aos seus próprios precedentes, independentemente da alteração de sua composição e da compreensão pessoal do julgador sobre o acerto da decisão. Com isso, identifica o efeito prospectivo dos precedentes, pois o tomador de decisões deverá expor sua fundamentação tendo em mente que sua decisão servirá para generalizações em casos futuros.

Exploramos como o legislador brasileiro buscou enfrentar a litigiosidade repetitiva por meio de instrumentos que viabilizem o julgamento simultâneo de processos sobre idêntica questão de direito e estabelecimento de força vinculante às teses fixadas pelos tribunais.

---

<sup>14</sup> A esse respeito, confira-se o relatório sobre os 100 maiores litigantes do Brasil produzido pelo CNJ, disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>.



## ARTIGO

Analisamos a criação dos nossos provimentos vinculantes parte da generalização feita pela primeira Corte, diferentemente do método apresentado por Schauer (2012), em que a segunda decisão é que promove a generalização ao analisar as razões de decidir da primeira decisão.

Com isso, apuramos como a divergência de metodologias acarreta o risco de formação de provimentos vinculantes prematuros, dificuldade de compreensão das generalizações feitas e necessidade de reformulação das teses quando de sua aplicação pelas demais instâncias.

Verificamos que o efeito prospectivo do precedente e, no nosso caso, dos provimentos vinculantes, desempenha papel central na formulação das teses, para permitir que se identifiquem as generalizações e se apliquem corretamente as teses fixadas, uma vez que não houve tratamento legislativo tão aprofundado sobre a moldura fática.

A preocupação com o efeito prospectivo dos provimentos vinculantes foi expressamente adotada pelo art. 20 da LINDB. Não se trata de defender aplicação pura e simples do argumento consequencialista, mas sim da necessária observância ao intento do legislador para interpretar de forma coerente todo o ordenamento jurídico, conferir estabilidade, velar pela segurança jurídica aos casos futuros e criar condições para a redução da litigiosidade repetitiva e o assoberbamento do Poder Judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. [livro eletrônico]. 5. ed. e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.





BRASIL. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 15-41, nov./2018.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, ano 40, p. 383-402, dez./2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC [livro eletrônico]. 5. ed. e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012.

SCHAUER, Frederick. Why precedent in law and elsewhere is not totally or even substantially: about analogy. In: **Perspectives on Psychological science**, v. 3, n. 6 p. 454-460, 2008.