

IGUALDADE ESSENCIAL COMO PARÂMETRO PARA UNIFORMIZAR ENTENDIMENTOS E PROPORCIONAR SEGURANÇA JURÍDICA

José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes¹

Resumo: Este artigo tem como finalidade examinar a aplicabilidade do critério da igualdade essencial para fins de uniformização de entendimentos. O ordenamento jurídico brasileiro almeja que os casos iguais sejam julgados igualmente, a fim de proporcionar aos jurisdicionados segurança jurídica, no sentido de previsibilidade. Existem dois métodos para que se defina se dois casos são iguais: o da igualdade absoluta e o da igualdade essencial. Para o julgamento de recursos baseados em divergência jurisprudencial, o CPC/2015 estabeleceu a identidade essencial, após ambos os métodos terem sido utilizados. Na aplicação dos precedentes, os tribunais têm utilizado, principalmente, a identidade absoluta. Porém, o critério da identidade essencial consegue entregar, de forma mais ampla, coerência interpretativa e previsibilidade, razão pela qual deve ser utilizado. É o que será revelado por meio de estudo legal, doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Processo civil. Uniformização de entendimentos. Julgamento de casos iguais. Identidade absoluta. Identidade essencial.

RELEVANT SIMILARITY AS METHOD TO HARMONIZE UNDERSTANDINGS AND PROVIDE LEGAL CERTAINTY

Abstract: This paper deals with the applicability of the relevant

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

similarity method to harmonize understandings. The Brazilian legal system wants that the equal cases have the same judgment, with the purpose of provide legal certainty, in the meaning of predictability. There are two methods to define whether two cases are equal: the absolute identity and the relevant similarity. For the judgment of appeals based in jurisprudence divergence, the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure establishes the relevant similarity, after the use of both methods. In the precedents application, Brazilian courts have mainly used the absolute identity. However, the relevant similarity can give, more widely, coherence of understandings and predictability, reason why must be used. It will be demonstrated through legal, doctrinary and jurisprudencial study.

Keywords: Civil procedure. Understandings harmonization. Judgment of equal cases. Absolute identity. Relevant similarity.

Sumário: Introdução. 1 Dispersão interpretativa e julgamento de casos iguais. 2 Critérios para aferição da identidade: igualdade absoluta e igualdade essencial. 3 Identificação da igualdade de casos em divergência jurisprudencial. 4 Aferição da igualdade no sistema de precedentes. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



e um lado, a atividade criativa e a convicção de cada magistrado tendem a proporcionar que casos iguais sejam julgados de maneiras diferentes. De outro, o sistema processual busca segurança jurídica, de modo a conferir previsibilidade aos jurisdicionados. Por consequência, é ideal que, ao final, se chegue a uma harmonização interpretativa e que os casos iguais sejam decididos igualmente.

A fim de concretizar esse objetivo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos para uniformização de entendimento, dos quais se valem principalmente os tribunais superiores, incumbidos que são justamente da tarefa de dar unidade ao direito. Tradicionalmente, essa atividade vem sendo praticada através do julgamento dos recursos de natureza extraordinária. Avançando nesse ponto, o Código de Processo Civil de 2015 prevê técnicas especiais para formação de precedentes: o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o incidente de assunção de competência (IAC) e o julgamento de recurso extraordinário na sistemática de repercussão geral.

Ao julgar recurso especial baseado em divergência jurisprudencial e recurso de embargos de divergência, cabe ao tribunal superior analisar, em juízo de conhecimento, se existe, realmente, uma divergência em torno de casos iguais. Se a resposta for positiva, caberá a ele decidir qual dos dois entendimentos deverá prevalecer. Já um precedente proferido por meio das aludidas técnicas especiais previstas no CPC deve ser aplicado a casos iguais, de modo a que se siga o entendimento dele constante.

Surge, então, na prática, a inevitável indagação: *o que são casos iguais?*

Dois são os critérios para aferição da igualdade entre dois casos: o da identidade absoluta e o da identidade essencial, sendo este último ligado à analogia, à semelhança do que acontece com a aplicação do precedente nas jurisdições de *common law*.

A resolução desse problema, com a definição do critério, é de grande importância. Na composição de divergência jurisprudencial, muitas vezes se exigiu a identidade absoluta. Os precedentes surgidos com o advento do CPC igualmente vêm sendo aplicados, na maioria das vezes, à luz da identidade absoluta, por meio da incidência da tese jurídica. Todavia, o método da identidade essencial é capaz de, num espectro muito mais amplo,

proporcionar coerência às decisões judiciais e segurança jurídica, no sentido de previsibilidade.

Ao final deste artigo, chegar-se-á à conclusão de que se deve empregar a técnica da identidade essencial para que se concretize, com maior intensidade, o objetivo da segurança jurídica, seja na hipótese de divergência jurisprudencial, seja como uma das maneiras de aplicação dos precedentes.

1 DISPERSÃO INTERPRETATIVA E JULGAMENTO IGUAL DE CASOS IGUAIS

No período pós-Revolução Francesa, adotou-se a concepção de vinculação estrita dos juízes à letra da lei, como forma de evitar o retorno aos arbítrios da época absolutista, que contavam com a participação dos magistrados, vinculados que eram aos monarcas. Os juízes, no novo interstício que se inaugurou, deviam realizar procedimento estritamente silogístico de aplicação da lei ao caso concreto seguindo a máxima de que eram a boca da lei, sendo-lhes vedada qualquer margem interpretativa.² A ideia era a de que o legislador regulava, expressamente, todos os fatos ocorrentes no mundo empírico.

Todavia, as sociedades atuais são complexas e dinâmicas e a atividade legislativa, atada que é às deliberações democráticas, não consegue acompanhar as evoluções sociais regulando juridicamente todas as situações ocorrentes no mundo dos fatos, o que propicia a existência de lacunas. Devido a isso, não raramente os magistrados se deparam com os chamados *hard cases*, casos complexos cuja resposta não está na letra da lei. Ao mesmo tempo, o legislador, a fim de permitir o encaixe da legislação às mudanças sociais, se vale de técnicas que demandam alto grau interpretativo, como princípios, cláusulas gerais e

² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

conceitos indeterminados. Não há dúvida, efetivamente, de que na atualidade o sistema jurídico não só permite como exige do juiz, em maior ou menor grau, atuação interpretativa.³

O trabalho interpretativo dos magistrados enseja, conseqüentemente, o surgimento de respostas jurisdicionais diversas, que variam conforme a convicção de cada julgador.

De outro lado, um dos elementos processuais centrais da atualidade, inclusive do ordenamento brasileiro, é o julgamento igual de casos iguais. Como se diz no jargão do *common law*, “like cases should be treated alike”.⁴ Essa ideia de julgar do mesmo modo os casos iguais, própria do Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a segurança jurídica.

A segurança jurídica, aqui, ensina Teresa Arruda Alvim, “liga-se à necessidade de que pautas de conduta sejam conhecidas, de molde a permitir o planejamento das ações, sem surpresas posteriores”.⁵

É a ideia de previsibilidade, de que o jurisdicionado não seja surpreendido com os entendimentos adotados pelos juízes. Ao contrário, os jurisdicionados devem poder, na maior medida possível, prever a compreensão do Judiciário, isto é, saber como determinado fato é entendido juridicamente por esse Poder. Se uma mesma situação fática ocorrida com mais de um jurisdicionado recebe interpretações diferentes de acordo com a convicção de cada juiz, a tendência é a de que a previsibilidade se enfraqueça. Em sentido contrário, se o Judiciário, julgando processos

³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 160/164.

⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 194.

⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico] : na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes / Teresa Arruda Alvim*. – 2. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. RB-3.1.

de diferentes jurisdicionados, dá a mesma interpretação para aquele hipotético fato, a tendência é a de que os submetidos ao Poder Judiciário saibam o que dele esperar.

Pertinente mencionar, aqui, a lição de Frederick Schauer sobre o valor da previsibilidade das decisões judiciais: “A habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido”.⁶

Luiz Guilherme Marinoni reflete sobre a importância de a doutrina conscientizar-se de que, “diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade”.⁷

Nesse contexto se pode perceber a importância da atuação dos tribunais e do que se denomina direito jurisprudencial. Como se extrai do que é prescrito no art. 927 do CPC, os tribunais, ao formarem as respectivas jurisprudências sobre determinada questão jurídica, devem nortear os magistrados que os compõem, o que eleva as chances de os casos iguais serem tratados da mesma maneira. Essa relevância é ainda maior quanto aos tribunais superiores, já que a missão que lhes é dada pela Constituição, muito mais do que realizar justiça e apreciar os direitos subjetivos das partes, é a de garantir integridade ao direito objetivo, é a definição de interpretações que passem a ser adotadas em suas respectivas áreas de abrangência.

Tendo em vista que a legislação exige papel interpretativo, em maior ou menor grau, e que os tribunais superiores são responsáveis pelo estabelecimento da interpretação correta, essas cortes, em especial, são criadoras de verdadeiras pautas de

⁶ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: Fredie Didier Jr et al (Cord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. v. 3. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 78.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, vol. 172/2009, p. 175/232.

conduta para os jurisdicionados. Nesse sistema que objetiva, por meio das definições interpretativas pelos tribunais superiores, o julgamento igual de casos iguais, os acórdãos devem ser coerentes entre si e expressar a integridade do sistema jurídico, o que é determinado pelo art. 926 do CPC.⁸ Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni, “A coerência e a integridade das decisões judiciais representam a exigência de um sistema jurídico lógico”.⁹

A uniformização de entendimento pelos tribunais superiores vem sendo desenvolvida, tradicionalmente, através do julgamento dos recursos de natureza extraordinária, quais sejam o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o STJ, previstos nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, além dos embargos de divergência, com previsão no art. 1.043 do CPC, para dirimir o dissenso interpretativo *interna corporis* no âmbito das cortes superiores.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015, dada a importância atribuída pelo legislador às questões aqui tratadas, instituiu técnicas especiais de julgamento e definição de entendimentos pelos tribunais (especialmente pelos superiores) com alto grau de vinculação, quais sejam o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o julgamento de recursos especiais e recursos extraordinários repetitivos, o IAC e a sistemática de repercussão geral para julgamento do recurso extraordinário individual.

Se a finalidade desse sistema é a de assegurar que casos

⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.5.

⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.5.

iguais sejam tratados igualmente, o cumprimento desse objetivo passa, como dito, pelo estabelecimento de um critério para definição da igualdade de casos.

2 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA IDENTIDADE: IGUALDADE ABSOLUTA E IGUALDADE ESSENCIAL

A aferição da identidade de casos para fins de uniformização de entendimento pode ser realizada mediante a utilização de dois critérios, o da igualdade absoluta e o da igualdade essencial.¹⁰

O parâmetro da identidade absoluta impõe, como é sugerido pela própria denominação, que haja integral identidade entre os fatos tidos como relevantes para a incidência da consequência jurídica. Não se exige, é importante enfatizar, absoluta identidade entre as totalidades dos fatos dos processos, e sim entre os fatos que dizem respeito à incidência da norma jurídica, da consequência jurídica sobre a qual se discute.¹¹

Exemplo disso é o que ocorre no agrupamento de casos, para julgamento em regime de recursos especiais repetitivos, em que os consumidores discutem a ilegalidade da cobrança de assinatura básica por parte das companhias telefônicas. Pelo método, o entendimento firmado tem sua aplicabilidade restrita às ações propostas para discutir cobrança de assinatura básica por companhias telefônicas. Observe-se que alguns dos fatos dos processos são absolutamente irrelevantes à atração da consequência jurídica e, por isso, não precisam ser idênticos, a exemplo da idade e da profissão dos consumidores. Devem ser

¹⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 194/195.

¹¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 194.

totalmente idênticos, porém, os fatos atrelados à implicação jurídica: ocorrência de cobrança de assinatura básica por companhia telefônica.¹²

O critério da igualdade essencial, por sua vez, estabelece a aplicação de mesmo entendimento quando, dizem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “o que há de comum entre os casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas fortemente significativo, em torno dos quais podem estar fatos completamente diferentes”.¹³ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero dizem que “É a partir desses fatos jurídicos essenciais – isto é, fatos qualificados juridicamente que se mostraram relevantes para a tomada da decisão – e das razões que serviram para solução desses fatos é que deve ser buscada a semelhança (...)”.¹⁴

O que se exige, pelo critério da igualdade essencial, é que entre os casos exista uma *semelhança fática* que permita a aplicação do mesmo raciocínio jurídico. Como Frederick Schauer bem sintetiza, uma “relevant similarity”.¹⁵ Trabalha-se com a consideração dos fatos jurídicos relevantes para a conclusão jurídica adotada, abstraindo-se os aspectos fáticos irrelevantes ao raciocínio.

É um critério refinado, que exige a percepção da essência dos casos para que se avalie a possibilidade de se decidir da mesma forma ainda que os fatos não sejam iguais. Técnica bastante semelhante à adotada nos países de *common law* para fins

¹² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 194/195.

¹³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 195.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 154.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p. 45.

de aplicação do precedente mediante a vinculação da *ratio decidendi* (ou *holding*).¹⁶ Rupert Cross e J. W. Harris, no brocardo de que “judgments must be read in the light of the facts of the case in which they are delivered”¹⁷, deixam claro que o trabalho com os precedentes no *common law* tem como ponto nevrálgico a precisa identificação dos fatos.

A ocorrente dificuldade de identificação dos fatos relevantes é uma das causas dos inúmeros estudos concernentes ao método de uso dos precedentes nos países de *common law*.

Arthur Lehman Goodhart, em um desses estudos, menciona que de uma grande quantidade de fatos que ao magistrado é apresentada, alguns são escolhidos por ele como significativos e justamente com esteio nesses é que chega a uma conclusão. Por isso, a tarefa a ser realizada na análise de um precedente não é considerar a totalidade dos fatos e a conclusão, e sim verificar os fatos tidos pelo juiz como relevantes e a conclusão neles baseada. Após essa identificação de quais foram os fatos tidos como importantes para a decisão, deve-se passar a constatar o preceito normativo gerado na decisão (que se aplica aos casos posteriores).¹⁸

Da mesma forma, a professora estadunidense Toni M. Fine, abordando a lida com o *case law*, destaca a importância da distinção dos fatos importantes para a decisão da corte. Referidos fatos são cruciais para a aplicação da decisão a futuros casos, razão pela qual a parte que almeja que a seu caso seja aplicado um determinado precedente deve demonstrar que tais elementos

¹⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 196/197.

¹⁷ Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1961), 4. ed., Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 43. apud MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 152.

¹⁸ GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Yale Law Journal, Vol. 40, nº. 2 (Dec., 1930), p. 161/183.

fáticos essenciais de seu processo são *análogos* aos fatos relevantes do precedente.¹⁹

A Autora igualmente enfatiza a relevância da compreensão da *holding*, isto é, a resolução da questão jurídica feita no precedente. Para isso, deve-se levar em conta os aludidos fatos relevantes, a decisão da corte e a motivação. O raciocínio utilizado no precedente para resolver o problema jurídico reflete uma regra que é um princípio geral a ser aplicado nos casos subsequentes que sejam análogos e permitam a mesma compreensão jurídica.²⁰

Sendo assim, o uso dos precedentes demanda atividade argumentativa dos advogados, seja para demonstrar que ele é aplicável (mediante a defesa de que os fatos essenciais dos dois casos são análogos), seja para defender não ser ele incidente (ai se demonstra que as situações fáticas essenciais não são equivalentes).²¹

Para a boa compreensão dessa técnica, é imprescindível a análise de alguns casos concretos.

O caso *Donoghue v. Stevenson*, julgado pela *House of Lords*, era de uma mulher, Mrs. Donoghue, que, ao servir-se de uma bebida da fabricante e engarrafadora *Stevenson & CO*, se deu conta de que havia dentro da garrafa opaca restos de um caracol em decomposição, o que lhe provocou danos gástricos e mentais. Por essa razão, a consumidora processou a fabricante de bebidas. A despeito da ausência de contrato entre a empresa e Mrs. Donoghue, a *House of Lords* entendeu ser devida a responsabilização, tendo em vista que a empresa, na fabricação do

¹⁹ FINE, Toni M. *An introduction to the anglo-american legal system. The global law collection*. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2007, p. 63/64.

²⁰ FINE, Toni M. *An introduction to the anglo-american legal system. The global law collection*. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2007, p. 64/66.

²¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.3.

produto, tinha o dever de tomar precauções para não causar danos ao consumidor último.²²

Frederick Schauer promove a comparação entre esse caso e o *MacPherson v. Buick Motor Company*. Neste último, um consumidor adquiriu um automóvel fabricado pela *Buick Motor Company* e posteriormente sofreu danos em razão de rodas defeituosas que haviam sido fabricadas por outra empresa e incorporadas ao automóvel pela *Buick*, razão pela qual pretendeu a responsabilização desta por esses danos. A *New York Court of Appeals* entendeu pela responsabilidade da *Buick Motor Company*, em que pese a inexistência de vínculo contratual entre essa empresa e o consumidor.²³

Os dois casos são considerados correspondentes, um britânico e outro norte-americano, quanto à responsabilidade civil extracontratual objetiva. Eis a semelhança entre os dois casos: tratam-se de relações de consumo; os defeitos causaram danos; o defeito não era visível de imediato (o que demonstra a importância do fato de a garrafa do primeiro caso ser opaca).²⁴ Além disso, em ambos não há liame contratual entre o consumidor e a empresa acionada.

Também se pode pensar na igualdade essencial no caso de um paciente do Serviço Único de Saúde que, tendo em vista a gravidade de seu caso, propõe ação judicial para pleitear preferência no transplante de órgãos. Imagine-se, também, o de um enfermo que almeja, judicialmente, fornecimento de medicamento caro que não consta da lista de fornecidos pelo Estado. As hipóteses são iguais na essência: no primeiro, salvar a vida do paciente, dando prioridade a seu transplante, pode prejudicar um outro paciente que perca seu lugar na “fila”; no segundo, a

²² SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p. 46.

²³ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p. 45.

²⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p. 46.

utilização do dinheiro público para fornecimento do remédio caro pode implicar a falta de verba para custear e fornecer medicamentos mais baratos e que beneficiem grande parte da população.²⁵

Apesar da distinção entre transplante e fornecimento de medicamento, em ambos o atendimento à solicitação do paciente pode prejudicar um outro cidadão preterido. Discute-se a possibilidade, ou não, de o Judiciário interferir na atividade do Executivo e correr o risco de resolver um problema e criar outros.²⁶

No tema 948 de recursos especiais repetitivos, discutia-se a legitimidade de não associado para executar sentença proferida em ação civil pública ajuizada por associação de consumidores em substituição processual. O STJ firmou a tese de que todos os beneficiados pela procedência do pedido podem executar a sentença, independentemente de serem filiados à associação autora da ação civil pública.²⁷ Chegou a essa conclusão porque o caso não é de ação coletiva ordinária proposta mediante legitimação ordinária em representação processual (hipótese que, de acordo com o STF, exige a filiação prévia do associado para a execução da sentença); em verdade, trata-se de ação coletiva substitutiva proposta com autorização por legitimação extraordinária.

²⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 195.

²⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 195.

²⁷ “Em ação civil pública proposta por Associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à Associação promotora”. (STJ, Tema/Repetitivo Nº 948. Disponível em:

<
https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=948&cod_tema_final=948 >. Acesso em: 12 jun. 2021).

Como se nota, a particularidade de ser uma ação civil pública proposta por associação substituta de consumidores não foi, exatamente, o fator preponderante para a conclusão do STJ. Os fatos reputados essenciais, que definiram a conclusão, foram o de ser ação proposta em caráter de substituição processual (ao invés de representação), mediante legitimação extraordinária (e não legitimação ordinária). Assim, podem ser considerados essencialmente iguais os casos de ação ajuizada em substituição processual a partir de legitimação extraordinária, independentemente de serem ação civil pública de associação de consumidores. Tanto assim, que a própria ementa do acórdão menciona, como exemplo, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF).²⁸

Já no tema 955 de recursos especiais repetitivos, o STJ decidiu caso em que participante do plano previdenciário privado buscava incluir nos proventos de complementação de aposentadoria os valores de horas extraordinárias habituais incorporadas ao salário em razão de decisão judicial trabalhista. O STJ entendeu que o participante do plano tem direito à inclusão, no benefício previdenciário complementar, das horas extras incorporadas ao salário por decisão judicial. Fixou algumas regras para que esse direito seja assegurado.²⁹ O que se estabeleceu no aludido tema de repetitivos foi, em linhas gerais, que se uma parcela é incorporada ao salário por decisão trabalhista, o participante pode pleitear sua inclusão no cálculo do benefício de complementação de aposentadoria.

A particularidade de a verba trabalhista objeto de julgamento no Tema ser horas extraordinárias não foi aspecto

²⁸ STJ, Tema/Repetitivo Nº 948. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=948&cod_tema_final=948 >. Acesso em: 12 jun. 2021.

²⁹ STJ, Tema/Repetitivo Nº 955. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1312736 >. Acesso em: 12 jun. 2021.

relevante ao raciocínio adotado pelo Tribunal. O caso pode ser considerado essencialmente igual a outro em que um participante almeje seja integrado a seu benefício o valor de uma parcela trabalhista qualquer que tenha sido incorporada ao salário por decisão trabalhista. Por essa razão é que em seguida houve afetação de recurso em outro tema, o 1.021, em que se adotou compreensão jurídica idêntica, desta vez para, genericamente, quaisquer verbas remuneratórias incorporadas ao salário por decisão trabalhista.³⁰

É importante que se tenha em conta, aqui, que sempre é possível chegar-se à semelhança fática entre os casos, ainda que se tratem de fatos complexos e não usuais. Como Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas ensinam, “Mesmo os casos que envolvem fatos complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, (...)”.³¹ Trata-se de extrair dos fatos, por mais peculiares que sejam, aquilo que é verdadeiramente importante à solução jurídica.

Da mesma forma, Rodrigo Barioni diz que a interpretação e aplicação dos precedentes de *common law* – que funciona com base na igualdade essencial, como se tem demonstrado – segue a regra de buscar categorias mais amplas nas quais se possa enquadrar os fatos, de modo a abranger outras situações.³²

Para a utilização da técnica em referência, é imprescindível a adequada descrição fática nas decisões judiciais³³, o que

³⁰ STJ, Tema/Repetitivo Nº 1.021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1778938>. Acesso em: 12 jun. 2021.

³¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 609.

³² BARIONI, Rodrigo. *O que podemos aprender sobre precedentes em um recente julgamento da Suprema Corte dos EUA?* Revista de processo, vol. 312/2021, p. 279/299.

³³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito*

reforça a importância do dever de fundamentação das decisões em um sistema jurídico que pretende uniformização de entendimentos e julgamentos iguais de casos iguais.

O bom funcionamento de um ou outro critério guarda relação com o tipo de norma jurídica em discussão. Quando se cuida de normas jurídicas que não conferem grande margem interpretativa, como as tributárias, os fatos relevantes à solução costumam ser simples e objetivos. Pense-se, por exemplo, em uma decisão que contempla a tese de que o ISS incide no *leasing*; os casos considerados iguais são exatamente aqueles em que houve *leasing* e se discute a incidência do ISS. Facilmente, aqui se utiliza o critério da identidade absoluta.

Já as normas que ensejam elevada atividade interpretativa (princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos), como para saber se determinada pessoa é um bom pai de família, usualmente permitem que se leve em conta variadas nuances e particularidades fáticas. Esse aspecto dificulta a utilização da igualdade absoluta e favorece o uso da igualdade essencial.³⁴ Portanto, a técnica da igualdade essencial facilita o julgamento de casos cuja resposta não está na letra da lei, como os *hard cases*.³⁵

De todo modo, decidir com base em analogia, o que acontece quando se emprega o critério da igualdade essencial, é forma eficaz de assegurar coerência ao sistema jurídico, exigida

brasileiro. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 607. No mesmo sentido é a opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “É por essa razão que é imprescindível para um adequado delineamento da *ratio decidendi* a referência aos fatos do caso” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 152).

³⁴ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 203/204.

³⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 195.

pelo art. 926 do CPC. Coerência, aqui, no sentido de que as regras componentes do sistema jurídico devem fazer sentido juntas.³⁶ Sejam as extraídas diretamente da lei, sejam as retiradas diretamente das decisões judiciais com interpretação da lei, as regras devem ser harmônicas no sistema. As interpretações legais que redundam em pautas de conduta emanadas dos tribunais superiores devem ser harmônicas e iguais para casos que permitam um mesmo raciocínio, a despeito de não serem exatamente idênticos.

Na prática, o benefício dessa coerência é uma maior previsibilidade aos jurisdicionados. Isso porque saberão que aquele entendimento do tribunal superior se aplica não apenas àquele determinado fato julgado, mas a um espectro maior de fatos que permitam aquela mesma compreensão. As pautas de conduta dos tribunais tendem a ser, então, mais abrangentes e podem servir de norte, por exemplo, para casos novos e complexos, que dificilmente guardam identidade absoluta com outros casos.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “Quanto mais aparelhado for um sistema para reconhecer a identidade essencial entre casos, cujos fatos não sejam absolutamente idênticos, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá obter”.³⁷

Diante dessas ponderações, é necessário pensar na aplicabilidade dos referidos dois critérios na composição de divergência jurisprudencial e no sistema de precedentes.

3 IDENTIFICAÇÃO DA IGUALDADE DE CASOS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista de Processo, vol. 893/2010, p. 33/45.

³⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 197.

Uma das técnicas de uniformização de entendimento pelos tribunais superiores é a da resolução de divergência jurisprudencial por meio do recurso especial e dos embargos de divergência. O tribunal superior, nesses casos, se depara, ao exercer o juízo de conhecimento do recurso, com o dever de avaliar se os acórdãos recorrido e paradigma tratam de casos iguais. *Absolutamente ou essencialmente iguais?*

O art. 105, III, “c”, da Constituição Federal prevê o cabimento de recurso especial quando a decisão recorrida “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”.³⁸ Essa previsão está diretamente ligada, ensina Osmar Mendes Paixão Côrtes, à tarefa do Superior Tribunal de Justiça de dar à norma jurídica um único sentido e, portanto, dar unidade de interpretação à legislação federal infraconstitucional, como forma de manutenção do modelo federativo de Estado.³⁹

A seu turno, o recurso de embargos de divergência é previsto no art. 1.043 do CPC para o caso de o acórdão de órgão fracionário do STF ou do STJ, no julgamento de recurso extraordinário ou recurso especial, divergir do julgamento de, em regra, outro órgão do mesmo tribunal.⁴⁰ Se os órgãos colegiados do mesmo tribunal superior têm interpretação distintas sobre uma mesma norma, é imprescindível que o impasse seja resolvido por um órgão superior que diga qual é, efetivamente, a interpretação do tribunal. O recurso se justifica, percebe-se, pelo papel dos tribunais superiores de dar a última palavra

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³⁹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. – 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 145/148.

⁴⁰ Excepcionalmente, o § 3º do art. 1.043 do CPC autoriza o cabimento de recurso de embargos quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada. É necessário que tenha havido alteração em mais da metade dos membros da turma.

interpretativa sobre a legislação federal.⁴¹

O dissenso pretoriano a ser resolvido pelo tribunal superior é caracterizado, como se pode depreender, quando houver interpretações jurídicas distintas. Cabe, então, definir, se interpretações jurídicas diferentes sobre casos necessariamente idênticos ou também quanto a casos semelhantes.

Há decisões do STJ que recusam o conhecimento de recurso por divergência jurisprudencial em razão de as situações decididas (no acórdão recorrido e no acórdão paradigma) não serem *inteiramente idênticas*.⁴² Restringe-se, assim, a divergência jurisprudencial às hipóteses de identidade absoluta, afastando o critério da identidade essencial. Existem outras que, diferentemente, seguem o critério da igualdade substancial e expressam a possibilidade de ocorrência de divergência jurisprudencial em torno de fatos semelhantes.⁴³

A celeuma foi resolvida com o advento do CPC de 2015, o qual, no § 1º do art. 1.029 (recurso especial) e no § 4º do art. 1.043 (embargos de divergência), adota expressamente o método da igualdade essencial quando diz que o recorrente, ao comprovar a divergência jurisprudencial, mencionará as circunstâncias que identifiquem ou *assemelhem* os casos confrontados.

Aplicam-se, na uniformização de entendimento pela via da composição de divergência, os benefícios da identidade essencial já aludidos antes, notadamente o reforço da coerência das interpretações e o robustecimento da segurança jurídica no

⁴¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. – 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 196.

⁴² Nesse sentido: “Quando não se verifica diversidade de tratamento jurídico aplicado a situações inteiramente idênticas, afasta-se o indicado dissenso pretoriano”. (STJ, AgInt no AREsp 416362/RJ, 3ªT, j. 02/08/2016, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 22/08/2016). No mesmo sentido: STJ, REsp 698176/RO, 4ªT, j. 19/04/2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06/08/2007.

⁴³ Nessa linha: STJ, AgRg nos EREsp 1024574/TO, Corte Especial, j. 31/08/2011, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 22/09/2011; STJ, REsp 79013/DF, 4ªT, j. 26/10/1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/12/1999.

sentido de previsibilidade. Consequentemente, andou bem o legislador ao prever, de forma explícita, o critério da igualdade substancial para a configuração de divergência jurisprudencial. Da mesma forma, correto o STJ quando utiliza esse método.

4 AFERIÇÃO DE IGUALDADE NO SISTEMA DE PRECEDENTES

São abordados, agora, os precedentes proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, incidente de assunção de competência (IAC) e julgamento de recurso extraordinário individual na sistemática de repercussão geral. Uma característica comum entre eles é o cabimento da reclamação (art. 988 do CPC) para o caso de serem desrespeitados.

As técnicas de utilização desses precedentes são novidades no ordenamento jurídico brasileiro e suscitam importantes e pertinentes dúvidas com relação a diversos aspectos, dentre os quais o critério de identificação dos processos aos quais se deve aplicar o precedente. Isso está conectado com a identificação de qual elemento, no precedente, tem força vinculante, o que, por sua vez, se relaciona ao estabelecimento do critério para uniformização de entendimentos, se de identidade absoluta ou de igualdade essencial.

Normalmente, a técnica de julgamento do sistema de precedentes vem sendo utilizada pelos tribunais superiores mediante a edição, ao final do julgamento, de teses jurídicas, como Taís Schilling Ferraz observa. É essa tese jurídica que se tem adotado como elemento vinculante dos aludidos precedentes.⁴⁴⁴⁵

⁴⁴ FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. Revista de processo, vol. 265/2017, p. 419/441.

⁴⁵ Vide: STJ, Tema/Repetitivo Nº 298. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 12 jun. 2021; STJ, Tema/IAC Nº 4. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 12 jun. 2021; TJDFT, IRDR 15. Disponível em:

Mas essa tese jurídica não se confunde com a já mencionada *ratio decidendi* (elemento vinculante nas jurisdições de *common law*).

Esta última, já foi dito, é a essência do raciocínio jurídico utilizado pelo tribunal, é o caminho percorrido pelo tribunal para, partindo de determinados fatos considerados relevantes, chegar a uma conclusão.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni, a tese somente “descreve a situação fática e a regra jurídica a ela correspondente” e, portanto, “não pode ser vista como uma regra jurídica genérica, que possa incluir em seu bojo inúmeras situações fáticas (...)”. Não diz o motivo pelo qual se chegou à regra jurídica nem quais foram os fatos reputados essenciais à formulação da regra. O que se conclui, daí, é que “a tese jurídica representa, ou deveria representar, de fato, uma hipótese de incidência da *ratio decidendi* do precedente”.⁴⁶ Dentre as várias situações fáticas análogas que podem ser abraçadas por aquele raciocínio empreendido pelo tribunal como *ratio decidendi*, uma é a situação mencionada na tese jurídica.

Portanto, a tese jurídica em si vem sendo utilizada, no mais das vezes, para aplicação a casos fáticos exatamente idênticos (critério da identidade absoluta) àquele em que proferida.

Na tese jurídica do já referido tema 948 de recursos especiais repetitivos, por exemplo, é mencionada uma hipótese fática específica, qual seja a da ação civil pública proposta por associação, na condição de substituta processual de consumidores. A tese não informa quais foram os fatos reputados essenciais à

<<https://www.tjdft.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes/irdr/irdr-s-admitidos>>. Acesso em 12 jun. 2021; STF, Tema Nº 1.057. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 12 jun. 2021).

⁴⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.4.

formulação da regra. Além disso, não contempla o porquê da regra (de que todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promovente, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença). Portanto, encaixa-se em ações civis públicas propostas por associações, na condição de substitutas processuais de consumidores.

Essa característica – incidência em situações fáticas idênticas – faz sentido quando se pensa nos julgamentos de casos repetitivos, assim entendidos o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e recursos extraordinários repetitivos. Esses procedimentos foram criados exatamente com a finalidade de gerenciamento de questões de massa, isto é, uma mesma questão jurídica discutida em diversas ações cujos fatos subjacentes (necessários à incidência da regra jurídica) sejam absolutamente idênticos.⁴⁷ Ao julgar o aludido tema, o STJ enfatizou que a redação dada à tese (de tal maneira restrita) tinha a finalidade de aplicação repetitiva: “Para os fins repetitivos, foi fixada a seguinte tese: (...)”.

Sucedo que o gerenciamento dos casos de massa não consiste em exclusiva aplicabilidade dos precedentes e a tese jurídica não é o único elemento vinculante. O art. 927, III, do CPC estabelece que os juízes e tribunais observarão os *acórdãos*. Na mesma linha, o art. 988, IV, e § 5º, II, do CPC, ao disciplinar a reclamação, que é o instrumento manejável para, em última medida, garantir observância a aludidos precedentes, fala em observância dos *acórdãos*. O *acórdão* compreende, evidentemente, não só a tese jurídica, mas também a *ratio decidendi*, de sorte que esta última tem, assim como a tese jurídica, efeito vinculante.

Portanto, os precedentes também devem servir de

⁴⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 200.

parâmetro de uniformização de entendimento segundo o critério da igualdade essencial e ser aplicados não só às situações fáticas mencionadas em suas teses jurídicas, mas também, de forma notadamente mais ampla, a hipóteses fáticas análogas.

Tratam-se de vinculações que têm aplicabilidades práticas distintas. A tese jurídica é vinculante aos casos absolutamente idênticos, através do procedimento de julgamento seriado previsto no Código. A *ratio decidendi*, diferentemente, deve ser aplicada de maneira individual, fora do aludido procedimento e de maneira muito mais sofisticada do que a da tese, por meio da técnica já explicada em tópico anterior, de identificação dos fatos importantes e da essência do precedente, do raciocínio adotado pelo tribunal para chegar à conclusão.

Essa compreensão permite um maior aproveitamento do sistema. A prolação dos precedentes é precedida de contraditório participativo, com audiências públicas e, inclusive, possibilidade de oitiva de *amici curiae*, uma ampliação da discussão que reforça a importância dos fatos e dos argumentos/fundamentos e podem facilitar a realização de analogias.⁴⁸ Na linha do que vem sendo dito, favorece a coerência das decisões, imposta pelo art. 926 do CPC, bem como aumenta o espectro de decisões abrangidas pela previsibilidade, tendendo a robustecer a segurança jurídica.

Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni defendem que “a obrigatoriedade de respeito ao precedente não se encerra na tese jurídica” e que “(...) a *ratio decidendi* deste acórdão será aplicável também a casos que não são absolutamente iguais aos do precedente, sob o ponto de vista fático, mas devem ser decididos à luz do mesmo princípio jurídico”. Ou seja, reconhecem a utilização vinculante dos precedentes também conforme o critério da identidade essencial, e não apenas segundo a identidade absoluta. Destacam que utilizar a *ratio* dos precedentes como

⁴⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Símulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 259.

parâmetro para casos assemelhados dá maior rendimento ao sistema de precedentes e gera grau mais elevado de segurança jurídica.⁴⁹

Em semelhante sentido, Taís Schilling Ferraz diz que “A edição de teses jurídicas, tal como vem ocorrendo nos tribunais superiores, (...) vem, na prática, limitando o potencial de construção do Direito pela via dos precedentes, (...)” e que “Um sistema de respeito aos precedentes tem muito mais potencialidades que resolver casos iguais, (...)”. Por isso, defende que se deve identificar a *ratio* e aplicá-la a casos subsequentes mediante um método muito mais analógico (identidade essencial) do que silogístico (identidade absoluta). Assim, o sistema alcançará, verdadeiramente, os propósitos de segurança jurídica e estabilidade.⁵⁰

Por essa razão, exemplificativamente, a compreensão adotada pelo STJ no tema 948 se aplica, em caráter vinculante, ao julgamento de todos os casos iguais, sob o ponto de vista essencial, em que se discute a legitimidade do não associado para executar sentença proferida em ação proposta em substituição processual por legitimação extraordinária. A aplicabilidade não se restringe às ações civis públicas de associações de consumidores.

Também a título de exemplo, o raciocínio de que se valeu o STJ no tema 955 se aplica, de forma vinculante, aos casos essencialmente iguais em que um participante almeje seja integrado a seu benefício o valor de uma parcela trabalhista qualquer que tenha sido incorporada ao salário por decisão trabalhista. A aplicabilidade não se limita aos casos em que a verba incorporada seja de horas extraordinárias. Justamente por isso é que ao

⁴⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.5/34.6.

⁵⁰ FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. Revista de processo, vol. 265/2017, p. 419/441.

julgar o tema 1.021, que é mais amplo e não menciona especificamente as horas extras, o Tribunal seguiu o precedente do tema 955 e adotou compreensão jurídica idêntica.

Um aspecto cuja menção é aqui oportuna é o de que referidos precedentes, por serem acórdãos, podem ser, naturalmente, indicados como paradigmas de divergência jurisprudencial.

Hipoteticamente, uma determinada parte pretende seja aplicado ao julgamento de seu processo um certo precedente exarado pelo STJ no julgamento de recursos especiais repetitivos, tendo em vista seu caso ser análogo; em razão de o tribunal de segundo grau não seguir a compreensão adotada pelo STJ, essa parte interpõe recurso especial e aponta o precedente como paradigma de divergência jurisprudencial. Sem dúvida, o STJ teria de conhecer do recurso, por haver uma divergência em torno de situações semelhantes (art. 1.029, § 1º, do CPC). Ao promover o julgamento do mérito, a fim de decidir o entendimento correto, muito certamente o STJ adotaria o raciocínio que ele próprio teria externado antes no precedente paradigma.

Deve-se, conseqüentemente, assumir, de maneira objetiva, que os precedentes também se aplicam de forma vinculante aos casos análogos.

Por fim, é crucial que se estabeleça que a observância da *ratio decidendi* dos precedentes para a resolução de casos assemelhados é naturalmente garantida, em última medida, pela reclamação.⁵¹

CONCLUSÃO

O ordenamento processual brasileiro objetiva que os

⁵¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.5/34.6.

casos iguais sejam julgados da mesma maneira, de modo a proporcionar aos jurisdicionados segurança jurídica no sentido de previsibilidade. Para tanto, o ordenamento prevê mecanismos de uniformização de entendimentos como os recursos de estrito direito (abordados aqui, particularmente, o recurso especial por dissenso pretoriano e o recurso de embargos de divergência) e o sistema de precedentes.

Dois são os critérios para que se afira se dois casos são iguais: a identidade absoluta (deve haver absoluta identidade entre os fatos necessários à incidência da regra jurídica) e a identidade essencial (deve haver uma *semelhança* fática que permita o mesmo raciocínio jurídico). Conseqüentemente, este último critério proporciona a aplicação do mesmo entendimento não apenas a casos totalmente idênticos, mas também aos análogos.

O método da igualdade essencial é capaz de conferir maior coerência entre as decisões dos tribunais (o que é exigido pelo art. 926 do CPC) e maior previsibilidade, na medida em que os entendimentos dos tribunais (pautas de conduta) têm sua aplicação alargada para um maior espectro de casos análogos e que ensejam a mesma compreensão jurídica. Além disso, este método também facilita o julgamento de casos novos e complexos, que dificilmente guardam identidade absoluta com outros.

Para fins de conhecimento de recurso calcado em divergência jurisprudencial, deve-se utilizar, a teor dos arts. 1.029, § 1º, e 1.043, § 4º, do CPC, a identidade essencial.

Os precedentes proferidos em IRDR, julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, IAC e recurso extraordinário pela sistemática de repercussão geral são aplicáveis, de modo vinculante, não apenas aos casos absolutamente idênticos, por meio da incidência da tese jurídica a fato idêntico ao nela mencionado.

Os arts. 927, III, e 988, IV, e § 5º, II, do CPC apontam que o acórdão, todo ele, é vinculante, o que compreende não só a tese, mas também as razões de decidir. Assim, os precedentes

vinculam, sob pena do cabimento de reclamação, o julgamento de casos análogos que permitam o mesmo raciocínio, o que deve acontecer de modo individual (caso a caso) e por meio da interpretação da *ratio decidendi*.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico] : na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes / Teresa Arruda Alvim*. - 2. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado [livro eletrônico]: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-34.5.
- BARIONI, Rodrigo. *O que podemos aprender sobre precedentes em um recente julgamento da Suprema Corte dos EUA?* Revista de processo, vol. 312/2021, p. 279/299.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. – 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*.

- Revista de processo, vol. 265/2017, p. 419/441.
- FINE, Toni M. *An introduction to the anglo-american legal system. The global law collection*. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2007.
- GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Yale Law Journal, Vol. 40, nº. 2 (Dec., 1930), p. 161/183.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, vol. 172/2009, p. 175/232.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Símulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 259.
- Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1961), 4. ed., Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 43. apud MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. In: Fredie Didier Jr et al (Cord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. v. 3. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*.

- Revista de processo, vol. 172/2009, p. 121/174.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista de Processo, vol. 893/2010, p. 33/45.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- STF, Tema/Repetitivo Nº 1.057. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- STJ, Tema/IAC Nº 4. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 12 jun. 2021
- STJ, Tema/Repetitivo Nº 298. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 12 jun. 2021
- STJ, Tema/Repetitivo Nº 948. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=948&cod_tema_final=948>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- STJ, Tema/Repetitivo Nº 955. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1312736>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- STJ, Tema/Repetitivo Nº 1.021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&nu

m_processo_classe=1778938>. Acesso em: 12 jun. 2021.

STJ, AgInt no AREsp 416362/RJ, 3ªT, j. 02/08/2016, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 22/08/2016; STJ, AgRg nos EREsp 1024574/TO, Corte Especial, j. 31/08/2011, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 22/09/2011; STJ, REsp 79013/DF, 4ªT, j. 26/10/1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/12/1999; STJ, REsp 698176/RO, 4ªT, j. 19/04/2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06/08/2007.

TJDFT, IRDR 15. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes/irdr/irdr-s-admitidos>>. Acesso em 12 jun. 2021