

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)

FACULDADE DE DIREITO

VICTOR GUEDES TRIGUEIRO

**EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E TÉCNICAS DE JULGAMENTO
DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

BRASÍLIA (DF), Junho, 2014

VICTOR GUEDES TRIGUEIRO

**EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E TÉCNICAS DE JULGAMENTO
DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
exigência para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia
Nunes

BRASÍLIA (DF), Junho, 2014

VICTOR GUEDES TRIGUEIRO

**EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E TÉCNICAS DE JULGAMENTO
DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
exigência para obtenção do título de Mestre
em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes - Orientador
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Jefferson Carlos Carús Guedes
UNICEUB

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa
Universidade de Brasília

*Dedico este trabalho à minha filha, Luísa,
que, com seu sorriso, torna os meus dias
mais felizes e me motiva a ser um bom
pai.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram com a elaboração deste trabalho. Alguns registros, no entanto, são essenciais, dentre os quais, destaco, um agradecimento especial à minha esposa, Naiara, que além de me incentivar, esteve sempre disponível para cobrir os meus momentos de ausência em razão dos estudos para a elaboração final do trabalho. Registro também um agradecimento especial à Advocacia-Geral da União, na pessoa da Dra. Mônica Casartelli de Oliveira, que possibilitou o afastamento das minhas atividades regulares na AGU para a conclusão dos trabalhos. Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Jorge Amaury, que mesmo em um momento peculiar de finalização das suas atividades na Universidade, manteve-se fiel ao compromisso assumido.

RESUMO

TRIGUEIRO, Victor Guedes. **Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. 2014, 181 f. Dissertação apresentada como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito - Faculdade de Direito – Universidade de Brasília - UnB, Brasília.**

O Poder Judiciário brasileiro vive um momento de crise por não conseguir cumprir, a contento, a sua missão constitucional. Para vencer a crise que paralisa o braço de poder do Estado responsável por tutelar o direito do cidadão em juízo, uma série de medidas tem sido adotadas, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos Poderes Legislativo e Executivo. Investimentos em estrutura e pessoal, expansão dos órgãos judiciários e criação de novos paradigmas normativos tem sido algumas dessas medidas. O objetivo do presente trabalho é analisar as iniciativas legislativas que foram adotadas ao longo dos últimos anos, bem como as propostas legislativas, em especial o Projeto do Novo Código de Processo Civil, que tentam solucionar, ao menos em parte, o problema da morosidade do Poder Judiciário, que se vê paralisado diante de uma implosão de litigiosidade na sociedade brasileira, em especial no que se refere às demandas repetitivas. Para atingir o objetivo acima mencionado, parte-se da análise da teoria dos precedentes vinculantes, originária de países que adotam a tradição do *common law*, e de como os institutos que permeiam a referida teoria tem sido aplicados entre nós. Além disso, os instrumentos que instituem técnicas de resolução de demandas repetitivas mostram-se importantes para o enfrentamento do tema. Durante a evolução dos capítulos, são analisados diversos institutos do direito comparado, em especial da Alemanha, Portugal, Espanha e Inglaterra, que buscam tutelar de forma diferenciada as demandas repetitivas, com o objetivo de trazer uma referência sobre a forma através da qual países Europeus (incluindo países de tradição do *civil law*) têm enfrentado problemas similares ao que se apresenta no Brasil. Por fim, são analisados de forma criteriosa os institutos brasileiros, atuais e futuros, que enfrentam ou pretendem enfrentar o problema posto, na tentativa de aperfeiçoar a prestação do serviço jurisdicional no país.

Palavras-chave: Projeto do Novo Código de Processo Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Recurso especial repetitivo. Recurso extraordinário repetitivo. Incidente de assunção de competência. Controle abstrato de constitucionalidade. Direitos individuais homogêneos. *Common law*. *Civil law*. Precedentes vinculantes.

ABSTRACT

TRIGUEIRO, Victor Guedes. Precedents binding effects and repetitives demands trial judgement techniques on the brazilian civil procedure. 2014, 181 f. Dissertation presented as a requirement for obtaining a degree of Masters of Law – Law School – University of Brasília – UnB. Brasília

The Brazilian Judiciary Branch is facing a crises moment for failing to comply with it's constitutional mission. To overcome the crises that paralyis the branch of State responsible to protect citizen rights in court, some actions has been adopted by the three Branches of the State, Judiciary, Legislative and Executive. Structure and personnel investiments, judiciary expansion, and criation of new rules has been some of these actions. The aim of this work is to analyze the legislative iniciatives that were adopted along the past years, as well as legislative proposals, specially the New Procedure Civil Code. All these iniciatives tries to solve, at least partially, the slowness issue of the Judiciary Branch, wich sees itself paralyzed before a litigious implosion in brazilian society, specially regarding repetitive demands. To achieve the goal mentioned above, we start from the analysis of *stare decisis doctrine*, originate from countries who adopts the *common law* tradition, and from how it's institutes has been appllied among us. Besides, the instruments that institutes repetitive demands resolutions techniques are shown as important ways to face the issue. By the evolution of the chapters, several institutes of law sistems such as Germany, Portugal, Spain and England that seek to deal with repetitive demands on a different way are analyzed, tryng to bring a reference about the way European Countries (including *common law* tradition countries) have faced similar issues to those experienced in Brazil. In the end, brazilian institutes, current and futures, that faces or intend to face the issue are analyzed, in an attempt to improve the judiciary service in Brazil.

Keywords: New Civil Procedure Code Project. Repetitive demands resolution incident. Repetitive Special appeal. Repetitive Extraordinary Appeal. Jurisdiction assumption incident. Abstract Judicial Review. Homogeneous individual rights. *Common Law. Civil Law. Binding Precedents.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A BUSCA POR SOLUÇÕES.....	11
2	O PRECEDENTE JUDICIAL NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW E DA COMMON LAW.....	17
2.1	Considerações iniciais.....	17
2.2	A decisão judicial como fonte do direito e a convergência entre as tradições.....	20
3	A TEORIA DO <i>STARE DECISIS NO COMMON LAW</i>.....	24
3.1	Considerações iniciais.....	24
3.2	Técnicas de aplicação dos precedentes.....	28
3.3	<i>Ratio Decidendi e Obter Dictum</i>.....	29
3.4	<i>Distinguishing e Overruling</i>.....	31
4	OS BENEFÍCIOS DA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES.....	36
4.1	A concretização do princípio da duração razoável do processo...	36
4.1.1	Parâmetros para aferição da celeridade	38
4.1.2	O precedente vinculante e a duração razoável do processo.....	41
4.2	A segurança jurídica	42
4.3	O princípio da isonomia do jurisdicionado perante o poder judiciário.....	45
5	TÉCNICAS DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SISTEMAS DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO COMPARADO.....	48
5.1	Considerações iniciais.....	48
5.2	A experiência Alemã.....	48
5.2.1	Musterverfahren	49
5.2.2	KapMuG.....	52

5.3	A experiência Portuguesa.....	56
5.3.1	A organização do sistema judicial de Portugal.....	57
5.3.2	O regime de agregação de causas.....	60
5.3.3	O regime de tramitação preferente do CPTA.....	64
5.4	A experiência Espanhola.....	70
5.5	A experiência da Inglaterra.....	73
5.6	Considerações finais.....	75
6	A FORÇA VINCULANTE/PERSUASIVA DO PRECEDENTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO VIGENTE.....	77
6.1	Considerações iniciais.....	77
6.2	A classificação dos precedentes no Brasil.....	78
6.3	Os precedentes vinculantes no direito brasileiro.....	83
6.3.1	As súmulas vinculantes.....	86
6.3.1.1	ANTECEDENTE HISTÓRICO.....	90
<u>6.3.1.1.1</u>	<u>Da inconstitucionalidade dos assentos do direito português.....</u>	<u>93</u>
6.3.1.2	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS SÚMULAS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	97
6.3.1.3	NATUREZA JURÍDICA DAS SÚMULAS VINCULANTES.....	99
6.3.1.4	OS LIMITES OBJETIVOS DE EFICÁCIA DAS SÚMULAS VINCULANTES.....	104
6.3.1.5	OS LIMITES SUBJETIVOS DE EFICÁCIA DAS SÚMULAS VINCULANTES.....	107
6.3.2	As decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade.....	112
6.3.2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	112
6.3.2.2	OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	116
6.3.2.3	O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	121
<u>6.3.2.3.1</u>	<u>Limites objetivos e subjetivos da eficácia vinculante dos precedentes no controle abstrato de constitucionalidade.....</u>	<u>123</u>

6.4	A eficácia persuasiva dos precedentes no direito brasileiro	128
6.4.1	Considerações iniciais	128
6.4.2	As súmulas dos tribunais.....	129
6.4.3	A súmula impeditiva de recursos.....	129
6.4.4	Julgamentos monocráticos com base no artigo 557 do CPC.....	132
6.4.5	A sistemática de julgamento dos recursos repetitivos.....	133
6.4.5.1	A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL	134
6.4.5.2	A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	135
6.4.5.3	A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.....	140
7	A PROPOSTA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A SOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS E A CRIAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES	145
7.1	Considerações iniciais.....	145
7.2	Eficácia vinculante dos precedentes x técnicas de julgamento de demandas repetitivas: uma distinção necessária.....	147
7.3	O sistema de precedentes vinculantes no projeto o Novo Código de Processo Civil.....	148
7.4	O incidente de assunção de competência.....	153
7.5.	O incidente de resolução de demandas repetitivas.....	155
7.5.1	Considerações iniciais.....	155
7.5.2	Procedimento	157
7.5.3	Do julgamento.....	161
7.6	O recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos.....	164
7.6.1	Considerações iniciais.....	164
7.6.2	O julgamento dos recursos extraordinários e dos recursos especiais repetitivos.....	164
8	CONCLUSÃO	169
	REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A BUSCA POR SOLUÇÕES

O Poder Judiciário vive em um momento de crise, que encontra uma primeira e talvez incompleta explicação nas transformações que o país experimentou nos últimos anos. O próprio processo judicial encontra-se em crise, pois, segundo Dinamarco¹, ele tornou-se “incapaz de, ao mesmo tempo, tutelar adequadamente os novos e específicos conflitos, surgidos em uma sociedade em constante mutação, e de propiciar tutela jurisdicional tempestiva, ainda que para os litígios já tradicionais”.

Na análise de Nardi Neto² e Harada, a crise não se circunscreve apenas ao Poder Judiciário³. De fato, as soluções para retirar o Poder Judiciário da crise passam pela alteração de postura tanto do próprio Judiciário, quanto do Poder Executivo e Legislativo. A crise é dos três poderes, crise de Estado.

Para Harada⁴,

a liberalização política, seguida do nível de conscientização da população, que compõe a pluralista sociedade brasileira, gerou uma implosão de litigiosidade, que a nossa Justiça tradicional não tem condições de responder prontamente, tornando-se incapaz de cumprir, com a desejável regularidade, a missão que lhe cabe: a de compor as lides, isto é, a de resolver os conflitos sociais, que crescem e se diversificam dia a dia.

Segundo Porto, a modelagem judiciária do país não é capaz de oferecer soluções para os problemas da sociedade, em face, por exemplo, da multiplicidade de graus de jurisdição oferecidos ao jurisdicionado⁵.

Diante de tal crescimento, viu-se o Judiciário em meio a uma enorme demanda, à qual não conseguiu dar uma resposta a contento, por não possuir uma estrutura adequada e por não contar com mecanismos processuais aptos a lidar com

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2010. p. 200.

²NARDI NETO, Guilherme. **A pseudo-crise do poder judiciário**. Causas e consequências da morosidade judicial, 2010. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5837/A-pseudo-crise-do-Poder-Judiciario-causas-e-consequencias-da-morosidade-judicial>. Acessado em: 2 jun. 2014.

³HARADA, Kiyoshi. O Poder Judiciário em Crise. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 12. p. 82. Jul/2003. DRT/2003/424.

⁴Idem.

⁵PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamento sobre duas relevantes inovações no projeto de um CPC. **Revista Jurídica**, n. 401, 2011. p. 49.

as demandas de massa. Pode-se dizer, conforme Viafore, que uma das maiores causas do esgotamento do Judiciário tem sido o enorme volume de ações repetitivas, que reproduzem litígios calcados em fatos e fundamentos idênticos⁶.

A percepção desta crise institucional pelos próprios integrantes do Poder Judiciário fez com que se buscassem melhores condições de trabalho, objetivando entregar ao cidadão um serviço jurisdicional adequado. Novos órgãos do Poder Judiciário foram criados, como ocorreu com a interiorização da Justiça Federal. Aliado a isso, aplicando-se ao Poder Legislativo o princípio da adequação⁷, diversas iniciativas legislativas vieram para aparelhar o Poder Judiciário com instrumentos processuais adequados para fazer face à essa nova realidade que se instaurou perante o sistema judicial.

Dentre as diversas iniciativas criadas para modernizar o sistema judicial, de forma a responder adequadamente aos anseios dos jurisdicionados, pode-se citar, a internalização da doutrina do precedente. Inspirados no regime do *stare decisis*, originário das famílias de tradição do *common law*, a doutrina e posteriormente, o próprio Poder Legislativo, desenvolveram institutos processuais que tiveram o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais célere, afinal, a Constituição consagrou a duração razoável do processo como direito fundamental⁸. A morosidade judicial é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a modernização da tradição do *civil law*⁹, através de reformas constitucionais e processuais, trouxe consigo a valorização da doutrina do

⁶VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o Procedimento modelo alemão Musterverfahren e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, ano 38, v. 217, 2013. p. 258.

⁷DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm. 2011. p. 40.

⁸Antes mesmo de a Constituição Federal adotar a duração razoável do processo como direito fundamental, outros diplomas normativos internacionais já o contemplavam, como: art. 6, I da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. No âmbito americano, este direito foi reconhecido positivamente no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

⁹Expressão cunhada por Merryman e Perez-Perdomo para se referir aos ordenamentos jurídicos que adotam o civil law como modelo jurídico (MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

precedente, preocupação inexistente nos primórdios de sua configuração. A forma pela qual este sistema se apresenta tradicionalmente é resultado de profundas transformações ocorridas na sociedade europeia no século XVIII, notadamente a partir dos movimentos que deram ensejo à Revolução Francesa.

Este movimento revolucionário quebrou os paradigmas existentes até então, quando se observava a concentração dos poderes na figura do Imperador/Rei. Daí ganhou espaço a teoria de tripartição dos poderes, onde cada um dos poderes do Estado Moderno que ali surgia, receberia da Constituição a competência para atuar precipuamente em uma das manifestações de poder daquele Estado, quais sejam: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Em relação ao Poder Judiciário, verificou-se uma extrema preocupação por parte dos revolucionários com a atividade criativa dos magistrados. É que o sistema que se implantava residia basicamente no primado da Lei, na cultura da codificação.

Nesse sentido, caberia aos magistrados, portanto, a função de reproduzir, em decisões judiciais, o que a lei determinava. Apregoava-se que sua atividade de interpretação e criação do direito deveria ser reduzida ao máximo possível, evitando assim que a atividade judicial se tornasse, por via transversa, uma atividade legislativa. No ideário revolucionário, isto representaria grave afronta ao princípio da separação dos poderes que ali se consolidava. Em resumo, caberia ao magistrado exercer a função de mero reproduzidor da vontade da lei. Do ponto de vista hermenêutico, a única interpretação que se admitia na atividade judicante era a literal. Segundo Sifuentes, a função do juiz, nesse modelo, é a de um burocrata, administrador da justiça definida por outro intérprete, “mera ‘voz ou boca’ do direito feito pelo legislador”¹⁰.

Ocorre que a evolução da sociedade trouxe consigo uma crescente complexidade nas relações sociais. A constitucionalização do direito, com a adoção das teorias dos direitos fundamentais, acrescentou ingredientes aos países de tradição do *civil law* que anteriormente não existiam.

¹⁰SIFUENTES, Mônica. **Sumula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. Saraiva, 2005. p. 42.

Tais mudanças passaram a exigir dos magistrados uma atuação diferente daquela que se verificava outrora. Leis conflitantes entre si, conflitantes com as Constituições, emprego de termos vagos e imprecisos na legislação, passaram a exigir do juiz uma interpretação mais do que literal. Noções de isonomia, segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade e até mesmo a noção de ativismo judicial na garantia dos direitos fundamentais passaram a fazer parte das preocupações dos magistrados.

Nesse contexto, novas opções interpretativas foram desenvolvidas e executadas pelos magistrados para o melhor desenvolvimento do seu mister. E isto, invariavelmente, fez com o que o juiz deixasse de ser um mero reproduzidor da vontade da lei para tornar-se um dos atores principais da criação do direito através das decisões judiciais.

A partir da consolidação, na tradição do *civil law*, da atividade criativa do direito pelo Poder Judiciário¹¹, não custou para que os doutrinadores passassem a defender a necessidade de observância das teses jurídicas criadas pelos precedentes judiciais pelos demais órgãos integrantes do sistema judicial, inaugurando-se assim o que atualmente se denomina doutrina do precedente. Segundo Didier Jr, Oliveira e Braga, precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos¹²”.

Tratar sobre precedentes exige que nos debruçemos sobre o estudo do direito comparado, em especial em relação a tradição do *common law*, haja vista que foi precipuamente nos países de origem anglo-saxônica, em especial na Inglaterra, que mais se desenvolveram as teorias sobre os precedentes judiciais.

¹¹Segundo afirma José Guilherme de Souza, “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de admitir-se que a jurisprudência é fonte do direito” (SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 37, *apud* DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2. p. 386.)

¹²IDEM. DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno, 2011. p. 381.

Os países que adotam a tradição do *common law* sempre conferiram às decisões judiciais status legal. Baseado nisso, abraçaram a teoria do *stare decisis*¹³, que, segundo Reinhart, citando o Black's Law Dictionary, consiste na "política das Cortes de se estabilizar em um precedente e não perturbar um ponto pacificado"¹⁴. Diversos conceitos que surgiram com esta teoria foram transportados para a doutrina do precedente, da forma pela qual ela é hoje concebida pela tradição do *civil law*, inclusive o sistema brasileiro.

Ratio decidendi ou *holding*, *obiter dictum*, *binding effect*, *overruling*, *distinguishing*, são exemplos de conceitos naturalmente criados pela teoria do *stare decisis* que hoje são aplicáveis ao nosso sistema, e, conforme pretendido pelo projeto do novo Código de Processo Civil, serão definitivamente adotados entre nós.

Além da tentativa de prestar um serviço jurisdicional célere e adequado, busca-se com a aplicação da doutrina dos precedentes, a uniformização das decisões judiciais, garantindo assim uma melhor distribuição da justiça, a observância do princípio da isonomia aos jurisdicionados frente ao Poder Judiciário, bem como preserva-se a segurança jurídica, nos aspectos da estabilidade das decisões judiciais e da previsibilidade das condutas do Poder Judiciário.

As consequências da adoção da doutrina do precedente levam, invariavelmente, à efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, que deve ser interpretado não somente como a simples oportunidade de acesso aos tribunais para todo o cidadão. O acesso à justiça exige que a prestação jurisdicional colocada à disposição do cidadão seja efetiva, adequada, justa e tempestiva, garantindo ao jurisdicionado tudo aquilo que deveria integrar o seu patrimônio jurídico, caso o mesmo não necessitasse da intervenção deste Poder.

A elaboração dos institutos processuais que visam a dar celeridade ao andamento dos processos judiciais tornou-se uma preocupação frequente do

¹³A expressão vem do latim "*stare decisis et non quieta movere*" que significa "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 2004, p. 16).

¹⁴REINHART, Susan M. **Strategies for legal case Reading & Vocabulary Development**. Michigan. Ed. University of Michigan Press, 2007. p. 6. No original, "policy of courts to stand by precedent and not to disturb a settled point".

legislador, que promoveu diversas alterações no Código de Processo Civil vigente, com o objetivo de prestigiar e incentivar a adoção dos precedentes formados pelos tribunais superiores, pelos tribunais intermediários, e mesmo pelos juízos de primeira instância. Além disso, tem sido amplamente debatida no Congresso Nacional, com a discussão em torno do novo Código de Processo Civil, a criação de um novo paradigma para o sistema processual brasileiro, com a internalização efetiva de técnicas de julgamentos de demandas repetitivas bem como das técnicas de aplicação de precedentes vinculantes.

Pretende-se, portanto, refletir sobre a aptidão dos instrumentos processuais previstos no sistema jurídico constitucional vigente, bem como pelo projeto do novo Código de Processo Civil, tais como as súmulas vinculantes, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência, recurso especial e extraordinário repetitivos, e a própria sistemática de precedentes vinculantes que pretende ser instaurada a partir da aprovação do Projeto do Código de Processo Civil, para solucionar ou ao menos contribuir para a solução da problemática das demandas repetitivas nos tribunais.

Muito embora o objetivo central do trabalho seja a análise dogmática dos dispositivos previstos na legislação vigente e no projeto, não se pode perder de vista as questões doutrinárias que giram em torno do tema. Sendo assim, refletiremos sobre a existência de uma teoria do precedente, sua origem no direito comparado e em que contexto ela surge. Importante também será a análise de institutos do direito comparado que inauguraram em suas realidades, técnicas para o julgamento conjunto de demandas repetitivas e de que forma eles influenciaram e influenciam o legislador brasileiro no exercício das atividades de reforma do processo civil.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL NA TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

2.1 Considerações iniciais

A discussão sobre a eficácia vinculante dos precedentes nos leva, naturalmente, ao estudo de duas grandes tradições jurídicas que se tem conhecimento no mundo ocidental, quais sejam: o *common law*, originário da Inglaterra, e o *civil law*, originário dos países da Europa Continental.

Inicialmente, cumpre esclarecer que adotaremos, doravante, a ideia de Merryman e Peres-Perdomo¹⁵, e utilizaremos a expressão “tradições jurídicas”, e não “sistemas jurídicos”. É que, segundo os autores referidos, a ideia de sistemas jurídicos refere-se a um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes, ao passo que os conjuntos de sistemas jurídicos que adotam ideias similares são denominados “grupos”, “famílias” ou “tradições jurídicas”.

Sendo assim, os sistemas jurídicos da Inglaterra, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia, por exemplo, formam a família do *common law*, ao passo que os sistemas jurídicos da Espanha, Alemanha, Brasil, por exemplo, formam a família do *civil law*.

Obviamente que o fato de determinados sistemas jurídicos pertencerem a uma mesma tradição jurídica, não significa que cada um deles terá as mesmas características, haja vista que contingências históricas e costumes locais influenciaram e influenciam nas suas configurações. Assim, uma tradição jurídica, para Merryman e Peres-Perdomo é

Um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é expressão¹⁶.

¹⁵MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina / John Henry Merryman, Rogelio Perez-Perdomo. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 21.

¹⁶MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina / John Henry Merryman, Rogelio Perez-Perdomo. Tradução Cássio

Pretende-se, com este capítulo, enfrentar brevemente, com base na doutrina especializada, as origens históricas de cada uma das tradições jurídicas acima enunciadas, suas características essenciais, e principalmente, suas semelhanças e diferenças, abordando o papel dos precedentes judiciais em cada uma delas. Ao final, pretende-se enfrentar a questão da possível convergência dos sistemas, e da adoção, cada vez mais sensível, de um sistema de direito misto, que adota institutos típicos da tradição do *common law* e do *civil law*.

Em termos de origem histórica, pode-se dizer, com base em Davi¹⁷, que a tradição do *common law* tem quatro períodos históricos relativamente distintos. O primeiro deles pode ser observado no período em que as relações sociais do povo inglês eram regidas pelo direito anglo-saxônico, expressão que restou assim denominada em virtude das tribos que habitavam a região (anglos, saxões e dinamarqueses).

O segundo momento histórico do desenvolvimento do *common law* surge com a invasão da Normandia, a partir do 1066 e encerra-se com o advento da dinastia dos Tudors, em 1485. Nesse período, encerra-se a vigência dos costumes das tribos anglo-saxãs e inicia-se a vigência das regras da Normandia. Segundo Porto, apenas a partir da invasão da Normandia é que se têm os primeiros registros históricos da expressão *common law*¹⁸. Segundo Davi, o desenvolvimento do direito inglês deveu-se, principalmente, pela atuação dos Tribunais Reais de Justiça, conhecidos também como Tribunais de Westminster¹⁹.

O terceiro momento histórico, que vai de 1485 a 1832, é o do surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos, apartada do direito que era estabelecido pela *common law*. Tratava-se da *equity*, que naquele momento histórico consistia na possibilidade de recurso das decisões dos Tribunais de Westminster, quando elas não satisfizessem os interesses das partes.

Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 23.

¹⁷DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 6. ed. Martins Fontes, 1996. p. 283.

¹⁸PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law, e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de Direito Processual civil**, Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 762.

¹⁹DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 6. ed. Martins Fontes, 1996. p. 279.

A responsabilidade pelo julgamento dos recursos era do confessor do rei, chamado de chanceler (counsellor)²⁰. Segundo Davi²¹, o advento do *equity*, decorre, dentre outras razões, do excessivo formalismo que reinava no âmbito do *common law*, essencialmente preocupado com a formalização dos processos perante os tribunais, e não com a solução dos casos submetidos a julgamento.

O quarto momento histórico, vivido nos dias de hoje, que começou em 1832, considerado o período moderno, caracteriza-se pela publicação dos *Judicature Acts* de 1873-1875, que terminaram por suprimir a diferenciação formal existente entre os Tribunais de Westminster e os Tribunais da *equity*. A partir de então, “a totalidade das jurisdições inglesas tornou-se competente para aplicar tanto as regras de *common law* como as de *equity*”²².

Nesse período, o direito inglês passa conviver de forma mais próxima com o desenvolvimento das leis escritas (em especial no período de vigência do *welfare-state*²³) que se tornaram fontes do direito, juntamente com as decisões proferidas pelos tribunais.

Por sua vez, o *civil law*, formado na Europa Continental, tem sua origem relacionada com o direito romano, e terminou por ganhar força em diversas localidades mundo afora, em parte em virtude dos processos de colonização dos países da África e da América Latina, capitaneados por países como Portugal e Espanha, que tinham seus ordenamentos jurídicos inspirados na tradição romano-germânica e em outra parte em virtude do regime das codificações, que facilitou a sua difusão e receptividade nas colônias²⁴.

Segundo DAVI, somente é possível falar em uma tradição de direito romano-germânico a partir do século XIII, sendo que a sua evolução pode ser constatada

²⁰PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law, e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil**. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 762.

²¹DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 6. ed. Martins Fontes, 1996. p. 290.

²²GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França, Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Trad. Regina Vasconcelos, Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

²³DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 6. ed. Martins Fontes, 1996. p. 301.

²⁴DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 6. ed. Martins Fontes, 1996. p. 25.

através de três períodos históricos distintos: a) o primeiro período é justamente o renascimento do direito romano, com a preponderância dos estudos doutrinários, do ressurgimento das relações comerciais, e da conscientização de que somente o direito tem o poder de assegurar a ordem e a segurança necessária para o progresso da sociedade; b) o segundo momento é o do desenvolvimento das codificações, que é a característica principal do regimes jurídicos que adotam a tradição do *civil law* e por fim; c) o terceiro momento que é o da expansão da tradição romano-germânica para os países não localizados na Europa, que trouxe consigo novos elementos decorrentes das práticas locais, que terminaram por moldar diversos tipos peculiares de regimes de *civil law*.

2.2 A decisão judicial como fonte do direito e a convergência entre as tradições

O problema das fontes do direito para as tradições do *common law* e do *civil law* é essencial, e constitui uma de suas principais, senão a principal diferença entre eles. Segundo Cruz e Tucci, a expressão fonte do direito deve ser entendida como o modo pelo qual o direito se manifesta, ou seja, a forma de expressão do direito²⁵.

E justamente a admissão da decisão judicial como fonte do direito é que vai impulsionar o sistema de precedentes vinculantes nos países que adotam a tradição jurídica do *common law*. Nos países que adotam o *civil law*, a decisão judicial sempre foi considerada tão somente como fonte mediata e indireta do direito, muito embora este dogma tenha cada vez mais sido relativizado, a ponto de muitos estudiosos passarem a defender que a partir da valorização da jurisprudência proveniente dos tribunais, mesmo em países de *civil law*, as decisões judiciais passaram a ser consideradas como fonte do direito.

Segundo Sotelo, “no direito anglo-americano, é pacífico considerar a Jurisprudência não apenas como fonte do direito, mas sim como a primeira fonte do

²⁵TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 20.

Direito, e durante séculos a Jurisprudência foi considerada na Inglaterra como a única fonte²⁶.

Com efeito, nos países que adotam a tradição do *common law*, há uma proeminência das atividades exercidas pelos magistrados, no sentido de que o direito é criado a partir das decisões judiciais proferidas no casos concretos, e a partir daí, podem surgir orientações para que os casos futuros sejam julgados de acordo com a experiência adquirida nos casos anteriores.

Não é correto afirmar que os precedentes vinculantes são intrinsecamente ligados à tradição do *common law*, e por esse motivo, não devem ser adotados em países de tradição do *civil law*. É que desde 1066 é possível se falar da *common law*, porém, a ideia de precedentes vinculantes nesta seara somente ocorrerá, conforme se verá, por volta dos anos de 1861 em diante. Duxbury, refletindo sobre o surgimento do *stare decisis* na Inglaterra, alerta que “o *common law* não precisa da doutrina do precedente para funcionar²⁷”.

Na realidade do *civil law*, historicamente parte-se da premissa de que o juiz tem como única função declarar aquilo que restou definido pela lei, de modo que não pode ser conferido valor legal à decisão judicial, pois o papel de estabelecer as regras que a sociedade deve seguir estão afetados ao trabalho do Poder Legislativo.

Vicente Rao, ao se manifestar sobre o tema, assevera que ao juiz do *civil law* caberá apenas aplicar as leis existentes, não podendo alterá-las nem substituí-las. Prossegue o autor afirmando que ainda que sejam encontradas lacunas ou omissões, deverá o juiz socorrer-se dos princípios gerais do direito ou da analogia, não lhe cabendo exercer uma atividade criativa.

No entanto, a evolução do direito e da sociedade como um todo terminou por aproximar o *common law* do *civil law*. É que os países que adotam a tradição do *common law*, terminaram por ampliar a adoção do sistema de leis escritas, em

²⁶SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law, in, Temas atuais do direito processual ibero-americano. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998, p. 336-337.

²⁷DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, Cambridge Press, 2008, p. 34.

especial, as codificações, como os Estados Unidos, por exemplo, o que terminou por relativizar a ideia de que o direito nesses países é de origem estritamente costumeira, ou seja, que a fonte primordial do direito é a jurisprudência dos tribunais. Sotelo chega a afirmar ser possível definir-se a época atual como um “*common law estatutificado*”²⁸.

A seu turno, os países que adotaram a tradição do *civil law* passaram a valorizar os precedentes judiciais, adotando a ideia de precedentes vinculantes, como ocorre nas situações das ações abstratas de controle de constitucionalidade, ou mesmo na realidade das súmulas vinculantes do Brasil e dos sistemas de julgamento por amostragem de processos judiciais, adotado em diversos países como Alemanha, Espanha e Portugal²⁹.

Segundo Mancuso³⁰,

Antes, se diria que ambas as famílias jurídicas – *civil law* e *common law* – estão em rota de aproximação, já que, dentre nós, o precedente judiciário encontra cada vez mais espaço, tanto no ordenamento positivo como na *práxis* judiciária, ao passo que na Inglaterra e Estados Unidos, o direito escrito está cada vez mais valorizado. Segundo Rodrigo Jansen, tudo isso ‘é reflexo da tendência universal de aproximação dos sistemas da *common law* e romano-germânico. Tanto de um lado se tem a disseminação de leis (statutes) nos países da *common law*, como a jurisprudência vem ganhando espaço nos países que adotam o sistema romano-germânico.

²⁸SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na *common law* e na *civil law*, in, Temas atuais do direito processual ibero-americano. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998, p. 365.

²⁹Sergio Porto afirma que “Da *common law* para a *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, à disposição da comunidade jurídica. Realmente, a “*commonlawlização*”, do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais, vem adquirindo no sistema pátrio, particularmente por meio do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz. PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law*, e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil**, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 764.

³⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 5. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 387.

A propósito do tema, Porto afirma que “o diálogo entre famílias jurídicas diversas é de há muito inegável, e, se existe diálogo, existem influências recíprocas³¹”.

Finalizando, arremata Cruz e Tucci que

Considerado o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgamentos tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juizes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*³².

³¹PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law, e o precedente judicial, Estudos de Direito Processual civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil**, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 764.

³²TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

3 A TEORIA DO STARE DECISIS NO COMMON LAW

3.1 Considerações iniciais

O *stare decisis et non quieta movere* (mantenha a decisão e não mexa no que está quieto³³), ou simplesmente *stare decisis*, tem a tradição do common law como seu habitat natural. Segundo Souza,

A regra do seguimento obrigatório do precedente, quando ele é entendido *stricto sensu*, é encontrada, sobretudo, nos países filiados à tradição do common law, cujos exemplos mais significativos são a Inglaterra e os Estados Unidos, este por herança daquele³⁴.

É claro que a adoção da teoria dos precedentes vinculantes na tradição da *common law*, em especial na Inglaterra, de onde é originário, não surgiu de forma inesperada e abrupta. A cultura jurídica Inglesa já apontava no sentido de valorização dos precedentes judiciais, antes mesmo de se falar em *stare decisis*.

Nesse sentido, visando a conferir um caráter sistemático à ideia de valorização dos precedentes judiciais, começam a ser publicadas obras com coletâneas de decisões judiciais, como por exemplo os *Year Books*, substituídos em meados do século XVI pelos *Law Reports*³⁵, que continham as transcrições textuais dos casos passados e o respectivo julgamento. Segundo Nogueira, “o respeito aos precedentes só foi possibilitado a partir do momento em que as decisões judiciais passaram a ser catalogadas, por meio dos ‘reports’³⁶. No entanto, tratavam-se de coletâneas particulares, o que conferia aos juízes certo grau de discricionariedade para adotá-las ou não, na solução dos casos submetidos a julgamento.

A partir das primeiras décadas do século XIX, começa a ser reconhecida, pela *House of Lords* Inglesa, a eficácia vinculante do precedente judicial. É aqui que se inicia o desenvolvimento da teoria do *stare decisis*.

³³NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Lumen Juris, 2011. p. 163.

³⁴SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 57.

³⁵José Rogério Cruz e Tucci cita como exemplos dos Law Reports, as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585), e Eduard Coke (1600), cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, **Precedente Judicial como Fonte do Direito**, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.155.

³⁶NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Lumen Juris, 2011. p. 113.

Com efeito, no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, o Lord Campbell, em seu pronunciamento, consagrou a tese de que a própria *House of Lords* estaria submetida às suas próprias decisões anteriores. Segundo ele,

O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade.³⁷

A ideia de vinculação repete-se no caso *Bradford v. Pickles* (1895), e consolida-se no Caso *London Tramways Company v. London County Council* (1898).

Inicia-se assim, por construção jurisprudencial, a sistemática do *stare decisis*, que poderá ser considerado na sua vertente horizontal, quando os próprios membros dos tribunais prolatores do precedente estiverem a ele vinculados, bem como na sua vertente vertical, que pressupõe a existência de uma estrutura hierárquica do Poder Judiciário, sendo certo que dentro da referida estrutura, os membros de tribunais inferiores estarão vinculados aos precedentes firmados pelos tribunais hierarquicamente superiores.

No entanto, a manutenção rígida de posicionamentos judiciais ultrapassados não seria benéfica para o desenvolvimento da sociedade e para a evolução do pensamento jurídico, o que motivou a *House of Lords* a desenvolver um mecanismo que lhe permitisse desvincular-se de posicionamentos adotados anteriormente, para decidir de modo diverso em casos futuros.

Nesse sentido, em 26 de julho de 1966, a *House of Lords* publicou, em *Practice Statement*, que a partir de então, os membros da Casa poderiam se desvincular de casos anteriores quando essa solução se mostrasse a mais oportuna. Naquela oportunidade, o *Chancellor* Lord Gardner proclamou que “a despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciamento da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quanto pareça oportuno”³⁸.

³⁷TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

³⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 159

Justificando a nova postura, a *House of Lords* publicou nota, afirmando que:

(...) não se deva esperar que haverá frequentemente casos em que a *House of Lords* ache ser correto não seguir seu próprio precedente. Um exemplo de um caso, em que a *House of Lords* poderia pensar ser correto afastar-se um precedente, ocorre quando ela considera que a decisão anterior foi influenciada pela existência de condições que não prevalecem mais e que, nas condições atuais, o Direito deve ser diferente³⁹.

Este julgado da *House of Lords* Inglesa pode ser considerado como embrião da prática do *overruling*, que foi registrado pela primeira vez em 1968⁴⁰, muito embora haja poucos registros históricos da utilização da nova ideia⁴¹.

Nos Estados Unidos, a disseminação da utilização do *stare decisis* se deu, obviamente, pela influência da colonização inglesa⁴² naquele país. Segundo Cole, “esse princípio, aplicando a doutrina do *stare decisis* para estabelecer o precedente vinculante, veio da tradição do direito consuetudinário inglês para a cultura jurídica dos Estados Unidos”⁴³.

É claro que a forma Federativa de Estado, com a conseqüente descentralização das competências legislativas e judiciais, o império de uma Constituição escrita sobre os demais atos normativos e a existência de Códigos escritos, gerou uma configuração bastante diferenciada nas regras de eficácia vinculante dos precedentes no direito estadunidense, ou seja, na adoção do *stare decisis*. Não obstante, o cerne da teoria mantém-se nos Estados Unidos, com a ideia de vinculação do judiciário aos precedentes.

Na prática, o que é importante delinear relativamente à comparação entre o *stare decisis* inglês e o norte-americano, é que, por força da composição do Poder Judiciário dos Estados Unidos, que, assim como no Brasil, conta com uma estrutura

³⁹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008. p. 64.

⁴⁰TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. Editora Revista dos Tribunais p. 159.

⁴¹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008. p. 65-67.

⁴²Segundo Vicente Rao, o direito norte-americano, por sua origem histórica e por motivos de ordem étnica, filia-se ao direito inglês, do qual, na substância e na forma, é um desenvolvimento adaptado às condições peculiares do povo norte-americano. RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed., Revista dos Tribunais, 2013. p.150.

⁴³COLE, Charles. Precedente Judicial: A experiência americana. **Revista de Processo**, Ano 23, n. 92, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 71-72.

judiciária estadual e uma estrutura judiciária federal, dividida em *circuits*, os precedentes judiciais somente serão vinculantes dentro da mesma hierarquia judicial, e desde que sejam estabelecidos por uma Corte recursal, pois Cortes de primeira instância não estabelecem precedentes.

Sendo assim, os precedentes firmados nas Justiças Estaduais somente serão vinculantes em relação aos órgãos jurisdicionais daquele Estado da Federação. Por outro lado, os precedentes judiciais firmados pelos órgãos da Justiça Federal, apenas serão considerados vinculantes dentro dos *circuits* respectivos.

Essa organização trouxe uma nova possibilidade de eficácia dos precedentes dentro da sistemática do *stare decisis*, qual seja: a eficácia persuasiva. Assim, os precedentes firmados nos diversos tribunais do país são considerados como persuasivos em relação aos demais tribunais que não são a eles submetidos hierarquicamente, o que torna possível a comunicação entre os diversos sistemas de justiça, com o objetivo de alcançar uma uniformidade na aplicação do direito em todo o país.

Obviamente que os precedentes judiciais firmados pela Suprema Corte Americana, por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário daquele país, são considerados vinculantes em relação a todos os órgãos judiciais, sejam federais ou estaduais, bem como os precedente firmados pelas Cortes Supremas estaduais serão vinculantes em matérias estaduais.

Por fim, merece registro o fato de que a força vinculante dos precedentes para o sistema dos Estados Unidos sempre foi vista de forma mais flexível. Segundo Cruz e Tucci,

A praxe dos tribunais americanos aplica com menor rigidez a regra do *binding precedent*. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores dos Estados, ao longo da história, reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados.⁴⁴

⁴⁴TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

3.2 Técnicas de aplicação dos precedentes

Questão que ganha importância na sistemática do *stare decisis* é sua técnica de aplicação. É que a solução de casos futuros com base em decisões que foram aplicadas em casos passados exige do julgador um esforço intelectual para identificar pontos de identidade entre os casos, para que seja possível chegar à conclusão de que ambos merecem o mesmo tratamento.

Convém alertar que o precedente foi concebido para o julgamento passado, e não para o futuro. Por isso, sua interpretação deve ser feita à luz dos fatos que foram suscitados e discutidos no caso que lhe deu origem. A aplicação para o futuro é apenas uma de suas possíveis consequências.

Sendo assim, será necessária uma forte investigação dos fatos e dos motivos pelos quais os tribunais decidiram em determinado sentido, somado à realização de um cotejo entre o caso passado e o caso futuro, para que somente assim seja possível o julgamento por aplicação do precedente.

É preciso deixar claro que a teoria do *stare decisis* enxerga o precedente como um ponto de partida⁴⁵, a partir do qual os casos futuros serão decididos, com as devidas adaptações, restritivas ou ampliativas do princípio de direito retirado daquele caso julgado. Não se trata, pois, de uma aplicação automática de uma solução a um caso futuro.

Além disso, a teoria do *stare decisis* não prega uma adoção acrítica das decisões proferidas no passado, nem mesmo uma obrigação inafastável de julgamento de acordo com precedentes anteriores. É dever do juiz identificar se as circunstâncias sociais, econômicas, jurídicas e políticas que vigiam no momento da edição do precedente se mantêm no momento atual, pois, a alteração de tais circunstâncias pode exigir que o precedente seja abandonado. A própria correção do precedente é um elemento que pode ser considerado com o objetivo de afastar a sua aplicação ao caso futuro.

⁴⁵RE, Edward D. **Stare decisis**. traduzido por Ellen Gracie Northfleet, Forense, 1994. p. 38.

Portanto, não se pode dizer que o *stare decisis* provoca o engessamento da evolução do pensamento jurídico e da própria sociedade, pois é dever do magistrado identificar se em determinadas situações a melhor atitude a ser tomada é o rompimento com as tradições e o estabelecimento de novas ideias.

Diante da difícil tarefa de aplicação de precedentes vinculantes, alguns conceitos foram desenvolvidos no âmago da doutrina do *stare decisis*. Fala-se assim, em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*. Devido a sua importância, os conceitos acima referidos serão analisados a seguir.

3.3 Ratio Decidendi e Obiter Dictum

Uma decisão judicial ao solucionar um caso concreto, examina fatos, expõe fundamentos jurídicos, e aplica o direito ao caso concreto. É possível que durante a fundamentação, reflexões jurídicas sejam elaboradas em relação a situações que influenciam de forma não decisiva na solução do caso *sub judice*, sendo, portanto, irrelevantes para a solução final da lide.

A *ratio decidendi* de um precedente é a essência da tese jurídica que foi adotada naquele caso concreto, é um enunciado jurídico a partir do qual o juiz decide o caso submetido a sua apreciação⁴⁶. É a regra de direito (*rule of law*), “simplesmente o princípio de direito ou regra de direito que foi aplicado aos fatos relevantes para decisão com base na questão jurídica ou questões ora apresentadas para a Corte para a decisão”⁴⁷.

Segundo Cross e Harris⁴⁸, a única parte de uma decisão prévia que é vinculante é a *ratio decidendi*. Nesse sentido, todas aquelas alegações que não são necessárias para a decisão naquele caso serão considerados como *obiter dicta*.

A grande dificuldade encontrada pelo aplicador do direito na sistemática do *stare decisis* é identificar nos precedentes o que pode ser considerado como *ratio*

⁴⁶STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes. Livraria do Advogado, 2013. p. 43.

⁴⁷COLE, Charles. Precedente Judicial: A experiência americana. **Revista de Processo**, Ano 23, n. 92, Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 79.

⁴⁸CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**, Oxford, Clarendon Press, 1961. p. 33.

decidendi e o que consiste apenas em *obiter dictum*, pois, para fins de aplicação da regra do *stare decisis*, “somente o suporte central da decisão – designado pelo nome de *ratio decidendi* – tem realmente autoridade”⁴⁹. Uma falha nesta diferenciação pode levar a equívoco na formação de uma decisão judicial futura.

Para solucionar o problema apresentado, a doutrina⁵⁰ costuma mencionar métodos que pretendem contribuir para facilitar a identificação da *ratio decidendi* dos precedentes.

O primeiro deles é o teste de Wambaugh. Segundo Cross, o teste começa com a suposição de que a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de forma diferente⁵¹. A partir daí, propõe-se separar o que se considera como *ratio decidendi*, e inserir um termo que inverta o seu significado. Se a solução para o caso remanescer idêntica, mesmo com a alteração do termo, aquela fundamentação não deve ser considerada como *ratio*. Por outro lado, se a inversão resultar numa alteração da conclusão, ou seja, do resultado do julgamento, a fundamentação deve ser considerada como *ratio*.

O segundo é o método do Dr. Goodhart, que propõe o isolamento dos fatos considerados pelo juiz como materialmente relevantes e aquilo que restou decidido em relação a eles. Tudo aquilo que não se enquadra nesses elementos não deve ser considerado como *ratio*. Sendo assim, opiniões relacionadas com fatos que não foram suscitados no caso não poderão ser consideradas *ratio decidendi*. Estas serão consideradas apenas como *obiter dicta*.

Nota-se que, mesmo com a contribuição dos métodos acima mencionados, a tarefa remanesce árdua e extremamente subjetiva, o que, em alguma medida, poderia levar inclusive à incoerência do sistema. É que, segundo Souza, “é o juiz do caso em julgamento que tem a incumbência de interpretar o precedente em cotejo

⁴⁹GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França, Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**, Trad. Regina Vasconcelos. Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

⁵⁰PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law, in **A Força dos Precedentes**, Coord: Luiz Guilherme Marinoni, Jus Podivm, 2010, p. 107; SOUZA, Marcelo Alves Dias de (2008), **Do precedente judicial à súmula vinculante**, Juruá, 2008, p. 126-133. CROSS, Rupert, **Precedent in English Law**, Oxford, Clarendon Press, 1961. p. 33-89.

⁵¹CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**, Oxford, Clarendon Press, 1961. p. 49-50.

com o caso que julga, para extrair, se for o caso, a proposição que deve obrigatoriamente seguir⁵², e, nesse exercício, aquilo que foi considerado como *ratio decidendi* por um magistrado, pode não ter sido por outro, levando a conclusões diversas em relação a efetiva submissão a um precedente.

3.4 Distinguishing e Overruling

Já se sabe que o *stare decisis* não é uma técnica que provoca o engessamento do pensamento jurídico, muito menos um sistema que exige do aplicador do direito a utilização acrítica de casos passados para o julgamento de casos futuros.

Sendo assim, permite-se ao julgador, presentes determinadas circunstâncias, que deixe de aplicar precedentes que foram invocados como paradigmas para os casos submetidos a seu julgamento, desde que a não aplicação seja fundamentada na presença de elementos de fato ou de direito que se diferenciam entre o caso atual e o caso invocado. Vigem, aqui, a máxima “*cessante ratione, cessat ipsa lex*”, ou seja, “cessando as razões para a existência da norma jurídica, ela deixa de existir por si própria”⁵³.

Nesses casos, caberá ao juiz executar o “*distinguishing*”, que consiste justamente na recusa da aplicação de um precedente invocado como paradigma em virtude da constatação da existência de elementos essenciais que diferenciam o caso em análise com o caso anterior. Estabelecido o *distinguishing*, poderá o juiz aplicar ao caso a regra jurídica que entender mais adequada, afastando-se, portanto, da conclusão anterior.

Além disso, é possível que, quando da análise do caso submetido à apreciação, verifique-se que os elementos de fato e de direito do caso invocado como paradigma e do caso atual são similares, não havendo nenhuma circunstância que autorize a execução do *distinguishing*.

⁵²SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008. p. 134.

⁵³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008. p. 145.

Não obstante, é possível que uma nova reflexão sobre o tema exija que a fórmula utilizada para a solução do caso anterior seja abandonada. Nogueira elenca uma série de circunstâncias que podem ensejar a prática do *overruling*: a) mudança de composição do tribunal que elaborou o precedente; b) mudança na lei que integra a *ratio decidendi* do precedente ou c) mudança nos valores da sociedade⁵⁴. Para Cole,

Precedente vinculante nos Estados Unidos não significa, porém, que o precedente de um caso está escrito em pedra. O precedente mudará progressivamente quando o legislador mudar a lei sobre a qual o precedente se baseia, quando a evolução cultural do tempo o requerer, quando a filosofia judicial da maioria da Corte, com autoridade para mudar o precedente aplicável, alterar ou revogar o precedente anterior, ou quando a Corte recursal com autoridade para mudar o precedente determinar que cometeu um erro ao estabelecer o precedente em questão⁵⁵.

Nessas situações, será possível a prática do *overruling*, que é a revogação do precedente anterior e a criação de um novo precedente, que agora irá orientar a solução dos casos futuros.

Há autores, como Sotelo, que identificam na revogação do precedente uma declaração pública de que todos os casos precedentemente decididos sob os auspícios do precedente revogado foram decididos de forma contrária ao direito⁵⁶.

Discordamos do posicionamento do referido autor, pois, conforme relatado por Nogueira e Cole, haverá situações em que não se pode simplesmente concluir que o precedente estava errado, pois as circunstâncias sociais e políticas do momento histórico em que foram elaborados, ou mesmo as leis vigentes naquele momento histórico, autorizavam aquela conclusão. Nesse mesmo sentido, Reynolds, quando afirma que “o primeiro passo, é claro, requer que o juiz determine que a regra

⁵⁴NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. *Lumen Juris*, 2011. p. 185-199.

⁵⁵COLE, Charles. Precedente Judicial: A experiência americana. *Revista de Processo*, Ano 23, n. 92, Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.

⁵⁶SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law, in, *Temas atuais do direito processual ibero-americano*. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998, p. 369. No mesmo sentido, PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes**. Jus Podivm, 2010. p. 108.

anterior foi um erro, ou que a sociedade mudou desde que foi anunciada, ou que a nova regra simplesmente funciona melhor.”⁵⁷

Deve-se mencionar ainda que o *overruling* tanto pode acontecer de forma explícita, nas hipóteses em que os tribunais expressamente declaram que estão abandonando uma orientação anterior e adotando uma nova regra de direito, ou de forma implícita, que ocorrerá quando os tribunais, a despeito de não declararem expressamente que estão revogando um precedente anterior, decidam de forma divergente e incompatível com uma orientação anterior.

Poderá também o juiz entender que o precedente merece apenas parcial revogação, em virtude, por exemplo, do surgimento de uma nova regra que termine por afetar a conclusão a que se chegou em momento anterior. Nesses casos, não haverá necessidade de aplicação do *overruling*, mas sim do *overriding*.

Relativamente aos efeitos que decorrem da prática do *overruling*, a doutrina terminou por elaborar novos conceitos, que visam justamente a modular a eficácia das alterações de posicionamento das Cortes, visando a garantir valores como a segurança jurídica e boa-fé objetiva.

É que, em países que adotam a teoria do *stare decisis*, o cidadão comum termina por pautar as suas escolhas pessoais e profissionais pelos precedentes criados pelos tribunais, e por isso, tem a justa expectativa de que suas condutas sejam julgadas com base nessas orientações. Justamente por isso, é preciso cautela na modulação dos seus efeitos, pois elas têm repercussão direta na vida das pessoas, relativamente a fatos e atos jurídicos já constituídos.

Alguns autores se debruçaram sobre o tema e esboçaram classificações quanto às possibilidades de eficácia da revogação dos precedentes. Pomorski, propõe a seguinte classificação: a) *purely prospective application*, através da qual o tribunal aplicará o novo precedente apenas aos fatos que aconteceram após o estabelecimento da nova regra; b) *regular prospective application*, através da qual o

⁵⁷ REYNOLDS, William. *Judicial process in a nutshell*, 2. ed. St. Paul: West Publishing Co, 1991, p. 169 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Juruá, 2008. p. 150.

tribunal poderá aplicar a nova regra aos casos que aconteceram após a alteração e ao caso que deu ensejo ao *overruling*; c) *full retroaction*, onde o tribunal aplicará a nova regra a todos os fatos que aconteceram antes de ela ter sido criada, incluindo aquelas situações que já foram julgadas de forma definitiva; d) *limited retroaction*, onde o tribunal poderá aplicar a nova regra aos fatos anteriores à sua criação e os fatos futuros, respeitando, no entanto, as situações onde já houver sentença definitiva no momento da publicação do novo precedente⁵⁸.

Sesma propõe outra classificação: a) retroativa, quando o tribunal poderá aplicar a mudança da regra de direito aos fatos ocorridos antes ou depois da publicação do precedente revogador; b) prospectiva, quando o tribunal apenas aplicará a nova regra aos casos futuros; c) prospectiva-prospectiva, que ocorrerá quando o tribunal estabelecer uma data futura, a partir da qual o fatos ocorridos serão julgados de acordo com a nova regra, e; d) quase-prospectiva, quando o tribunal aplicará a nova regra ao caso que suscitou a revogação do precedente e aos casos futuros⁵⁹.

O que se tem como regra, é que, no *stare decisis*, a revogação dos precedentes tem efeitos retroativos, de modo que quando uma Corte revoga um precedente e estabelece uma nova orientação, ela deve ser aplicada a todas as relações jurídicas ocorridas antes da decisão revogadora.

No entanto, por questões relacionadas à segurança jurídica das relações sociais, poderá o tribunal optar por aplicar o *overruling* apenas para os casos futuros, o que representa conferir efeitos prospectivos à superação do precedente, ou ainda, aplicar a alteração da orientação jurídica apenas a partir de determinada data futura, quando a sociedade já estará ciente da nova orientação e poderá pautar as suas ações baseadas no novo entendimento. Por fim, poderá o tribunal aplicar o novo precedente ao caso que lhe deu origem e aos casos futuros.

⁵⁸SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 170 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Juruá, 2008, p. 157-158.

⁵⁹SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 170-171, *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Juruá, 2008, p. 157-158.

Souza, com base nos ensinamentos acima relacionados, propõe que a eficácia da revogação dos precedentes seja classificada da seguinte forma: a) aplicação retroativa pura, quando o novo precedente aplica-se a qualquer caso, ainda que já tenha sido objeto de sentença transitada em julgado; b) aplicação retroativa clássica, nas hipóteses em que o novo entendimento aplica-se aos casos anteriores e posteriores ao novo entendimento, com a ressalva dos casos que já foram julgados definitivamente e daqueles que foram atingidos pela prescrição ou decadência; c) aplicação prospectiva pura, o tribunal aplicará o novo entendimento apenas aos casos futuros, excluindo-se aquele que deu ensejo à alteração do precedente; d) aplicação prospectiva clássica, hipótese em que o tribunal aplicará o novo entendimento a todos os casos futuros, incluindo o caso que deu ensejo à alteração do precedente e; e) aplicação prospectiva a termo, quando o tribunal aplicará o novo entendimento apenas a partir de uma data futura⁶⁰.

⁶⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 159.

4 OS BENEFÍCIOS DA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

A adoção da sistemática de precedentes vinculantes não é um mero capricho doutrinário, uma técnica processual que se impõe formalmente ou mesmo uma tentativa vã de “*commonlawlizar*” um ordenamento de tradição do *civil law*. Um sistema judicial que conta com uma cultura de observância de precedentes anteriores (ainda que a cultura seja imposta pela lei) pode extrair disso uma série de benefícios para a prestação jurisdicional, que, por tabela, estendem-se aos cidadãos, que são os maiores interessados no aperfeiçoamento do serviço público prestado pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é apresentar alguns argumentos favoráveis à adoção da sistemática de precedentes judiciais vinculantes, nas perspectivas da concretização do princípio da duração razoável do processo, da segurança jurídica e do princípio da isonomia do jurisdicionado perante o Poder Judiciário.

4.1. A concretização do princípio da duração razoável do processo

O princípio da razoável duração do processo foi incluído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, através da inclusão do inciso LXXVIII no seu artigo 5º, principal catálogo de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna Brasileira. Eis o teor do dispositivo constitucional:

Art. 5º - LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ocorre que, antes mesmo da inclusão do referido princípio no catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, muito se falava

sobre ele, tanto no âmbito doutrinário⁶¹, quanto em convenções internacionais que dispõem sobre direitos humanos.

Com efeito, a prestação jurisdicional célere decorre naturalmente da garantia constitucional do acesso à justiça. É que, de nada adianta garantir ao cidadão facilidades para submeter suas controvérsias ao Poder Judiciário, se ele não consegue um provimento judicial que proteja o seu direito.

Sendo assim, um dos desdobramentos desta garantia constitucional é, nitidamente, a necessidade de entrega da prestação jurisdicional de forma célere. Ademais, o próprio princípio da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, já exige do estado a prestação do serviço jurisdicional de forma célere.

Na seara internacional, o artigo 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁶², previa que

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.

Entre nós, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, já previa a razoável duração do processo como um direito a ser preservado. Era o que dispunha o artigo 8º, 1⁶³, daquele diploma internacional.

⁶¹ADONIAS, Antônio. **A duração razoável do processo**, Jus Podivm. 2009; SOUZA JR, Fredie Didier. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário, **Revista de Processo**, ano 27, n 108. 2002; TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, in Coord: Garantias constitucionais do processo civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, **Revista dos Tribunais**. 1999.

⁶²Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “Foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas), à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do non liquet, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário, de julgar as causas com estrita observância das normas de direito positivo”, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil**, Editora Quartier Latin, 2010. p. 101.

⁶³Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por força do artigo 5º, §2º⁶⁴ da Constituição Federal, pode-se facilmente concluir que antes mesmo da inclusão do citado dispositivo no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da CF, o direito a razoável duração do processo já consistia em direito fundamental a ser observado pelo Estado em face do cidadão. Segundo Adonias, “o direito à duração razoável do processo já existia anteriormente à EC 45/2004, embora não estivesse expressamente positivado em um dispositivo constitucional.”⁶⁵

Não obstante, andou bem o legislador constituinte reformador ao contemplar expressamente no texto constitucional a necessidade de se garantir ao jurisdicionado, o direito a um processo célere.

4.1.1 Parâmetros para aferição da celeridade

Problema que surge a partir da consagração do direito a razoável duração do processo no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, e aqui se analisa especificamente a razoável duração do processo judicial, consiste em perquirir os parâmetros a serem estabelecidos para mensurá-lo.

Trata-se de um conceito fluido, de difícil uniformização, ainda mais em um sistema judicial como o brasileiro, repleto de características regionais que distinguem a administração da justiça no âmbito dos Estados-membros e até mesmo entre os Estados-membros e a União, responsável pela manutenção da Justiça Federal⁶⁶.

⁶⁴Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶⁵ADONIAS, Antônio. **A duração razoável do processo**. Jus Podivm, 2009, p. 44.

⁶⁶Para José Rogério Cruz e Tucci, “Observe-se, que, em primeiro lugar, dada a profunda diversidade da performance da justiça nos vários quadrantes do Brasil, a aferição do “prazo razoável”, será absolutamente diferenciada de Estado para Estado, seja no âmbito da Justiça Estadual, seja no dos Tribunais Federais.”, CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantias Constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, v. 192, p.193, 2011. p. 196.

Consciente desta dificuldade, que não se aplica apenas ao Brasil, a doutrina internacional⁶⁷ e nacional⁶⁸, com base em pronunciamentos de Cortes Internacionais⁶⁹, estabeleceu três elementos que devem ser considerados para avaliar se um processo desenvolveu-se de forma célere ou não. São eles: a) complexidade do assunto, b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores, c) conduta das autoridades.

Parece claro que a complexidade, fática ou jurídica que a causa apresenta é um elemento importante para se verificar se o processo foi finalizado dentro de um prazo razoável. É óbvio que causas que apresentem elevado nível de complexidade demandam mais tempo para a sua resolução do que os denominados casos simples.

Interessante é notar que tal característica não passou despercebida pelo legislador ordinário, haja vista que, ciente de que tais elementos podem influenciar no tempo do processo, cuidou de estabelecer adaptações aos mais diversos procedimentos judiciais de acordo com a complexidade das causas. Para isso, elegeu elementos diferenciadores, como valor da causa (p. ex., procedimentos dos juizados especiais cíveis, tanto no âmbito da justiça comum estadual quanto no âmbito da justiça comum federal) necessidade de instrução probatória (rito das ações monitórias ou possessórias), dentre outros. Todos os elementos acima citados ensejam uma variação significativa quando se fala sobre o tempo do processo.

Assim também se deve raciocinar quando se fala sobre a influência do comportamento dos litigantes e de seus procuradores no tempo do processo. Ora, quanto maior é o propósito protelatório das partes, maior será o tempo de resolução do processo. E obviamente que o resultado deste comportamento não poderá, futuramente, ser imputado ao Estado-juiz. É preciso se ter em mente, entretanto, que a Constituição Federal em nenhuma hipótese autoriza o sacrifício dos direitos

⁶⁷ROBERTSON, A. H.; MERRILIS, J. G. **Human Rights in Europe**: A Study of the European Convention on Human Rights. 3. ed. Manchester-New York: Manchester University Press, 1996, *apud* RESENDE, Ranieri Lima. O Prazo Razoável do processo à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Ano 6, v. 6, n. 6, 2005. p. 178.

⁶⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, v. 192, 2011, p.193.

⁶⁹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

processuais dos litigantes, o exercício amplo do contraditório e da ampla defesa, o direito de recurso, dentre outros, em benefício da celeridade processual⁷⁰.

Também nesse particular, o legislador ordinário previu punições a determinadas condutas das partes que tendam a prejudicar o andamento regular do processo. Cite-se como exemplo, a *contempt of court*, prevista no artigo 14, V⁷¹ do Código de Processo Civil ou mesmo a extinção do processo sem resolução de mérito, na hipótese do artigo 267, III⁷², do mesmo diploma legal.

Por fim, quanto à conduta das autoridades, mister verificar se as autoridades envolvidas na administração da justiça esforçam-se para aperfeiçoar o serviço prestado pelo Poder Judiciário. A criação de novas varas, informatização de procedimentos, treinamento de pessoal, são elementos que podem, eventualmente, excluir a responsabilidade do Estado⁷³ pela eventual demora excessiva da prestação jurisdicional.

Lado outro, a conduta do magistrado pode revelar-se inadequada, e portanto, incompatível com a necessidade de se verificar a razoável duração do processo. Para isso, o legislador ordinário estabelece uma série de prazos, impróprios é verdade, para que os atos jurisdicionais sejam praticados pelas autoridades competentes.

⁷⁰ Raniere de Lima Resende cita um precedente da Corte Europeia (Eckle vs. Republica Federal da Alemanha) em que firmou-se o posicionamento no sentido de que nenhuma repreensão pode ser imputada às partes por terem feito amplo uso dos remédios jurídicos disponibilizados pela lei nacional. RESENDE, Ranieri Lima. O prazo razoável do processo à luz da convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 6, n. 6, 2005. p. 180.

⁷¹ CPC, Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁷² CPC, Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito. III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (dias).

⁷³Raniere de Lima Resende cita precedente do Tribunal Interamericano, que, ao julgar o caso Paniagua Morales e outros vs. Guatemala, “entendeu que determinadas ações, como a promulgação, de um novo código de procedimentos penais, são consideradas pela Corte como uma expressão da vontade do Estado de dar cumprimento a suas obrigações constitucionais e convencionais, mas não constituem prova alguma de que, no caso concreto, tenha dado cumprimento à obrigação contida no art. 8.1 da Convenção Americana.” RESENDE, Ranieri Lima. O prazo razoável do processo à luz da convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 6, n. 6, 2005. p. 180-181.

Somente a partir de uma análise casuística⁷⁴ dos três elementos acima identificados, será possível afirmar se um determinado processo cumpriu o que determina a Constituição Federal. Como já se afirmou, o razoável oscilará, em especial na realidade brasileira, a depender de qual “Justiça” estaremos a analisar.

4.1.2 O precedente vinculante e a duração razoável do processo

Delineados os aspectos gerais do princípio da duração razoável do processo, cumpre-nos analisar qual a relação existente entre a ideia de que precedentes judiciais devem ser vinculantes e a celeridade na tramitação de processos judiciais.

Marinoni, ao refletir sobre os benefícios da adoção dos precedentes judiciais vinculantes, posiciona-se no sentido de que a sua adoção seria um fator de desestímulo à litigância⁷⁵. Com razão o autor, pois, a prévia ciência dos potenciais litigantes quanto ao posicionamento dos tribunais em relação a um tema, necessariamente os fará agir de forma mais cautelosa, sopesando os benefícios e prejuízos da judicialização da questão.

É que, embora a garantia de acesso à justiça seja um princípio garantido pelo texto constitucional, o litígio judicial tem diversas consequências para a vida do cidadão, tanto emotivas quanto financeiras. Arcar com custas processuais, honorários advocatícios, além de submeter-se a uma verdadeira *via crucis* nos foros de justiça, pode não ser a melhor estratégia, quando se sabe que os tribunais já pacificaram uma tese contrariamente aos seus interesses e que os juízos inferiores necessariamente deverão adotar tais posicionamentos.

Além de desestimular a propositura de ações, a eficácia vinculante dos precedentes pode desestimular também a interposição de recursos, afinal, se o juízo

⁷⁴Para Ranieri de Lima Resende, “a eficácia da prestação judicante não se restringe a formas abstratamente delineadas pela Lei, mas possui estreito liame com a versão concretizada no mundo real, verificável, portanto, à luz do princípio da efetividade que é norte próprio do direito internacional. Diante de tal premissa, a suficiente celeridade somente pode ser apreciada a partir de seus critérios analíticos (complexidade da causa, condutas do jurisdicionado e das autoridades estatais (...)). RESENDE, Ranieri Lima. O prazo razoável do processo à luz da convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 6, n. 6, 2005. p. 184.

⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 180-182.

de primeira instância nada mais fez do que submeter-se ao posicionamento consolidado do Tribunal, nada mais natural do que deixar de recorrer, ao saber que o Tribunal responsável pelo julgamento do recurso decidirá da mesma forma. Segundo Marinoni, a redução do número de recursos, nessa circunstância, levaria a uma racionalização do duplo grau de jurisdição⁷⁶, fazendo com que os tribunais recursais atuem apenas em casos onde a jurisprudência não estivesse pacificada.

É óbvio que esses fatores de desestímulo à litigância e a interposição de recursos terminam por promover o descongestionamento do Poder Judiciário, que receberá uma quantidade menor de ações e de recursos, e, por consequência, contribuem com a concretização do princípio da duração razoável do processo.

No mesmo sentido, ainda de acordo com Marinoni, a existência de precedentes judiciais vinculantes encoraja e fortalece a opção da conciliação judicial. É que a realização de um acordo judicial exige um raciocínio de custo benefício quanto ao prosseguimento da ação. O prévio conhecimento de como o juízo irá se manifestar sobre o tema, em virtude de posicionamentos judiciais anteriores e vinculantes, sem dúvida alguma, favorece a negociação, evitando assim, o prolongamento da tramitação de ações judiciais onde já se sabe, de antemão, qual o possível resultado que advirá.

Aqui, também, a consequência da finalização antecipada, por acordo, de ações judiciais, é o descongestionamento do Poder Judiciário, que terá mais tempo para se dedicar a casos que ainda não contam com pronunciamentos definitivos sobre a matéria jurídica submetida à sua apreciação.

4.2 A Segurança jurídica

A segurança jurídica é considerada um dos elementos fundantes do Direito. Obviamente que o Direito não pode ser resumido à noção de segurança jurídica, deixando-se de lado valores como a justiça e o progresso social, sob pena de legitimarem-se quaisquer regimes, ainda que autoritários, tão somente pelo fato de

⁷⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 185-186.

prestigiarem os valores inerentes à segurança jurídica⁷⁷. No mesmo sentido, Silva, quando afirma que “não é a segurança jurídica o fim último do direito, que tem na justiça o seu valor fundante, pois o fim supremo do direito consiste na realização do valor do justo”⁷⁸.

A preocupação com a segurança jurídica como valor constitucional foi discutida em ordenamentos constitucionais como o da Espanha, que no art. 9º do Título Preliminar da Constituição Espanhola de 1978, estabeleceu que a Constituição garante, dentre outros valores relevantes para um Estado de Direito, a segurança jurídica, e o de Portugal, que, no artigo 282.4 da Constituição Portuguesa de 1976, estabelece que por razões de segurança jurídica, poderá o Tribunal Constitucional modular os efeitos das decisões proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Muito antes disso, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1789, a segurança jurídica já estava consagrada no artigo 2º⁷⁹.

Entre nós, a segurança jurídica vige com *status* de princípio constitucional, embora a Constituição Federal de 1988 não a mencione de forma expressa em seu texto⁸⁰. A doutrina costuma relacionar o princípio da segurança jurídica com o artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, que estabelece a proteção ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O fato é que, estando ou não expressamente prevista no texto constitucional, a segurança jurídica constitui elemento fundamental para a estabilidade de uma

⁷⁷NUNES, Jorge Amaury Maia, **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-84

⁷⁸SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. **Constituição e segurança jurídica**; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepulveda Pertence. Carmem Lucia Antunes Rocha (Org.). 2. ed. Ver. E ampl., Fórum, 2005, p. 15.

⁷⁹Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf. Acessado em: 1 jun. 2014.

⁸⁰A despeito da inexistência de menção expressa à segurança jurídica no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer que a segurança jurídica está consagrada no texto constitucional, como um subprincípio do Estado de Direito. STF, 2ª Turma QO Pet, (MC) 2.900/RS, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 27-05-2003, DJ de 1º-08-2003, p. 142.

comunidade, e por isso mesmo, revela-se essencial para a preservação do Estado de Direito⁸¹.

Pois bem, a reflexão sobre os benefícios que podem advir para o cidadão em termos de segurança jurídica com a adoção da eficácia vinculante dos precedentes relaciona-se com a ideia de segurança jurídica veiculada por Canotilho. Para o autor português, a segurança jurídica tem dois aspectos, a saber: a) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica e previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica⁸². No mesmo sentido, Rocha afirma que

Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Esse direito articula-se com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado⁸³.

De um lado, a estabilidade do direito criado pela jurisprudência dos tribunais é essencial para a manutenção da segurança jurídica. É que a convivência com constantes câmbios de jurisprudência pode ensejar uma descrença do cidadão nos pronunciamentos do Poder Judiciário. É preciso lembrar que uma das funções do Poder Judiciário, na perspectiva do cidadão, é fornecer-lhe condições de avaliar se um determinado comportamento seu será tolerado, ou não, pelo sistema judicial.

Sendo assim, é fundamental que as decisões judiciais gozem de relativa estabilidade, no sentido de durabilidade no tempo, o que não implica em dizer que está vedada, ou dificultada, a alteração da jurisprudência. Conforme já se teve oportunidade de relatar, a sistemática dos precedentes vinculantes, ou do *stare decisis*, parte do pressuposto de que a jurisprudência é mutável e assim deve ser

⁸¹Segundo Jorge Amaury Maia Nunes, “a tendência é admitir a estatura constitucional do princípio da segurança jurídica, tendo como *sedes materiae* o princípio do Estado de Direito ou, noutra vertente, uma posição autônoma, apartada. De qualquer sorte, albergado ou não num texto constitucional, o princípio da segurança jurídica continuará ostentando a condição de fundamento, de pedra basilar, do Direito. Não será a inserção constitucional – muito ao revés – que lhe irá alterar a natureza. NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 2003, p. 264.

⁸³ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Constituição e Segurança Jurídica**; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Org. Carmem Lúcia Antunes Rocha, 2. ed. Ver. E ampl., Fórum, 2005, p. 168.

mantida, como condição da evolução da interpretação do direito e da própria sociedade.

No entanto, é intolerável que se conviva num sistema em que as decisões judiciais são alteradas a qualquer momento, ficando ao alvedrio das convicções pessoais dos membros que compõem as Cortes Judiciais, como se não tivessem nenhum compromisso com os posicionamentos judiciais proferidos previamente.

Nesse sentido, as técnicas de modulação da eficácia dos precedentes vinculantes, como *prospective overruling* e o *prospective-prospective overruling*, repercutem de forma positiva na garantia da segurança jurídica, no aspecto da estabilidade das decisões judiciais.

É que a modulação da eficácia das decisões para o futuro permite que os comportamentos dos cidadãos pautados em entendimentos jurisprudenciais vigentes não serão afetados por alterações repentinas de orientação jurisprudencial, que somente incidirão sobre comportamentos futuros.

4.3 O princípio da isonomia do jurisdicionado perante o poder judiciário

Não se pode negar que todo Estado Democrático de Direito tem como basilar o princípio da isonomia, o que garante a todos o direito de serem tratados da mesma forma, exigindo do Estado que aja de forma isonômica em relação a todos que com ele tenham relações. Segundo o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Relativamente à questão das posturas do Estado em face do cidadão, inclui-se a necessidade de que o Poder Judiciário aja de forma isonômica em relação a todos aqueles que pleiteiam em juízo a proteção de algum direito. Afinal, não basta que se garanta a igualdade perante a lei, mas também a igualdade na aplicação da lei⁸⁴.

⁸⁴SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law, in, Temas atuais do direito processual ibero-americano. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998, p. 353.

Marinoni, ao tratar sobre a observância do princípio da isonomia na esfera processual, elenca quatro esferas em que o Poder Judiciário deve concretizar o referido princípio: a) igualdade de tratamento no processo, que exige do juiz e do legislador que ofereçam às partes o mesmo tratamento e a mesma oportunidade de convencimento do magistrado; b) igualdade de acesso ao processo, que consiste na necessidade de disponibilizar a todos os jurisdicionados o acesso ao Poder Judiciário, respeitadas as particularidades dos diversos seguimentos da sociedade, em especial aqueles menos favorecidos economicamente; c) igualdade de procedimentos e de técnicas processuais, que consiste na necessidade da criação de procedimentos simplificados para facilitar o acesso à justiça, em especial, aos pequenos litigantes, que podem veicular suas pretensões, por exemplo, no âmbito dos juizados especiais, e por fim; d) igualdade diante das decisões judiciais, que exige dos tribunais atuação uniforme, prestando o serviço jurisdicional de forma isonômica em face de todos aqueles que pleiteiam uma providência judicial⁸⁵.

Ocorre que a evolução da sociedade e o crescimento populacional exigiram que o Estado se aparelhasse para prestar o serviço judiciário de forma mais eficiente, o que terminou por criar uma estrutura complexa, composta por diversos órgãos e diversos juízes.

Naturalmente, a inexistência de uma doutrina que exija dos magistrados o acolhimento de posicionamentos consolidados pelos tribunais de hierarquia superior potencializou o descumprimento do princípio da isonomia, já que cada juiz está livre, de acordo com o seu convencimento, para julgar causa da forma que lhe pareça mais adequada. Não raramente, é possível constatar situações em que os juízes e tribunais adotam posições contraditórias, muitas vezes no âmbito de uma mesma Corte de Justiça, aplicando soluções distintas para casos idênticos.

Esta fórmula, no entanto, mostrou-se absolutamente equivocada, pois a multiplicidade de posicionamentos dos magistrados que compõem os órgãos do Poder Judiciário tornou a prestação jurisdicional antiisonômica, no sentido de que situações absolutamente semelhantes passaram a ser tratadas de forma distinta,

⁸⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p.141-143.

única e exclusivamente porque foram submetidas a juízos diferentes. A sorte de quem pleiteia em juízo não pode estar atrelada ao juízo para o qual a sua ação foi direcionada. Em expressão conhecida no âmbito doutrinário, a Justiça não pode ser equiparada a uma loteria.

Sotelo, ao avaliar o cenário do ordenamento jurídico espanhol a respeito do tema, revela que a jurisprudência constitucional espanhola capitaneou posicionamento no sentido de que os juízes e tribunais não podem contradizerem-se nos seus julgados, havendo até quem houvesse invocado o brocardo inglês de que casos parecidos devem ser julgados da mesma forma⁸⁶.

Isso não significa que o ordenamento jurídico espanhol tenha abraçado a doutrina do *stare decisis*, pois, mesmo países de tradição do *civil law* devem prezar pela aplicação do princípio da isonomia perante o conteúdo das decisões judiciais.

Juízes e tribunais não podem alterar arbitrariamente um critério de julgamento, a não ser que as circunstâncias assim o exijam, o que ficará na dependência de motivação explícita sobre as razões que os levaram a alterar seu posicionamento.

Ora, não se pode admitir, com base no princípio da isonomia, que pessoas que pleiteiem o mesmo direito em juízo, em situações fáticas similares ou idênticas, tenham tratamento diferenciado, sob pena de se atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a doutrina dos precedentes vinculantes tem o condão de exigir que o princípio da isonomia seja observado também pelos órgãos do Poder Judiciário, não apenas relativamente aos aspectos formais do processo judicial, mas também relativamente ao conteúdo das decisões judiciais, na medida em que requer dos juízes e tribunais que soluções similares ou idênticas sejam apresentadas para casos que ostentem as mesmas peculiaridades fáticas e jurídicas.

⁸⁶SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law, in, Temas atuais do direito processual ibero-americano. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998, p. 353.

5 TÉCNICAS DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SISTEMAS DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO COMPARADO

5.1 Considerações iniciais

O estudo do direito comparado é ferramenta deveras importante para o desenvolvimento de novas ideias, novos conceitos, desde que, obviamente, importações de fórmulas estrangeiras não sejam adotadas pelo legislador sem a necessária avaliação quanto à necessidade de adaptação dos instrumentos alienígenas ao contexto nacional.

Em muitas situações, a realidade social, econômica e mesmo jurídica de determinado país favorece a adoção de instrumentos jurídicos inovadores, o que pode não se repetir em países que possuem realidades diversas.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como diversos outros, possui inúmeros influxos estrangeiros, a começar pela própria Constituição Federal, de forte influência germânica e portuguesa, bem como relativamente ao tratamento das denominadas ações coletivas, nitidamente inspiradas no sistema americano das *class actions*.

Dada a importância do estudo do direito comparado, passaremos a seguir à análise de institutos processuais da Alemanha, Espanha, Portugal e Inglaterra, que instituíram nos seus ordenamentos uma alternativa ao regime das ações coletivas, que são justamente os regimes de processos-teste ou das causas-piloto⁸⁷, por vezes associada a uma sistemática de precedentes vinculantes.

5.2 A experiência alemã

O direito processual alemão introduziu em seu ordenamento jurídico dois institutos processuais que pretendem estabelecer procedimentos racionais para o julgamento de demandas repetitivas.

⁸⁷PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: Tendência de coletivização da tutela processual civil. **Revista de Processo**, n. 185, 2013. p. 125.

Na Lei de Justiça Administrativa, foi instituído o “*Musterverfahren*”, que visa a regulamentar a sistemática de julgamento de massa de processos que envolvem a legalidade de medidas administrativas. Lado outro, foi criado o procedimento-modelo para os investidores em mercado de capitais, *Gesetz zur Einfuhrung Von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviado de *KapMuG*, que se destinou ao julgamento de demandas relacionadas com o mercado de capitais. A seguir, analisaremos ambos os institutos.

5.2.1 Musterverfahren

O instituto processual do *Musterverfahren*, introduzido no direito alemão pelo artigo 93a da Lei da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*)⁸⁸, é um dos exemplos encontrados no direito comparado, em que se inaugura a sistemática de julgamentos em casos repetitivos, com eficácia vinculante para os casos pendentes de julgamento, em um sistema jurídico de tradição do *civil law*.

Segundo Cassagne, Gottschau e Aberastury,

O estudo do art. 93 da Lei da Justiça Administrativa Alemã adquire um significado especial, pois, sem cair nas denominadas ações de classe (class actions) ou nos processos coletivos, trata, pragmaticamente, da maneira de levar adiante demandas de um sem-número de pessoas, que em definitivo, debatem acerca da legalidade de uma determinada conduta do Estado, com um só objetivo: descongestionar os tribunais sem desconsiderar o direito de ser ouvido⁸⁹. (tradução livre)

⁸⁸Lei de Justiça Administrativa Alemã, § 93 a (Processo-modelo) (1) Se a legalidade de uma medida administrativa for questionada em mais de vinte processos, o tribunal poderá conduzir, primeiramente, um ou vários processos idôneos (*Musterverfahren*), suspendendo os demais. As partes deverão ser previamente ouvidas. Não cabe recurso contra essa resolução judicial.(2) Quando houver coisa julgada nos processos findos, o tribunal poderá, depois de ouvir as partes, decidir sobre os processos suspensos por resolução judicial, se, em sua opinião, por unanimidade, os casos não contiverem particularidades essenciais, fáticas ou jurídicas, ante os processos decididos, e se os fatos forem esclarecidos. O tribunal poderá introduzir as provas do processo-modelo (*Musterverfahren*) em outros processos, bem como, de acordo com sua discricionariedade, determinar novo interrogatório de testemunha ou realização de nova perícia pelo mesmo perito ou por outro. O tribunal poderá denegar proposições de provas relativas a fatos acerca dos quais já tenha havido produção de provas no processo-modelo, caso sua admissão não contribua, segundo sua livre convicção, à prova de novos fatos relevantes para a decisão e retarde a solução do litígio. A denegação poderá ser na própria decisão, de acordo com a primeira fase deste inciso. Contra a resolução judicial fundada na primeira frase deste inciso, as partes possuem o recurso judicial que seria admitido se o tribunal decidisse por sentença. As partes deverão ser informadas sobre esse recurso (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANCKE, Hermann-Josef / SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa, (o modelo alemão)**, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

⁸⁹CASSAGNE, Juan Carlos; GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia; ABERASTURY, Pedro. **Ley de la Justicia Administrativa Alemana**, Coord. Pedro Aberastury, AbeledoPerrot: Fundacion Konrad Adenauer,

Deve-se registrar, antes de efetuar qualquer tipo de comparação com o ordenamento jurídico brasileiro, que a análise do “*Musterverfahren*” deve partir do pressuposto de que o sistema judicial alemão organiza-se de forma diferente do sistema brasileiro. É que no sistema tedesco há uma esfera judicial própria para tratar sobre questões relacionadas com o direito administrativo. Trata-se de verdadeira jurisdição administrativa.

Com efeito, de acordo com Blanke⁹⁰, a justiça administrativa alemã está organizada em três esferas. A primeira instância, no âmbito dos Länder (estados da República Federal da Alemanha), é composta pelos tribunais administrativos de primeira instância, denominados *Verwaltungsgerichte*. A segunda instância, ou instância intermediária, é composta pelos Superiores Tribunais Administrativos (estaduais), denominados “*Oberverwaltungsgerichte*” ou “*Verwaltungsgerichtshöfe*”. Por fim, na cúpula do sistema de jurisdição administrativa da Alemanha está o Supremo Tribunal Federal Administrativo, denominado *Bundesverwaltungsgericht*.

Sendo assim, o âmbito de aplicação do “*Musterverfahren*” não é propriamente o processo civil, mas sim uma espécie de processo administrativo jurisdicionalizado, já que o sistema alemão possui uma jurisdição administrativa própria, apartada do sistema judicial comum.

Analisando o instituto, segundo o supracitado dispositivo legal, caberá ao Tribunal Administrativo, ao identificar a existência de mais de 20 processos impugnando o mesmo ato administrativo, eleger algum deles, que será considerado o processo-modelo, suspendendo-se a tramitação dos demais.

A menção a um ou vários processos, revela o objetivo de se chegar a uma decisão que leve em consideração a maior quantidade possível de argumentos

2009, p. 47. No original “*El estudio del art. 93º de la Ley de la Justicia Administrativa alemana adquiere un especial significado pues, si caer en las denominadas acciones de clase o en los procesos colectivos, trata, pragmáticamente, la manera de llevar adelante demandas de un sin-número de personas, que em definitiva, debaten acerca de la legalidad de una determinada conducta del Estado, com um solo objetivo: descongestionar a los tribunales sin desconocer el derecho a ser oído.*”

⁹⁰BLANKE, Herman-Josef. Organização e Competências da Justiça Administrativa Alemã. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coord.). **Código de Jurisdição Administrativa (O modelo Alemão)**, Renovar, 2009, p. 23.

jurídicos, assegurando a justiça da decisão. Trata-se de providência que guarda estrita relação com o resguardo dos princípios do contraditório e da ampla defesa e com a legitimação do julgamento a ser proferido.

De acordo com o artigo 93a(1), as partes interessadas deverão ser previamente ouvidas quanto à suspensão dos processos. Proferida a decisão de suspensão, não caberá recurso para impugná-la.

Após o julgamento definitivo do processo eleito como modelo, o Tribunal poderá tomar uma série de providências em relação aos processos suspensos, que estão previstas em partes diversas da Lei de Justiça Administrativa Alemã.

Cassagne, Gottschau e Aberastury⁹¹, ao analisarem as providências que podem ser adotadas pelo tribunal administrativo, asseveram que: 1) podem decidir por sentença, com audiência prévia dos interessados, quando o conteúdo do processo que se encontra suspenso apresenta diferenças essenciais do processo modelo. Aqui, há verdadeiro “*distinguishing*” entre o processo paradigma que deu ensejo ao julgamento do “*Musterverfahren*” e o processo suspenso com base no instituto; 2) podem decidir por sentença simplificada, que se utiliza em situações nas quais se requer a realização de uma audiência para a apresentação de provas; 3) podem decidir por resolução, quando se encontrarem presentes os seguintes requisitos: 3.1) sentença com trânsito em julgado em processo modelo; 3.2) nenhuma diferença essencial quanto aos fatos e o direito envolvidos no caso (inaplicabilidade do “*distinguishing*”; 3.3) a maioria dos juízes deve considerar que não existe a necessidade de fundamentar a decisão e de aclarar o seu conteúdo; 3.4) transferência da decisão do processo modelo para o caso; 3.5) produção de uma audiência com o objetivo de comunicar qual a variante do processo foi eleita.

Como se pode perceber, as decisões por resolução configuram a essência do “*Musterverfahren*”, que pretende, através de apenas um processo, e por consequência, através de uma única decisão, resolver uma grande quantidade de causas que envolvam o mesmo ato da administração pública.

⁹¹CASSAGNE, Juan Carlos; GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia, ABERASTURY, Pedro. **Ley de la Justicia Administrativa Alemana**, Coord. Pedro Aberastury, AbeledoPerrot. Fundacion Konrad Adenauer, 2009, p. 55.

Obviamente que a adoção do procedimento ora apresentado poderá gerar diversas consequências positivas para a administração da justiça, que ganhará em celeridade, perderá menos tempo com procedimentos burocráticos para dar andamento a múltiplos processos idênticos, prestigiará a segurança jurídica e também a isonomia do jurisdicionado perante a Justiça Administrativa alemã, que decidirá de modo uniforme para todos aqueles que se apresentam nas mesmas circunstâncias fáticas. Por fim, consagra o direito fundamental à tutela judicial efetiva, conforme disposto no artigo 19.4⁹² da Lei Fundamental de Bonn.

5.2.2 KapMuG

O “*Gesetz zur Einfuhrung Von Kapitalanleger-Musterverfahren*” (KapMuG), diferentemente do “*Musterverfahren*” previsto na Lei de Justiça Administrativa da Alemanha, consiste na aplicação da sistemática de julgamento de demandas repetitivas no âmbito do próprio sistema processual civil, ou seja, na denominada Justiça Comum.

No entanto, conforme alerta Cabral⁹³, o “*Musterverfahren*” previsto no *KapMuG* não consiste em norma geral a ser aplicado a qualquer espécie de processo judicial onde esteja sendo discutida uma questão repetitiva. Por isso mesmo, não encontra previsão no “*Zivilprozessordnung*”, ou *ZPO*, diploma normativo alemão equivalente ao Código de Processo Civil Brasileiro. Ao contrário, ele tem um objetivo específico, qual seja, disciplinar a proteção dos investidores no mercado de capitais. Trata-se de modelo de vigência temporária, segundo dispõe a própria norma que o instituiu⁹⁴.

Similarmente aos objetivos perseguidos pelo “*Musterverfahren*” previsto na Lei de Justiça Administrativa da Alemanha, o instituto previsto no *KapMuG* pretende

⁹²Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

⁹³CABRAL, Antônio do Passo. **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas**, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 34.

⁹⁴Inicialmente, a vigência do KapMuG estava prevista apenas até 01 de novembro de 2010. No entanto, em 24 de julho de 2010 foi publicada uma nova lei que prorrogou a validade do instituto até 31 de outubro de 2012.

estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns em dissídios individuais, em demandas consideradas isomórficas, com eficácia *ultra partes*⁹⁵.

O procedimento inicia-se com o pedido de instalação do incidente-padrão, perante o juízo individual, com a indicação do objeto que será submetido ao crivo do Poder Judiciário. São requisitos do pedido de instauração do procedimento-modelo a indicação dos pontos litigiosos, bem como os meios de prova que serão produzidos em juízo. Além disso, deve o requerente demonstrar que o pedido terá repercussão em processos diversos, interferindo assim na esfera individual de outros litígios já ajuizados.

O Parágrafo 1º, (3), da *KapMuG*, elenca uma série de situações em que o procedimento-modelo não poderá ser instaurado, em especial, situações em que a sua instauração possa atrasar indevidamente o processo ou quando a questão jurídica submetida não necessitar de tratamento coletivo. Tais situações serão apreciadas pelo juízo instaurador do procedimento-modelo.

De acordo com o Parágrafo 2º do *KapMuG*, o juízo de origem em que a questão está submetida deve anunciar publicamente o pedido de instauração do procedimento modelo, devendo constar do anúncio, dentre diversos requisitos, o objetivo do pedido para o estabelecimento de um procedimento-modelo. Publicado o anúncio, devem os processos que deram origem ao pedido ser interrompidos, conforme determinação do Parágrafo 3º do *KapMuG*.

Importante notar que é possível que questões fáticas e jurídicas sejam submetidas ao procedimento, desde que tenham relação com o objeto do “*Musterverfahren*”, que é a proteção de investidores no mercado de capitais.

Essa possibilidade de discussão quanto a questões fáticas e jurídicas, segundo Cabral⁹⁶, possibilita a resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em um momento coletivo e um individual.

⁹⁵CABRAL, Antônio do Passo. **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão**: Uma alternativa às ações coletivas, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 34.

⁹⁶CABRAL, Antônio do Passo. **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão**: Uma alternativa às ações coletivas, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 35.

Exatamente em razão disso, a despeito de o caso concreto poder ter peculiaridades que podem não ser típicas a outros casos, o “*Musterverfahren*” evita a dissociação entre fato e direito na decisão coletiva, sem, contudo, desprezar as particularidades de cada caso. Sendo assim, é possível que as peculiaridades dos casos concretos sejam observadas, a fim de aplicar a tese jurídica consolidada no procedimento-modelo de modo uniforme a todos os casos submetidos à sua tutela.

Após a efetivação do pedido, a admissibilidade do procedimento-modelo será decidida pelo juízo de origem, que provocará um tribunal de hierarquia superior (*Oberverwaltungsgerichte*” ou “*Verwaltungsgerichtshöfe*”) a decidir sobre as questões coletivas.

A condição de admissibilidade do procedimento, segundo o Parágrafo 4º, (1), 2, é a constatação de, pelo menos, 10 requerimentos do incidente-padrão, que versem sobre os mesmos fundamentos, dentro do período de quatro meses subsequentes à publicação a que se refere o Parágrafo 2º. Caso não seja observado o número mínimo referido, segundo o Parágrafo 4º, (4), deve o juízo rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual.

Interessante notar que a decisão que instaura o procedimento-modelo, segundo o Parágrafo 4º, (1), 2, é irrecorrível, vinculando inclusive a instância superior, que será o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento de mérito do “*Musterverfahren*”. Aqui, há verdadeiro deslocamento de competência para o julgamento do caso, que passa a ser de competência do órgão jurisdicional de segunda instância. Ademais, instaurado um procedimento-modelo, não é possível a admissão de outro incidente com o mesmo objeto, de acordo com o Parágrafo 5º do *KapMuG*.

Seguindo o procedimento, determina o Parágrafo 7º do *KapMug*, que após o Tribunal competente para o julgamento do procedimento-modelo anunciar a existência do procedimento, todos os processos pendentes ou qualquer processo proposto antes da entrega do procedimento-modelo, em que a decisão depende das questões a serem decididas no âmbito do “*Musterverfahren*” devem ser suspensos, de ofício, ainda que neles não tenha havido requerimento de procedimento-modelo.

A decisão é irrecorrível, sendo facultado aos interessados o direito de serem ouvidos quanto à suspensão.

No que se refere às partes que compõem o procedimento-modelo, o Parágrafo 8º do *KapMuG* autoriza que o tribunal eleja representantes dos autores e dos réus para realizarem a interlocução com a Corte. A eleição dos denominados líderes parece realmente ser razoável, pois como se está diante de um procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individualizados, faz-se necessária a intermediação por meio de um porta-voz.

No entanto, aqueles que não foram eleitos como os representantes para dialogar com o Tribunal no âmbito do procedimento-modelo, podem, de acordo com o Parágrafo 12º do *KapMuG*, valer-se dos meios de defesa que estiverem disponíveis para praticar atos processuais necessários à sua defesa, desde que tais declarações não sejam contrárias àquelas que foram alegadas pelos líderes das partes.

Ressalta-se, ademais, que tanto as partes eleitas como representantes, como os interessados, de acordo com o Parágrafo 13º do *KapMuG*, podem pleitear a expansão do objeto do procedimento-modelo, desde que o objeto do pedido adicional tenha relação com o objeto principal do incidente e que o tribunal considere a questão relevante.

Por fim, o ponto mais importante quanto à sistemática do “*Musterverfahren*” diz respeito aos efeitos que podem advir da sentença proferida no âmbito do procedimento-modelo. Inicialmente, dispõe o Parágrafo 14 da *KapMuG* que, após audiência, o tribunal elaborará uma decisão modelo, sem mencionar o nome das partes, que deverá servir tanto ao procedimento-modelo quanto às partes interessadas, que devem ser informadas a publicação da decisão.

Segundo o que dispõe o Parágrafo 16 (1) da *KapMuG*, as decisões proferidas em sede de procedimento-modelo serão vinculantes em relação aos juízos de origem, ou seja, em relação aos juízos competentes para o julgamento de processos

suspensos em virtude da admissibilidade do “*Musterverfahren*”, ainda que as partes de tais processos não tenham se manifestado quando tiveram a oportunidade.

Como se vê, a característica que marca o instituto é a aptidão da decisão judicial ali proferida para surtir efeitos em relação a todos os processos que estejam pendentes de julgamento no momento de sua publicação, o que não autoriza a aplicação da mesma decisão a casos futuros. Segundo Viafore,

A decisão modelo proferida tem eficácia vinculante a todos os litigantes cujas demandas foram suspensas durante o procedimento, bem como vincula o juiz quando da definição da demanda individual, qualquer que seja seu resultado. No entanto, a vinculação é somente para os processos pendentes e não aos autores futuros, pois se exige a existência de litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal⁹⁷.

A limitação da vinculação da decisão aos casos pendentes gera certa desconfiança quanto à configuração da eficácia vinculante do precedente firmado no “*Musterverfahren*”, justamente por não haver a obrigação de que aquela decisão seja aplicada a processos que futuramente venham a ser ajuizados.

Seja como for, o fato é que as demandas já ajuizadas estarão submetidas ao que restou decidido no procedimento-modelo. Demandas futuras poderão, até, ter conclusões diversas, já que a possibilidade de “*overruling*” sempre se preserva, mesmo em sistemas que adotam tradicionalmente o “*stare decisis*”.

5.3 A Experiência Portuguesa

O ordenamento jurídico português também cuidou de criar instrumentos processuais destinados a instituir sistemas de julgamento de demandas de massa.

De um lado, o Decreto-Lei nº 108/2006 criou um regime processual experimental, destinado a “testar e aperfeiçoar mecanismos de aceleração e simplificação processual, com vistas a um possível alargamento do âmbito de sua aplicação⁹⁸”.

⁹⁷VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o Procedimento-modelo alemão *Musterverfahren* e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, ano 38, v. 217, 2013, p. 273-274.

⁹⁸RICARDO, Luís Carvalho. **Regime processual civil experimental anotado e comentado**, CEJUR, 2007. p. 5 *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro, **O regime processual das causas repetitivas**,

Dentre os instrumentos criados pelo supracitado Decreto, sobrepõe em importância o regime de agregação de causas, previsto no artigo 6º, que possibilita que diversos atos processuais (audiências, produção de provas, sentenças) relacionados a processos diferentes sejam produzidos de uma única vez, com vistas a promover a celeridade processual, bem como evitar custos desnecessários.

Trata-se de regime experimental, instituído para vigorar até 16 de outubro de 2008. No entanto, com a revogação do artigo que previa a sua extinção, terminou por passar a vigorar sem prazo determinado.

De outro lado, no âmbito dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o artigo 48 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁹⁹, criou um mecanismo de julgamento de demandas repetitivas que envolvem atos do poder público, denominado regime de tramitação preferente, extremamente semelhante com o instrumento criado no modelo alemão do *Musterverfahren*, instituído pela Lei de Justiça Administrativa.

Antes propriamente de ingressar na análise dos institutos supracitados, cumpre-nos fazer uma breve reflexão acerca da organização do sistema judicial de Portugal.

5.3.1 A organização do sistema judicial de Portugal

Segundo Moraes¹⁰⁰, a Constituição de Portugal adota o sistema de jurisdição unitária, onde cabe ao Poder Judiciário dar solução a demandas que envolvam atos administrativos. No entanto, ainda segundo a referida autora, o sistema convive com

Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 299.

⁹⁹PORTUGAL. **Lei nº 15/2002, publicada no Diário da República** – I – Série A, de 19 de fevereiro de 2002. Acesso em: 01 de junho de 2014.

¹⁰⁰Segundo Vânia Cardoso André de Moraes, “O modelo português é judicialista, isto é, atribui competência para julgar os litígios administrativos a tribunais integrados numa ordem jurisdicional única que coexiste com tribunais especializados para apreciar o denominado contencioso administrativo (jurisdição autônoma dos tribunais administrativos fiscais)”. MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição**, CJF, 2012. p. 119.

tribunais especializados, dentre os quais se destacam os tribunais que possuem competência para tratar das questões administrativas.

Segundo o artigo 212, 3, da Constituição Portuguesa¹⁰¹, compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Para Moraes,

O contencioso administrativo é um conjunto completo e único de normas jurídico-processuais – regras e princípios – disciplinadoras do andamento dos processos nos tribunais administrativos, colocados à disposição dos particulares e das pessoas jurídicas de direito público para, judicialmente, fazerem valer ou realizarem seus direitos, reguladoras do processo decisório nessa jurisdição¹⁰².

No que se refere à configuração do sistema Português, diferentemente da opinião de Moraes, Cunha¹⁰³ defende a tese de que o regime adotado no sistema Português é o da dualidade de jurisdição. Para o autor, as demandas que envolvem o poder público não podem ser submetidas aos órgãos do Poder Judiciário, estando submetidas apenas ao controle dos tribunais administrativos, que não integram aquele Poder.

A reflexão sobre as disposições constitucionais e legais a respeito do tema nos leva a crer que assiste razão a Cunha, quando defende a tese da jurisdição dualista no ordenamento jurídico português. É que a análise dos artigos 209 e seguintes da Constituição de Portugal revela claramente uma diversidade de tratamento entre os “Tribunais Judiciais”, e os demais Tribunais, incluindo o Militar, o de Contas, e os próprios Tribunais Administrativos e Fiscais.

¹⁰¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. publicada em 02 de abril de 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em: 2 jun. 2014.

¹⁰²MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição**, CJP, 2012, p. 119.

¹⁰³Segundo Leonardo José Carneiro Cunha, “no direito português, há dualidade de jurisdição, de maneira que as demandas intentadas em face do Poder Público não são submetidas aos órgãos do Poder Judiciário, sendo processadas e julgadas no âmbito do chamado Contencioso Administrativo”. CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime processual das causas repetitivas**, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 301.

Por seu turno, a Lei que instituiu o estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais atribui, no artigo 39, por exemplo, competência para regulamentar a sua composição ao Ministério da Justiça, órgão integrante do Poder Executivo daquele país. Sendo assim, não se pode considerar, como Moraes, que o sistema de jurisdição de Portugal seja uno, pois a submissão dos tribunais aos órgãos do Poder Executivo não se coadunaria com o princípio da separação dos poderes, também adotado pelo artigo 2º da Constituição Portuguesa.

Do que foi dito até o momento, é possível identificar semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos adotados no Brasil, em Portugal e na Alemanha.

A grande diferença entre os sistemas é que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela instalação de um sistema jurisdicional único, em que todo conflito de interesses será resolvido no âmbito do Poder Judiciário, esteja o Poder Público em um dos polos da ação ou não.

Por seu turno, os sistemas português e alemão optaram pela adoção de um sistema jurisdicional dualista, onde os conflitos que envolvem os atos do poder público serão submetidos aos tribunais administrativos, e não aos tribunais integrantes do Poder Judiciário.

No entanto, muito embora o Brasil não adote um sistema jurisdicional dualista, terminou por especializar um ramo dos órgãos integrantes do sistema do Poder Judiciário para tratar especificamente das controvérsias que envolvem a União, suas autarquias e fundações e empresas públicas federais, bem como prevê a existência de varas especializadas de Fazenda Pública no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação.

Isso não caracteriza, obviamente, uma jurisdição dualista, haja vista que tais ramos da justiça encontram-se integrados no sistema do Poder Judiciário, mas demonstra uma preocupação com as peculiaridades que envolvem a solução de controvérsias quando o poder público é uma das partes do processo.

Dando sequência ao estudo do sistema português, cumpre-nos, com base na Lei nº 13, de 19 de fevereiro de 2002, apresentar a forma de organização do sistema de justiça administrativa de Portugal.

Segundo o artigo 8º da referida Lei, que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos, são órgãos da jurisdição administrativa e fiscal: o Supremo Tribunal Administrativo (STA), que segundo o artigo 11º, 1, é o órgão de cúpula da justiça administrativa e fiscal, com sede em Lisboa e jurisdição em todo o território nacional; o Tribunal Central Administrativo (TCA), previsto no artigo 31º; e os Tribunais Administrativos de Círculo (TACs), previstos no artigo 39º.

Além disso, a própria Constituição Portuguesa, no seu artigo 212, 1, prevê o Supremo Tribunal Administrativo como órgão de cúpula da Justiça Administrativa e Fiscal, ficando apenas submetido ao Tribunal Constitucional Português, que, conforme os artigos 223, 280 e 281 da Constituição Portuguesa, tem a palavra final em matéria de constitucionalidade dos atos normativos, seja no controle de constitucionalidade concreto, seja no abstrato.

5.3.2 O regime de agregação de causas

Esclarecidos os pontos de partida, o Decreto-Lei 108/2006, instituiu o sistema de agregação de causas do direito português. Segundo o preâmbulo do referido ato normativo, pretende-se “criar um regime processual mais simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal”¹⁰⁴.

Como já se teve oportunidade de mencionar em momento anterior, o regime processual inaugurado pelo Decreto-Lei é experimental e o próprio preâmbulo assim o declara, ao afirmar que:

Opta-se, num primeiro momento, por circunscrever a aplicação deste regime a um conjunto de tribunais a determinar pela elevada movimentação processual que apresentem, atentos os objetos de acção predominantes e as atividades económicas dos litigantes. A natureza experimental da

¹⁰⁴PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 108/2006, Preâmbulo do regime processual experimental**, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31623&idsc=31626&ida=46613, acessado em: 02 jun. 2014.

reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação.

Ainda segundo o preâmbulo do Decreto-Lei, a inauguração do regime experimental é uma das ações que visam concretizar o Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2005, de 30 de maio. A ideia do instituto, portanto, é “assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, permitindo, designadamente, a prática de decisões judiciais que abranjam vários processos”¹⁰⁵.

De acordo com o artigo 6º, 1, do Decreto-Lei, que instituiu o regime de agregação de causas:

Quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal acções que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos da secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças.

Segundo Gouveia¹⁰⁶, o novel regime teve inspiração no regime de tramitação preferente previsto no artigo 48, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, que será analisado a seguir, e na figura norte-americana do *consolidation*, previsto no Rule 42 (a) das Federal Rules of Civil Procedure¹⁰⁷.

De acordo com Pinto Junior,

Tal dispositivo vai ao encontro da economia processual e serve de mecanismo hábil a evitar decisões díspares quanto a assuntos correlatos. Além disso, racionalmente, habilita a agregação de inúmeros feitos constantemente motivados por causas comuns, que se multiplicam no dia a

¹⁰⁵PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 108/2006, Preâmbulo do regime processual experimental**, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31623&idsc=31626&ida=46613, acessado em 02 jun. 2014.

¹⁰⁶GOUVEIA, Mariana França. **O Regime Processual Civil Experimental Anotado**: Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, Ed. Almedina, 2006, p 73.

¹⁰⁷Rule 42 (a) Federal Rules of Civil Procedure. “*When actions involving a common question of law or fact pending before the court, it may order a joint hearing or trial of any or all the matters in issue in the actions: it may order all the actions consolidated: and it may make such orders concerning proceedings therein as may tend to avoid unnecessary costs or delay*”.

dia forense. Os conflitos de massa passam a contar com uma regra de julgamento e tramite conjuntos¹⁰⁸.

Pretende o legislador português criar no âmbito do processo civil um procedimento que vise a dar celeridade e racionalidade ao andamento dos processos judiciais que envolvam demandas similares, ou, no linguajar já adotado pela doutrina brasileira, demandas repetitivas. Pretende-se ainda, evitar a contradição de julgados, que se mostra como um dos fatores que acarretam desprestígio para a justiça.

A iniciativa é ampla, ao possibilitar que atos processuais sejam praticados conjuntamente, evitando assim que os mesmos procedimentos sejam realizados mais de uma vez, exclusivamente porque estão submetidos a processos judiciais diferentes.

Segundo Gouveia,

Agregar processos significa praticar um acto em vários processos, mantendo-se, porém, cada um deles como processo individual, autónomo. É este o sentido de associação transitória: naquele momento estão juntos, mas imediatamente a seguir deixam de estar¹⁰⁹.

Como se vê, o nível de adaptabilidade dos procedimentos conferido ao juiz é infinitamente maior do que os procedimentos tradicionais, pois lhe permite gerir efetivamente, e de forma discricionária o processo da forma mais célere e econômica possível. Segundo Gouveia,

O regime processual experimental estatui um dever de gestão processual que impõe ao juiz a adequação das regras processuais ao caso concreto, permitindo-lhe, portanto, alterar essas regras, sem qualquer limite para além dos princípios gerais do processo civil (igualdade, contraditório, direito à prova, etc¹¹⁰).

O escopo da agregação de processos não foge do objetivo visado pelo “*Musterverfahren*” alemão, que consiste justamente em munir o sistema processual cível de instrumentos mais adequados para a efetiva prestação do serviço

¹⁰⁸PÍNTO, Junior Alexandre Moreira. Regime processual experimental português. **Revista de Processo**, n. 148, 2007, p. 175.

¹⁰⁹GOUVEIA, Mariana França. **O Regime Processual Civil Experimental do Decreto-Lei n.º 108/2008, de 8 de Junho**, Ed. Almedina, 2006, p. 58.

¹¹⁰GOUVEIA, Mariana França. **O Regime Processual Civil Experimental do Decreto-Lei n.º 108/2008, de 8 de Junho**, Ed. Almedina, 2006, p 12.

jurisdicional, a fim de imprimir maior celeridade à tramitação dos feitos, rejeitando a prática de atos processuais inúteis e a repetição de atos processuais.

Seguindo as regras do procedimento, o art. 6º, 2, estabelece que a decisão de agregação e os atos que esta tem por objeto serão praticados na ação que suscitou a instalação do procedimento de agregação.

Importante notar, de acordo com o item 3, que a agregação das ações pode ser instaurada a pedido das partes ou mesmo de ofício pelo juiz da causa, independentemente de oitiva das partes, nos casos em que as ações estejam sob a competência do mesmo juiz.

Justifica-se a não obrigatoriedade de oitiva das partes previamente à decisão de instauração da agregação, por ser decisão procedimental, de gestão processual, discricionária do magistrado. Conclui Gouveia que “Se a agregação é um instrumento de gestão específico da litigância de massa, é contraproducente ouvir essas massas¹¹¹”. Obviamente que não está vedada a oportunização do contraditório. Apenas não há obrigatoriedade de sua observação.

Para o caso de agregação de processos cuja competência está distribuída entre juízes distintos, de acordo com o item 4, caberá requerimento ao Presidente do Tribunal, que decidirá sobre a instalação do procedimento, sem possibilidade de recurso contra a referida decisão.

Interessante aspecto que advém do dispositivo acima colacionado, diz respeito ao órgão jurisdicional competente para a prática do ato objeto da agregação, haja vista que os processos que serão agregados estão sob competência de juízes distintos. O Decreto-Lei não oferece a resposta para este questionamento, ficando para a doutrina portuguesa a incumbência de dar solução ao problema.

Gouveia entende que a decisão do Presidente do Tribunal deverá determinar a agregação e também eleger um juízo, que será o competente para a prática do ato

¹¹¹GOUVEIA, Mariana França. **O Regime Processual Civil Experimental do Decreto-Lei n.º 108/2008, de 8 de Junho**, Ed. Almedina, 2006, p. 68.

objeto da agregação, cabendo ao Presidente do Tribunal, inclusive, estabelecer quais atos serão praticados e qual o conteúdo de tais atos¹¹².

De acordo com o item 5, a decisão que admite a agregação deve indicar quais atos serão praticados de forma conjunta e o respectivo conteúdo, devendo as partes que serão afetadas pelo procedimento serem notificadas da realização das diligências, da publicação do despacho ou da sentença praticados conjuntamente.

Por fim, de acordo com o item 6, a decisão proferida no procedimento de agregação somente pode ser desafiada por recurso quando for proferida a decisão final.

O que se verifica, da análise do regime de agregação, é que a existência de instrumentos processuais que dotam o ordenamento jurídico de institutos destinados ao tratamento de demandas coletivas não está vinculado à previsão de eficácia vinculante dos precedentes, pois, aqui, não há eficácia extraprocessual dos pronunciamentos da Corte, mas sim, prática de atos conjuntos que se aplicam a todos os processos relacionados. Portanto, os institutos de julgamento de demandas repetitivas podem viver sem eficácia vinculante de precedentes.

5.3.3 O regime de tramitação preferente do CPTA

Analisada a agregação de processos, cumpre-nos analisar o disposto nos artigos 48 e 161 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), promulgado pela Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002, que instituiu um sistema de julgamento de demandas de massa que envolvem atos do Poder Público.

Segundo Cunha, enquanto na agregação, os processos são transitoriamente reunidos para que seja realizado um ou mais de um ato processual, no regime do contencioso administrativo ocorre a escolha de um (ou mais de um) processo para que seja apreciado e julgado pelo órgão competente¹¹³. Os demais processos que tratam sobre a mesma questão ficarão suspensos, aguardando o julgamento do

¹¹²GOUVEIA, Mariana França. **O Regime Processual Civil Experimental do Decreto-Lei n.º 108/2008, de 8 de Junho**, Ed. Almedina, 2006, p 64.

¹¹³CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime processual das causas repetitivas**, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 301.

processo selecionado como paradigma. Após o julgamento, algumas providências poderão ser adotadas, e serão analisadas a seguir.

Sendo assim, verificam-se, logo de início, duas grandes diferenças entre o sistema de agregação de causas e o regime de tramitação preferente do contencioso administrativo português.

A primeira delas é que aquele se aplica a processos judiciais que envolvem pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo pessoas físicas, ao passo que no segundo regime, deve haver a presença de algum ente público em um dos polos da ação.

A segunda é que no regime de tramitação preferente, o CPTA determina a suspensão de tramitação de alguns processos e a eleição de processos paradigma, enquanto no sistema de agregação ocorre apenas a junção temporária de alguns processos para a prática de um ou mais atos processuais em conjunto.

Vejamos, então, o que dispõe o artigo 48, I, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos:

Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

Algumas observações importantes devem ser apontadas, com base na leitura do item acima colacionado. A primeira delas é que o regime apenas será adotado quando houver mais de 20 processos que estejam relacionados com atos da administração pública. Trata-se do mesmo requisito adotado pelo artigo 93a da Lei de Justiça Administrativa da Alemanha para a admissão do *Musterverfahren*.

Outra observação deveras importante é que os 20 processos que envolvem a poder público não necessariamente devem se relacionar com o mesmo fato, ou mesmo ato jurídico. A interpretação a ser dada ao dispositivo é a de que mesmo que

os pronunciamentos da administração sejam diversos, pode ser instaurado o regime, desde que relacionados com a mesma questão jurídica e que possam ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de fato.

Sendo assim, ainda que vários atos administrativos sejam praticados, se eles tiverem o mesmo objeto, e a decisão puder ser aplicada com o mesmo fundamento, é possível a instauração do regime de tramitação preferente. Trata-se de característica que relaciona imediatamente o sistema de tramitação preferente aos direitos individuais homogêneos, na classificação que predomina na doutrina brasileira.

A última observação importante é que, diferentemente do que ocorre no sistema de agregação, onde não há necessidade de oitiva das partes para a instauração do regime, no sistema de tramitação preferente há determinação expressa de que as partes sejam ouvidas antes da instauração do regime.

Com efeito, há razão de ser para a diferenciação entre os sistemas. É que, conforme visto, no regime de tramitação preferente, alguns processos serão suspensos, para aguardar o julgamento dos processos paradigma. Sendo assim, é preciso oportunizar aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa, para que possam, efetivamente, influenciar o julgador quanto aos argumentos que devem ser utilizados para o julgamento da causa.

Além disso, deve-se possibilitar, através da oitiva dos interessados, a alegação de que o seu caso não guarda correlação com o caso paradigma, não merecendo, portanto, ingressar no regime preferente de tramitação.

Tais circunstâncias não ocorrem no sistema de agregação, pois, como vimos, não há suspensão, mas sim, junção transitória para a prática de atos processuais conjuntos, o que justifica a desnecessidade de oitiva das partes previamente à instauração do regime.

Dando sequência à análise, o artigo 48, 2, possibilita que processos que sejam ajuizados após a admissão do regime preferente sejam também suspensos, desde que cumpram os requisitos previstos no item I. Ou seja, processos futuros que

envolvam a mesma questão jurídica ou fática, poderão ser afetados pelo julgamento a ser proferido no regime de tramitação preferente. Tal circunstância, como visto, não se aplica ao regime do *Musterverfahren* da Lei de Justiça Administrativa alemã.

No item 3, o CPTA demonstra preocupação com a necessidade de que os processos selecionados para julgamento no âmbito do regime abarquem de forma ampla todos os aspectos fáticos e jurídicos necessários para solução da controvérsia. Assim, a suspensão da tramitação dos processos não pode resultar em limitação do âmbito da instrução, afastamento da apreciação de fatos ou da realização de diligências e provas necessárias para a completa apuração da verdade real.

O item 4 prevê que o regime de tramitação preferente deve seguir os mesmos trâmites previstos pelo CPTA para os processos urgentes, revelando a preocupação do legislador com a celeridade no seu julgamento. Além disso, prevê que todos os juízes do tribunal ou da seção participarão do julgamento.

Importante dispositivo é o item 5 do artigo 48 do CPTA, que prevê as diversas providências que podem ser adotadas pelas partes após o julgamento do processo eleito como paradigma. Dada a importância do dispositivo, transcrevo-o a seguir:

Art. 48, 5 - Quando, no processo seleccionado, seja emitida pronúncia transitada em julgado e seja de entender que a mesma solução pode ser aplicada aos processos que tenham ficado suspensos, por estes não apresentarem qualquer especificidade em relação àquele, as partes nos processos suspensos são imediatamente notificadas da sentença, podendo o autor nesses processos optar, no prazo de 30 dias, por: a) Desistir do seu próprio processo; b) Requerer ao tribunal a extensão ao seu caso dos efeitos da sentença proferida, deduzindo qualquer das pretensões enunciadas nos n.os 3, 4 e 5 do artigo 176.º; c) Requerer a continuação do seu próprio processo; d) Recorrer da sentença, se ela tiver sido proferida em primeira instância.

Relativamente ao item “a”, importante registrar, segundo Brito¹¹⁴, que a desistência apenas pode ser requerida pelo interessado quando a decisão lhe for desfavorável, a fim de evitar que a parte tenha que arcar com o ônus da sucumbência. Caso a desistência ocorra quando a decisão lhe for favorável, tem-se,

¹¹⁴BRITO, Wladimir. **Lições de direito processual administrativo**. 2. ed. Coimbra Editora. 2008 *apud* MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição, CJF, 2012, p. 127

na verdade, desistência do pedido sob o qual se funda a ação, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil Português.

Quanto ao item “b”, há verdadeira extensão da coisa julgada do caso eleito como paradigma para o caso suspenso. Trata-se do verdadeiro objetivo do regime de tramitação preferente, qual seja: fazer com que os processos de massa sejam julgados pela mesma sentença, evitando assim a contradição entre julgados, a divergência jurisprudencial, e prestigiando a segurança jurídica e a isonomia perante o jurisdicionado. Trata-se da denominada eficácia *ultra partes*.

Relativamente ao item “c”, possibilita-se ao interessado que pleiteie a continuação do seu processo, desde que demonstre que o seu caso apresenta especificidades em relação aos fatos ou às normas das sentenças proferidas, ou quando entenda que os fatos e as normas foram erroneamente avaliados e interpretados (ou aplicados) no processo selecionado¹¹⁵.

Verifica-se que a doutrina portuguesa, ao interpretar a alínea “c” do dispositivo, possibilita que o interessado discuta o mérito da decisão adotada no caso paradigma no seu caso concreto específico. Refiro-me à possibilidade de alegar que os fatos e as normas foram erroneamente avaliados e interpretados no processo selecionado.

Abrir tal possibilidade parece retirar grande parte da eficácia do regime de tramitação preferente, pois basta que todos os interessados com processos suspensos tenham qualquer argumento que insinue que os fatos e normas foram erroneamente avaliados ou interpretados para que não haja nenhuma eficácia no regime.

Melhor seria se a possibilidade de alegações do gênero apenas fosse possível em sede de recurso contra a decisão que finalizou a apreciação da causa, impossibilitando assim a rediscussão do tema após o trânsito em julgado. Por outro lado, a possibilidade de alegação do “*distinguishing*” merece ser mantida, já que as peculiaridades do caso concreto suspenso não foram avaliadas pelos juízes.

¹¹⁵MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição, CJF, 2012, p. 128.

Por fim, na letra “d”, possibilita-se a irresignação contra sentença que decidiu a questão jurídica submetida ao regime de tramitação preferente, através de recurso, desde que o processo esteja em primeira instância. Aqui não se poderá alegar que o caso tem peculiaridades que o diferenciam do processo paradigma, pois esta providência há de ser adotada através do pedido de continuação do processo. Portanto, o objeto do recurso é a própria reversão da decisão judicial.

Segundo Brito¹¹⁶, a possibilidade de recurso contra a decisão, antes mesmo de aplicá-la ao caso suspenso, seria incompreensível, justamente pelo fato de não ter havido o pedido de extensão dos seus efeitos. No entanto, nos parece compreensível a possibilidade de recurso, pois aqui reside a oportunidade de se manifestar contrariamente ao mérito da sentença proferida no regime.

A incompreensão externada por Brito deve ser interpretada conjuntamente com o seu posicionamento a respeito do item “c”, onde o autor admite a irresignação contra a aplicação errônea das normas ou a avaliação errônea dos fatos. Parece ser mais plausível, conforme já mencionado, que tal providência seja adotada na alínea “d”, remanescendo a alínea “c” apenas quanto à possibilidade de aplicação do “*distinguishing*”.

Finalizando a análise dos instrumentos previstos no Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal, importante análise é a do conteúdo do artigo 161, que dispõe sobre a extensão dos efeitos de uma sentença judicial transitada em julgado que tenha anulado um ato administrativo desfavorável ao autor da ação ou mesmo reconhecido uma situação jurídica favorável a uma ou mais pessoas.

Nesses casos, o artigo 161, 1, autoriza que os efeitos da sentença transitada em julgado sejam estendidos a outras que se encontrem na mesma situação, ainda que não tenham ajuizado ação contra o poder público.

Para que seja possível a extensão dos efeitos, o artigo 161, 2, exige que: as situações sejam perfeitamente idênticas, a exemplo de situações relacionadas com

¹¹⁶BRITO, Wladimir. **Lições de direito processual administrativo**. 2. ed. Coimbra Editora. 2008, *apud* MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição**, C/JF, 2012, p. 128.

servidores públicos ou concursos públicos; que no mesmo sentido tenham sido proferidas 5 sentenças transitadas em julgado, ou, no caso de ações de massa, tenham sido proferidas pelo menos 3 sentenças em casos selecionados nos termos do artigo 48 do CPTA.

Para gozar da extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado, deve o interessado, de acordo com o item 3 do artigo 161, no prazo de 1 ano contado da data da última notificação de quem tenha sido parte no processo em que a sentença foi proferida, apresentar um requerimento à entidade administrativa que, nesse processo, tenha sido demandada.

Caso o requerimento seja negado ou não haja decisão no prazo de 3 meses, poderá o interessado requerer, no prazo de 2 meses, ao tribunal que tenha proferido a sentença, a extensão dos efeitos e a execução em seu favor.

Como se vê, trata-se de importantíssimo instrumento que visa a reduzir o número de demandas judiciais em casos que já possuem solução definitiva no âmbito dos tribunais administrativos portugueses.

5.4 A Experiência Espanhola

O sistema jurídico espanhol também adotou um sistema de julgamento de demandas de massa. Há dois institutos processuais previstos na Lei 29/1998¹¹⁷ que objetivam dar um tratamento diferenciado para os processos de massa. São eles: a possibilidade de extensão dos efeitos da sentença em fase de execução àqueles que se encontram na mesma situação fática e não foram partes do processo e o sistema do processo exemplar¹¹⁸.

Antes propriamente de entrar na análise dos institutos processuais, importante refletir brevemente sobre a estruturação do sistema judicial espanhol, assim como foi feito em relação aos sistemas português e alemão.

¹¹⁷ESPAÑA, **Lei nº 28 de 13 de julho de 1998**. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>, acessado em 1 jun. 2014.

¹¹⁸MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição, CJP, 2012, p. 133.

A esse respeito, de acordo com Moraes, o sistema judicial espanhol, após passar por regimes de jurisdição dualista¹¹⁹, adotou, com o advento da Constituição Espanhola de 1978, o regime de jurisdição única, cabendo ao Poder Judiciário julgar e executar as suas decisões¹²⁰. Sendo assim, o regime de contencioso-administrativo espanhol encontra-se inserido no sistema do Poder Judiciário daquele país. Trata-se, portanto de sistema similar ao adotado no ordenamento jurídico brasileiro e diferente daquele que foi instituído nos sistemas alemão e português.

Voltando aos institutos processuais supracitados, o artigo 110¹²¹, da Ley 29, de 13 de julho de 1998 possibilita que, em matéria tributária ou de pessoal do serviço da administração pública, os efeitos de uma sentença transitada em julgado que reconheceu uma situação jurídica individualizada de uma ou várias pessoas seja estendido a outras, na fase da execução da sentença. As regras são similares às adotadas pelo artigo 161, do Código Português de Processo Administrativo, analisada no item anterior.

¹¹⁹Ley de Santamaria Paredes de 1888 e Ley de la jurisdiccion contenciosa administrativa de 1956.

¹²⁰Artigo 117.3 e 117.5 da Constituição Espanhola.

¹²¹Artículo 110. 1. En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada. c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste. 2. La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos. 3. La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo. 4. Antes de resolver, en los veinte días siguientes, el Secretario judicial recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, el Juez o Tribunal resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. 5. El incidente se desestimarà, en todo caso, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Si existiera cosa juzgada. b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99. c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo. 6. Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso. 7. El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80.

São requisitos para a aplicação do instituto: a) que os interessados se encontrem em idêntica situação jurídica a dos favorecidos pela omissão estatal; b) que o juiz ou o tribunal sentenciante também seja competente em razão do território, para conhecer do pedido do interessado; c) que o requerimento de extensão seja feito no prazo de 1 ano, contado da última notificação daqueles que foram parte no processo, incluindo a hipótese de haver recurso, quando o prazo se iniciará apenas quando a fase recursal foi finalizada¹²².

Segundo os itens 2 e 3 do artigo 110, o requerimento deve ser dirigido diretamente ao órgão jurisdicional prolator da decisão que se pretende ver estendida, e o pedido deve vir acompanhado de documentos que comprovem a identidade de situações.

Importante mencionar, por fim, que o item 5, c, do artigo 110, dispõe que a extensão dos efeitos das sentenças judiciais não será possível quando tiver havido pedido administrativo decidido e transitado em julgado em virtude da omissão na interposição de recurso administrativo contra a decisão.

Nesse ponto, percebe-se que o legislador preocupou-se com as situações em que haja posicionamento “transitado em julgado” na esfera administrativa. Nessas situações, não será possível a extensão dos efeitos de sentença judicial transitada em julgado.

Verifica-se, da análise do instituto previsto na lei espanhola, a preocupação do legislador com a questão das demandas de massa ou repetitivas. Intentou o legislador espanhol estabelecer mecanismos para evitar que demandas judiciais se multipliquem, quando já houver pronunciamento judicial sobre o tema.

Claramente há uma preocupação com o descongestionamento do Poder Judiciário, com a isonomia do jurisdicionado perante o Poder Judiciário e com a uniformidade das manifestações judiciais.

¹²²MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição, CJP, 2012, p. 135.

Por outro lado, o sistema do processo exemplar segue em linhas gerais os procedimentos adotados pelo *Musterverfahren* previsto na Lei de Justiça Administrativa da Alemanha e o regime de tramitação preferente, previsto no Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal.

Os artigos 37¹²³ e 111¹²⁴ da Ley 29, de 13 de julho de 1998 estabelecem que, havendo uma pluralidade de recursos com objetos idênticos, pode o tribunal decidir pelo andamento de apenas um, ou alguns deles, com a suspensão do demais até a decisão final.

Após a decisão de suspensão, podem as partes no processo requerer o prosseguimento do seu processo; desistir do feito ou requerer a extensão dos efeitos da decisão a seu caso.

5.5 A Experiência da Inglaterra

A Inglaterra também foi um sistema jurídico que adotou uma sistemática de julgamento de demandas repetitivas, através da criação do sistema *Group Litigation Order* ou “GLO”. Segundo Andrews, “esse tipo de ordem é a mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes”¹²⁵.

¹²³Artículo 37. 1. *Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.* 2. *Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.* 3. *Una vez firme, el Secretario judicial llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111, la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso.*

¹²⁴Artículo 111. *Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el Secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso. Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley.*

¹²⁵ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, Trad. Teresa Arruda Alvim, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 555.

A ideia que motivou os legisladores a adotar o sistema foi basicamente a mesma que orientou os trabalhos dos legisladores da Alemanha, Portugal e Espanha. Pretendiam os legisladores criar um sistema racional de julgamento de processos que envolviam temas similares (questões de fato ou de direito), e que tinham condições de serem julgados de forma simultânea.

De acordo com Rossoni, o GLO¹²⁶ foi introduzido ao ordenamento jurídico do Reino Unido em maio de 2000, no *Civil Procedural Rules, Part 19, Section III*, consistindo

essencialmente em uma ordem de gestão de processos que permite ao tribunal administrar coletivamente 'casos que dão origem a questões de direito ou de fato comuns ou relacionados. (Rule 19.10). De acordo com este procedimento, uma GLO é um mecanismo de opt-in coletiva¹²⁷.

Especificamente em relação a questão do *opt-in* referido, tem-se diferença marcante entre os procedimentos adotados por Alemanha, Portugal e Espanha, em relação ao procedimento do Reino Unido. É que, para aqueles países, a submissão aos sistemas de julgamento coletivos não se dá através de opção do autor ou réu. A inclusão dos processos, ao contrário, se dá de forma automática, com efetiva suspensão da tramitação processual até que a decisão final seja tomada. Já no sistema da Inglaterra, conforme já se disse, a submissão ao GLO depende de requerimento do interessado¹²⁸.

Segundo o item 19.11 do *Civil Procedural Rules*, poderá a Corte criar o GLO quando existir, ou for provável a existência de um número de reclamações que possam dar origem às denominadas "GLO issues".

¹²⁶ INGLATERRA, **Código de Processo Civil**. 19.10, *Civil Procedural Rules*. *A Group litigation order (GLO) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law.* <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#19.1>. Acesso em: 01 de junho de 2014.

¹²⁷MULHERON, Rachael, Relatório do XIII Congresso Mundial de Direito Processual, apud, ROSSONI, Igor Bimkowski, **O "incidente de resolução de demandas repetitivas" e a introdução do grupo litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?** 2010. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>, Acessado em 2 jun. 2014.

¹²⁸ROSSONI, Igor Bimkowski, **O "incidente de resolução de demandas repetitivas" e a introdução do grupo litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?** 2010. p. 18. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>, Acessado em: 2 jun. 2014.

Os elementos essenciais para a formação do GLO estão previstos no item 19.11 (2), que assim dispõe: o GLO deve a) conter especificações sobre o caso para fins de registro do grupo; b) a especificação das questões comuns que serão geridas pelo grupo e; c) a eleição do tribunal competente para efetivar o gerenciamento do grupo.

Relativamente à especificação das questões comuns que serão geridas pelo grupo, observa-se não há restrições quanto à matéria que será submetida ao GLO. Sendo assim, segundo Andrews,

todas as formas de transgressão civil e conduta desonesta podem formar a base de 'questões comuns' para ensejar a Ordem de Litígio em grupo. Tudo o que é necessário demonstrar é que existem 'questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito'¹²⁹.

Deve ser destacado que a legislação da Inglaterra confere poderes amplos ao tribunal competente para o gerenciamento do GLO. São eles: a possibilidade de alteração dos "GLO issues" (19.13.a) a fim de melhor gerir o grupo, e mesmo a extinção do *group litigation* quando a questão não puder ser tratada adequadamente de forma coletiva.

Por fim, deve ser mencionado o artigo 19.12 (1) (a)¹³⁰ do *Civil Procedural Rules* do Reino Unido, que estabelece de forma expressa que a sentença ou a ordem é vinculante para todas as partes sobre todas as questões que estão no registro do grupo no momento da prolação do julgamento ou da ordem, a menos que a Corte determine em contrário¹³¹.

5.6 Considerações Finais

¹²⁹ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, Trad. Teresa Arruda Alvim, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 558.

¹³⁰No original: "that judgement or order is binding on the parties to all other claims that are on te group register ate the time the judgement is given ou the order is made unless the court orders otherwise.

¹³¹Segundo Neil Andrews, "a decisão do tribunal, qual a uma questão 'comum', vincula todos os membros do grupo, se for favorável. A parte que for afetada negativamente por sentença ou ordem judicial pode requerer permissão para recorrer". ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, Trad. Teresa Arruda Alvim, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 558.

Como visto, parece absolutamente clara a preocupação dos legisladores europeus com a questão das demandas repetitivas. Guardadas as devidas adaptações aos sistemas jurisdicionais de cada um dos países citados, pode-se concluir que a estratégia processual comum entre todas elas é a reunião de processos similares, com suspensão dos demais, e decisão única, com extensão dos seus efeitos para os demais.

Veremos, em momento oportuno, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que entrará em vigor com o Novo Código de Processo Civil, tem objetivo bastante similar, acrescentando-se ao sistema a possibilidade de se conferir eficácia vinculante aos precedentes nele firmados.

6 A FORÇA VINCULANTE/PERSUASIVA DOS PRECEDENTES DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO VIGENTE

6.1 Considerações Iniciais

O sistema constitucional brasileiro, assim como outros que adotam o sistema de tripartição dos poderes, atribui ao Poder Judiciário a competência para realizar o direito, de modo criativo e imperativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas, concretamente deduzidas, em decisão insusceptível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível¹³².

Nesse sentido, as decisões proferidas nesses processos judiciais individuais, somente surtem efeitos entre os sujeitos que dele fizeram parte, sob pena de agredir a esfera jurídica de terceiros que não tiveram a oportunidade de influenciar na formação do convencimento do magistrado naquele caso concreto. É que o sistema judicial brasileiro foi lapidado com base em valores liberais, não restando dúvidas de que o processo civil brasileiro foi pensado para solucionar pretensões individuais¹³³.

No entanto, a sociedade evoluiu, e com isso, novos conflitos vieram à tona. Relações jurídicas de massa surgiram, tornando obsoletas as fórmulas tradicionais de solução de conflitos intersubjetivos, inspiradas em uma sociedade marcada por valores individuais.

Sendo assim, as decisões judiciais proferidas em determinados casos concretos passaram a surtir efeitos extraprocessuais, ou seja, passaram a regular outros casos concretos, também submetidos à apreciação do Poder Judiciário, ou mesmo à própria administração pública, já que era preciso que o Poder Judiciário tutelasse de forma adequada os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Surge assim, portanto, a ideia de dotar os precedentes judiciais de alguma eficácia externa, que poderá ser vinculante ou persuasiva, a depender das circunstâncias em que foram proferidas.

¹³²SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. 14. ed. Editora Juspodivm, 2012, p. 95.

¹³³CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Regime Processual das Causas Repetitivas. **Leituras Complementares de Processo Civil**, 9. ed., Org. Fredie Didier Junior, Ed. Jus Podivm, 2011, p. 292.

As razões pelas quais o legislador brasileiro optou por dotar os precedentes judiciais de diversos graus de eficácia são várias, dentre as quais se podem destacar: a necessidade de promoção da celeridade na prestação jurisdicional, dando concretude ao direito à duração razoável do processo, previsto expressamente no texto constitucional; a necessidade de se garantir aos jurisdicionados tratamento isonômico; e por fim, a necessidade de conferir ao serviço jurisdicional certo grau de previsibilidade e segurança jurídica, unidade e coerência.

Percebe-se, portanto, pelas finalidades acima delineadas, que a problemática da eficácia vinculante dos precedentes não é tema que se resume ao direito processual civil, haja vista que as consequências que podem advir da sua adoção ou não afetam diretamente direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional. Daí a importância do enfrentamento do tema com seriedade e serenidade.

6.2 A classificação dos precedentes no Brasil

Pode-se dizer, segundo Cruz e Tucci¹³⁴ que o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema misto em relação aos precedentes judiciais, sendo a) precedentes com eficácia meramente persuasória; b) precedentes com relativa eficácia vinculante e; c) precedentes com eficácia vinculante.

Os precedentes com eficácia meramente persuasória constituem a regra no nosso ordenamento jurídico, já que seus efeitos estão restritos aos casos concretos em que foram proferidos. Tal circunstância decorre, conforme já foi dito, da origem histórica do ordenamento jurídico brasileiro, de forte influência romano-germânica, em contraposição aos sistemas que sofreram influência da tradição do *common law*, onde vige a regra do *stare decisis*.

Sendo assim, as decisões judiciais pretéritas proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro constituem, tão somente, guias, modelos, orientações,

¹³⁴CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

que podem servir, ou não, de inspiração para outros casos, mas que não precisam necessariamente ser seguidos.

Os precedentes judiciais, por mais prestigiados que sejam, não podem obrigar os juízes, que permanecem independentes, livres de qualquer subserviência hierárquica superior no exercício da atividade jurisdicional. E é exatamente este aspecto que afasta a subordinação aos arestos dos altos tribunais¹³⁵.

O grau de persuasão das decisões poderá variar de acordo com critérios subjetivos a serem sopesados pelo juiz prolator das decisões futuras. Assim, características como a correção em si da decisão judicial, o nível de prestígio do magistrado que proferiu a decisão, o nível de hierarquia do órgão jurisdicional prolator da decisão, a data em que a decisão foi proferida, e até mesmo o quórum de votação que subsidiou a aprovação do acórdão serão elementos fundamentais para o acolhimento do precedente anterior e aplicação aos casos futuros¹³⁶.

Para exemplificar o modelo brasileiro, que preponderantemente dota os precedentes de eficácia meramente persuasiva, Cruz e Tucci cita as súmulas dos tribunais, que a seu juízo, consistem em instrumentos que, além de proporcionar a estabilidade do direito, facilitam o exercício profissional do advogado, mas que não gozam de eficácia normativa¹³⁷.

Em que pese as súmulas dos tribunais, por si só, tenham força meramente persuasória, o legislador tem criado instrumentos processuais que ampliam os poderes dos magistrados quando decidem com base em súmulas. Essas situações são exatamente aquelas em que a eficácia deixa de ser meramente persuasória e passa a ser relativamente vinculante.

Os precedentes com relativa eficácia vinculante, segundo a classificação de Cruz e Tucci, são aqueles que vinculam apenas determinados casos concretos.

¹³⁵BUZUID, Alfredo, Uniformização da jurisprudência, *Ajuris*, 34, 1985. p. 211, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 114.

¹³⁶SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 53.

¹³⁷TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 115.

Acrescento à essa classificação aquelas situações em que o acolhimento da orientação judicial anterior possibilita o abreviamento do trâmite processual, seja através do julgamento imediato da causa, da inadmissão de recursos ou do provimento monocrático dos recursos nos casos em que as decisões afrontem a tese consagrada na súmula.

A título de exemplo, Cruz e Tucci¹³⁸ cita o instituto da uniformização de jurisprudência, prevista nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil, situação em que a competência para a resolução da tese jurídica a ser adotada no caso concreto é deslocada para o órgão colegiado, e, uma vez decidida, torna-se vinculante para o seu julgamento. Aqui, a eficácia vinculante é classificada como relativa, pois não tem o condão de vincular processos futuros, mas tão somente aquele caso que ensejou a sua instauração¹³⁹.

Em verdade, a nosso juízo, pode-se dizer que o caso não trata propriamente de eficácia vinculante ou quase vinculante dos precedentes, mas sim de uma cisão da atividade cognitiva do Poder Judiciário, de forma a estabelecer-se a competência do órgão colegiado para firmar a tese jurídica e do órgão fracionário para aplicá-la ao caso concreto.

Exemplo outro, citado por Cruz e Tucci, é o procedimento previsto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que autoriza a rejeição liminar de qualquer recurso quando o fundamento da irresignação estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de

¹³⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.114.

¹³⁹É bem verdade que, embora seja de extrema utilidade a sistemática do incidente de uniformização de jurisprudência, a prática forense revela que o instituto tem sido muito pouco utilizado. A bem da verdade, a uniformização da jurisprudência, no âmbito dos Tribunais Superiores, através da edição de Súmulas tem sido feita sem a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência. Segundo Cruz e Tucci, “é até curioso assinalar que, enquanto o Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editam, com destacada frequência, as suas respectivas súmulas, os tribunais regionais federais e estaduais dificilmente admitem a julgamento o incidente de uniformização de jurisprudência. É patente, nesse sentido, o infundado receio de submissão ao pensamento da maioria...” in, CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 116.

Tribunal Superior.¹⁴⁰ Autoriza ainda, o artigo 557, §1-A do CPC, que seja dado imediato provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Nesse ponto, não se pode deixar de fazer um registro do posicionamento de Taruffo quanto à diferenciação entre jurisprudência e precedente. Considera o referido autor que precedente e jurisprudência são conceitos distintos, muito embora sejam corriqueiramente utilizados como sinônimos em muitas oportunidades¹⁴¹.

Com efeito, existe uma distinção de caráter quantitativo entre precedente e jurisprudência, sendo certo que precedente está relacionado com uma decisão apenas, ao passo que jurisprudência está ligada à noção de uma pluralidade de decisões judiciais.

Diante desta distinção, Taruffo estabelece uma diferença também qualitativa entre precedente e jurisprudência. Nesse sentido, precedentes seriam regras universalizáveis que poderiam servir como balizas para aplicação da regra de direito deles extraída aos casos futuros, desde que haja identidade entre os fatos do caso passado e do futuro. Do precedente, portanto, extrai-se a *ratio decidendi*, que irá repercutir em casos futuros. Por sua vez, a jurisprudência não representa uma *ratio decidendi* de determinado caso, mas apenas uma formulação verbal que pretende enunciar regras jurídicas, despidas de qualquer influência quanto aos fatos que as ensejaram.

Sendo assim, as situações previstas no artigo 557 *caput*, e §1-A, levando-se em consideração as reflexões de Taruffo, seriam parcialmente hipóteses de precedentes quase vinculantes e de jurisprudência dominante. É que, diferentemente do que sustenta Taruffo, advogamos a tese de que as súmulas devem consistir justamente na *ratio decidendi* dos precedentes que lhes originaram, e não apenas

¹⁴⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.115.

¹⁴¹TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência, Trad. por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim e André Luís Monteiro, **Revista de Processo**, ano 36, n. 199, setembro de 2011, p. 140.

em prescrições gerais e abstratas sobre matérias de direito. O tema será retomado com maiores detalhes adiante.

A bem da verdade, o sistema processual civil brasileiro não cuidou de diferenciar jurisprudência e precedente, nos termos da classificação de Taruffo, conferindo tanto a um como a outro efeitos quase vinculantes, nos termos da classificação de Cruz e Tucci.

Importante instrumento, não citado por Cruz e Tucci, mas que, a nosso juízo, amolda-se à sua proposta de classificação de precedentes com relativa eficácia vinculante é a denominada improcedência *prima facie*, prevista pelo artigo 285-A, do Código de Processo Civil. O referido dispositivo autoriza o magistrado de primeira instância a julgar improcedente a ação, dispensando-se a citação da parte ré, nas situações em que, no juízo, já houver pronunciamento no mesmo sentido e a matéria seja exclusivamente de direito. Trata-se de instrumento inibidor da formação de demandas repetitivas.

Por fim, os precedentes com eficácia vinculante são aqueles que geram a obrigação de que casos futuros sejam julgados de acordo com a tese firmada em casos anteriores. Para Cruz e Tucci, o ordenamento jurídico brasileiro contempla as seguintes hipóteses de eficácia vinculante dos precedentes: a) súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; b) as decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; e c) as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos¹⁴².

Souza também se manifestou sobre os graus de extensão de efeitos das decisões judiciais. Segundo o referido autor, com base em Sampaio, os atos jurisdicionais podem ser classificados em a) sentença clássica, b) precedente, c) sentença normativa, d) jurisprudência vinculante, e) atos quase-legislativos e d) atos plenamente legislativos¹⁴³.

¹⁴²Conforme adiante se verá, discordamos quanto à classificação dos precedentes formados em incidentes de julgamentos de processos repetitivos como vinculantes. É que a eficácia, segundo pensamos, nessas situações, em especial dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral e dos Recursos Especiais Repetitivos é meramente persuasiva.

¹⁴³SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista do Direito Público**, 1985, p. 8, *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 178.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, Souza arremata afirmando ser possível encontrarmos modalidades de decisões judiciais que gozam de efeitos vinculantes, que vão desde o resultado do incidente de uniformização de jurisprudência, passando pelas decisões dotadas de efeitos vinculantes no controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, indo até aos atos quase legislativos (como as sentenças normativas da Justiça do Trabalho)¹⁴⁴.

6.3 Os precedentes vinculantes no direito brasileiro

A admissão dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro foi precedida de acalorados debates doutrinários, que colocaram em lados opostos defensores e opositores da nova (velha) ideia que então surgia.

A discussão a respeito dos precedentes vinculantes surgiu, de forma mais incisiva, em dois momentos no Brasil. Primeiramente quando do advento da Emenda Constitucional nº 3, que atribuiu eficácia vinculante aos julgamentos proferidos em sede de ação declaratória de constitucionalidade e mais recentemente quando das discussões em torno da Emenda Constitucional nº 45, que terminou por instituir a figura da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

O tema nunca foi pacífico, havendo quem se posicionasse contrário à força vinculante dos precedentes. Argumentavam, em suma, que os precedentes vinculantes a) representam exercício de atividade legislativa por parte do Poder Judiciário, o que teoricamente poderia configurar violação ao princípio da separação dos poderes; e b) imobilizariam o “poder” inovador da jurisprudência, gerando o engessamento do direito do magistrado refletir e decidir de maneira livre, segundo suas convicções, já que sempre estaria submetido ao que antes restou decidido pelos órgãos jurisdicionais superiores¹⁴⁵.

De acordo com Nunes¹⁴⁶, os argumentos não merecem prosperar. Para afastar o primeiro argumento, parte para uma reflexão sobre a natureza jurídica das súmulas

¹⁴⁴SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 178.

¹⁴⁵NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

¹⁴⁶NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

vinculantes, afirmando que a tese somente se sustentaria se as súmulas vinculantes tivessem verdadeira natureza legislativa, o que não procede.

Para afastar o segundo argumento, o autor reflete sobre o verdadeiro significado do princípio da separação dos poderes, formulado originariamente por Locke e aperfeiçoado por Montesquieu, concluindo que nenhum deles pregou a drástica e absoluta separação dos poderes, caso contrário, jamais haveria espaço para a adoção do sistema de controle recíproco entre os poderes, a denominada teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Por fim, argumenta que, antes de representar um suposto engessamento da atividade cognitiva do magistrado, as súmulas vinculantes representam um mecanismo que dota os atos do Poder Judiciário do caráter de previsibilidade¹⁴⁷.

A respeito do suposto engessamento do tema, DINAMARCO afirma que

O mais nobre dos predicados do chamado direito jurisprudencial é a sua capacidade de adaptar-se às mutações sociais e econômicas da nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade¹⁴⁸.

Críticas relacionadas com a excessiva concentração de poder nos órgãos competentes para a edição de súmulas vinculantes não resistem à constatação de que, de uma forma ou de outra, no âmbito do Poder Judiciário, as Cortes Supremas, em razão do sua posição hierárquica superior, serão as responsáveis pela interpretação final que deve ser dada ao texto constitucional. Sendo assim, ao final, havendo ou não eficácia vinculante nos precedentes, prevalecerá a tese adotada pelo órgão jurisdicional de maior hierarquia.

Por fim, também não merecem prosperar argumentos relacionados com a suposta a ofensa ao devido processo legal, haja vista que a concessão de eficácia vinculante a precedentes judiciais não impede o acesso ao Poder Judiciário, mas apenas estabelece, previamente, qual será o possível resultado daquela lide, visto

¹⁴⁷NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

¹⁴⁸DINAMARCO, Candido Rangel. **Súmulas Vinculantes**, 1999, p. 64, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 118.

que o tribunal já foi, em outro momento, chamado a se manifestar sobre aquele mesmo assunto¹⁴⁹.

Conforme se viu, os argumentos contrários ao estabelecimento de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro não vingaram, e atualmente, são uma realidade entre nós, seja através do instituto da súmula vinculante, ou através das decisões firmadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais no controle de constitucionalidade das normas regionais em face das Constituições Estaduais.

Ademais, conforme se verá adiante, o Projeto do Novo Código de Processo Civil pretende instituir, de forma bastante incisiva, a eficácia vinculante dos precedentes como um dos pilares do processo civil brasileiro.

Cumpre-nos, a partir de agora, refletir sobre os institutos constitucionais e processuais civis brasileiros que dotam os precedentes de eficácia persuasiva ou vinculante.

Uma ressalva, no entanto, deve ser feita, para que se compreenda de modo adequado a abordagem deste trabalho. Defendemos a ideia de que os precedentes vinculantes no sistema judicial brasileiro não decorrem, simplesmente da lógica do sistema do Poder Judiciário, que estabelece dois órgãos de cúpula para a uniformização das teses relacionadas ao texto constitucional (STF), e as normas infraconstitucionais (STJ), conforme defendem Marinoni¹⁵⁰ e Mitidiero¹⁵¹.

¹⁴⁹NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 103-104.

¹⁵⁰Segundo Marinoni, “o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes vinculantes”. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 138.

¹⁵¹Segundo Daniel Mitidiero, “o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são cortes em que prepondera a função de nomofilaquia interpretativa, em detrimento do escopo de controle da juridicidade das decisões recorridas. E sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, ressaí daí que participa do núcleo duro da sua função a formação de precedentes capazes de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil, cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para orientar suas decisões, sem o que o Direito não pode ser identificado

Pensamos que a eficácia vinculante no ordenamento jurídico brasileiro exige a presença de dois requisitos: a) expressa previsão legal; b) existência de um instrumento processual apto a controlar a decisão que descumpriu o precedente vinculante.

Com efeito, entre nós, apenas há que se falar em eficácia vinculante dos precedentes quando o legislador constituinte ou o legislador ordinário assim determinarem. Essa, na verdade, é uma das diferenças marcantes entre o sistema de precedentes vinculantes adotados em ordenamentos jurídicos de tradição do *civil law*, e dos ordenamentos jurídicos de tradição do *common law*, haja vista que nestes, a vinculação aos precedentes decorre de construção jurisprudencial. Entre nós, a previsão deve ser expressa, e não decorrente de uma interpretação sistemática das normas jurídicas vigentes.

Ademais, de nada adiantaria a previsão de um sistema de precedentes vinculantes, se não houvesse um instrumento apto a controlar a decisão judicial que se afasta das balizas adotadas pelos Tribunais formadores dos precedentes. Sendo assim, somente será possível falar-se em precedente vinculante se contra a decisão que o descumpriu for possível o ajuizamento de uma reclamação constitucional, que terá por objetivo, garantir a autoridade da decisão proferida pelo Tribunal que estabeleceu o precedente, sob pena de igualar a forma de irresignação (via recurso ordinário) contra uma decisão que não aplica um precedente vinculante com aquela que descumpra um precedente meramente persuasivo.

Ausentes tais requisitos, pensamos não haver precedentes vinculantes, mas apenas precedentes persuasivos.

6.3.1 As súmulas vinculantes

precisamente e a igualdade de todos perante a ordem jurídica civil não passa de uma piada de mau gosto. Isso quer dizer que a unidade do Direito que a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional persegue – tanto em uma perspectiva retrospectiva com prospectiva – depende da vigência da regra do *stare decisis*, sendo condicionada à existência de um efetivo sistema de precedentes vinculantes na nossa ordem jurídica.” MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, inovou no ordenamento jurídico brasileiro, ao incluir o artigo 103-A ao texto constitucional, trazendo a previsão de que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões em matéria constitucional, mediante decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, aprovar súmulas, que terão eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O dispositivo foi regulamentado posteriormente pela lei 11.417/2006, que estabeleceu os procedimentos que devem ser adotados para a criação, alteração e revogação das súmulas.

Segundo o §1º do artigo 103-A, a súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Por fim, para garantir a autoridade e o caráter vinculante das súmulas, previu a Constituição, no §3º do mesmo artigo, a possibilidade de ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula ou aplicá-la indevidamente.

De logo se percebe uma série de requisitos, formais e substanciais para a edição das súmulas vinculantes. Os mais importantes, para o objeto do presente trabalho, são: a) reiteradas decisões sobre matéria constitucional; b) o risco de insegurança jurídica em virtude da controvérsia atual existente sobre a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas; e c) a exigência de relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

A exigência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional revela-se imprecisa¹⁵². Nem o texto da Constituição Federal nem a lei regulamentadora das

¹⁵²CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial, in: Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

súmulas vinculantes estabeleceram critérios objetivos para aferição quanto ao cumprimento do requisito. Poderia o legislador constituinte reformador ter estabelecido um critério numérico para possibilitar a deflagração do processo de edição de súmulas vinculantes¹⁵³. Porém, preferiu deixar ao prudente arbítrio dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Seja como for, revela-se com o estabelecimento do critério, a preocupação do legislador com o necessário amadurecimento da tese jurídica no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de evitar que entendimentos relacionados a temas polêmicos e relativamente recentes sejam, de forma açodada, alçados à condição de entendimentos vinculantes.

O risco de insegurança jurídica em face de uma potencial divergência jurisprudencial, que leve a um tratamento desigual entre pessoas que se encontram na mesma situação jurídica é elemento fundamental para a configuração da situação apta a ensejar a edição de uma súmula vinculante. Segundo Miranda, na harmonia dos julgados encontra-se um objetivo procurado por todos os ordenamentos: sentenças opostas sobre idêntica questão de direito afetam a segurança jurídica e diminuem o prestígio dos próprios tribunais¹⁵⁴.

A referida insegurança jurídica pode surgir em virtude da constatação de que os tribunais vem adotando posicionamentos contraditórios em relação ao mesmo tema. Pode surgir, ainda, da própria alteração do quadro jurídico de um caso específico em virtude de sucessivas reformas da decisão judicial ao longo do trâmite processual. Por fim, pode incutir no cidadão um temor em adotar essa ou aquela posição, firmar ou não aquele contrato, visto que não possui condições de prever qual será o posicionamento do Poder Judiciário em relação àquela questão jurídica.

¹⁵³Quando do estudo das técnicas processuais de demandas repetitivas, tivemos a oportunidade de observar que o legislador, em diversas situações, estabeleceu critérios numéricos que, quando preenchidos, davam ensejo ao surgimento de institutos como o Musterverfahren da Lei de Justiça Administrativa da Alemanha, o KapMuG, e o regime de tramitação preferente do CPTA. Portanto, o critério numérico não se mostraria desarrazoado, e poderia muito bem ter sido adotado pelo legislador infraconstitucional, que regulamentou o instituto das súmulas vinculantes.

¹⁵⁴MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra Editora, 1998, p. 192.

Ademais, importante frisar que a controvérsia potencialmente causadora de insegurança jurídica deve ser atual, o que revela uma preocupação do legislador com a solução de casos judicializados, que no momento estejam a ensejar divergências de entendimentos jurídicos entre os órgãos da administração e o Poder Judiciário, e mesmo entre os próprios órgãos que compõem o sistema do Poder Judiciário. Sendo assim, a eventual potencialidade de divergência jurisprudencial futura, ou a divergência já superada não são condições suficientes para a deflagração de procedimento apto a editar súmulas vinculantes.

Por fim, a eleição da multiplicidade de processos envolvendo o tema revela uma preocupação do legislador constituinte com a criação de mecanismos processuais aptos a enfrentar a nova realidade do Poder Judiciário, que encontra-se diante do desafio de dar conta de milhões de processos judiciais, decorrentes de uma nova sociedade, conflituosa e ávida por justiça. Segundo Mancuso, dentre os motivos determinantes para o implemento da súmula vinculante no Brasil, está o propósito de conter a caótica dispersão de ações judiciais sobre o mesmo assunto, já que nestes casos a tese jurídica discutida é una, mas reproduzida em demandas repetitivas¹⁵⁵.

A propósito do tema, Marinoni afirma que as súmulas foram idealizadas, no Brasil, como mecanismos aptos a facilitar a resolução de casos fáceis e repetitivos, antes mesmo de preocuparem-se com a garantia da coerência do ordenamento jurídico, da igualdade do jurisdicionado perante o Poder Judiciário e da previsibilidade das ações deste poder¹⁵⁶.

Uma vez aprovado, o entendimento firmado no enunciado da súmula se tornará obrigatório perante todos os demais órgãos do Poder Judiciário bem como perante todos os órgãos da administração pública em todas as esferas da federação.

Não descuidou o legislador constituinte da possibilidade de revisão ou mesmo superação dos entendimentos firmados nos enunciados de súmulas vinculantes. Nesse sentido, previu expressamente no *caput* do artigo 103 – A, e no §2º do

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**, 5. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 389.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 480.

dispositivo, a possibilidade de revisão ou cancelamento das súmulas, providência que pode ser adotada pelos próprios membros da Corte Suprema, bem como por aqueles que têm legitimidade para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de instrumento fundamental, que visa justamente a garantir a constante atualização dos entendimentos pretorianos, não apenas em face de posteriores alterações legislativas, mas também em relação à própria evolução do pensamento dos membros da Corte, alterações de composições ou mesmo alterações de valores que preponderam no seio da comunidade.

6.3.1.1 ANTECEDENTE HISTÓRICO

Ao analisar os antecedentes históricos das súmulas vinculantes, a doutrina costuma relacioná-las com o instituto dos assentos, de origem lusitana¹⁵⁷. Segundo Souza, o Brasil do Império registrou a existência dos assentos, cujas características, apesar das suas peculiaridades próprias, têm algo em comum com a doutrina do *stare decisis*¹⁵⁸. Nunes afirma que os assentos são a primeira modalidade de efeito vinculante que se conheceu no direito luso-brasileiro¹⁵⁹.

No âmbito do Direito Português, apontam-se os assentos da Casa de Suplicação, então mais alto tribunal do Reino, como o registro histórico mais remoto dos precedentes vinculantes originários de órgãos jurisdicionais. Foram criados pelas Ordenações Manuelinas de 1521, (§1º do Título 58 do Livro V), mantidos nas ordenações Filipinas (§5º do Título 5 do Livro I) e reforçados pela Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769¹⁶⁰.

¹⁵⁷SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 178. TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência, e outros temas de Processo**, 2010, p. 55. NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 107. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 5. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em 1 jun. 2014.

¹⁵⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá Souza, 2008. p. 178-179.

¹⁵⁹NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 107.

¹⁶⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 179. NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 107. Acórdão 810, p. 5.

Já no Brasil, o Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875, adotou entre nós os assentos que foram elaborados pela Casa de Suplicação de Portugal, desde 1805 até a data da independência, onde tiveram vigência até a proclamação da República, com a Constituição de 1891¹⁶¹.

A evolução histórica dos assentos após a sua abolição¹⁶² no regime instaurado pela Constituição Portuguesa de 1822, é detalhadamente narrada no acórdão 810/93, de relatoria do Conselheiro Monteiro Diniz, do Tribunal Constitucional Português¹⁶³, e enfrentada por Nunes¹⁶⁴. Relatam o Conselheiro Monteiro Diniz e Nunes que diversas foram as tentativas legislativas de estabelecer novos institutos que dotassem os pronunciamentos judiciais de eficácia vinculante. São eles: a) Decreto 4.620, de 13 de julho de 1918, que pretendia “assegurar a unidade da jurisprudência, sem a condenar a uma fixidez que lhe tire todas as condições de acomodação a novas necessidades, tendências e correntes de ideias”; b) Decreto 12.353, de 22 de setembro de 1926, que instituiu algo similar aos embargos de divergência, perante o Supremo Tribunal de Justiça, cujo julgamento era de competência do pleno do Tribunal, sendo a decisão revestida de força obrigatória para os tribunais inferiores e para o próprio Supremo Tribunal.

¹⁶¹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá Souza, 2008, p. 180.

¹⁶²Interessante reflexão sobre a abolição dos assentos com o advento da Constituição de 1822 de Portugal é produzido pelo Conselheiro Monteiro Diniz, no acórdão 810/93, que terminou por declarar a sua inconstitucionalidade. “Sob o influxo das ideias liberais e da doutrina da separação dos poderes do Estado a que a Revolução Francesa e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte haviam dado curso universal, a Casa da Suplicação, em 28 de Março de 1822, já em pleno período liberal, mas em data anterior à promulgação da Constituição de 1822, por “deliberação tomada em Mesa”, considerou “não poder esta, depois da nova ordem de cousas, tomar Assentos sobre a inteligência de qualquer Lei, sem huma nova Delegação do Poder Legislativo”, pois que, “os Assentos contém decisões legais, e constituem parte da nova Legislação” e por isso pertencem “à competência privativa e própria do Poder Legislativo” que na vigência da Ordenação residia nos reis, mas, porque, “as cousas estão mudadas” e tal poder foi reassumido pela Nação em toda a sua plenitude e integridade, deixou a Casa da Suplicação de dispôr de competência para “tomar Assentos”, devendo “as Partes e os Juizes nos casos duvidosos recorrer ao mesmo Poder” (cfr. Auxiliar Jurídico, cit., v. I, p. 317-318).

¹⁶³PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014.

¹⁶⁴NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 116-118.

Finalmente, em 1927, o Supremo Tribunal de Justiça passou a proferir novamente os assentos, que posteriormente foram consagrados nos artigos 768^{o165} e 769^{o166} do Código de Processo Civil Português, prevendo a possibilidade de sua edição e alteração, respectivamente.

A edição do Código de Processo Civil de Portugal de 1961 manteve o instituto dos assentos, embora tenham suprimido a possibilidade de alteração do seu conteúdo. Mais recentemente, dotado de características similares ao seu antecessor, o Código Civil Português de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966 previu que “nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral”.

Interessante é notar que os assentos previstos nos artigos 768 do Código de Processo Civil Português detinham força obrigatória apenas em relação aos demais tribunais e ao próprio Supremo Tribunal de Justiça, ressalvada a possibilidade de sua alteração, conforme o artigo 769.

Por sua vez, o advento do Código Civil ampliou o âmbito de aplicação dos assentos, tornando-os mais parecidos com o antecessor histórico dos assentos da Casa de Suplicação. Assim, a doutrina firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça não estava restrita apenas aos órgãos judiciários, mas sim, a todo e qualquer órgão ou entidade que se deparasse com a situação jurídica enfrentada previamente pelo

¹⁶⁵Artigo 768º (Julgamento do conflito. Força do assento): No julgamento do recurso intervirão, pelo menos, quatro quintos dos magistrados que compõem as secções do tribunal. Sendo vários os fundamentos do recurso, o tribunal conhecerá sempre de todos os pontos em que haja oposição de julgados. O Presidente terá voto de desempate. A doutrina assente pelo acórdão que resolver o conflito de jurisprudência será obrigatória para todos os tribunais enquanto não for alterada por outro acórdão proferido nos termos do artigo seguinte. § 1º Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido qualquer que seja a doutrina do assento. § 2º O acórdão que resolver o conflito será publicado imediatamente na 1ª série do Diário do Governo e na Coleção Oficial. O Presidente enviará ao Ministro da Justiça uma cópia desse acórdão, acompanhada da resposta do Ministério Público, dos acórdãos anteriores invocados como fundamento do recurso e de quaisquer considerações que entenda dever fazer.

¹⁶⁶Artigo 769º (Alteração do assento): Quando em julgamentos posteriores do Supremo Tribunal de Justiça a maioria dos juizes que intervierem na decisão se pronunciar pela alteração da jurisprudência fixada pelo tribunal pleno, o processo será concluso a outros juizes até se vencer, por sete votos, a observância da jurisprudência estabelecida ou a necessidade da alteração. Neste último caso o Presidente ordenará que o processo seja continuado com vista aos restantes juizes e a questão será depois decidida em tribunal pleno. Se a final prevalecer a alteração da jurisprudência, lavrar-se-á novo assento, a que é aplicável o disposto no artigo anterior e seus parágrafos.

tribunal. Os próprios cidadãos, a teor do dispositivo do Código Civil, estariam obrigados a seguir o precedente firmado. A respeito do tema, o Conselheiro Monteiro Diniz afirma que:

A norma do artigo 2º do Código Civil veio resolver uma das questões mais controvertidas quanto aos assentos – a sua eficácia ou concreto valor jurídico face à única norma que então regia esta matéria (artigo 769, nº 2, do Código de Processo Civil) – em termos de consagrar a sua obrigatoriedade jurídica geral e não apenas uma obrigatoriedade reconduzida a todos os tribunais¹⁶⁷.

Segundo Neves¹⁶⁸, o instituto mantém as características que o tornam bastante similares aos tradicionais assentos da Casa de Suplicação, visto que:

É original na possibilidade que confere 1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de ‘preceitos gerais e abstratos’, que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura. A atribuição a um órgão judicial, a possibilidade de prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de normas gerais e abstratas, que se destacam dos seus casos originais para estatuírem para o futuro, se impondo em ordem a uma aplicação futura.

6.3.1.1.1 Da inconstitucionalidade dos assentos do Direito Português

Delineado o contexto histórico dos assentos, cumpre-nos discutir sobre a sua constitucionalidade, do ponto de vista do ordenamento jurídico português, visto que a matéria foi tratada no âmbito do Tribunal Constitucional daquele país.

Inicialmente, importante discussão travou-se entre os doutrinadores portugueses quanto à natureza jurídica dos assentos, discussão essa que também encontrou lugar na doutrina brasileira, quanto da discussão sobre a constitucionalidade das súmulas vinculantes, conforme adiante se verá.

¹⁶⁷PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 20. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014.

¹⁶⁸NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**, Ed. Coimbra, 1983. p. 2 a 5.

De um lado, Castanheira Neves advogou a tese de que os assentos teriam natureza de *legislatio*. De outro lado, havia quem identificasse nos assentos atributos típicos de atos jurisdicionais, como Jorge Miranda e Barbosa de Melo.

Segundo Neves, os assentos seriam uma:

Prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstrata, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte do direito, com o que assumem a natureza de uma disposição legislativa¹⁶⁹. (grifos no original)

A posição defendida por Neves foi expressamente desafiada por Barbosa de Melo, e Miranda¹⁷⁰, que defenderam a ideia de que os assentos não poderiam ter natureza legislativa, mas sim, jurisdicional, haja vista que diversas características inerentes ao processo legislativo estão ausentes no procedimento de instituição dos assentos.

Segundo Barbosa de Melo,

a) Quanto à liberdade constitutiva, a legislação está, em princípio, na total dependência de um juízo de oportunidade atribuído ao titular da respectiva competência (relativa ao an da lei), enquanto a emissão dos assentos é juridicamente obrigatória desde que se verifiquem objetivamente os pressupostos legalmente estabelecidos; b) a norma legislada pode ser (e é o tipicamente) uma prescrição inicial, emergente de ruptura, um *novum* na ordem jurídica positiva, ao passo que a norma “inventada” pelo assento há-de ser uma norma intralegal, isto é, deve corresponder a uma das variantes do sentido da respectiva lei; c) sob o ponto de vista da omnivalência ou plurifuncionalidade, ambas as figuras podem incidir “sobre todas as matérias”, só que os assentos, movendo-se no espaço intralegal, são sempre secundários ou subordinados em relação à lei; d) os assentos carecem das características da autoreverssibilidade que faz parte do tipo da actividade legislativa, aspirando, como decisões jurisprudenciais que são, à definitividade e à irretactabilidade¹⁷¹. (grifos no original)

¹⁶⁹NEVES, António Castanheira, **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**, Ed. Coimbra, 1983, p. 315.

¹⁷⁰MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra Editora, 1998, p. 197-205.

¹⁷¹PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 25. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014 *apud* MELO, Barbosa de. **Sobre o problema da competência para assentar**, Coimbra, 1998

À guisa de conclusão, Barbosa de Melo diz que os assentos “se limitam sem grande novidade, a escolher uma de várias interpretações judiciais da lei possíveis e praticadas já, e a impô-la como interpretação autêntica da mesma lei”¹⁷².

Ao se confrontar com o tema, o Tribunal Constitucional Português terminou por se filiar ao entendimento capitaneado por Castanheira Neves, indicando que os assentos têm natureza de ato legislativo, e não de ato jurisdicional. Segundo o relator, Conselheiro Monteiro Diniz,

Há-de afirmar-se que os assentos se apresentam com carácter prescritivo, constituindo verdadeiras normas jurídicas com o valor de “quaisquer outras normas do sistema”, revestidas de carácter imperativo e força obrigatória geral, isto é, obrigando não apenas os tribunais, mas todas as restantes autoridades, a comunidade jurídica na sua expressão global¹⁷³.

Dando continuidade à discussão, durante praticamente todo o período em que se discutiu a validade dos assentos, os textos das Constituições Portuguesas que vigoraram no decorrer da história remanesceram silentes quanto ao tema. Não consagraram de forma definitiva os assentos, bem como não os condenaram, até que a Constituição Portuguesa de 1976 previu que seriam publicados no jornal oficial, Diário da República, as decisões dos tribunais a que a Constituição ou a lei confirmam força obrigatória geral.

Ao interpretar o dispositivo acima citado, autores portugueses como Oliveira Ascensão e Antunes Varela, concluíram que a Constituição estaria sinalizando de forma expressa no sentido da legitimidade constitucional dos assentos¹⁷⁴.

¹⁷²PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 28. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014 *apud* MELO, Barbosa de. **Sobre o problema da competência para assentar**, Coimbra, 1998.

¹⁷³PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 27. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014.

¹⁷⁴OLIVEIRA, Ascensão. **Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fonte de direito, Nos dez anos da Constituição**, 1986, p. 262. VARELA, Antunes, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 124, nº 3813, cit, Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 1986, Diário da república, de 17 de maio de 1986), *apud*, PORTUGAL, Tribunal Constitucional, **Acórdão 810/93**, Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 37. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014.

Ocorre que com a revisão constitucional de 1982, realizada pela Lei Constitucional nº 1/82, a questão sobre a constitucionalidade dos assentos deixou de ser uma mera reflexão doutrinária e passou a ser efetivamente um problema relacionado com o direito constitucional positivo.

É que a supracitada revisão constitucional incluiu ao texto constitucional o artigo 115, nº 5¹⁷⁵, que assim dispôs:

Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

Foi sob o influxo desses dispositivos constitucionais, bem como das reflexões doutrinárias já relatadas, que o Tribunal Constitucional Português através do acórdão nº 810/93, lavrado no julgamento do processo nº 747/88, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, em decorrência da evidente colisão com o disposto no artigo 115.5 do texto constitucional.

Em conclusão, segundo Castanheira Neves, interpretando o supracitado acórdão, o tribunal constitucional autorizou que os assentos podem ter eficácia apenas no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário que estejam hierarquicamente subordinados àqueles que os tenham emitido¹⁷⁶.

Segundo o Tribunal Constitucional Português,

a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples “jurisprudência qualificada”. E assim sendo, a norma do artigo 2º do Código Civil, entendida como significando que os tribunais podem fixar, por meio de assentos “doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de por este vir a ser alterada”, deixará de conflitar com a norma do artigo 115, nº 5 da Constituição.¹⁷⁷

¹⁷⁵Atualmente o dispositivo encontra-se previsto no artigo 112.5 da Constituição Portuguesa. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, publicada em 02 de abril de 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em: 2 jun. 2014.

¹⁷⁶NEVES, Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos** (Comentário ao Acórdão nº 810/93, do Tribunal Constitucional), Coimbra Editora, 1994.

6.3.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS SÚMULAS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Além dos assentos, de origem lusitana, conforme visto no item anterior, outros institutos brasileiros podem ser relacionados como antecedentes históricos das súmulas vinculantes.

A primeira referência histórica trazida por Cruz e Tucci a respeito de institutos processuais que têm o objetivo de promover a uniformização de jurisprudência através de pronunciamentos de tribunais superiores é o Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que criou o mecanismo do prejudgado, naquela oportunidade, vigente apenas perante a Corte de Apelação do Distrito Federal. Nesses casos, as questões jurídicas controvertidas eram submetidas a todos os integrantes da corte, reunidos em sessão plenária. A ideia não prosperou, e restou revogada de forma definitiva pelo Decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930¹⁷⁸.

Cita ainda Cruz e Tucci, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo e a Lei 319, de 25 de novembro de 1936, que instituíram procedimentos semelhantes, com a peculiaridade de que, sob os auspícios da Lei 319, “o prejudgado possuía eficácia vinculante intra-muros, e, portanto, horizontal, porque, a teor do art. 1º, letra b, se porventura uma das turmas contrariasse a regra jurídica antes fixada pelo tribunal pleno, era cabível, contra o acórdão, recurso de revista.¹⁷⁹”

Mais recentemente, o prejudgado trabalhista¹⁸⁰, previsto no artigo 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pelo Decreto-lei 8.737/46, autorizava o Tribunal Superior do Trabalho, na forma do regimento interno, estabelecer, prejudgados, que teriam força vinculante em relação aos demais órgãos da Justiça do Trabalho, podendo ser revogados ou reformados pelo pleno do TST. O

¹⁷⁷PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993, p. 44. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=1>. Acessado em: 1 jun. 2014.

¹⁷⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil**, Editora Quartier Latin, 2010, p. 59.

¹⁷⁹TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil**, Editora Quartier Latin, 2010, p. 60.

¹⁸⁰Artigo 902, §1º da CLT: Uma vez estabelecido o prejudgado, os Tribunais Regionais do trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos na jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.

instituto sobreviveu por décadas, tendo sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 12 de maio de 1977¹⁸¹.

Da mesma forma, o prejudgado eleitoral¹⁸², previsto a Lei 4.373, de 15 de julho de 1965, que também tinha como objetivo a uniformidade na interpretação do direito¹⁸³, constitui exemplo vivo de institutos jurídicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que dotam precedentes judiciais de eficácia vinculante.

Concluindo os registros históricos, Cruz e Tucci cita o artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939, que criou o instituto do prejudgado na seara cível, no entanto, sem eficácia vinculante.

Por fim, podemos citar as súmulas¹⁸⁴ editadas pelos Tribunais, também como antecedentes históricos das súmulas vinculantes, embora dotados apenas de caráter persuasivo. A prática da edição de enunciados, pelos tribunais, que sintetizam seus posicionamentos em relação a determinados assuntos terminou por se disseminar entre as cortes brasileiras a partir de 1960, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu publicar a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01 de março de 1964, com o objetivo de dar uma resposta ao acúmulo de processos aguardando julgamento e buscando imprimir celeridade à prestação jurisdicional¹⁸⁵.

A nova prática terminou gerando um número considerável de enunciados, que, se não tinham o caráter vinculante, tinham o mérito de conferir ao cidadão uma expectativa de como agiria o tribunal em determinadas situações, facilitando não apenas a sua vida, mas também a daqueles que lidam com o Poder Judiciário no seu cotidiano.

¹⁸¹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 233.

¹⁸²Artigo 263 do Código Eleitoral: No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.

¹⁸³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 236

¹⁸⁴Marcelo Alves Dias de Souza classifica as súmulas em: a) meramente declaratórias, que são aquelas que dizem apenas o óbvio, ou seja, basicamente repetem o texto da lei; b) intra legem, que existindo lei sobre o tema, faz a devida interpretação dela dentro de limites já estabelecidos no ordenamento jurídico; c) extra legem, que preenche espaços vazios deixados pela lei ou expande os limites por ela estabelecidos, sem ferir os princípios vetores do sistema. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá. 2008.

¹⁸⁵SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 253.

6.3.1.3 NATUREZA JURÍDICA DAS SUMULAS VINCULANTES

A discussão sobre a constitucionalidade das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro nos remete naturalmente à discussão quanto a sua natureza jurídica. Indaga-se se a atividade de elaboração de súmulas vinculantes por tribunais integrantes do Poder Judiciário seria uma atividade eminentemente legislativa, suficientemente apta a ensejar a quebra do princípio da tripartição dos poderes, alicerce do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, ou se seria uma atividade puramente jurisdicional.

Conforme se verificou em item anterior, a discussão sobre a natureza jurídica dos assentos do direito português trilhou o mesmo caminho que ora se pretende trilhar. Naquela oportunidade, relataram-se posicionamentos de autores portugueses, em especial, Castanheira Neves e Barbosa de Melo, que posicionaram-se pela natureza jurídica de *legislatio* e *jurisdictio* dos assentos, respectivamente.

Entre nós, alguns autores posicionaram-se a respeito do tema. Monica Sifuentes propõe um enquadramento que toma como base a tese de que as súmulas vinculantes seriam atos jurisdicionais, conforme defendido por Barbosa de Melo e Jorge Miranda.

Segundo a teoria de Jorge Miranda, os atos jurisdicionais podem ser classificados em duas grandes categorias, a saber: a) atos de conteúdo normativo, como os atos que declaram a inconstitucionalidade e a ilegalidade de atos normativos (e os assentos) e; b) atos jurisdicionais de conteúdo não normativo, que seriam as sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias.

Considerando a classificação acima apresentada, e as características peculiares das súmulas vinculantes, conclui Monica Sifuentes que elas não podem ser enquadradas na vala comum dos atos jurisdicionais, sendo, na verdade, um ato jurisdicional normativo, “que se situa na zona cinzenta da distribuição funcional entre os poderes do Estado, dado o seu caráter de obrigatoriedade e de generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei”¹⁸⁶.

¹⁸⁶SIFUENTES, Mônica. **Sumula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, Saraiva, 2005, p. 275.

Jorge Amaury Maia Nunes propõe classificação diversa da que se encontrou na doutrina portuguesa e também na doutrina brasileira, enquadrando as súmulas vinculantes como atos políticos¹⁸⁷. Traçando um paralelo com a atividade exercida pelos tribunais constitucionais no controle de constitucionalidade, Nunes defende a tese de que tanto o controle de constitucionalidade quanto a edição de súmulas vinculantes são atividades diversas da atividade jurisdicional e também da atividade legislativa.

Para Calamandrei, citado por Nunes,

[C]uando el control sobre la constitucionalidad de leyes se desenvuelve, como em el sistema austríaco fundamentalmente adoptado em Italia, em via principal y general, el órgano que ejercita este control no es um órgano jurisdiccional; no tanto porque, como se há observado ‘subsistirán siempre em las controversias sometidas e su examen estrías políticas’ (...) sino porque ninguno de los síntomas que se indican como típicos de la función jurisdiccional, se encuentran em este control general de constitucionalidad... El control de la Corte constitucional afecta a la lei em su momento normativo, no em su momento jurisdiccional: la misma no es, por conseguinte, em esta atribución suya, um órgano judicial, sino más bien, como piensa Kelson, um órgano paralegislativo o superlegislativo...¹⁸⁸

Com efeito, o simples fato de determinado órgão integrar a estrutura do Poder Judiciário não implica concluir que todos os seus atos terão natureza jurídica de atos jurisdicionais.

É cediço que o Poder Judiciário, na sua atividade cotidiana, produz atos administrativos, bem como, em situações excepcionais, o Poder Executivo produz atos legislativos. Por sua vez, o Poder Legislativo produz regularmente atos administrativos, e pode produzir, em situações excepcionais, atos revestidos de caráter jurisdicional.

Portanto, descabe classificar a natureza jurídica dos atos praticados por um dos poderes da República, apenas correlacionando-o com a atividade precípua exercida por aquele poder.

Segundo Nunes, “a jurisdição incide sobre a) relação jurídica ou b) direitos formativos. Em ambos os casos, incide sobre a atividade de partes que terão, com a

¹⁸⁷NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 132.

¹⁸⁸CALAMANDREI, Piero. **Teoría de la constituicon**. Barcelona, Ariel, 1970, p. 321-322, *apud* NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 134.

entrega da prestação da atividade jurisdicional, uma resposta sobre o almejado bem da vida.¹⁸⁹

Prossegue o autor asseverando que nenhuma dessas situações está presente na edição de súmulas vinculantes, pois não há disputa sobre nenhum bem da vida, bem como não há pedido das partes para a prestação da atividade jurisdicional, que, conforme já dito, caracteriza-se pela substituição da vontade das partes, pelo Estado, com vistas a dizer o direito no caso concreto e atribuir a alguém determinado bem. Não há, por conseguinte, nenhuma atividade do Estado de natureza substitutiva (Chiovenda) e autoritativa (Calmon de Passos), que pudesse caracterizá-la como atividade jurisdicional.¹⁹⁰

A própria lei 11.417/2006, que estabeleceu o procedimento a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a edição de súmulas vinculantes, prevê um processo objetivo para a sua instituição, sem partes, sem contraditório, sem o objetivo de atribuir a determinado jurisdicionado esse ou aquele bem da vida.

Arremata Nunes, afirmando que a única característica que aproxima as súmulas vinculantes aos atos jurisdicionais é que ambos são editados por órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário¹⁹¹.

Para fundamentar a sua tese, cita Canotilho, que, amparado em Hans Kelsen, discorre sobre o controle de constitucionalidade em abstrato, afirmando que

o controlo não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma, que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*), de uma lei ou norma com a Constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial¹⁹².

Finalizando a sua exposição sobre a natureza jurídica das Súmulas Vinculantes, Nunes cita Gaetano Azzariti, que defende que as cortes constitucionais

¹⁸⁹NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

¹⁹⁰NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

¹⁹¹NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

¹⁹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2003, p. 898-899.

pertencem a uma função autônoma de controle constitucional que não se identifica com nenhuma das funções dos três poderes a fim de conduzi-los à observância das normas constitucionais¹⁹³.

Do que se viu até o momento, podemos identificar quatro teorias que procuram estabelecer a natureza jurídica das súmulas vinculantes. As duas primeiras, consagradas inicialmente pelos doutrinadores portugueses, quando das discussões quanto à constitucionalidade dos assentos previstos no Código Civil Português, defendiam de um lado a natureza de atos legislativos e de outro lado a natureza de atos jurisdicionais.

Transportada a discussão para o direito brasileiro, duas outras novas teorias surgem. De um lado, a ideia de enquadrar as súmulas vinculantes como atos jurisdicionais-normativos, haja vista que ora assumem características de atos jurisdicionais, ora assumem características de atos normativos. De outro lado, a tese de que as súmulas vinculantes decorreriam da atividade política do Estado, sendo portanto atos políticos.

A nosso sentir, as características intrínsecas das súmulas vinculantes impedem a sua configuração como atos puramente jurisdicionais. Com efeito, a possibilidade de determinada interpretação de um tribunal a respeito de um tema jurídico surtir efeitos vinculantes em relação a todas as autoridades administrativas e judiciais, termina por aproximá-la dos atos legislativos e afastá-la dos atos jurisdicionais, naturalmente e tradicionalmente vocacionados para surtir efeitos apenas nos casos concretos em que foram instituídos.

Por outro lado, outras características terminam também por impedir que sejam classificadas puramente como atos legislativos. A impossibilidade de inovar no mundo jurídico, a ausência de discricionariedade para a edição das novas regras de direito, a limitação de eficácia a órgãos jurisdicionais e administrativos e a submissão aos dispositivos legais previamente existentes terminam por afastá-la do caráter legislativo.

¹⁹³CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da Constitucionalidade**, Forense, 1966, p. 35, *apud* NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.136.

Sendo assim, a conclusão a que se pode chegar é que a súmula vinculante não pode ser enquadrada de forma perfeita em atos legislativos ou atos jurisdicionais. Para Nunes,

A atividade do Supremo Tribunal Federal de que resulta a edição de súmulas vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração pública não se restringe aos esquemas preconcebidos que reduzem os atos do Estado, como expressão do poder político, a atos legislativos, administrativos ou judiciais. A súmula vinculante não cabe nessa classificação, sendo necessário entendê-la simplesmente como um ato político, fruto do exercício do poder político na sua vertente institucional (...).¹⁹⁴

Por outro lado, a tentativa de enquadrá-las como atos jurisdicionais-normativos mostra-se insuficiente, pois não resolve o problema. Trata-se de uma mera constatação de que as súmulas vinculantes possuem características de atos jurisdicionais e de atos legislativos, e essa é a premissa da qual partimos para a solução do problema.

Portanto, parece-nos mais adequado tratar as súmulas vinculantes como manifestações políticas do Estado, exercidas, entre nós, por um órgão do Poder Judiciário.

Bem poderia determinado Estado estabelecer em seu texto constitucional que a edição de enunciados vinculantes seria de competência de órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário, como uma típica Suprema Corte. Nesses casos, sequer cogitar-se-ia a natureza jurídica de ato jurisdicional, pois, como já se teve oportunidade de mencionar, a única característica efetivamente jurisdicional da súmula vinculante é a sua origem, que no caso brasileiro, é editada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Seja como for, o fato é que a discussão sobre a natureza jurídica súmula vinculante no Brasil perdeu importância prática com a sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/2004. É que, ainda que a súmula vinculante fosse considerada ato legislativo, potencialmente causador de desequilíbrio entre os três poderes da República, a opção do legislador

¹⁹⁴NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 136.

constitucional por atribuir um poder normativo ao Poder Judiciário estaria indene de qualquer investida em favor da sua inconstitucionalidade.

A propósito, este foi o grande problema que se encontrou no regime dos assentos do direito Português. É que lá, a opção pela criação do instituto se deu através de ato infraconstitucional, que afrontou, segundo o Tribunal Constitucional Português, um dispositivo constitucional expresso. Caso a opção legislativa tivesse sido adotada diretamente pela Constituição, de forma expressa, fatalmente o destino dos assentos teria sido outro.

6.3.1.4 OS LIMITES OBJETIVOS DE EFICÁCIA DAS SÚMULAS VINCULANTES

Quando se fala em limites objetivos, pretende-se discutir o que vincula nas súmulas. A princípio, segundo Marinoni¹⁹⁵, não há distinção ontológica entre a súmula tradicional e a súmula vinculante. Portanto, os limites objetivos de eficácia que se aplicam às sumulas tradicionais também se aplicarão às sumulas vinculantes, com a diferença de que, em relação às súmulas vinculantes, a sua observância será obrigatória.

Nesse sentido, para discutir a questão é preciso que se faça uma breve digressão sobre os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, temas que já foram enfrentados em momento anterior, quando se discutiu a teoria do *stare decisis*.

Ademais, é de importância fundamental o enfrentamento da questão relativa às técnicas de elaboração de súmulas vinculantes, na medida em que a redação imprecisa de seu enunciado pode gerar problemas na sua aplicação.

Pois bem, quando se fala em *ratio decidendi*, refere-se aos fundamentos que foram eleitos pelo julgador como necessários e suficientes para se chegar a uma solução em relação a determinado tema jurídico. Em outras palavras, a *ratio decidendi* é o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão¹⁹⁶.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 486.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 490.

Nesse sentido, é possível diferenciar os fundamentos determinantes de uma decisão e o seu dispositivo. Tome-se como exemplo as ações do controle de constitucionalidade em abstrato. Nelas, submete-se ao Supremo Tribunal Federal uma questão relacionada à constitucionalidade ou não de determinado ato normativo.

Ao se debruçar sobre o tema, caberá ao Tribunal fundamentar a sua decisão com reflexões jurídicas que sustentem a sua decisão final, que será o dispositivo. A parte dispositiva do julgado das ações de controle de constitucionalidade abstrato será simplesmente a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou ainda a adoção de técnicas mais modernas de declaração de (in) constitucionalidade, como as declarações sem redução de texto, interpretação conforme a constituição, dentre outras.

No entanto, na fundamentação, o Tribunal poderá registrar opiniões a respeito de temas correlatos, que embora relevantes para as conclusões a que se pretende chegar, não são necessárias, e portanto, não fazem parte da fundamentação. Essas opiniões, ditas *a latere*, são denominadas *obiter dicta*.

Sendo assim, na realidade das ações de controle de constitucionalidade abstrato, prevalece na doutrina o entendimento de que a vinculação se dá em relação ao dispositivo¹⁹⁷, o que traz como consequência imediata a ausência de efeitos vinculantes em relação aos fundamentos da decisão, ou seja, à sua *ratio decidendi*. Nada obstante, o tema é polêmico, encontrando vozes, como a de Gilmar Ferreira Mendes¹⁹⁸ e de Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁹, que defendem a extensão da eficácia vinculante também aos fundamentos determinantes da decisão.

¹⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra, Editora Almedina, 2003, p. 1009.

¹⁹⁸MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade: A inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, em Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Coord: Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 84.

¹⁹⁹Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010. p. 459.

Já em relação às súmulas vinculantes, outra será a conclusão. É que a técnica de elaboração de súmulas vinculantes exige, a nosso juízo, que os seus enunciados retratem exatamente a *ratio decidendi*²⁰⁰ de seus julgados²⁰¹. Mancuso, tratando sobre o que se entende por força vinculativa das súmulas do STF e sobre o que constitui o seu objeto, assevera que “Esse efeito vinculativo, a nosso ver, abrange os motivos determinantes, pressupostos no enunciado e subjacentes a este, à semelhança da *ratio decidendi* dos *binding precedentes*, na experiência dos países do *common law*”²⁰²

Com efeito, as súmulas vinculantes só fazem sentido se retratarem de forma precisa os fundamentos que foram adotados pelo tribunal para formação de seus precedentes. Segundo Dierle Nunes e Bahia, “devemos perceber (o quanto antes), que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram”²⁰³. Não é por outro motivo que o texto constitucional exige reiteradas decisões em matéria constitucional para a edição dos enunciados vinculantes. A ideia é exigir que os fundamentos determinantes dos precedentes que deram ensejo às súmulas vinculantes tenham sido exaustivamente discutidos e amadurecidos, para só então tornarem-se vinculantes.

Nesse sentido, segundo Marinoni, “a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versaram uma mesma questão constitucional²⁰⁴”. Portanto, nas súmulas vinculantes, não há espaço para a utilização de *obiter dictum*, ou mesmo

²⁰⁰Segundo Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira “O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente. SOUZA JUNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 7. ed. v. 2, Editora Jus Podivum, 2012. p. 401.

²⁰¹Contra o entendimento exposto, Nunes afirma que “Depois, não parece que se possa, na edição da súmula, falar de fundamentos da decisão. O enunciado da súmula, isto é, a redação sintética do entendimento já cristalizado do tribunal, não se apoiará em *ratio decidendi*. A discussão possível sobre a edição da súmula certamente terá pressupostos diversos daqueles que orientaram os casos concretos antes debatidos e que nortearam a sua edição. NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010. p. 145.

²⁰²MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 5. ed., Editora **Revista dos Tribunais**, 2013. p. 428.

²⁰³NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Formação e Aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 79, ano 2, 2013. p.120.

²⁰⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 489.

para a reprodução pura e simples de dispositivos de acórdãos que julgam constitucionais ou inconstitucionais determinados atos normativos.

Portanto, considerando-se que o conteúdo da súmula vinculante deve ser a *ratio decidendi* de julgamentos reiterados em matéria constitucional, tem-se um sistema diverso de vinculação em relação ao sistema das ações de controle abstrato de constitucionalidade, pois, aqui, a vinculação atinge apenas o dispositivo, e não os fundamentos determinantes da decisão.

Não é despiciendo recordar-se que a elaboração de súmulas vinculantes deve ser clara e precisa, evitando-se ao máximo a utilização de termos vagos conceitos jurídicos indeterminados, que ensejem nova atividade interpretativa do julgador ou do gestor público no momento de sua aplicação, sob pena dificultar o cumprimento de um de seus objetivos, que é solucionar controvérsias jurídicas atuais que causem insegurança para a comunidade jurídica²⁰⁵.

6.3.1.5 OS LIMITES SUBJETIVOS DE EFICÁCIA DAS SÚMULAS VINCULANTES

No que se refere aos limites subjetivos de eficácia das súmulas vinculantes, a questão revela-se mais simples, e a interpretação literal do texto constitucional é suficiente para se chegar à conclusão quanto a extensão dos seus efeitos, muito embora algumas questões polêmicas tenham sido levantadas, e serão devidamente analisadas a seguir.

O texto constitucional dispõe expressamente, no artigo 103-A, que os enunciados terão efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

De logo, percebe-se que as súmulas vinculantes não possuem a eficácia *erga omnes*, característica das decisões proferidas no controle abstrato de

²⁰⁵No mesmo sentido, Eduardo de Avelar Lamy assevera que, “Se os enunciados das súmulas vinculantes possuírem conceitos vagos, ainda que os tribunais superiores se esforcem para explicar de forma clara as nuances fáticas consideradas em seus respectivos entendimentos, não há dúvida de que se possibilitará um significativo e inconveniente número de interpretações divergentes de uma mesma súmula”. LAMY, Eduardo de Avelar, Súmula vinculante: um desafio. **Revista de Processo**, n. 120, 2005, p. 131.

constitucionalidade. Isso significa que as súmulas vinculantes não gozam de eficácia normativa geral, portanto, não são enunciados gerais e abstratos, como são as leis.

Estão restritas apenas aos órgãos que a Constituição especifica. Esta nos parece ser uma das grandes diferenças entre a atividade de elaboração de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e a atividade normativa regularmente exercida pelo Poder Legislativo. A propósito, esta também é uma diferença marcante entre as súmulas vinculantes do direito brasileiro e os assentos do direito português, que tinham, por expressa disposição do Código Civil Português, eficácia contra todos.

Pois bem, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade da adoção da orientação contida na súmula vinculante por todos os tribunais e juízes do país, pois todos encontram-se subordinados hierarquicamente ao Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se trata de matéria constitucional.

Questão que surge, portanto, é a eventual existência de vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal ao conteúdo de suas súmulas vinculantes. O texto constitucional parece não ter pretendido vincular o Supremo Tribunal Federal ao conteúdo de seus próprios enunciados, pois refere-se expressamente aos “demais órgãos do Poder Judiciário”.

Na verdade, a elucidação da dúvida acima apresentada exige que a questão seja enfrentada sob dois pontos de vista. O primeiro deles é a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal não estar vinculado aos seus próprios enunciados quando eles estão em plena vigência.

Nessa situação, Souza posiciona-se claramente no sentido de que o Supremo “deve seguir – como colegiado e os seus ministros individualmente – até que o enunciado seja revisto ou cancelado pelo quórum devido e na forma legal e regimental”²⁰⁶. Nada mais natural, considerando-se que o tribunal é uno, e os órgãos

²⁰⁶SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 272.

fracionários representam essa unidade, devendo, portanto, refletir os posicionamentos que preponderam no seio da Corte.

De fato, não há sentido em admitir-se que o Supremo Tribunal Federal, sem adotar os procedimentos previstos para o cancelamento ou revisão das súmulas vinculantes, previstos na Lei 11.417/2006, deixe de seguir seus enunciados, haja vista que tal situação ensejaria, de forma esdrúxula, uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra sua própria decisão, que desafiou a autoridade do enunciado da súmula.

Outra solução deve ser adotada quando se enfrenta o tema sob o ponto de vista da evolução da jurisprudência. Nesse sentido, e conforme consagrado expressamente pela Constituição Federal e pela lei regulamentadora das súmulas vinculantes, poderá o Supremo Tribunal Federal efetuar o cancelamento ou a revisão de suas súmulas, evitando-se assim o engessamento da jurisprudência da Corte.

Deve-se registrar novamente que a possibilidade de alteração dos enunciados vinculantes, tanto no sistema do *stare decisis*, com as técnicas de *overruling* e *overstatement*, como no sistema dos assentos do direito português, que previa a possibilidade de alteração dos enunciados, e assim também no sistema das súmulas vinculantes, é condição necessária para a própria sobrevivência do sistema de pronunciamentos vinculantes dos tribunais, pois a paralisação da jurisprudência certamente seria maléfica aos interesses da sociedade, que se veria presa a velhas interpretações jurídicas que não mais representam o sentimento, a cultura e os valores da sociedade em determinado momento histórico²⁰⁷.

Questão interessante, levantada por Nunes²⁰⁸, diz respeito à impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal alterar posicionamentos consagrados em súmulas, quando seu texto evidencie a inconstitucionalidade de determinada lei. Segundo o referido autor, nessas circunstâncias, essa decisão é definitivamente vinculante para

²⁰⁷Segundo Gilmar Mendes, “a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em constante transformação”, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, 7. ed. rev. e atual. Saraiva, 2012, p. 1043.

²⁰⁸NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 150.

o Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer hipótese que admita o ingresso, no ordenamento jurídico, da regra cancelada.

A nosso juízo, a afirmação acima deve ser lida de acordo com o contexto argumentativo do autor. É que a conclusão a que chega Nunes parece estabelecer uma analogia entre os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle de constitucionalidade em abstrato e os entendimentos firmados em súmulas vinculantes.

Com efeito, nas ações de controle, considerando-se que a eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* que decorrem do dispositivo da decisão, uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, não poderá o Supremo Tribunal Federal, em outro momento, entender de forma diversa, haja vista que o dispositivo já foi excluído do ordenamento jurídico.

Concessão se faça a uma situação em que dispositivo normativo idêntico seja submetido a sua apreciação. Nesse caso, poderá o Supremo evoluir a jurisprudência e alterar seu posicionamento, já que não há entre nós, eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões. Porém, tal circunstância não deve influenciar o julgamento de inconstitucionalidade anterior.

Tal situação, com a devida vênia, não ocorrerá – não deveria ocorrer – em relação às súmulas vinculantes. É que, conforme defendemos, os enunciados de súmulas vinculantes devem veicular a *ratio decidendi* das decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e não os seus dispositivos. Em nenhuma hipótese o conteúdo da súmula deve ser a declaração direta da inconstitucionalidade de ato normativo. Obviamente que, na prática, isso poderá ocorrer, caso o STF utilize o instrumento de forma equivocada.

Por conseguinte, considerando-se que o enunciado da súmula vinculante veiculará tão somente uma *ratio decidendi*, que pode servir de base para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo normativo que confronte a sua conclusão, o Supremo Tribunal Federal poderá, a qualquer momento, desde que proceda de acordo com o regime previsto na Lei 11.417/2006, alterar seu

posicionamento, estabelecendo nova *ratio decidendi* que conclua pela constitucionalidade daquilo que em momento anterior foi entendido por inconstitucional.

Reconheça-se, no entanto, e nesse sentido é o posicionamento de Nunes, que se a Corte Suprema optar por editar um enunciado que declare diretamente a inconstitucionalidade de determinado dispositivo, ele estará excluído do ordenamento jurídico, não podendo o Supremo Tribunal Federal, em súmula posterior, repriminar, por assim dizer, o ato normativo excluído²⁰⁹.

No tocante à administração pública, o dispositivo constitucional não deixa dúvidas quanto a sua extensão. Estão submetidos a autoridade dos entendimentos veiculados nos enunciados das súmulas vinculantes todos os gestores da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Por fim, relativamente ao Poder Legislativo, prevalece na doutrina o entendimento de que a súmula vinculante não surtirá seus efeitos²¹⁰. Sendo assim, poderá o Poder Legislativo, no regular exercício de suas atribuições institucionais, legislar sobre matéria cujo conteúdo tenha sido enfrentado por súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, ainda que pretendam estabelecer entendimentos opostos aos que foram consagrados pelos enunciados sumulares.

Registre-se o posicionamento de Nunes, que, escorado em Jorge Miranda, Canotilho²¹¹ e Marcelo Rebelo de Souza²¹², entende que os enunciados de súmulas

²⁰⁹Esta situação ocorre, por exemplo, com a súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

²¹⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 273; SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**, Saraiva, 2005, p. 262.

²¹¹Canotilho entende que “A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa vinculação do próprio legislador à decisão do TC”. Prossegue Canotilho afirmando que “O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2003, p. 264, p. 1011.

²¹²SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do ato inconstitucional Lisboa**. Ed. Gráfica portuguesa, 1988, p. 264-265.

vinculantes devem surtir efeitos também em face do Poder Legislativo, a despeito de a Constituição Federal silenciar a respeito do tema.

Defende Nunes que a decisão proferida em controle de constitucionalidade é política, e como tal, tem aptidão para obrigar os demais poderes. Adverte, no entanto, que poderá o Poder Legislativo, após a manifestação da Corte Suprema, corrigir “a incompatibilidade formal, orgânica ou material para que o tema possa tornar a ser regrado²¹³”.

6.3.2 As decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade

Passemos, agora, à discussão da eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, com base no que dispõe a Constituição Federal e a doutrina especializada no tema.

6.3.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade são, após a Constituição de 1988, a primeira manifestação do ordenamento jurídico constitucional brasileiro atual que dota precedentes judiciais de eficácia vinculante.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1997, incluiu o § 2º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988, criando a ação declaratória de constitucionalidade e estabelecendo que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessas ações produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Acalorados debates surgiram em torno da constitucionalidade da ação declaratória. A Ordem dos Advogados do Brasil²¹⁴ editou publicação em que

²¹³NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**, Saraiva, 2010, p. 153.

²¹⁴Juristas analisam Emenda Constitucional 3/93, publicado in: O advogado, órgão oficial da OAB – seção do DF, junho de 1993, n. 100, p. 13-14, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, Ação Declaratória de Constitucionalidade in, MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 51.

renomados autores levantavam argumentos favoráveis à inconstitucionalidade do novo instrumento de controle de constitucionalidade, dentre os quais, pode-se destacar: impossibilidade de identificação do réu, comprometimento das garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e dupla instância de julgamento, conversão do Poder Judiciário em legislador, além de ser um instrumento que inibiria a função constitucional dos juízes de declarar a inconstitucionalidade das leis no controle difuso, o que terminaria por vulnerar o princípio da independência do Poder Judiciário.

Por outro lado, houve também quem defendesse a constitucionalidade da Emenda, como Gilmar Ferreira Mendes²¹⁵, que, baseado em instrumento similar alemão²¹⁶, rebateu as críticas ao texto, afastando cada um dos argumentos elencados pelos autores que se manifestaram contra a ação declaratória de constitucionalidade.

Encerrando as polêmicas a respeito da questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF²¹⁷, julgou constitucional a Emenda nº 3, e consagrou a nova modalidade de ação vocacionada ao controle da constitucionalidade dos atos normativos.

²¹⁵Ver em Ação Declaratória de Constitucionalidade, Gilmar Mendes, in, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (Coord.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 52-59.

²¹⁶Gilmar Ferreira Mendes cita o artigo 13, II, da Constituição de Weimar, da Alemanha, que instituiu o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico alemão, e assevera que “era pacífico o entendimento no sentido de que os titulares do direito de propositura tanto poderiam buscar a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual, como também postular a declaração da constitucionalidade da disposição que estava tendo sua legitimidade questionada, afastando, assim, as dúvidas que dificultavam a aplicação da lei”. P. 61. Mais à frente, cita o Artigo 93, I, n. 2, da Lei Fundamental de Bonn, que outorgou competência ao *Bundesverfassungsgericht* para examinar, em controle abstrato de normas, a compatibilidade entre o direito federal ou estadual e a Lei Fundamental, no caso de existência de dúvida ou controvérsia. Asseverou Gilmar Ferreira Mendes que “De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica”. Ação declaratória de constitucionalidade, p. 63.

²¹⁷Ação Declaratória de Constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 03/93, no tocante a instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADC 1/DF**, Rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 27 de outubro de 1993, DJ 16-06-1995 PP-18212 EMENT VOL-01791-01 PP-00001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000115531&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

Posteriormente, a edição da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, previu, no artigo 28, que

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ocorre que, a despeito da previsão legislativa acima colacionada, o texto constitucional, até aquele momento, jamais havia mencionado que das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade decorreriam efeitos vinculantes. No entanto, segundo Souza,

Mesmo anteriormente à criação da ação declaratória de constitucionalidade (e da recente Emenda Constitucional 45/04, obviamente), o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, já estava presente no nosso sistema constitucional. E estava presente, precisamente, na ação direta de inconstitucionalidade. Apenas não estava expresso no texto da Carta Política²¹⁸.

Por sua vez, o Ministro Sidney Sanches, asseverou que

Não havia necessidade de se discutir o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade, pois a sua eficácia era a extração do mundo jurídico do dispositivo inconstitucional. E, como tal, o aplicador da norma nada teria a aplicar, daí por que o efeito se dá diretamente em relação à sistemática²¹⁹.

Ao enfrentar o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1880/SP²²⁰, considerou que o dispositivo da Lei 9.868/99 era compatível com o texto constitucional.

Encerrando as discussões a respeito do tema, a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou o § 2º do artigo 102, para estender os efeitos vinculantes das decisões proferidas nas ações declaratórias de

²¹⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 213.

²¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1/DF**, Rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 27 de outubro de 1993, DJ 16-06-1995 PP-18212 EMENT VOL-01791-01 PP-00001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000115531&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1880 AgR**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+1880%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+1880%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k6mbevcv>. Acessado em: 10 de junho de 2014.

constitucionalidade, de forma expressa, às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

A ideia que motivou o legislador constitucional reformador a conferir eficácia vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade – muito embora, conforme visto, o efeito vinculante segundo a doutrina é inerente ao sistema de controle de constitucionalidade abstrato – decorreu da constatação de que ambas as ações são dúplices²²¹, e merecem tratamento idêntico²²², haja vista que, constituem, ao fim e ao cabo, conforme expressão consagrada na doutrina, ações idênticas com sinais trocados.

Pois bem, se é verdade que o ambiente natural da criação e desenvolvimento da eficácia vinculante dos precedentes se deu nos ordenamentos jurídicos de países de origem anglo-saxã, através da adoção da teoria do *stare decisis*, também é verdade que os ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, a despeito de não adotarem o *stare decisis*, não ficaram absolutamente afastados de institutos cuja consequência era exatamente a mesma, isto é, conferir eficácia vinculante aos precedentes judiciais.

Naturalmente, os contornos jurídicos para a formação de precedentes judiciais vinculantes em ambos os sistemas é diverso, já que, regra geral, nos sistemas que adotam o *stare decisis*, basta que uma decisão seja proferida por uma Corte com competência recursal, para que aquele precedente torne-se vinculante.

²²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 4/DF**, Rel._Ministro Sidney Sanches, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+4%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7n892g>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

²²²Jorge Miranda alerta que “a decisão de não inconstitucionalidade, não tem, na generalidade dos países, qualquer eficácia. Quando muito, produz caso julgado formal relativamente ao respectivo processo de fiscalização. Ao Tribunal Constitucional ou a órgão homólogo compete declarar – e somente lhe pode ser pedido que declare – a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade ou a não inconstitucionalidade”. A passagem acima é esclarecedora quanto ao posicionamento de Jorge Miranda a respeito do cabimento de uma ação declaratória de constitucionalidade, nos termos da que foi criada pela Emenda Constitucional nº 3. Mais à frente, Jorge Miranda esclarece que “o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade depois, porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária, a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001. p. 71-72.

Entre nós, o ordenamento jurídico instituiu procedimentos específicos, peculiares, que podem tornar vinculante aquilo que restou decidido por um tribunal. E assim o é no sistema de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esses procedimentos específicos são encontrados na já referida Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A bem da verdade, grande parte dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica que adotam a sistema de controle de constitucionalidade através de um Tribunal Constitucional, costumam conferir eficácia vinculante ao que decidiu a corte em matéria de controle de constitucionalidade. Segundo Souza,

Se, segundo o princípio da supremacia da Constituição, o restante do corpo normativo de um país deve respeitar, formal e materialmente, o que é prescrito ou consagrado em sua Carta Magna, isso deve valer para todos. Trata-se de uma consequência lógica, e ferir essa isonomia seria ferir o que está disposto na própria Constituição²²³.

Antes, porém, de analisar os contornos da eficácia vinculante dos precedentes formados no controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, urge retroceder na história do controle de atos normativos perante os textos constitucionais para entender a sua origem.

6.3.2.2 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Segundo Jorge Miranda²²⁴, a observação histórica revela três grandes modelos de garantia da constitucionalidade. São eles: a) o modelo de fiscalização política²²⁵, de inspiração francesa, dos séculos XVIII e XIX; b) o modelo de fiscalização judicial

²²³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 193.

²²⁴MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Forense, 2003, p. 494.

²²⁵Segundo Luiz Alberto Gurgel de Faria, o modelo de fiscalização político “Caracteriza-se pela entrega da fiscalização a órgãos de natureza política, sob a justificativa de que o controle da constitucionalidade das leis tem efeitos eminentemente políticos, não devendo ser confiado aos tribunais”. FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle de Constitucionalidade na Omissão Legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos, Juruá, 2001, p. 29.

difuso (*judicial review of the legislation*) desenvolvido nos Estados Unidos desde 1803 e; c) o modelo de fiscalização jurisdicional concentrada, de origem austríaca.

No modelo de fiscalização política, a atribuição para fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos é atribuída a um órgão integrante do Poder Legislativo, que pode ser ele próprio, ou pode ser um órgão especificamente instituído para esse fim.

A seu turno, os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade atribuem a um (ou mais de um) órgão do Poder Judiciário, ou a um Tribunal Constitucional, a atribuição de realizar a fiscalização de constitucionalidade, pois, nas palavras de Miranda, “o corpo legislativo não é o juiz constitucional e suas próprias atribuições”²²⁶.

Nesse sentido, a diferença marcante entre o sistema jurisdicional difuso e o concentrado, espécies que são do gênero controle de constitucionalidade jurisdicional, é que no sistema difuso, entende-se o controle de constitucionalidade como uma atividade ordinária do magistrado, que, no exercício de sua atribuição de interpretar a lei, poderá concluir que determinado dispositivo não é compatível com o texto constitucional, e, por isso, deixar de aplicá-lo, declarando a sua inconstitucionalidade.

A seu turno, o sistema concentrado entende que a fiscalização de constitucionalidade deve ser atribuída a uma jurisdição constitucional autônoma, dada a peculiaridade da atividade aqui desenvolvida. Segundo Canotilho²²⁷, a concepção do controle concentrado de constitucionalidade, de inspiração kelseniana, diverge do sistema de controle difuso por enxergar no controle de constitucionalidade uma função constitucional autônoma, que pode-se caracterizar como função de legislação negativa²²⁸.

²²⁶MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Forense, 2003, p. 496.

²²⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2003, p. 892.

²²⁸Registre-se que o conceito de legislador negativo no controle de constitucionalidade vem sendo mitigado, consagrando-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade para garantir a aplicação da Constituição Federal, dando concretude aos direitos fundamentais previstos em seu texto.

Aprofundando as características dos sistemas jurisdicionais, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade no direito americano é de natureza difusa, realizado através de um sistema denominado *Judicial Review of the constitutionality of the legislation*. Isso significa que a atividade de fiscalização de normas em relação ao texto constitucional está disponível a todo e qualquer juiz que se depare com o tema.

Ademais, a fiscalização não acontece em processos objetivos, que visam exclusivamente a discutir sobre a constitucionalidade ou não de determinado ato normativo, mas sim, no bojo de um processo judicial concreto, que discute a questão constitucional de modo incidental.

Nesse sentido, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinado ato normativo aplica-se, em tese, apenas àquela situação jurídica analisada nos autos, pois o sistema não confere eficácia *erga omnes* à decisão. Não há, no sistema americano de controle de constitucionalidade, a anulação do ato normativo, que remanesce, nas palavras de Cappelletti, “*on the books*”²²⁹. No entanto, o fato de o sistema americano adotar a teoria do *stare decisis*, termina por ampliar a eficácia da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo, e tornar o ato normativo um “*dead law*”²³⁰. Assim, segundo Cappelletti,

Mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela mera “não aplicação”, limitada ao caso concreto e não vinculatória para outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre a para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira *anulação da lei*, além disso, com efeito em geral, retroativo²³¹.

Essa característica, segundo Souza, é determinante para o sucesso do sistema de controle difuso de constitucionalidade no sistema estadunidense, pois “as decisões no controle difuso são razoavelmente uniformizadas pela aplicação da

²²⁹CAPPELETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81.

²³⁰CAPPELETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81.

²³¹CAPPELETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 82.

doutrina do *stare decisis*²³², enquanto que no Brasil, a ausência do *stare decisis* é “causa determinante da falta de uniformidade decisória no controle de constitucionalidade²³³”.

Na avaliação de Cappelletti, a ausência de aplicação do sistema do *stare decisis* nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica, em especial nos países da Europa Continental, é elemento essencial e determinante para a adoção de uma sistemática de controle de constitucionalidade diferente da que foi adotada nos Estados Unidos.

O fato é que a presença do *stare decisis* no sistema termina por aproximar, na prática, as consequências que advêm do reconhecimento de inconstitucionalidade nos Estados Unidos e nos países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Segundo Mendes e Martins, “o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva”²³⁴.

Na sua origem, o *judicial review* nasceu, nos Estados Unidos, pela construção jurisprudencial da Suprema Corte americana, que, ao se deparar com um caso concreto, o célebre caso *Marbury vs. Madison*²³⁵, julgado em 1803, por obra do *Chief Justice* John Marshall, terminou por desenvolver a tese de que os juízes, ao julgar casos concretos, poderiam rejeitar a aplicação de determinado ato normativo, por sua incompatibilidade com o texto constitucional.

É que o texto constitucional de 1787 não contemplou de forma expressa o dever dos juízes de não aplicar dispositivos normativos incompatíveis com a Constituição. A respeito do tema, a Constituição dos Estados Unidos apenas

²³²SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 208.

²³³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 208.

²³⁴MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, 3. ed. 2. tir., Saraiva, 2009, p. 2.

²³⁵Segundo Dirley da Cunha Junior, A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade, Teoria e Prática**, 6. ed. Editora Jus Podivm, Salvador, 2012, p. 70.

estabelece, no art. VI, cláusula 2ª, que a Constituição deve ser a lei suprema do país, e que os juízes em todos os Estados devem estar submetidos a ela.

Segundo Cappelletti, o texto da Constituição “fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a Supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma”²³⁶.

Por sua vez, o regime de controle de constitucionalidade austríaco (instituído pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920), concentrado, traduz concepção diversa do controle inaugurado pelo sistema americano, pois desvincula a atividade de fiscalização da compatibilidade de atos normativos com o texto constitucional de eventuais casos concretos submetidos a julgamento (posições subjetivas). Inaugura-se, assim, uma forma de controle de constitucionalidade abstrata, em tese, onde competirá ao Tribunal competente para o julgamento do feito apenas a análise da compatibilidade vertical entre o dispositivo impugnado e o texto constitucional invocado como paradigma (processos objetivos).

A criação do sistema concentrado de constitucionalidade, de nítida inspiração kelseniana, coincide com a criação de Tribunais Constitucionais, que são órgãos unicamente responsáveis pela realização do controle da constitucionalidade dos atos normativos. Segundo Miranda²³⁷, o sistema concentrado de controle deve ser entendido como *tertium genus*, na medida em que se trata de um tribunal, o que o aproxima do controle judicial difuso, mas que encerra uma ordem de jurisdição diferenciada em relação àquela que é prestada pelos tribunais civis ou criminais,

Obviamente que, com a evolução dos ordenamentos constitucionais mundo afora, variações surgiram, como no Brasil, onde o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal, acumula as funções de (i) órgão revisor de decisões judiciais dos tribunais inferiores em matéria constitucional; (ii) julgador de ações originárias específicas contra altas autoridades da República; e (iii) fiscalizador da constitucionalidade dos atos normativos do poder público.

²³⁶CAPPELETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 47.

²³⁷MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Forense, 2003, p. 497.

Vistos, portanto, de forma breve, os antecedentes históricos dos sistemas e controle de constitucionalidade, cumpre-nos refletir sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que se abeberou tanto do sistema americano como do sistema austríaco, inaugurando um sistema misto de controle, combinando elementos dos dois sistemas anteriormente apresentados.

6.3.2.3 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro surgiu com a Constituição Republicana de 1891, que adotou um sistema difuso de fiscalização, com nítida inspiração no sistema estadunidense.

Com efeito, o artigo 59, § 1º do texto dispunha que das sentenças da Justiça Estadual, quando exaradas em última instância, caberia recurso ao Supremo Tribunal Federal quando se contestar a validade de leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição, das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

O sistema foi regulamentado com a edição da Lei 221, de 10 de novembro de 1894²³⁸, que reconheceu expressamente aos tribunais e juízes, pelo artigo 13, § 10º, a competência para apreciar a validade das leis e regulamentos, deixando de aplicar aos casos ocorrentes, as leis manifestamente incompatíveis com a Constituição.

Registre-se, por oportuno, que antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, a Constituição Provisória de 1890, e o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, já estabeleciam o controle de constitucionalidade por via de exceção²³⁹.

Anteriormente, sob os auspícios da Constituição Imperial de 1824, o controle de constitucionalidade no Brasil, claramente influenciado pelo sistema Francês (que predominava na Europa naquele momento histórico), era realizado pelo próprio

²³⁸BRASIL, **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm. Acessado em: 1 jun. 2014.

²³⁹MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, 3. ed, 2. tir., Saraiva, 2009, p. 44.

poder Legislativo, que tinha a atribuição de “fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las”, assim como “velar na guarda da Constituição”²⁴⁰.

A Constituição de 1934 introduziu ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro novos elementos, em especial, a determinação de que a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos apenas poderia ser declarada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais, bem como previu a possibilidade de Resolução do Senado Federal suspender a execução de atos normativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário²⁴¹.

Por fim, trouxe ainda a Constituição de 1934 o germe da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que dava ao Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre a legalidade de leis que declaravam a intervenção da União em relação aos demais entes da federação.

Somente com a Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, surge, entre nós, o controle concentrado de constitucionalidade. O texto da emenda, no artigo 101, I, “k”, estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. No âmbito estadual, a Constituição, através do artigo 124, XIII, possibilitou a instituição do controle de constitucionalidade de normas municipais em face da Constituição Estadual.

Finalmente, com a Constituição de 1988, aperfeiçoa-se, no Brasil, um completo sistema de controle de constitucionalidade, misto, pois adota tanto o sistema difuso como o sistema concentrado de fiscalização de normas. Além de criar novos institutos processuais aptos a garantir o controle e a supremacia da

²⁴⁰Artigo 15, nº 8º e 9º da Constituição Imperial de 1824.

²⁴¹A fórmula da Constituição de 1934 ainda hoje encontra-se no texto constitucional de 1988, mais especificamente no artigo 52, X, muito embora parte da doutrina sustente a mutação constituição do dispositivo, em virtude da objetivação do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. É importante mencionar que o dispositivo, na realidade da Constituição de 1934 fazia algum sentido, haja vista que o artigo 88 da citada Constituição desenhava o Senado como um órgão de coordenação das atividades dos três Poderes da República, uma espécie de Poder Moderador. Obviamente que essa realidade está distante das atribuições atuais do Senado Federal, o que termina por retirar o sentido da norma no contexto atual.

Constituição, o texto ampliou de forma significativa o rol de legitimados para iniciar o processo de fiscalização, o que terminou por reforçar o controle abstrato de normas no sistema brasileiro, além de democratizar a discussão sobre a constitucionalidade das normas no país.

Diversos institutos foram criados para viabilizar o controle. No controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal julgará: Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. No controle concreto, o Supremo julgará: Mandados de Injunção, Recursos Extraordinários (Art. 102, III, “a”, “b”, “c”). Ainda no controle difuso, qualquer juiz poderá apreciar e declarar a inconstitucionalidade de atos normativos contrários ao texto constitucional, com a ressalva da cláusula da reserva de jurisdição, prevista no artigo 97, *caput*, da Constituição, com interpretação ampliada pela Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal²⁴².

6.3.2.3.1 Limites objetivos e subjetivos da eficácia vinculante dos precedentes no controle abstrato de constitucionalidade

Quando se tratou a respeito dos limites objetivos da eficácia vinculante das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, foi estabelecido um paralelo com a eficácia vinculante que surge dos pronunciamentos da Corte em matéria constitucional no controle abstrato de normas.

Naquela oportunidade, rememorando conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, asseverou-se que na seara das ações de controle abstrato de constitucionalidade, a vinculação se dá pelo dispositivo da decisão, o que implica excluir dos efeitos vinculantes os fundamentos determinantes das decisões.

Não obstante, não é tarefa difícil encontrar na doutrina autores que defendam a extensão dos efeitos vinculantes das ações de controle abstrato de constitucionalidade aos fundamentos determinantes das decisões.

²⁴²Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Já havíamos feito referência aos posicionamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Luiz Guilherme Marinoni, que defendem a tese de que os fundamentos determinantes das decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade devem ser dotados de eficácia vinculante. Souza afirma que

Não há razão, por exemplo, para que, declarada inconstitucional determinada lei estadual, lei idêntica de outro Estado da Federação continue a ser aplicada. O fundamento da decisão da ação direta vale para ambas e deve, assim, ter efeito vinculante²⁴³.

Na esfera jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal tem oscilado a respeito do tema, podendo-se afirmar, com relativa segurança, no entanto, que o posicionamento majoritário atual do tribunal tende a rechaçar a denominada transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas em controle abstrato²⁴⁴.

Portanto, inadmitida a teoria da transcendência, fecha-se a porta para o ajuizamento de reclamação constitucional contra atos do poder público ou do Poder Judiciário que apliquem atos normativos similares a outros já declarados inconstitucionais pela Corte Suprema.

A polêmica em torno da questão não é exclusivamente nacional, encontrando repercussão em ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial na Alemanha e em Portugal.

No sistema alemão, a discussão parece ter chegado ao fim com o pronunciamento do Tribunal Constitucional, que, ao interpretar o § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, concluiu no sentido de que o efeito vinculante atinge, não apenas o dispositivo das decisões, mas também os seus fundamentos determinantes, o que gera como consequência a obrigatoriedade da sua adoção nos julgamentos futuros²⁴⁵.

²⁴³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 223.

²⁴⁴No voto da Reclamação nº 11479 AgR/CE, a Relatora, Ministra Carmen Lúcia, ao rejeitar aplicabilidade a teoria da transcendência dos motivos determinantes, faz referência expressa a uma série de precedentes do Supremo Tribunal Federal que afastaram a sua aplicabilidade, a despeito de haver divergência dentro da própria Corte quanto ao tema.

²⁴⁵SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 219.

Sendo assim, as ideias que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo serão aptas a fundamentar, de forma vinculante, a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos similares, desde que o fundamento para a declaração da inconstitucionalidade seja o mesmo.

Em Portugal, segundo Canas, o entendimento parece ser o mesmo, no sentido de consagrar a eficácia vinculante dos motivos determinantes, muito embora haja posições em sentido contrário, como a de Canotilho²⁴⁶. Para Canas, "(...) os destinatários da decisão de provimento devem atender não apenas ao dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos desta (...)"²⁴⁷.

Relativamente aos *obiter dicta*, estão excluídos da eficácia vinculante, mesmo para aqueles que defendem que tais efeitos abrangem os fundamentos determinantes da decisão, haja vista que nem mesmo dos fundamentos eles fazem parte.

No que se refere aos limites subjetivos de eficácia vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, parece fora de dúvidas que estão abrangidos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. É o que dispõe o artigo 102, § 2º do texto Constitucional.

A consequência imediata do descumprimento da decisão proferida pelo STF é a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional, com vistas a preservar a autoridade das decisões proferidas pela Corte Suprema, nos termos do artigo 102, I, alínea "I", da Carta Magna.

Novamente aqui, a discussão que gera divergências doutrinárias diz respeito à vinculação do Poder Legislativo ao que restou decidido pelo Supremo, bem como a vinculação do próprio Supremo às suas decisões.

²⁴⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2003, p. 1009.

²⁴⁷CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**, 2ª Ed., rev., Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, *apud*, SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 219.

Relativamente à vinculação do Poder Legislativo, Canotilho defende que, em Portugal, o legislador está abrangido pela decisão proferida pelo Tribunal Constitucional²⁴⁸. Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁹ ao tratar do tema, relata que a doutrina tedesca possui firme orientação no sentido que uma nova lei, ainda que de teor idêntico àquela declarada inconstitucional, poderia ser elaborada. Desse modo, fica o Poder Legislativo autorizado a legislar no mesmo sentido da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

No Brasil, prevalece a tese no sentido de que o Poder Legislativo não está abrangido pelos efeitos vinculantes das decisões do Supremo, o que autoriza ao legislador a editar novos atos normativos de conteúdo idêntico àqueles que em momento anterior foram declarados inconstitucionais, exigindo-se, assim, a admissão de nova ação direta de inconstitucionalidade contra o novo ato normativo para sua exclusão do ordenamento jurídico.

A despeito disso, Souza²⁵⁰ defende a vinculação do Poder Legislativo ao que restou definido pelo Supremo. Segundo o autor, o fato de o legislador estar vinculado às decisões proferidas pelo judiciário não configura ofensa ao princípio da separação dos poderes. Argumenta que, se o judiciário pode controlar a constitucionalidade dos atos normativos, retirando-os do mundo jurídico, não haveria óbice a impedir, por ato do Poder Judiciário, que o legislador incorresse novamente na mesma inconstitucionalidade.

Por outro lado, prossegue afirmando que a ausência de dispositivo expresso na Constituição Federal quanto à vinculação também não constitui óbice, pois em outros ordenamentos jurídicos, como na Itália, não há expressa determinação, e nem por isso deixou a doutrina de reconhecer a vinculação.

No entanto, ao finalizar seu raciocínio, Souza incorre, *data venia*, em contradição. Sustenta que sua tese não defende a impossibilidade de o Poder

²⁴⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2003, p. 1010.

²⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade: A inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, em Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Coord: Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

²⁵⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 227.

Legislativo editar a lei de conteúdo idêntico àquela que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois “pensar isso seria estar completamente fora da realidade²⁵¹”. Para ele, a conclusão de seu raciocínio é que uma vez editada a norma de conteúdo idêntico, ela deve ser desaplicada por juízes, tribunais e pela Administração, e, se for aplicada, caberá o ajuizamento de reclamação constitucional, independentemente do provimento de nova ação direta de inconstitucionalidade.

Ora, se o legislador está autorizado a legislar no mesmo sentido da norma declarada inconstitucional, é porque ele não está vinculado ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. O fato de a norma ser aplicada posteriormente pelos juízes, ou não, independentemente de nova declaração de inconstitucionalidade relaciona-se mais a questão da transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida na ação direta anterior, do que com o caráter vinculante em face do Poder Legislativo.

Relativamente à vinculação em face do próprio Supremo Tribunal Federal, defende Mendes a tese de que

A fórmula adotada inicialmente pela EC n. 3/93, repetida pela Lei n. 9.868/99 e preservada pela EC n. 41/2004, parece excluir também o STF do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário legitima esse entendimento²⁵²”.

Todavia, embora essa autovinculação esteja ausente, isto não autoriza a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal está livre para alterar de posicionamentos quando bem entender, sob pena de grave risco de insegurança jurídica. Portanto, segundo Mendes, escorado em doutrina alemã, será possível a reapreciação de decisões que declaram a constitucionalidade de atos normativos, desde que as circunstâncias fáticas demonstrem uma mudança de conteúdo da Constituição ou da norma objeto de controle, uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral sobre o tema. Caso isso não fosse possível, o processo de desenvolvimento do direito constitucional ficaria congelado.

²⁵¹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008, p. 228.

²⁵²MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, 3. ed., 2 tiragem, Saraiva, 2009, p. 602.

Em suma, é plenamente viável que uma norma declarada constitucional em determinado momento histórico venha a ser declarada inconstitucional em outro momento, desde que o órgão fiscalizador da constitucionalidade das normas fundamente a alteração de posicionamento em alterações substanciais das circunstâncias fáticas, mutações constitucionais, enfim.

Por outro lado, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, mesmo em ação declaratória de constitucionalidade, devido ao seu caráter *erga omnes*, a norma estará excluída do ordenamento jurídico, não havendo possibilidade de posterior aplicação do dispositivo, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.

6.4 A eficácia persuasiva dos precedentes no direito brasileiro

6.4.1 Considerações iniciais

Ao longo dos últimos itens, detivemo-nos a analisar a eficácia das súmulas vinculantes, bem como das decisões judiciais proferidas no âmbito do controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. A nosso juízo, o ordenamento jurídico brasileiro atual apenas contempla essas duas hipóteses de eficácia vinculante dos precedentes.

A partir do próximo item, passaremos a analisar alguns exemplos de instrumentos processuais brasileiros que dotam os precedentes judiciais de eficácia persuasiva. Para um melhor entendimento da questão, deixaremos de lado, por enquanto, a classificação doutrinária de Cruz e Tucci que diferencia precedentes relativamente vinculantes e precedentes persuasivos, pois, na prática, eles são meramente persuasivos.

Reforce-se, no entanto, que os precedentes ditos relativamente vinculantes são importantes na medida em que buscam simplificar o procedimento judicial, pela adoção do enunciado da súmula ou da jurisprudência dominante na decisão judicial. O Código de Processo Civil brasileiro está repleto de instrumentos dessa natureza, e alguns deles serão analisados a seguir.

Um registro, no entanto, deve ser feito. É que, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar em momento anterior, Taruffo diferencia precedente de jurisprudência. Muito embora seja de grande relevância a classificação adotada, ao classificarmos como precedentes de eficácia persuasiva hipóteses que nitidamente seriam enquadradas por Taruffo como jurisprudência, o fazemos por entender que o ordenamento jurídico brasileiro não excluiu da jurisprudência dominante a possibilidade de também gerar efeitos persuasivos.

Portanto, haverá situações descritas adiante, em que claramente estaremos tratando de posicionamentos decorrentes de jurisprudência (e não de precedente), que gozam de eficácia persuasiva.

6.4.2 As súmulas dos tribunais

As súmulas de jurisprudência dos Tribunais são exemplos clássicos de eficácia persuasiva no ordenamento jurídico brasileiro. Suas características não diferem, ontologicamente, das súmulas vinculantes, como já se teve oportunidade de mencionar, exceção feita ao caráter vinculante, inexistente nas súmulas tradicionais.

No presente item, apresentaremos de que forma as súmulas funcionam como instrumentos de simplificação dos procedimentos em matéria processual civil, além de serem guias de jurisprudência para a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário.

A partir das reformas processuais que buscaram simplificar os procedimentos através da adoção das súmulas, é possível afirmar que os enunciados de súmulas dos tribunais deixaram de ser meramente persuasivos, tornando-se verdadeiros instrumentos de efetivação do princípio da duração razoável do processo, conferindo efetividade e celeridade ao processo civil brasileiro.

6.4.3 A súmula impeditiva de recursos

A lei 11.276/2006 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um novo requisito de admissibilidade²⁵³ para o processamento das apelações no processo civil brasileiro. Trata-se do que a doutrina terminou por denominar de súmula impeditiva de recursos. Está previsto no artigo 518, § 2º, do CPC, e assim dispõe:

Art. 518, § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Como cediço, os recursos em matéria cível, para serem admitidos, necessariamente devem preencher requisitos de admissibilidade. Nesse sentido, o advento do artigo supracitado estabelece uma nova modalidade de requisito de admissibilidade das apelações, sendo certo que a partir da sua vigência, os juízes, ao realizar o juízo de admissibilidade, estão autorizados a inadmitir o seu processamento quando a decisão recorrida estiver em consonância com o enunciado da súmula.

Trata-se de inovação no ordenamento jurídico, haja vista que a lei, em última análise, estabeleceu a possibilidade de que o juízo de admissibilidade da apelação ingresse no próprio mérito do recurso, estabeleça um cotejo entre a decisão recorrida e a súmula paradigma, e bloqueie a subida do recurso.

Nesse caso, a adoção da jurisprudência sumulada do Tribunal deixa de ser meramente persuasiva, e torna-se importante instrumento para a garantia da celeridade na tramitação dos processos. Na exposição de motivos do Projeto de Lei, o então Ministro Márcio Thomaz Bastos esclareceu que “Trata-se, portanto, de uma adequação salutar que contribuirá para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidade de êxito.”²⁵⁴

Com razão o ex-Ministro, pois, se a decisão judicial vergastada pautou-se em jurisprudência sumulada do tribunal, que é o destinatário do recurso, nada mais natural do que impedir o seu processamento, já que de antemão sabe-se que o tribunal deliberará naquele sentido.

²⁵³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento. **Revista dos Tribunais**, v. 9. ed. 2011, p. 524.

²⁵⁴NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 11. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 900.

No entanto, não se pode negar que as relações jurídicas são complexas, os fatos nem sempre se desenrolam da mesma forma, o que exige que o legislador possibilite a discussão a respeito da aplicabilidade ou não da súmula àquele caso concreto. Assim, é possível que o recorrente demonstre, através da interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 522, CPC), que o objeto da apelação não se encaixa perfeitamente na tese consagrada pelo enunciado da súmula, e que portanto, merece ser tratado de forma diferenciada.

Em outras palavras, admite-se que o recorrente estabeleça um *distinguishing* entre o seu caso e os casos que deram ensejo à edição do enunciado da súmula, para que seja possível o processamento e deliberação da apelação não recebida.

Questão deveras interessante surge da possibilidade de evolução da jurisprudência em relação a determinado tema. Ora, se as apelações cujo objeto coincide com determinado enunciado de súmula dos tribunais são inadmitidas na origem, ou seja, pelo juízo *a quo*, como poderia o Tribunal ter a oportunidade de rever o seu posicionamento, e proceder a um *overruling*?

Didier Junior e Cunha debruçaram-se sobre o tema, e concluíram ser possível a admissibilidade de apelação, ainda que a sentença esteja em conformidade com o enunciado da súmula, “se o apelante trazer em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula do STF ou STJ que permitam o *overruling* do precedente”.²⁵⁵

Mitidiero, no mesmo sentido, afirma que

Quando a sentença de primeiro grau, portanto, invoca *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça para solução do caso, a *admissão da apelação está condicionada à alegação de que o precedente não se aplica ao caso*, porque é necessário *distingui-lo* do caso precedente por ausência de identidade ou semelhança (isto é, mostra-se necessário realizar a *distinguishing*), ou de que o caso deve ser levado adiante porque conta com uma *fundamentação* não considerada no momento da formação do precedente e potencialmente idônea para levar à sua superação total ou parcial (isto é, pode ser necessário ou oportuno a partir do caso proceder à *overruling* ou à *overturning*).²⁵⁶

²⁵⁵SOUZA JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3, 10. ed., Editora Juspodivm, 2012, p. 140.

²⁵⁶MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação**, da jurisprudência ao precedente, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

Importante mencionar que, na seara do reexame necessário, o legislador estabeleceu instituto similar, ao autorizar, no artigo 475 § 3º, o juízo prolator da sentença a dispensá-lo nas situações em que a decisão judicial estiver em conformidade com enunciado de súmula do tribunal, de tribunal superior, ou simplesmente de acordo com jurisprudência, ainda que não sumulada, do Supremo Tribunal Federal.

6.4.4 Julgamentos monocráticos com base no artigo 557 do CPC

Na mesma linha do instituto da súmula impeditiva de recursos, o legislador estabeleceu, no artigo 557, *caput*, e §1-A, do Código de Processo Civil, a possibilidade de os relatores, exercendo competência jurisdicional delegada dos órgãos colegiados do Tribunal, julgarem monocraticamente o recursos submetidos à sua apreciação.

De acordo com o *caput* do dispositivo legal, poderá ser negado seguimento, monocraticamente, ao recurso, desde que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Por outro lado, o § 1º-A, estabelecendo regra mais rígida, permite que seja dado provimento ao recurso, desde que a decisão recorrida esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

A análise conjunta dos dispositivos revela que o legislador foi cauteloso com as hipóteses de provimento monocrático dos recursos, apenas autorizando a sua realização quando a sentença estiver em desconformidade com jurisprudência ou súmulas do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores, não bastando a jurisprudência consolidada ou sumulada do próprio tribunal que irá proceder ao julgamento do recurso.

Das decisões proferidas com base no artigo 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil, caberá a interposição de agravo, conforme dispõe o artigo 557, § 1º.

Novamente aqui se verifica a intenção do legislador de atribuir às súmulas dos tribunais algo mais consistente do que apenas a eficácia persuasiva. Com efeito, a abreviação dos procedimentos através da adoção das súmulas, transforma-as em importante instrumento para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

6.4.5 A sistemática de julgamento dos recursos repetitivos

Seguindo uma tendência que vem sendo adotada em diversos ordenamentos jurídicos mundo afora, alguns deles já analisados acima, o sistema processual brasileiro estabeleceu uma sistemática diferenciada de tramitação dos Recursos Extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal e dos Recursos Especiais interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere aos Recursos Extraordinários, partiu-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal, por ser um tribunal de cúpula, não deve exercer o papel de mero revisor de teses jurídicas adotadas pelos tribunais inferiores. Em outras palavras, o tribunal não é vocacionado para funcionar como uma terceira ou quarta instância de revisão de decisões judiciais.

Por conseguinte, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar apenas aquelas causas que tenham repercussão extraprocessual, ou seja, situações em que a tese jurídica discutida no recurso extraordinário transcenda os interesses individuais discutidos em juízo, afetando a coletividade de uma forma geral. Além disso, o papel do Supremo Tribunal Federal, nesses casos, será o de uniformizador da tese jurídica, que deverá ser adotada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o legislador constituinte, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu no texto constitucional, o artigo 102, § 3º, que instituiu o requisito da Repercussão Geral da questão constitucional para a admissibilidade dos recursos extraordinários direcionados ao Supremo Tribunal Federal.

Aliado a isso, o Código de Processo Civil, no artigo 543-B, estabeleceu um procedimento especial de julgamento dos recursos extraordinários, dito por amostragem, conforme se verá com mais detalhes adiante.

Da mesma forma, porém ainda sem um requisito de admissibilidade que exija a repercussão geral da questão infraconstitucional que transcenda os interesses subjetivos da causa, o Código de Processo Civil criou um sistema de julgamento dos Recursos Especiais repetitivos, que visa a lidar de forma mais racional com a avassaladora quantidade de processos submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Ambos os procedimentos, bastante similares entre si, revelam a intenção do legislador de conferir efeitos fortemente persuasivos, quase vinculantes, aos precedentes tirados das decisões proferidas no Recurso Extraordinário com repercussão geral ou no Recurso Especial Repetitivo.

Pode-se afirmar com segurança que a ideia de se instituir um sistema de julgamento de recursos por amostragem decorre da função nomofilática do Supremo Tribunal Federal²⁵⁷ e do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que ambos têm a atribuição de velar pela uniformidade na interpretação dos dispositivos constitucionais e legais, respectivamente. Segundo Mitidiero,

É o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que devem, mediante um processo lógico-argumentativo, afirmar qual é o significado que deve ser dado à Constituição e à legislação infraconstitucional federal nos mais diversos contextos fáticos-jurídicos em que essas devem ser atuadas (arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988)²⁵⁸.

6.4.5.1 A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o artigo 102, § 3º ao texto constitucional, estabelecendo um novo requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário. Trata-se da repercussão geral da questão constitucional. Nesse sentido, a repercussão geral no recurso extraordinário somente será recusada pelo voto de dois terços dos membros do tribunal.

²⁵⁷Fredie Didier Souza Junior e Leonardo José Carneiro Cunha afirmam que “Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais”. SOUZA JUNIOR, Fredie Didier, CUNHA, Leonardo José Carneiro, **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3, 10. Ed., Editora Juspodivm, 2012, p. 338.

²⁵⁸MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

Coube então ao legislador infraconstitucional estabelecer o que deve ser entendido por repercussão geral, e estabelecer os procedimentos a serem adotados pela Corte Suprema para o processamento dos recursos extraordinários que cumpram o requisito constitucional.

Regulamentando o tema, o artigo 543-A, do Código de Processo Civil estabeleceu que a repercussão geral será reconhecida desde que seja constatada a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Não é preciso muito esforço intelectual para se dar conta de que os conceitos veiculados pelo Código de Processo Civil para o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional são cláusulas abertas com forte carga valorativa subjetiva²⁵⁹.

Com efeito, caberá aos membros do Supremo Tribunal Federal, em uma avaliação extremamente subjetiva, identificar se os interesses discutidos na causa possuem repercussão econômica, política, social ou jurídica, justificando a admissão do recurso extraordinário.

Prossegue o Código de Processo Civil estabelecendo que a repercussão geral estará presente sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Aqui, é importante destacar novamente a importância adquirida pelos enunciados de súmulas dos tribunais, que, a despeito de não terem eficácia vinculante, têm reconhecida a existência de repercussão geral quando não são seguidos pelas autoridades judiciais de menor hierarquia.

6.4.5.2 A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

²⁵⁹No mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário, parte de Recursos e Ação Rescisória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Coleção doutrinas essenciais: processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 7, 2011, p. 841.

Reza o CPC que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral seguirá as regras estabelecidas pelo próprio Código e pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, procedendo-se ao sobrestamento dos demais até o pronunciamento definitivo da Corte sobre o tema.

A próxima fase do julgamento consiste na reflexão sobre a presença do requisito da repercussão geral, que foi analisado no item anterior. Se o Tribunal concluir que o caso não tem repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente como não admitidos. Há autores, como Cruz e Tucci, que entendem haver aqui uma demonstração de eficácia vinculante de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ousamos discordar da posição externada pelo referido autor, pois o requisito da repercussão geral consiste em pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que, em última análise, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, a atividade de inadmissão automática dos recursos sobrestados na origem em virtude da negativa de repercussão geral consiste apenas em uma atividade material, despida de conteúdo jurisdicional por parte do Tribunal de origem, que se resume a aplicar aquilo que restou definido pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo Marinoni e Arenhart, “Esta negativa se dá automaticamente, independentemente de novo despacho do presidente do tribunal *a quo*, mediante a simples juntada da súmula produzida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 543-A § 7º)²⁶⁰”.

Marinoni, por sua vez, defende a ideia de que há eficácia vinculante horizontal (aplicável aos membros do próprio Supremo Tribunal Federal), visto que o artigo 543-A, § 5º do CPC estabelece que a negativa da existência de repercussão geral valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos

²⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento, **Revista dos Tribunais**, v. 2, 9. ed., 2011, p. 568.

liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, defendemos que a eficácia vinculante dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro tem um caráter nitidamente processual, na medida em que sua consequência imediata é a possibilidade de ajuizamento de uma reclamação constitucional contra a decisão que desrespeitou o precedente vinculante.

Aqui, não há previsão legal de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra eventual decisão da própria Corte que admitiu um recurso extraordinário, mesmo quando negada a sua repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal num processo paradigma. Portanto, aqui não cabe falar em eficácia vinculante de precedentes.

Obviamente que a decisão judicial que nega a repercussão geral possuirá forte carga persuasiva, e o descumprimento de sua observância fatalmente ensejará a interposição de agravo, com vistas a reformá-la, para inadmitir o recurso antes admitido.

Em verdade, os efeitos que decorrem da inadmissão do recurso extraordinário em virtude da negativa de repercussão geral contra os próprios membros do Supremo Tribunal Federal decorre muito mais da exigência de coerência e unidade dos órgãos fracionários de um mesmo corpo judicial, do que de eventual eficácia vinculante, ainda que denominada horizontal.

Por outro lado, é possível que o Supremo Tribunal Federal reconheça a existência da repercussão geral, e efetivamente julgue o mérito do recurso extraordinário. Nesses casos, o § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil estabelece que os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais de origem, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Por “prejudicados”, deve-se entender que o caso já fora julgado com observância do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, e por isso, não

necessita ser submetido a novo julgamento. Naturalmente, não haverá remessa do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Por “retratar-se”, deve-se entender que os tribunais podem reconhecer que a decisão por eles proferida diverge da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e reformar o seu próprio julgamento para adotar o posicionamento definido pela Corte Suprema.

Não obstante, é possível que o tribunal de origem opte por não retratar-se, mantendo a decisão contrariamente à tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal e admitindo o recurso. Essa possibilidade está expressamente prevista no artigo 543-B, § 4º, do CPC. Nesse caso, caberá ao órgão remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, que poderá, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Marinoni, ao se posicionar sobre a questão, assim dispõe:

Os tribunais estão vinculados ao julgamento do mérito do recurso extraordinário. Assim, quando o recurso tiver sido interposto para permitir chegar ao resultado proclamado pela Suprema Corte, o tribunal de origem deverá retratar-se. Mas, se o recurso tiver objetivado resultado oposto, deverá ser declarado prejudicado. Não há como admitir que o tribunal de origem, após ter sobrestado o recurso, deixe de se retratar ou não o declare prejudicado quando o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito em desacordo ou de acordo com a decisão recorrida²⁶¹.

Prossegue Marinoni, afirmando que

A dicção do artigo 543-B, § 4º, apenas pode ser compreendida como norma que prescreve reação contra algo que o tribunal de origem está proibido de fazer. Ou seja, embora o tribunal de origem deva se retratar ou declarar o recurso prejudicado, a sua insubordinação dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de, liminarmente, cassar ou reformar o acórdão recorrido²⁶².

Com a devida vênia, a interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tema não permite chegar à conclusão a que Marinoni. É que os dispositivos que regem o procedimento de julgamentos por amostragem dos Recursos Extraordinários não conferiram eficácia vinculante aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

²⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 477.

²⁶²MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 478.

Tanto é verdade, que o legislador autorizou expressamente a manutenção da decisão pelo tribunal *a quo*, com a respectiva remessa dos autos ao STF para deliberação. É preciso atentar para o fato de que o Código de Processo Civil estabelece que é possível a manutenção da decisão e a admissão do recurso. Logo, o procedimento recursal segue o seu trâmite natural até o Supremo Tribunal Federal, que julgará como entender de direito.

Também a legislação não estabeleceu a possibilidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional contra decisões dos tribunais recorridos que discordam do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no âmbito da repercussão geral do recurso extraordinário. O próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou, em sua jurisprudência, o descabimento da Reclamação²⁶³. A consequência da manutenção da divergência será o julgamento do Recurso Extraordinário, conforme já dito, e não a possibilidade de ajuizamento de qualquer tipo de ação judicial especial que permita controlar o descumprimento do precedente dito vinculante.

²⁶³A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que não cabe, na sistemática da repercussão geral, a utilização de reclamação constitucional como sucedâneo recursal. Pela pertinência do tema, transcrevo ementa de acórdão relatado pelo Ministro Dias Toffoli, que consagra o entendimento aqui defendido: EMENTA Agravo regimental em reclamação. Paradigma extraído de processo de caráter subjetivo. Eficácia vinculante restrita às partes nele relacionadas. Precedentes. Ilegitimidade ativa configurada. Reclamação utilizada como atalho processual. Submissão da controvérsia ao exame direto do Supremo Tribunal Federal. Inadmissibilidade. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência da Corte e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88). 2. O reclamante não figura na relação processual do paradigma apontado, o qual é de índole subjetiva, revestindo-se de eficácia vinculante restrita somente às partes nele relacionadas. 3. O reconhecimento da repercussão geral tem por precisa consequência esgotar a cognição nesta Corte e recomendar todos os processos, principais ou acessórios, à respectiva origem, a fim de aguardarem pronunciamento definitivo sobre o processo-paradigma no STF, após o que competirá à Corte de origem proceder ao que dispõe o § 3º do art. 543-B do CPC. 4. Reclamação constitucional usada como sucedâneo de recurso colocado à disposição da parte para se insurgir contra decisão da Corte de origem, com o intuito de confrontar a decisão proferida no caso concreto e o entendimento firmado no STF em sede de repercussão geral e, caso existente matéria nova, fazer subir a discussão da matéria à Suprema Corte. 5. O uso da reclamação constitucional como sucedâneo recursal é vedado pela Corte, conforme reiterada jurisprudência: Rcl nº 11.022-DF-ED, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 7/4/11; Rcl nº 4.803/SP, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 22/10/10; Rcl nº 9.127/RJ-AgR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 20/8/10; e Rcl nº 6.078/SC-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/10, entre outros. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 14638 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000220509&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

O próprio Marinoni, mais à frente, colaciona precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, em que a Corte consagra expressamente a possibilidade de que os autos poderão ser remetidos ao tribunal quando houver “expressa negativa de retratação”²⁶⁴.

Sendo assim, denota-se, aqui, forte eficácia persuasiva dos precedentes firmados em recursos extraordinários submetidos ao regime de repercussão geral, na medida em que a legislação autoriza que os tribunais *a quo* revejam o seu posicionamento após o advento do julgamento de mérito do recurso extraordinário, mas não eficácia vinculante.

6.4.5.3 A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Seguindo a mesma linha adotada para a tramitação dos recursos extraordinários no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o legislador estabeleceu um regime de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Pode-se dizer que a diferença marcante entre a sistemática de tramitação dos Recursos Extraordinários e Recursos Especiais repetitivos é que no âmbito destes, não há uma fase de admissibilidade relacionada com a repercussão da questão infraconstitucional. A diferença não passou despercebida a Medina, Wambier e Wambier, que afirmaram ser surpreendente “que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não-relevantes, no plano constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante”²⁶⁵.

Segundo o artigo 543-C do Código de Processo Civil, quando houver recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a tramitação do recurso especial seguirá

²⁶⁴ BRASIL. STF, **Pleno, AgIn QO 760.358**, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJE 03.12.2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165233&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

²⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão Geral e súmula Vinculante**, Reforma do Judiciário (obra coletiva), Ed. RT, 2005, p. 373-374.

um procedimento especial, que consiste na seleção, pelos tribunais de origem, de um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais deverão ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento, ficando os demais sobrestados até o pronunciamento definitivo da Corte.

Publicado o acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados poderão ter os seguintes destinos: a) terão seguimento denegado na hipótese de acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ; b) serão novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação firmada pelo STJ.

Nos casos da alínea b supra, poderá o tribunal de origem manter a sua decisão, ainda que divergente da decisão paradigma do STJ, proceder ao juízo de admissibilidade e remeter o recurso especial para julgamento, nos termos do artigo 543-C, § 8º.

Marinoni ao enfrentar o tema sob o ponto de vista das funções constitucionais exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça, assevera que:

Atualmente, considerando-se a Constituição Federal, a função do Superior Tribunal de Justiça, a coerência do direito, assim como a necessidade de tutela da estabilidade da ordem jurídica, da previsibilidade e da igualdade, não há como deixar de ver as decisões do Superior Tribunal de Justiça como precedentes obrigatórios²⁶⁶.

Tratando especificamente sobre o regime de tramitação dos recursos especiais repetitivos, Marinoni afirma que

O inciso II, ao determinar que, na hipótese de o acórdão recorrido divergir do precedente estabelecido, o recurso deverá ser “novamente examinado pelo tribunal de origem”, deve ser interpretado no sentido de que o tribunal de origem, por estar vinculado ao precedente, deve se retratar. De modo que o § 8º deve ser visto como preceito que considera um ato de rebeldia do tribunal de origem, ao manter a divergência com o precedente do Superior Tribunal de Justiça. Toca as raias do absurdo admitir, que, depois de instituído o procedimento para a elaboração do precedente, com todos os “requisites” exigidos pela legislação processual, ainda possa o tribunal de origem divergir do Superior Tribunal de Justiça. Na realidade, o preceito do § 8º afigura-se bastante curioso ao desconsiderar, no próprio desnecessário procedimento criado para dar eficácia obrigatória aos precedentes elaborados para as causas repetitivas, a flagrante autoridade vinculante dos

²⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 493.

precedentes da Corte constitucionalmente incumbida de dar unidade ao direito federal²⁶⁷.

Assim como fez quando se discutiu sobre a eficácia dos precedentes firmados no âmbito do regime de tramitação dos recursos extraordinários, Marinoni defende que os precedentes firmados em recursos especiais repetitivos têm caráter vinculante. Novamente, com a devida vênia, a tese não merece acolhida, em vista dos dispositivos expressos do Código de Processo Civil.

Percebe-se, aqui, assim como se verificou no âmbito do recurso extraordinário, que o legislador não dotou as decisões proferidas no âmbito dos recursos especiais repetitivos de eficácia vinculante.

Mais uma vez, o CPC deixa expressamente prevista a possibilidade de manutenção da decisão divergente, admissibilidade do recurso especial, e consequente remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Também não se verifica a previsão de reclamação constitucional contra eventual decisão que descumpra a orientação firmada no julgamento paradigma proferido pelo STJ, o que, segundo defendemos, é uma das condições para se sustentar a existência de um precedente vinculante.

Não se pretende aqui negar a importância das decisões do Superior Tribunal de Justiça nesta seara, nem a sua verdadeira vocação, que, em tese, deveria ser vinculante. No entanto, entendemos que a eficácia vinculante no ordenamento jurídico brasileiro deve estar expressamente prevista na legislação, ainda que infraconstitucional, aliada a instituição de um instrumento jurídico que garanta a possibilidade de controle do descumprimento das decisões dotadas de eficácia vinculante, que seria a reclamação constitucional para a preservação da autoridade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito dos recursos especiais repetitivos, nenhum desses requisitos está cumprido. De um lado, o legislador não confere aos precedentes eficácia vinculante. De outro, não autoriza o ajuizamento de reclamação. Ao contrário, autoriza

²⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 498.

expressamente a manutenção da decisão divergente, com admissibilidade do recurso especial e remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, aqui se percebe na verdade uma fortíssima eficácia persuasiva dos precedentes firmados em recursos especiais repetitivos. No entanto, eficácia vinculante, definitivamente, não há.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, com base em decisão do Supremo Tribunal Federal²⁶⁸, tem admitido o ajuizamento de reclamação constitucional em face de decisões de juizados especiais estaduais, quando estas estiverem divergentes das decisões proferidas pelo STJ²⁶⁹. No entanto, a previsão é excepcional, construída jurisprudencialmente, e acima de tudo, temporária, pois vigerá apenas enquanto não for instituída a Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com situações diversas da excepcionalidade acima relatada, decidiu expressamente ser incabível o ajuizamento de reclamação constitucional contra decisões que descumpriram orientações firmadas em recursos especiais repetitivos, justamente por não terem, estes, eficácia vinculante. Pela pertinência do julgado, transcrevo a seguir:

PROCESSO CIVIL. RECLAMAÇÃO. AJUIZAMENTO EM FACE DE ACÓRDÃO DE TRIBUNAL ESTADUAL, POR SUPOSTA OFENSA A DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO REPETITIVO (ART. 543-C, DO CPC). DESCABIMENTO.1. É inadmissível a utilização da reclamação prevista no art. 105, I, "f", da CF/88, quando se revele manifesta a ilegitimidade ativa dos reclamantes, por não terem figurado na relação processual em que foi proferida a decisão judicial oriunda deste Tribunal Superior tida como descumprida, mesmo que resulte esta do julgamento de recurso nos moldes do art. 543-C do CPC, vez que não existe previsão legal para que a decisão proferida pelo STJ no recurso repetitivo tenha efeito vinculante.2. A reclamação regulada pela Resolução nº 12/09 se destina exclusivamente a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do

²⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 571572** ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163804&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

²⁶⁹MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 499-504.

art. 543-C do CPC.3. Agravo Regimental a que se nega provimento.(AgRg na Rcl 5.121/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 02/03/2011)²⁷⁰

Diante dos argumentos apresentados e do posicionamento explícito do Superior Tribunal de Justiça, outra conclusão não há, senão enquadrar os precedentes firmados em recursos especiais repetitivos como persuasivos.

²⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Rcl 5.121/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 02/03/2011). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1040681&num_registro=201002263991&data=20110302&formato=PDF. Acesso em: 10 de junho de 2014.

7 A PROPOSTA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A SOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS E A CRIAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

7.1 Considerações iniciais

A ideia da criação de um novo Código de Processo Civil começou a ganhar corpo a partir da publicação do Ato nº 379, de setembro 2009, da Presidência do Senado Federal, que nomeou uma comissão de juristas, presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, que tinha como objetivo apresentar uma proposta para um novo código.

Os trabalhos da comissão foram concluídos com a apresentação ao Senado Federal de um anteprojeto²⁷¹, que passou a tramitar naquela casa do Congresso Nacional sob nº 166/2010, tendo como relator o Senador da República Valter Pereira.

Segundo o Ministro Luiz Fux, o principal objetivo da reforma do sistema processual cível brasileiro é “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”²⁷². De logo, se vê que a preocupação com a eficiência na prestação do serviço público jurisdicional foi a maior (ou uma das maiores) preocupação da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto.

Segundo Porto, um dos vetores do projeto do Novo Código de Processo Civil é “prestigar posições consolidadas, na tentativa de ‘commonlawlizar’ a *civil law* brasileira, por meio da busca da previsibilidade das decisões jurisdicionais, no sentido de oferecer maior segurança jurídica”²⁷³.

²⁷¹BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010 p. 381.

²⁷²BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 7.

²⁷³PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamento sobre duas relevantes inovações no projeto de um CPC. **Revista Jurídica**, n. 401, 2011, p. 51.

Dois pontos principais chamam atenção no anteprojeto apresentado pela comissão nomeada pelo Senado Federal. No afã de alcançar o objetivo declarado pelo Ministro Luiz Fux, a comissão lança mão de duas técnicas, que são os objetos específicos deste trabalho, quais sejam: o reforço da eficácia persuasiva/vinculante dos precedentes no sistema processual civil e a utilização de técnicas de julgamento de demandas repetitivas.

Com efeito, o anteprojeto cria um capítulo que tem o nítido objetivo de reforçar a ideia de que os precedentes firmados pelos tribunais devem ser adotados pelas Cortes inferiores, no sentido de prestigiar uniformização e a estabilidade da jurisprudência.

De outro lado, inova o anteprojeto com a previsão da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja inspiração é o instituto do *Musterverfahren*²⁷⁴, do direito alemão, já analisado anteriormente.

Após a aprovação do texto pelo Senado Federal, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramitou sob o nº 8.046/2010, tendo como Relatores, inicialmente, o Deputado Federal Sergio Barradas, e finalmente o Deputado Federal Paulo Teixeira.

Após intensas discussões no âmbito doutrinário e também legislativo, o texto-base do projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e retornou ao Senado Federal, para deliberação sobre as diversas alterações que foram realizadas no texto enviado por esta Casa Legislativa.

A seguir, passaremos a analisar a proposta do Projeto do Novo Código de Processo Civil, no que se refere à eficácia vinculante/persuasiva dos precedentes e às técnicas de resolução de demandas repetitivas. Utilizaremos como referência para o desenvolvimento do estudo a Emenda Aglutinativa Substitutiva Global nº 6, aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

²⁷⁴BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.

7.2 Eficácia vinculante dos precedentes x técnicas de julgamento de demandas repetitivas: uma distinção necessária

Para mais bem contextualizar o tema da presente dissertação, é importante registrar que eficácia vinculante de precedentes e técnica de julgamento de demandas repetitivas são institutos processuais absolutamente diversos, mas que, em algumas circunstâncias, podem caminhar de forma conjunta.

Conforme já visto de maneira exaustiva, a eficácia vinculante dos precedentes é uma técnica que exige a adoção, pelos órgãos jurisdicionais de menor grau hierárquico, dos precedentes firmados pelos tribunais superiores, desde que haja vinculação hierárquica entre eles. A seu turno, as técnicas de julgamento de demandas repetitivas consistem em uma sistemática racionalizada de julgamento de demandas de massa, que envolvem pretensões isomórficas (direitos individuais homogêneos²⁷⁵).

Nesse sentido, *a priori*, é possível haver eficácia vinculante de precedentes decorrente de processos judiciais que não foram firmados em incidentes de julgamento de demandas repetitivas, como acontece nos julgamentos das ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo nas súmulas vinculantes, que sequer decorrem de um processo judicial “tradicional”.

Por outro lado, a eficácia vinculante dos precedentes não é decorrência necessária dos incidentes de processos repetitivos. Nesse sentido, os julgamentos proferidos nesta seara apenas serão vinculantes se o legislador assim determinar.

²⁷⁵ Interessante estudo elaborado por Teori Albino Zavascki diferencia a tutela coletiva dos direitos e a tutela dos direitos coletivos. Enquanto esta relaciona-se com os denominados direitos difusos e coletivos, que em geral dão ensejo a apenas uma ação judicial, aquelas estão relacionadas com os direitos individuais homogêneos. Para Zavascki, são eles, os direitos individuais homogêneos, que devem ser tratados por intermédio de instrumentos de tutela coletiva dos direitos. O que o projeto do Novo Código de Processo Civil pretende, a nosso sentir, é estabelecer técnicas de julgamento que contemplem justamente uma sistemática racional para que o Poder Judiciário possa lidar de forma mais adequada com as pretensões isomórficas que surgem a partir de direitos individuais homogêneos. Se verá, no entanto, que a tentativa apresenta falhas, que terminam por afastar a natural vocação do incidente de resolução de demandas repetitivas para tutelar os direitos individuais homogêneos. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Editora Revista dos Tribunais. 2008.

Portanto, deve-se deixar claro a total independência entre ambos os institutos, que, no projeto do novo Código de Processo Civil, são tratados de forma distinta, em capítulos diferentes, havendo porém, intersecção entre eles, em especial quando se atribui eficácia vinculante a precedentes firmados em determinados procedimentos de julgamento de demandas repetitivas, conforme se verá adiante.

7.3 O sistema de precedentes vinculantes no projeto o novo Código de Processo Civil

A emenda substitutiva aglutinativa global nº 6, apresentada pelo Relator do projeto 8.046/2010, Deputado Federal Paulo Teixeira, cria o Capítulo XV, denominado Do Precedente Judicial, que pretende inaugurar uma nova cultura de observância dos precedentes no ordenamento jurídico processual brasileiro.

Antes propriamente de adentrar na análise do sistema de precedentes judiciais criados pelo projeto do NCPC, importante rememorar algo que foi defendido em outro momento. É que os precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro não existem por decorrência lógica dos dispositivos constitucionais que versam sobre as atribuições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujos deveres são velar pela correta interpretação da Constituição Federal e pela uniformização da interpretação das normas infraconstitucionais, respectivamente. Em outras palavras, os precedentes no Brasil não são vinculantes por natureza.

Tanto é verdade que, conforme adiante se verá, o projeto do NCPC pretende atribuir eficácia vinculante a precedentes formados em outros tribunais, como os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Portanto, reforça-se, aqui, o posicionamento de que a eficácia vinculante dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro apenas se apresenta quando houver expressa previsão constitucional ou legal, já que não é da cultura jurídica brasileira o caráter vinculante dos precedentes.

Além disso, é imprescindível a existência de um instrumento processual apto a controlar a decisão judicial que não se submeteu ao precedente vinculante, que é a

reclamação constitucional. É que o descumprimento de um precedente vinculante configura afronta a autoridade daquela decisão, passível, portanto, de reclamação constitucional. Ausentes os requisitos acima enunciados, não há que se falar em precedentes vinculantes.

Pois bem, o projeto do novo Código de Processo Civil, no artigo 520²⁷⁶, estabelece que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, e mantê-la estável, íntegra e coerente, estabelecendo no § 1º a obrigação de que devem ser elaborados enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Interessante regra advém do § 2º do mesmo artigo, que dispõe ser vedado ao Tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. A interpretação do dispositivo delineado vai ao encontro do que se defendeu em relação ao conteúdo das súmulas, no sentido de que elas devem representar a *ratio decidendi* do julgado.

Não são os enunciados de súmulas, assim, enunciados gerais e abstratos, que fazem as vezes de uma lei, nem mesmo uma mera reprodução de dispositivos de determinadas decisões judiciais. Retomando o raciocínio de Taruffo, as súmulas não devem consistir em jurisprudência dominante do tribunal, mas sim em precedente propriamente dito. Sendo assim, a súmula deve representar, de forma fiel, os fundamentos que motivaram os Tribunais a decidirem dessa ou daquela forma.

Prosseguindo no tratamento da questão, o artigo 521, I, estabelece que, com o objetivo de dar efetividade ao disposto no *caput* do artigo 520, bem como aos princípios da legalidade, segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, os juízes e tribunais devem seguir: as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmulas vinculantes; os acórdãos e os precedentes firmados em incidente de assunção de competência ou de resolução de

²⁷⁶As referências aos números dos artigos estão em conformidade com a Emenda Substitutiva Aglutinativa Global nº 6, apresentada pelo relator do projeto, Deputado Federal Paulo Teixeira.

demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem.

Ademais, determina o projeto que, não sendo a hipótese de aplicação de uma das situações acima delineadas, deverão os juízes e tribunais seguir: os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; os precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Verifica-se, nas previsões acima colacionadas, uma intenção manifesta do legislador no sentido de exigir dos magistrados (juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores) o efetivo respeito aos precedentes firmados pelos tribunais hierarquicamente superiores. Interessante notar, contudo, que em nenhum momento o legislador menciona o termo eficácia vinculante dos precedentes. Esta não é uma observação meramente técnica, mas sim, fundamental para compreensão do tema.

É que, ao passo em que o projeto estabelece um dever aos juízes e tribunais de seguir os precedentes, não comina uma sanção pela sua não observância. A técnica utilizada para caracterizar este dever, relativamente aos precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, aos precedentes firmados na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, e por fim, em relação às súmulas comuns dos Tribunais diverge radicalmente das regras previstas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, e dos procedimentos para o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos.

Com efeito, nessas situações, o projeto estabelece ou a eficácia vinculante do precedente de forma expressa, ou, ainda que não se utilize desse termo, a obrigatoriedade expressa da aplicação da tese firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas ou no julgamento de recurso extraordinário e recurso especial repetitivo, sob pena de abrir-se a oportunidade para o ajuizamento de reclamação constitucional contra a decisão que descumpriu o acórdão paradigma.

Tal providência não foi autorizada pelo projeto nas hipóteses em que não são seguidos os precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, os precedentes firmados na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ou, por fim, as súmulas comuns dos tribunais.

Ora, sendo coerente com a premissa que elegemos, no sentido de que a eficácia vinculante dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro apenas decorre de expressa previsão legal, e desde que haja a previsão de uma reclamação constitucional, apta a controlar a decisão que supostamente descumpriu o precedente vinculante, não há outra conclusão a se chegar, a não ser a de que, muito embora o capítulo do precedente judicial seja louvável no sentido de estabelecer um dever de uniformização, com o intuito de mantê-la estável, íntegra e coerente, e ainda, de determinar que juízes e tribunais sigam os precedentes das Cortes hierarquicamente superiores, no casos relacionados aos julgamentos proferidos pelo plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade, aos precedentes firmados pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, e das súmulas comuns dos Tribunais, tais precedentes terão fortíssima eficácia persuasiva, mas não eficácia vinculante.

E é melhor que assim seja. Conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, os precedentes no Brasil não são, por natureza, vinculantes. A cultura da observância dos precedentes vinculantes não está enraizada no nosso dia-dia²⁷⁷, diferentemente do que ocorre com o sistema do *stare decisis* do *common law*.

Sendo assim, entendemos ser mais consentâneo com a cultura jurídica brasileira, que os precedentes vinculantes apenas surjam de procedimentos especiais, dotados de regras específicas, amplamente divulgados pelas Cortes, com possibilidade de abertura procedimental para a discussão das teses jurídicas com a sociedade e com os interessados no caso, como ocorre nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, nos procedimentos para edição de súmulas vinculantes, e, de *lege ferenda*, nos incidentes de assunção de competência e de

²⁷⁷Não se pode negar, contudo, que a técnica de argumentação utilizada pelos profissionais do direito na praxe forense esteja bastante ligada ao cotejo entre os casos concretos e os precedentes firmados pelos tribunais, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

demandas repetitivas, e no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Em resumo, pode-se concluir, com relativa segurança, que o projeto do novo Código de Processo Civil estabelece que a eficácia vinculante dos precedentes é um instituto processual, decorrente de expressa previsão legal, suscetível de ser mantido através do ajuizamento de reclamação constitucional contra a decisão que dele se afastou.

Nesse sentido, terão eficácia vinculante, no âmbito processual, os precedentes firmados em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, e nos procedimentos de julgamento de recurso extraordinário e recurso especial repetitivo.

No âmbito constitucional, reproduz-se a eficácia vinculante dos precedentes firmados no controle abstrato de constitucionalidade e das súmulas vinculantes. Por fim, a nosso sentir, continuarão a ter eficácia persuasiva os precedentes firmados pelo plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade, os precedentes firmados pela Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional, e as súmulas comuns dos tribunais, ainda que o projeto do Código tenha previsto expressamente que os juízes e tribunais devam seguir tais precedentes.

A ausência de previsão legal da reclamação constitucional como instrumento destinado ao controle das decisões judiciais que não seguem os precedentes vinculantes é determinante para essa conclusão.

Prosseguindo no tema, o projeto institucionaliza os procedimentos de *overruling*, de forma bastante semelhante ao sistema utilizado pelo regime do *stare decisis*, prevendo que as alterações de entendimentos podem se fundar, entre outras alegações, na revogação ou modificação da norma em que se baseou a tese ou em alteração econômica, política ou social, referente à matéria decidida. Internaliza, ainda, a possibilidade de modulação da eficácia do *overruling*, autorizando que a nova orientação seja dotada de efeitos prospectivos ou retroativos.

Interessante disposição encontra-se no § 7º do artigo 521, que, novamente adotando as técnicas do regime do *stare decisis*, determina que os juízes e tribunais seguirão os fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros dos colegiados dos Tribunais. Em outras palavras, pretende o legislador que tão somente a *ratio decidendi* dos precedentes sirva de paradigma para os demais juízes e tribunais.

Afasta-se, assim, de forma expressa, nos incisos I e II do § 8º do artigo 521, a obrigação de os juízes e tribunais seguirem os *obiter dicta*, ou seja, os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão, ou aqueles não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgados, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

Por fim, prevê o § 9º do mesmo artigo, a possibilidade de aplicação do *distinguishing*, nas hipóteses em que o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando de forma fundamentada tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Como se vê, trata-se de uma reprodução fiel da técnica de aplicação dos precedentes vinculantes adotada pelo regime do *stare decisis*, já exhaustivamente analisada neste trabalho.

7.4 O incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência encontra previsão no artigo 959, do projeto do novo Código de Processo Civil. Trata-se do único instituto em que o legislador se utilizou a expressão “vinculante”.

A análise de suas características revela inspiração no incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 476 e seguintes, e no artigo 555, §1º, todos do Código de Processo Civil vigente. Não obstante, a previsão da eficácia vinculante do precedente firmado na assunção de competência, em face dos demais

juízes e Tribunais, traz-lhe característica marcante e essencialmente diversa dos seus inspiradores.

Pois bem, de acordo com o *caput* do referido artigo, será admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária, ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.

Já na descrição da hipótese de incidência do novel instituto, percebe-se o objetivo do legislador, qual seja, estabelecer um incidente específico que possa ensejar eficácia vinculante, sem que a questão jurídica esteja relacionada com demandas repetitivas.

Com efeito, o projeto prevê, no § 3º do mesmo artigo, que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos colegiados, exceto se houver revisão de tese, na forma do art. 521, §§ 1º ao 6º. Este é o ponto inovador.

Confirma-se, aqui, novamente, algo que em outro momento procurou-se deixar claro: eficácia vinculante dos precedentes não se confunde com as técnicas de julgamento de demandas repetitivas, não obstante possam caminhar juntas por opção do legislador. O incidente de assunção de competência claramente não é uma técnica de julgamento de demandas repetitivas, o que não impediu o legislador de dotar as decisões proferidas nesta seara de eficácia vinculante.

Deve-se mencionar que, embora o legislador não tenha ressalvado expressamente nesse sentido, a eficácia vinculante que ora se cuida somente se aplicará aos juízes e órgãos colegiados que estejam subordinados hierarquicamente ao tribunal que instaurou e julgou o incidente.

No que se refere à manutenção da autoridade do precedente vinculante, dispõe o artigo 1000, IV, que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão ou precedente firmado em incidente de assunção de competência.

Mantendo-se, portanto, a coerência com a premissa que elegemos, tem-se no incidente de assunção de competência, típica situação de precedente vinculante, havendo previsão legislativa nesse sentido, bem como o instrumento da reclamação constitucional como remédio apto a garantir a autoridade da decisão ali proferida.

7.5 O incidente de resolução de demandas repetitivas

7.5.1 Considerações iniciais

A criação do incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito do novo Código de Processo Civil parece ser a inovação mais relevante em matéria de eficácia vinculante de precedentes e de técnicas de resolução de demandas repetitivas.

A ideia da instituição de uma sistemática específica para o julgamento de demandas repetitivas decorre da constatação de que a forma de organização da sociedade mudou, e com ela, veio a necessidade de pensar em novas formas de o Poder Judiciário tutelar os direitos do cidadão. Como já referido, as fórmulas individualizadas de tutela dos conflitos já não mais é suficiente para fazer face aos conflitos que surgem no seio da sociedade.

Nesse sentido, verificou-se que para as causas repetitivas, é imperiosa a necessidade de se conceber um regime jurídico próprio, destinado a conferir-lhes solução prioritária, racional e uniforme²⁷⁸.

Antes propriamente de entrar na análise dos meandros do instituto, é mister fazer uma reflexão sobre a sua inspiração e sobre as alterações que o instituto sofreu durante a tramitação do processo legislativo.

É que, segundo a exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi inspirado pelo *Musterverfahren*, aplicável no direito alemão. Segundo a comissão,

²⁷⁸CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime processual das causas repetitivas**, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Ed. Juspodivm, 2010, p. 293.

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.²⁷⁹

Prosseguindo, na nota de rodapé 19, a comissão expõe que

No direito alemão a figura se chama Musterverfahren e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.²⁸⁰

Não se pode dizer, no entanto, que a proposta de criação do incidente de resolução de demandas repetitivas seja algo absolutamente novo entre nós, haja vista que os procedimentos de julgamentos de recursos especiais e extraordinários por amostragem são similares ao sistema que se pretende inaugurar, porém com duas significativas diferenças: a instância jurisdicional onde tramitará o incidente será a dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, e a eficácia que deles decorre será vinculante, conforme se verá.

Conforme Porto, a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto teve o objetivo de ampliar a zona de eficácia da decisão judicial, conferindo assim maior eficiência à atuação jurisdicional. Ainda segundo o referido autor, a eficácia da decisão judicial passará a ter efeitos *ultra partes*, atingindo a todos os integrantes do grupo dos titulares do direito que será apreciado pelo Poder Judiciário²⁸¹.

No entanto, o processo legislativo trouxe uma série de alterações no incidente, que o afastaram quase que completamente do seu inspirador. No âmbito da Câmara dos Deputados, especialmente, transformou-se o incidente, que a princípio seria um instituto a ser instaurado na primeira instância e julgado em um tribunal, em algo parecido com um sistema de julgamento de apelações repetitivas.

²⁷⁹BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.

²⁸⁰BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.

²⁸¹PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamento sobre duas relevantes inovações no projeto de um CPC. **Revista Jurídica**, n. 401, 2011, p. 59.

A seguir, passaremos a refletir sobre os principais aspectos relacionados com a proposta do incidente de demandas repetitivas, na forma proposta pela Emenda Substitutiva Global nº 6, já aprovada pela Câmara dos Deputados.

7.5.2 Procedimento

Dispõe o projeto do novo Código de Processo Civil, no artigo 988, que o incidente de resolução de demandas repetitivas será admissível quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Verifica-se pois, que três são os requisitos para a instauração do incidente, quais sejam: o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; a efetiva repetição de processos; e a controvérsia sobre questões unicamente de direito.

Com efeito, a existência de múltiplos processos que controvertem sobre as mesmas questões de direito pode acarretar a existência de decisões jurídicas divergentes, o que fatalmente quebraria o princípio da isonomia do jurisdicionado perante o Poder Judiciário, bem como atentaria contra a segurança jurídica, no aspecto da previsibilidade das condutas do Poder Judiciário.

Nesse sentido, não custa lembrar que, ao discutirmos sobre as eventuais vantagens da adoção de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, elegemos como principais argumentos justamente os princípios da isonomia e da segurança jurídica, aliados à concretização do princípio da duração razoável do processo. Andou bem, portanto, o legislador, ao estabelecer os citados requisitos.

Não se pode dizer o mesmo em relação à eleição do requisito da controvérsia em matéria exclusivamente de direito. É que uma técnica de julgamento de demandas repetitivas, nada mais é do que uma forma de tutelar direitos individuais homogêneos.

No mesmo sentido, Pinto afirma que,

Essas novas perspectivas para as ações de grupo tem forte influência na reflexão da tutela dos direitos individuais homogêneos. A apresentação de um procedimento-modelo para a defesa desses direitos apresenta-se como uma alternativa, principalmente em ordenamentos jurídicos que não contemplam a possibilidade de utilização de processo coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos²⁸².

E para tutelar direitos individuais homogêneos, é imprescindível a reflexão sobre os fatos que ensejaram a violação do direito. Segundo Zavascki,

Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Trata-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada²⁸³.

O projeto, ao eleger como critério para a instauração do incidente a controvérsia sobre a mesma questão de direito, termina por ampliar de forma perigosa o âmbito de aplicação do incidente, pois, é possível que a mesma tese jurídica seja discutida em casos que não possuem o mesmo contexto fático, ou pelo menos um contexto fático similar, o que certamente dificultará a aplicação do instituto.

Melhor seria se o legislador tivesse restringido o âmbito de aplicação do incidente para a sua natural vocação, qual seja, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, que, segundo a conceituação do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles direitos decorrentes de origem comum.

Ao eleger o requisito da controvérsia em matéria de direito para a instauração do incidente, o projeto termina por confundir a técnica pura e simples de uniformização de jurisprudência com uma técnica de julgamento de demandas repetitivas.

A primeira, de fato, está vocacionada para uniformizar entendimentos em matéria de direito. Já a segunda, por outro lado, deve ter por objetivo, como dito, tutelar direitos individuais homogêneos, que dão origem a uma multiplicidade de processos potencialmente causadores de ofensa aos princípios da isonomia e da

²⁸²PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: Tendência de coletivização da tutela processual civil, **Revista de Processo**, n. 185, 2013, p. 126.

²⁸³ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Editora **Revista dos Tribunais**, 2008, p. 167.

segurança jurídica. No nosso entendimento, o projeto termina por fazer essa confusão.

Seja como for, prossegue o projeto estabelecendo, no § 1º do artigo 988, que o incidente poderá ser suscitado perante o Tribunal de Justiça ou perante o Tribunal Regional Federal, devendo o pedido, de acordo com o § 3º do mesmo artigo, ser dirigido ao presidente do tribunal pelo relator ou órgão colegiado, de ofício, pelas partes, Ministério Público, Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição. Como se vê, a legitimidade para instauração do incidente é ampla, devido aos fortes efeitos vinculantes que advirão do seu julgamento, conforme se verá adiante.

Importante ressalva é feita pelo § 2º, no sentido de que o incidente somente poderá ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal. Portanto, não caberá a instauração do incidente nas hipóteses em que a competência do tribunal não estiver ainda estabelecida. Em outras palavras, processos que tramitem na primeira instância não poderão dar ensejo ao incidente, em que pese possam sofrer os efeitos da instauração.

Cumprir registrar que o fato de o incidente ser instaurado apenas no âmbito do tribunal, em fase recursal, ou em processos de competência originária, se for o caso, afasta o incidente de resolução de demandas repetitivas de institutos correlatos do direito comparado.

É que, conforme já visto em capítulo próprio, a legislação de países como a Alemanha, Portugal, Espanha e Inglaterra, permitem que as técnicas de julgamento de demandas repetitivas sejam instauradas já na primeira instância. A grande vantagem é que, nesses países, em nenhum momento se observará qualquer violação à segurança jurídica ou a isonomia, haja vista que as sentenças de primeira instância já seguirão os precedentes consolidados nos procedimentos especiais de tramitação e julgamento das demandas repetitivas.

Da forma como foi pensado o instituto entre nós, haverá um lapso temporal, que ocorrerá entre a prolação das sentenças de primeira instância e a instauração do incidente, em que os princípios da isonomia e da segurança jurídica correm sérios riscos de violação, haja vista que os magistrados estarão livres para proferir suas sentenças sem compromisso com essa ou aquela tese jurídica.

Melhor seria se o incidente de resolução de demandas repetitivas pudesse ser instaurado na primeira instância, e julgado por apenas um juiz, eleito como competente para o julgamento de acordo com regras próprias e prévias à instauração do incidente. Nesse caso, não haveria espaço para violação da isonomia e da segurança jurídica, já que todos os processos que versam sobre o mesmo tema teriam o mesmo tratamento desde o seu início.

Instaurado o incidente, de acordo com o § 8º, é incabível a instauração de outros incidentes, quando o objeto da discussão seja a mesma questão de direito material ou processual repetitiva.

Após a distribuição e juízo de admissibilidade, que se restringirá a constatar a existência dos requisitos previstos no *caput* do artigo 988, poderá o relator, de acordo com o art. 990, § 1º, I, suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. A medida visa a evitar o desperdício de tempo e de dinheiro público, além de evitar o congestionamento do Poder Judiciário com a tramitação desses processos. Nesse sentido, os atos relativos a tais processos somente serão retomados quando já houver uma solução para a controvérsia de direito submetida ao trâmite do incidente.

Importante regra advém do § 4º do mesmo artigo, pois autoriza que o interessado, por simples petição, requeira o prosseguimento do seu processo, caso demonstre que o seu caso discute questão jurídica distinta daquele que foi objeto do incidente. Por outro lado, poderá também solicitar a suspensão do andamento do seu processo, nos casos em que a matéria nele discutida estiver abrangida pelo incidente a ser julgado.

Caso seus argumentos sejam admitidos pelo juízo onde tramita o processo, ele retornará a tramitar normalmente, ou será suspenso, a depender do pedido formulado. Da decisão que indeferir o pedido de *distinguishing* ou o pedido de suspensão caberá agravo de instrumento.

7.5.3 Do Julgamento

No que se refere ao julgamento, o projeto estabelece regra esdrúxula, no sentido de que caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar, a competência para julgar o incidente, desde que o órgão indicado possua, dentre suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula. Prevê ainda o projeto que, sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

O cotejo entre os dispositivos acima colacionados e o texto constitucional revela possível inconstitucionalidade da regra proposta. É que, segundo o artigo 96, I, “a” da Constituição Federal, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre sua competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

À primeira vista, parece-nos extrapolar o sentido da expressão “normas de processo”, veiculada no dispositivo constitucional, a tentativa de estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos tribunais quanto ao órgão competente para o julgamento do incidente. Andaria melhor o legislador se tivesse deixado a critério exclusivo do regimento interno dos tribunais a competência para definir qual órgão seria o competente para o exercício do referido mister.

Por fim, estabelece o artigo 995 que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juzados especiais do respectivo Estado ou região.

Prossegue o § 1º do mesmo artigo determinando que a tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo a revise.

Merece aplauso a opção do legislador por determinar que a eficácia vinculante dos precedentes atinja também os juizados especiais. É que as demandas repetitivas aparecem com mais frequência nestes órgãos do Poder Judiciário, notadamente quando se trata de juizados especiais federais, responsáveis, por exemplo, pelo julgamento de demandas relacionadas a servidores públicos federais e benefícios previdenciários, temas naturalmente proliferadores de demandas repetitivas.

Excluir os juízes de tais órgãos da obrigação de submissão aos precedentes vinculantes seria o mesmo que optar por não resolver o problema das demandas repetitivas, já que, conforme dito, elas costumam aparecer com mais frequência nesta seara.

De acordo com os dispositivos acima colacionados, é possível concluir que o legislador pretende, além de estabelecer, com o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma técnica racional para o julgamento de processos judiciais que envolvem pretensões isomórficas, dotar os precedentes nele firmados de eficácia vinculante.

E mais, a eficácia vinculante dos precedentes firmados no incidente se aplicará, não apenas aos processos em trâmite na área de jurisdição do respectivo tribunal, como também a todo e qualquer processo que venha a ser instaurado no âmbito daquele tribunal, desde que verse sobre a mesma questão de direito.

Aqui, percebe-se claramente a intenção do legislador de estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes firmados nesta seara, de modo que, conforme a tese que defendemos, um dos requisitos para a efetiva configuração da eficácia vinculante dos precedentes está preenchido.

Não obstante, o legislador terminou por não deixar claro os limites objetivos da vinculação, diferentemente do que fez no capítulo do Precedente Judicial. O artigo 995 refere-se apenas à tese jurídica adotada pelo tribunal no julgamento do incidente, não deixando expresso se apenas a *ratio decidendi* é que vinculará os julgamentos posteriores, ou se eventualmente, a eficácia vinculante extrapolará a *ratio*.

Entendemos que, de acordo com uma interpretação sistemática do projeto, bem como de acordo com o sistema do *stare decisis*, que claramente inspira o sistema de precedentes judicial a ser instaurado entre nós, a eficácia vinculante dos julgamentos proferidos no incidente de demandas repetitivas se restringirá, tão somente à *ratio decidendi*, dos julgados, aplicando-se aqui, de forma analógica, o artigo 521, § 8º, incisos I e II.

É importante ressaltar que os precedentes firmados no âmbito do incidente não consistirão em entendimentos imutáveis, congelados no tempo, insuscetíveis de evolução, pois o § 3º do artigo 995 autoriza que o tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no art. 988, a pedido, suscitem a necessidade de revisão da tese jurídica, possibilitando assim que o tribunal venha a estabelecer um *overruling*, nos termos do artigo 521, §§ 1º a 6º, já analisados.

Ademais, autoriza ainda o projeto que a decisão proferida no âmbito do incidente seja revisada, por intermédio de recurso especial ou recurso extraordinário, hipótese em que a tese prevalecente no âmbito desses Tribunais será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo território nacional.

Indaga-se, então, se haveria uma forma de controlar eventual decisão judicial que se afastasse da orientação firmada no âmbito do incidente. O próprio projeto responde a este questionamento, autorizando que seja ajuizada reclamação constitucional contra decisão judicial que assim proceda, nos termos do artigo 1000, IV, cumulado com o artigo 522, I do projeto.

Sendo assim, é possível afirmar com segurança que os precedentes firmados no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas terão eficácia vinculante, devendo ser obrigatoriamente seguidos por todos os juízes e Tribunais submetidos hierarquicamente ao Tribunal formador do precedente vinculante.

7.6 O recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos

7.6.1 Considerações iniciais

Finalizando a análise sobre os instrumentos criados pelo projeto do novo Código de Processo Civil, que contemplam a eficácia vinculante dos precedentes ou que se constituem em técnicas de julgamento de demandas repetitivas, cumpre-nos refletir sobre os procedimentos ligados à tramitação dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos.

Não se pode dizer que os procedimentos sejam uma novidade entre nós, haja vista que o atual Código de Processo Civil, nos artigos 543-A, 543-B e 543-C, estabelece procedimentos para julgamentos por amostragem, tanto do recurso extraordinário quanto do recurso especial. No entanto, algumas novidades foram incluídas na sistemática de tramitação dos recursos excepcionais, e serão objeto de reflexão a seguir.

7.6.2 O julgamento dos recursos extraordinários e dos recursos especiais repetitivos

Diferentemente do que ocorre no vigente CPC, em que o tratamento do julgamento por amostragem dos recursos extraordinários e recursos especiais é regulamentado em dispositivos distintos, o projeto do NCPC pretende, a partir do artigo 1.049, estabelecer regime idêntico de tramitação para os dois recursos excepcionais.

Obviamente que os requisitos para a admissão de um ou de outro irão variar, pois as regras de admissibilidade decorrem do texto constitucional, o que naturalmente não pode ser violado pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, por força de dispositivo constitucional, a admissão dos Recursos Extraordinários está submetida à comprovação da existência de repercussão geral. Ao regulamentar a questão, o projeto, no artigo 1.048, §3º, estabelece que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou precedente do Supremo Tribunal Federal; contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos ou; questionar decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

De logo, verifica-se que o projeto cria novas hipóteses onde estará automaticamente presente a repercussão geral. Para os objetivos do presente trabalho, importante mencionar o inciso II, que estabelece a presunção da existência de repercussão geral nas hipóteses de julgamento de casos repetitivos.

Significa dizer que todos os julgamentos decorrentes do incidente de demandas repetitivas, quando impugnados via recurso extraordinário, deverão ser admitidos por estar presente, *ab initio*, a repercussão geral.

Reconhecida, portanto, a repercussão geral, poderá o relator, nos termos do art. 1.048, § 5º, determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Prossegue o projeto, no *caput* artigo 1.049, estabelecendo que sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário e o recurso especial deverão ser afetados para julgamento de acordo com regras especiais por ele estabelecidas.

Nesse sentido, o § 1º do mesmo artigo prevê que caberá ao presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao STF ou ao STJ, para fins de afetação ao regime especial de tramitação, determinando-se a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região. Tal providência, de

acordo com o § 5º, também poderá ser adotada pelo relator do recurso no STF ou no STJ.

Interessante regra advém do § 4º, que estabelece regra no sentido de que a escolha dos recursos representativos da controvérsia não vincula o relator do recurso no âmbito do STF ou do STJ, que poderá selecionar outros recursos que abarquem de forma mais adequada a questão jurídica objeto da controvérsia.

A etapa subsequente, segundo o projeto, é a decisão de afetação, prevista no artigo 1.050, que estabelece que deverá o relator, neste momento, identificar qual a questão jurídica submetida a julgamento, suspender o processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, e requisitar aos presidentes ou vice-presidentes de todos os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Relativamente à questão da suspensão da tramitação dos processos, é possível que o interessado demonstre, através de requerimento formulado nos termos do § 9º e 10 do artigo 1.050, que o seu caso não discute a mesma questão jurídica submetida ao sistema de tramitação especial do recurso extraordinário ou do recurso especial. Nessas circunstâncias, poderá o juiz ou o relator do recurso, convencendo-se das razões apresentadas, autorizar o prosseguimento do processo.

Até aqui, não há grandes diferenças entre o regime atual e o regime que se pretende instaurar a partir da publicação do novo código. No entanto, a partir daqui, quando o projeto dispõe sobre os efeitos que advirão do julgamento dos recursos extraordinários e dos recursos especiais repetitivos, a diferença é grande.

É que, conforme defendemos em momento oportuno, os sistemas de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários e recursos especiais hoje vigente no Brasil não contemplam a eficácia vinculante dos precedentes, em que pese haja doutrina que defenda entendimento em sentido contrário.

A esse respeito, não custa relembrar, adotamos o posicionamento que, ao autorizar os Tribunais a manter a decisão em desconformidade com o julgamento do

recurso extraordinário ou recurso especial, exercer o juízo de admissibilidade do recurso interposto e remetê-lo ao tribuna *ad quem*, o código vigente terminou por afastar a eficácia vinculante de tais decisões, remanescendo apenas forte eficácia persuasiva.

O regime a ser instaurado, a nosso sentir, altera de forma profunda o cenário atual. É que o artigo 1.052 estabelece que, decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos colegiados declararão prejudicados demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.

Por sua vez, os tribunais de origem deverão, de acordo com o artigo 1.053, a partir da publicação do acórdão paradigma: negar seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; reexaminar a causa de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, na hipótese de o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior.

Por sua vez, ainda de acordo com o mesmo dispositivo, caberá aos juízes de primeiro grau e aos desembargadores dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais julgar os processos suspensos em conformidade com a tese firmada pelo tribunal superior.

Para garantir a autoridade da decisão proferida no âmbito do recurso extraordinário ou do recurso especial repetitivo, o projeto autoriza, no artigo 1.000, IV, cumulado com o artigo 522, I que seja ajuizada reclamação constitucional contra a decisão que não observou o acórdão proferido no julgamento dos recursos.

Nesse sentido, a sensação é que o projeto definitivamente trouxe para dentro do regime especial de tramitação dos recursos extraordinários e dos recursos especiais a eficácia vinculante dos precedentes, já que, de um lado, determinou que a tese jurídica firmada no julgamento dos recursos deve ser aplicada a todos os processos pendentes de julgamento, bem como autorizou o ajuizamento de reclamação constitucional, com o objetivo de consagrar o acórdão firmado e cassar o acórdão dissidente.

A grande diferença, portanto, entre o sistema atual e o sistema que se pretende ver instaurado é que a tese adotada pelo STF ou STJ será vinculante, de forma que o tribunal de origem somente poderá manter o seu posicionamento diante de uma contradição entre o seu julgado e acórdão paradigma proferido pelo tribunal superior, se, nos termos do artigo 1.053, § 3º, fundamentar que houve superação do precedente ou mesmo distinção entre a tese jurídica adotada pelo acórdão paradigma e o caso submetido a sua apreciação. Fora dessa hipótese, não há opção para o tribunal de origem que não seja a adequação do seu julgado ao entendimento firmado pelo tribunal superior, sob pena, como já se disse, de ajuizamento de reclamação constitucional contra a sua decisão.

8 CONCLUSÃO

Conforme delineado nos capítulos acima, o objetivo deste trabalho foi avaliar a pertinência e aptidão da adoção da doutrina dos precedentes vinculantes e das técnicas de resolução de demanda repetitivas para fazer face ao problema da crise do Poder Judiciário no Brasil.

Para se chegar a uma conclusão, foi necessária a análise sobre as tradições do *common law* e do *civil law* relativamente ao papel da decisão judicial para cada um deles. Após a contextualização do tema, foi necessária a realização de uma análise minuciosa da doutrina do *stare decisis*, e de sua influência nos ordenamentos jurídicos de tradição do *civil law*.

Juntamente a isso, foram analisadas diversas iniciativas de países da Europa que incluíram em seus ordenamentos jurídicos, sistemas específicos de tramitação de processos que envolvem questões repetitivas, com o objetivo de tratar de forma mais adequada um fenômeno relativamente recente na sociedade atual, globalizada e massificada.

Por fim, foi elaborado um estudo minucioso sobre o problema da eficácia vinculante e persuasiva dos precedentes no direito brasileiro atual, desembocando no projeto do Novo Código de Processo Civil, que pretende estabelecer novos parâmetros para o ordenamento processual pátrio, especialmente no que se refere à doutrina dos precedentes vinculantes e das técnicas de resolução de demandas repetitivas.

O que se constatou, é que a crise do Poder Judiciário é resultado de uma confluência de diversos fatores, que devem ser enfrentados de forma conjunta. Nesse sentido, não se pode esperar que a questão seja resolvida exclusivamente através da criação de novos mecanismos processuais.

Má gestão e escassez da mão de obra, desvalorização e ausência de capacitação dos servidores que compõem os quadros do Poder Judiciário, excesso

de litigiosidade, ausência de uma cultura de conciliação e de solução de controvérsias por intermédio de meios extrajudiciais como a arbitragem, banalização do acesso à justiça, descumprimento deliberado das leis pelos denominados litigantes eventuais (incluídas as pessoas jurídicas que integram a administração pública) e o excesso de recursos, são alguns dos elementos que se unem ao problema da insuficiência do modelo processual brasileiro para enfrentar as demandas de massa, que assolam o Poder Judiciário e o paralisam diante de uma carga de trabalho desumana.

Contudo, a criação de novos mecanismos que munam o Poder Judiciário de novas ferramentas processuais aptas a enfrentar de forma adequada esse volume de trabalho certamente poderá contribuir para amenizar o quadro atual.

Nesse sentido, a aposta do Projeto do Novo Código de Processo Civil em internalizar no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia vinculante dos precedentes e reforçar as técnicas de tramitação especial para a solução de demandas repetitivas parece ser um ponto positivo na busca pelo aperfeiçoamento do serviço prestado pelo Poder Judiciário.

É importante registrar que a constatação de que um sistema processual de índole individualista não é adequado para o tratamento das novas demandas que surgiram em face de uma sociedade globalizada e massificada não ficou restrita ao Brasil. Países de tradição do *civil law* como Alemanha, Espanha e Portugal, além de outros como a Inglaterra, também constataram a existência das demandas de massa e incluíram em seus ordenamentos jurídicos instrumentos novos, com o objetivo de melhor enfrentar essa avalanche de processos judiciais que tem como matéria de fundo a mesma questão, além de terem passado a conferir, em alguma medida, eficácia extraprocessual ao resultado desses julgamentos.

Muito embora a internalização da doutrina dos precedentes vinculantes não seja uma unanimidade entre os doutrinadores brasileiros, o fato é que a partir da sua instituição no controle abstrato de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes, o assunto deixou de suscitar tantas polêmicas quanto historicamente suscitou, tornando-se uma realidade entre nós.

Com efeito, a adoção da doutrina do precedente judicial vinculante pode contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, em termos qualitativos, pois a uniformização das teses jurídicas no âmbito do Poder Judiciário repercute positivamente em aspectos essenciais como a garantia da segurança jurídica e da isonomia do jurisdicionado perante o Poder Judiciário.

Por outro lado, em termos quantitativos, poderá ensejar a redução da litigiosidade, através do estímulo à conciliação e do desestímulo à litigância eventual, concretizando, assim, o princípio da duração razoável do processo.

Nesse sentido, nos parece que o projeto do Código andou bem ao instituir mecanismos específicos para a criação de precedentes vinculantes, a exemplo do incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, e dos julgamentos do recurso extraordinário e especial repetitivos.

A eficácia vinculante dos precedentes criada no âmbito do projeto tem natureza nitidamente processual, exige para sua configuração expressa previsão legal, e a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional como instrumento adequado para o controle das decisões judiciais que afastam-se dos precedentes vinculantes.

Isso faz com que se inaugure no ordenamento jurídico brasileiro uma doutrina dos precedentes peculiar, adaptada à realidade brasileira, que guarda diferenças significativas da doutrina do *stare decisis*. Não comungamos, portanto, com a ideia de que se pretende “*commonlawlizar*” o ordenamento jurídico brasileiro.

É que, embora o projeto proponha a criação de um capítulo denominado Do Precedente Judicial, determinando a regra de que os juízes e tribunais sigam os precedentes formados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, além das súmulas comuns dos tribunais, não estabelece mecanismos adequados para o controle da decisão judicial que se afastou do precedente paradigma, o que termina por equiparar a situação àquela em que o prejudicado se valerá dos recursos ordinários para fazer valer a tese consagrada no tribunal.

Entendemos assim, que a vinculação aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro continua não sendo uma regra geral, mesmo nas hipóteses de precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, e ainda, nas situações em que foram editadas súmulas comuns pelos tribunais. A ausência de previsão da reclamação torna os precedentes aqui elencados fortemente persuasivos, mas não vinculantes.

Entendemos não ser condizente com a tradição do direito brasileiro que precedentes isolados sejam alçados à condição de precedentes vinculantes. Parece mais adequado que a formação de precedentes vinculantes se dê por meio de um procedimento especial, amplamente divulgado pelos órgãos do Poder Judiciário, com o intuito de democratizar o máximo possível a decisão judicial vinculante.

A seu turno, a instituição de técnicas de julgamento de demandas repetitivas termina por consolidar uma forma especial de prestação jurisdicional, mais adequada ao atual cenário das demandas repetitivas no país, que parece ser a grande fonte de preocupações em termos de volume de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, especialmente em relação aos juizados especiais.

Há que se ressaltar, contudo, que o incidente de resolução de demandas repetitivas, com as suas diversas alterações durante o processo legislativo, deixou de ser um instrumento voltado à sua vocação natural, que é a tutela dos direitos individuais homogêneos, tornando-se, por assim dizer, algo muito próximo a um regime de apelação repetitiva, cujo objetivo é, tão somente, uniformizar entendimentos jurisprudenciais sobre teses exclusivamente de direito, afastando-o de instrumentos do direito comparado que tem o mesmo objetivo, incluindo o instituto inspirador, o *KapMuG*.

Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas tornou-se um sistema de julgamento por amostragem (em analogia ao atual sistema de julgamentos de recurso especial repetitivo e recurso extraordinário com repercussão geral) na instância intermediária.

Não se pode negar que a iniciativa pode contribuir para o descongestionamento do Poder Judiciário, já que os processos judiciais envolvidos na questão poderão ser tratados de maneira uniforme desde a segunda instância, com possibilidade de suspensão da tramitação dos processos de primeira instância a partir do recebimento do incidente.

Ocorre que a instituição do referido sistema tornou-se apenas mais uma fase dentro de um sistema recursal complexo e desarrazoado. Não se pode, portanto, esperar que o incidente de resolução de demandas repetitivas represente uma grande evolução no tratamento desse fenômeno, pois essas questões já são assim tratadas nos artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

É imprescindível, portanto, para o sucesso do novo sistema, que ele venha acompanhado de medidas administrativas que tornem o Poder Judiciário mais ágil, apto a fazer face ao julgamento dos casos que estarão submetidos ao incidente de resolução de demandas repetitivas, sob pena de eles se tornarem mais uma pilha de processos aguardando julgamento nos arquivos do Poder Judiciário.

Relativamente ao regramento do instituto em si, melhor seria se o projeto do Código de Processo Civil tivesse seguido a tendência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, e adotado um sistema em que a “coletivização” das demandas ocorresse imediatamente na primeira instância.

O deslocamento do incidente para o Tribunal de Justiça ou para o Tribunal Regional Federal parece ser apenas um adiamento de um problema que deveria ser enfrentado no primeiro momento em que esses processos desembarcassem nos protocolos do Poder Judiciário.

Além disso, é necessário que o incidente de resolução de demandas repetitivas retome a sua vocação natural, no sentido de tutelar exclusivamente os direitos individuais homogêneos. Para isso, basta que o legislador preveja a possibilidade de suscitação do incidente não apenas em relação ao questões exclusivamente de direito, mas exija que as questões de fato idênticas ou similares.

Conforme dito, o incidente não é, naturalmente, um instrumento voltado à uniformização de jurisprudência, mas sim à solução de demandas que envolvem pretensões isomórficas e que se multiplicam perante o Poder Judiciário, aguardando, naturalmente, soluções isonômicas para todos os envolvidos na questão.

Feitos os ajustes necessários, entendemos que a internalização da doutrina dos precedentes vinculantes aliado a um sistema racional de julgamento de demandas repetitivas tem muito a contribuir para a tentativa de amenizar a questão do congestionamento do Poder Judiciário, que vem prejudicando, e muito, a prestação do serviço jurisdicional no Brasil.

REFERÊNCIAS

ADONIAS, Antônio. **A duração razoável do processo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Trad. Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. 2012.

BLANKE, Herman-Josef. Organização e Competências da Justiça Administrativa Alemã, In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, BLANKE, Herman-Josef, SOMMERMANN, Karl-Peter. (Coord.). **Código de Jurisdição Administrativa (O modelo Alemão)**, Renovar, 2009.

BRASIL, **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm. Acessado em: 1 jun. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1/DF**, Rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 27 de outubro de 1993, DJ 16-06-1995 PP-18212 EMENT VOL-01791-01 PP-00001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 4/DF**, Rel. Ministro Sidney Sanches,, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno, AgIn QO 760.358**, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJE 03.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1880 AgR**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 571572 ED**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540.

CABRAL, Antonio do Passo, **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas**, Leituras Complementares de Processo Civil, 8. ed. rev. e ampl, Salvador: Ed. Juspodivm, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

- CASSAGNE, Juan Carlos; GOTTSCHAU, Evelyn Patrícia; ABERASTURY, Pedro. (Coord.). **Ley de la Justicia Administrativa Alemana**. Buenos Aires: AbeledoPerrot Fundacion Konrad Adenauer, 2009.
- COLE, Charles, Precedente Judicial: A experiência americana, **Revista de Processo**, Ano 23, n. 92, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- CROSS, Rupert, **Precedent in English Law**, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- CUNHA JUNIOR, Dirley, **Controle de Constitucionalidade, Teoria e Prática**, 6. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Regime Processual das Causas Repetitivas. **Leituras Complementares de Processo Civil**, 9. ed., Ed. Jus Podivm, 2011.
- DAVID, René, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução, Herminio a. Carvalho. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, Súmulas Vinculantes, **Revista Forense** (impresso), Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2010.
- DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge Press. 2008.
- ESPANHA, **Lei nº 28 de 13 de julho de 1998**. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle de Constitucionalidade na Omissão Legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba, Juruá, 2001.
- GARAPON, Antoine, **Julgar nos Estados Unidos e na França, Cultura Jurídica Francesa e Common Law, em uma Perspectiva Comparada**, Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOUVEIA, Mariana França, **Regime Processual Experimental Anotado**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.
- HARADA, Kiyoshi, O Poder Judiciário em Crise. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 12. p. 82. Jul/2003. DRT/2003/424.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Sumula vinculante: um desafio. **Revista de Processo**, n 120, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 5. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 2, 9. ed. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999** / Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão Geral e súmula Vinculante**, Reforma do Judiciário (obra coletiva), São Paulo: Ed. RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; MENDES Gilmar Ferreira (Coord.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: A inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, 7. ed. rev. e atual. Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry, **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. John Henry Marryman, Rogelio Perez-Perdomo. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado**, Tomo V, 3. ed. Coimbra Editora, Coimbra.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Vânia Cardoso André. **Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJF, 2012.

NARDI NETO, Guilherme. **A pseudo-crise do poder judiciário**. Causas e consequências da morosidade judicial, 2010. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5837/A-pseudo-crise-do-Poder-Judiciario-causas-e-consequencias-da-morosidade-judicial>. Acessado em: 2 jun. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 17.02.2010, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira, **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**, Ed. Coimbra, 1983.

NEVES, Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. (Comentário ao Acórdão nº 810/93, do Tribunal Constitucional), Coimbra Editora, 1994.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis non quieta movere, a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**, Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e Aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 79, ano 2, abr. a jun. São Paulo: Lex Magister, 2013.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo, 2010, Saraiva, Serie IDP.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. Regime processual experimental português. **Revista de Processo**, ano 32, n. 148, jun. Ed. Revista dos Tribunais. 2007.

PINTO, Luís Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: Tendência de coletivização da tutela processual civil, **Revista de Processo**, n. 185, 2013.

PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law, Maíra Portes, in: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Força dos Precedentes**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

PORTO, Sergio Gilberto, Apontamentos Sobre duas relevantes Inovações no Projeto de um Novo CPC. **Revista Jurídica**. Órgão Nacional De Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Critica Judiciaria. ano 58, n. 401, fevereiro de 2011.

PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law, e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 108/2006, Preâmbulo do regime processual experimental**, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31623&idsc=31626&ida=46613.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, publicada em 02 de abril de 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em: 2 jun. 2014. PORTUGAL. **Lei nº 15/2002, publicada no Diário da República**— I – Série A, de 19 de fevereiro de 2002.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Rel. Cons. Monteiro Diniz, 07 de dezembro de 1993. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html?impressao=.1>.

RAO, Vicente, **O direito e a vida dos direitos**, 7. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RE, Edward D, “Stare Decisis”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, traduzido por Ellen Gracie Northfleet, 1994.

REINHART, Susan M. **Strategies for legal case Reading & Vocabulary Development**. Michigan. Ed. University of Michigan Press, 2007.

RESENDE, Ranieri Lima. O prazo razoável do processo à luz da convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza v. 6, n. 6, 2005.

REYNOLDS, William. **Judicial process in a nutshell**. 2 ed, St. Paul: West Publishing Co, 1991.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes, O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a Jose Paulo Sepulveda Pertence. 2. ed. Ver. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROSSONI, Igor Bimkowski, **O “incidente de resolução de demandas repetitivas” e a introdução do grupo litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?** 2010. p. 18. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista do Direito Público**, n. 75, p. 05-20, jul./set., 1985.

SIFUENTES, Mônica, **Sumula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Jose Afonso. Constituição e Segurança Jurídica, in: ROCHA, Carmem Lucia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a Jose Paulo Sepulveda Pertence, 2. ed. Ver. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANCKE, Hermann-Josef / SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa, (o modelo alemão)**, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

SOTELO, Jose Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law, in, Temas atuais do direito processual ibero-americano. In: XVI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL, 16, 1998, **Compêndio de relatórios e conferências apresentados**. Revista Forense, 1998.

SOUZA JUNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 7. ed. v. 2, Editora Jus Podivum, 2012.

SOUZA JUNIOR, Fredie Didier, **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, Salvador: Ed. Editora JusPodivm, 2013.

SOUZA JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Processo Civil**, v. 3, 10. Salvador: ed. Editora Jus Podivm, 2012.

SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. Notas sobre a garantia constitucional do acesso a justiça, o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. **Revista de processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, out/dez 2002.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá, 2008.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do ato inconstitucional**. Lisboa: Ed. Gráfica portuguesa, 1988.

STRECK, Lênio, **o que é isto?** O precedente judicial e as sumulas vinculantes, Georges Abboud. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência, Trad. por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim e André Luís Monteiro, **Revista de Processo**, ano 36, n. 199, set. 2011.

THOMAS, Lee. *stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent*. **North Carolina Law Review**, n. 78, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e, Garantias Constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 192, p.193, fev. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, in Coord: garantias constitucionais do processo civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência, e outros temas de Processo Civil**. São Paulo Editora Quartier Latin, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário, parte de Recursos e Ação Rescisória. in: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil, v. 7, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o Procedimento-modelo alemão Musterverfahren e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, ano 38, v. 217, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.