

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação**

**Guilherme Bacelar Patrício de Assis**

**PRECEDENTES VINCULANTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E  
ESPECIAL REPETITIVOS**

Belo Horizonte  
2016

Guilherme Bacelar Patrício de Assis

**PRECEDENTES VINCULANTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E  
ESPECIAL REPETITIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

Belo Horizonte

2016

---

A848p Assis, Guilherme Bacelar Patrício de  
Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e  
especial repetitivos / Guilherme Bacelar Patrício de Assis.  
- 2016.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito processual - Teses 2. Precedentes judiciais 3. Efeito  
vinculante I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 347.9

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB6/1178

Guilherme Bacelar Patrício de Assis

**PRECEDENTES VINCULANTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E  
ESPECIAL REPETITIVOS**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do grau de mestre em Direito.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2016.

Componentes da Banca Examinadora:

---

**Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves**  
**Orientador**  
**Universidade Federal de Minas Gerais**

---

**Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart**  
**Membro titular**  
**Universidade Federal do Paraná**

---

**Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme**  
**Membro titular**  
**Universidade Federal de Minas Gerais**

---

**Professor(a) Doutor(a)**  
**Membro suplente**

## AGRADECIMENTOS

Ao prezado professor, orientador e colega Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, que me orientou antes mesmo de ser meu orientador, pelas valiosas e meticulosas intervenções e sugestões feitas durante a realização deste trabalho e pela paciência e atenciosidade que sempre dispensou a mim.

Ao igualmente prezado professor Fernando Gonzaga Jayme por ter me autorizado a assistir sua disciplina na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG como ouvinte no ano de 2012, o que me propiciou o primeiro contato com aquele (então) novo ambiente acadêmico, encheu-me de ideias e corroborou-me a certeza de que aquele era o lugar em que queria estar.

A meus pais Maria Flávia e José Carlos por jamais terem medido esforços para oportunizar-me a melhor formação possível. Só cheguei até aqui porque eles sempre me deram tudo que precisei para vencer, inclusive amor e livros.

Ao Renato por acolher-me em seu escritório de advocacia quando ainda eu quase nada sabia sobre o Direito. Com ele dei meus primeiros passos no mundo jurídico.

A minha esposa Ana Paula pelo estímulo incondicional, desde o primeiro momento, para que este trabalho pudesse se tornar realidade, pela inabalável compreensão nos momentos em que lhe faltei a atenção que merece em razão dos meus estudos e das demais obrigações acadêmicas, por ouvir pacientemente minhas ideias e discuti-las comigo, pelo seu amor e por tudo mais que ela sabe que representa na minha vida.

A minhas filhas Catarina e Antônia, pelo singelo fato de representarem o motivo maior de minha felicidade.

A todos os servidores do Setor de Referência e Atendimento ao Usuário - SEREU do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que prestaram valiosa contribuição para a minha pesquisa, fornecendo-me, com habitual presteza, cópias de livros e artigos doutrinários, sempre que as solicitei.

Meus mais sinceros agradecimentos.

“The Rule of Law is a possible condition to be achieved under human governments. Among the values that it can secure, none is more important than legal certainty, except perhaps its stablemates, security of legal expectations and safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents. For a society that achieves legal certainty and legal security enables its citizens to live autonomous lives in circumstances of mutual trust.”

Neil MacCormick, in *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*.

## RESUMO

Seja na tradição jurídica de *common law* ou na de *civil law*, o Estado de Direito funda-se em dois grandes valores: a segurança jurídica e a igualdade. Tanto a lei quanto os precedentes são instrumentos imprescindíveis para a implementação de qualquer Estado – que se julgue – “de Direito”. Em razão da influência dos dogmas da Revolução Francesa, pautados na supremacia do legislador e em uma rígida doutrina de separação dos poderes, muitos Estados da tradição do *civil law* relegaram as decisões judiciais a segundo plano. A lei, produto da vontade soberana do povo, era a única e autêntica fonte criadora do direito. Aos juízes cabia somente revelar o sentido único e pré-existente das leis, nada inovando na ordem jurídica. Vingara a utopia de ser a lei suficiente para promover os princípios da segurança e da igualdade. A doutrina do *stare decisis* foi praticamente rejeitada. No Brasil não foi diferente. As decisões judiciais tradicionalmente receberam menor importância que as leis. A visão dominante era de que os juízes deviam obediência apenas à lei, sendo livres para julgar desde que motivassem suas decisões. A jurisprudência não obrigava juízes e tribunais, mesmo quando emanada do STF. A Constituição de 1998 mudou esse cenário. As decisões judiciais, paulatinamente, ganharam papel de destaque, especialmente as proferidas pelo STF e pelo STJ. A doutrina, a legislação e os tribunais aos poucos começaram a admitir as decisões judiciais como fonte criadora do direito, reconhecendo-lhes aptidão para transcender ao caso concreto. O CPC/2015 representa o auge da trajetória ascendente das decisões judiciais. O novo *Codex* positivou, de forma inédita, a doutrina dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e compatibilizou o papel do STF e do STJ com o das Cortes Supremas. O CPC/2015 procurou também lidar melhor com problemas decorrentes da explosão de litigiosidade no país, como a falta de efetividade da tutela jurisdicional. Para tanto, criou um microssistema de solução de casos repetitivos, conferindo às decisões do STF e do STJ, em recursos extraordinário e especial, significativa eficácia vinculante. O CPC/2015 instituiu um procedimento específico, composto por cinco etapas, visando à edição de precedentes vinculantes, mediante a proclamação solene de uma *ratio decidendi* aplicável aos casos pendentes e futuros versando sobre a mesma questão jurídica repetitiva.

**Palavras-chave:** precedentes vinculantes; Cortes Supremas; transcendência dos efeitos das decisões; demandas de massa; recursos repetitivos.

## ABSTRACT

Whether in the legal tradition of common law or civil law, the rule of law is based on two great values: legal certainty and equality. Both the statutory law and the precedents are essential instruments for the implementation of any State – that deems itself to be – “of law”. For reasons due to the influence of French Revolution dogmas, based upon the supremacy of the legislator and a strict doctrine of separation of powers, many civil law tradition States relegated judicial rulings to second place. The statutory law, product of the sovereign will of people, was the only and authentic creative source of law. It was up to judges only to reveal the unique and pre-existing meaning contained in the statutory law, not innovating in the legal order. The utopia of the sufficiency of the statutory law to promote the principles of legal certainty and equality prevailed. The doctrine of *stare decisis* was almost rejected. Brazil was not different. Traditionally, judicial decisions received less importance than statutory law. The dominant view was that the judges should obey only the statutory law, being free to judge once they justified their decisions. The case law did not obliged judges and courts, even when settled by the Supreme Court. The 1988 Constitution changed this scenario. The judicial decisions gradually gained a prominent role, especially those made by the Brazilian Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. The doctrine, the legislation and the courts gradually began to admit the judicial decisions as a creative source of law, recognizing their ability to transcend the specific case. The Civil Procedure Code of 2015 represents the peak of the upward trend of judicial decisions. The new *Codex* established, like never before, the doctrine of binding precedents in the legal system and reconciled the Brazilian Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice role with the Supreme Courts. The CPC/2015 also sought to handle in a better way with the issues brought from litigation burst in the country, such as the lack of effectiveness of judicial decisions. For this purpose, it arranged a micro-system of repetitive cases solution, empowering the Brazilian Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice precedents, delivered in extraordinary and special appeals, with meaningful binding effect. The CPC/2015 instituted a specific procedure, consisting of five stages, aiming to the issue a binding precedent, through a solemn proclamation of a *ratio decidendi* applicable to other pending and future cases dealing with the same repetitive legal issue.

**Keywords:** binding precedents; Supreme Courts; transcendence of decisions effects; repetitive cases; repetitive appeals.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO À TEORIA DOS PRECEDENTES E À DOCTRINA DO STARE DECISIS.....</b>	<b>19</b>
1.1. PRECEDENTE E <i>STARE DECISIS</i> .....	19
1.2. TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES	29
1.3. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA TRADIÇÃO DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> E A DOCTRINA DO PRECEDENTE VINCULANTE: O <i>STARE DECISIS</i> NA INGLATERRA E NA EUROPA CONTINENTAL .....	33
1.4. OPERACIONALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: AS TÉCNICAS DE APLICAÇÃO, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	54
<b>CAPÍTULO II – AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E A EFICÁCIA VINCULANTE DE SEUS PRECEDENTES .....</b>	<b>73</b>
<b>CAPÍTULO III - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTES DE PRECEDENTES .....</b>	<b>104</b>
3.1. A CAMINHADA PELA VALORIZAÇÃO DA “JURISPRUDÊNCIA” NO BRASIL: A LEGISLAÇÃO, A DOCTRINA E OS PRECEDENTES DO STF E DO STJ .....	104
3.2. A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA E O REDIMENSIONAMENTO DA FUNÇÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES DO STF E DO STJ .....	143
3.3. O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i> NO ÂMBITO DO STF E DO STJ .....	159
<b>CAPÍTULO IV - A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS NO REGIME DO CPC/2015 ...</b>	<b>180</b>
4.1. A CONEXÃO ENTRE A LITIGIOSIDADE DE MASSA E A CRISE DE EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO .....	180
4.2. O PAPEL DO PROCESSO CIVIL DIANTE DA LITIGÂNCIA REPETITIVA.....	195
4.3. A DIMENSÃO PUBLICÍSTICA E PROSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....	208
4.4. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES INSTITUÍDO PELO CPC/2015.....	216
4.5. A CONSTRUÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS .....	243
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>262</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>284</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos cinco objetivos do Código de Processo Civil (CPC/2015), expressamente declinados em sua exposição de motivos<sup>1</sup>, é “*simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal*”.<sup>2</sup> Em outras passagens, a referida exposição de motivos reafirma o propósito do CPC/2015 de resolver problemas.<sup>3</sup>

Pois bem, um dos mais sérios e antigos problemas do sistema processual civil brasileiro relaciona-se com as demandas de massa, que, naturalmente, reverberam por todo o Poder Judiciário afetando, inclusive, suas instâncias extraordinárias.

As demandas de massa resultam da explosão de litigiosidade que assola o país há algumas décadas. As ações repetitivas caracterizam-se pela multiplicação desenfreada de litígios calcados em fundamentos fático-jurídicos substancialmente idênticos, ou seja, em processos cuja causa de pedir é essencialmente a mesma. Além das ações repetitivas, que geralmente versam sobre direitos (materiais) individuais homogêneos, as controvérsias envolvendo questões de natureza processual também têm aptidão para produzir enorme efeito replicador, sobrecarregando os tribunais ordinários e os superiores com infindáveis recursos. Basta verificar o significativo número de súmulas e de acórdãos em julgamento de recursos repetitivos sobre questões processuais existentes no STF e no STJ.

Sem dúvida, a litigância repetitiva acarreta consequências maléficas para o sistema processual, tais como morosidade, dispersão jurisprudencial e falta de efetividade da tutela jurisdicional. A explosão da litigiosidade afeta o funcionamento de todo o sistema de distribuição de justiça do país, contribuindo, em particular, para o descrédito do Poder Judiciário junto à sociedade.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://livraria.senado.gov.br/e\\_CPC\\_2015](http://livraria.senado.gov.br/e_CPC_2015)> Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>2</sup> Os outros quatro objetivos explicitados são os seguintes: “*a) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; b) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; c) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e d) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão*”.

<sup>3</sup> Nesse sentido, prega a exposição de motivos do novo *Codex* que “*essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais*”.

A dispersão da jurisprudência implica instabilidade decisória, que é mais perniciosa quando verificada no âmbito do STF e do STJ. Isso porque esses tribunais têm por função precípua outorgar unidade e previsibilidade ao direito, servindo seus acórdãos como padrões decisórios para os demais tribunais e como modelos de conduta para a sociedade conforme o direito. Entretanto, com certa frequência casos repetitivos idênticos são decididos de forma diferente por esses tribunais no mesmo intervalo temporal.

Ademais, a litigiosidade de massa potencializa a oscilação da jurisprudência do STF e do STJ, tendo em conta que esses tribunais, ante a inexistência de filtros recursais efetivos, são instados a manifestarem-se inúmeras vezes sobre a mesma questão de direito. Não raramente, mudanças de entendimento são perpetradas em um curto interregno e sem que tenha havido alterações legislativas ou perda da congruência social ou da consistência sistêmica da orientação assentada na jurisprudência consolidada que vem ser abandonada. Muitas vezes a “reviravolta jurisprudencial” decorre simplesmente da mudança parcial dos ministros componentes dos órgãos colegiados julgadores, que buscam fazer prevalecer o seu ponto de vista sobre a questão controvertida.

Conforme salientado, o CPC/2015 pretende resolver problemas, dentre os quais aqueles resultantes das demandas de massa, tema que foi objeto de grande atenção por parte do legislador. O novo *Codex* buscou criar ou aperfeiçoar técnicas adequadas ao enfrentamento satisfatório da litigância repetitiva. O CPC/2015 positivou um sistema de precedentes vinculantes, outorgando especial autoridade aos acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ no incidente de processo e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III) e impôs aos tribunais o dever de “*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*” (art. 926, *caput*).

Aliás, os arts. 926 e 927 do CPC/2015 sistematizaram a disciplina normativa infraconstitucional básica do sistema de precedentes vinculantes do país, que repercutirá na interpretação e no funcionamento de todo o ordenamento jurídico-processual.

O CPC/2015 criou um “microsistema de solução de casos repetitivos”, integrado pelas regras regentes dos incidentes de resolução de casos repetitivos e de processo e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 928) e de outras disposições legais correlatas (como os arts. 896-B e 896-C da CLT, nela incluídos pela Lei 13.015/2014) visando, precipuamente, a editar precedentes dotados de eficácia vinculante horizontal e vertical, cuja *ratio decidendi*, proclamada em termos universais, há de ser aplicada nos demais

casos pendentes e futuros em que seja discutida a mesma controvérsia fático-jurídica de direito material ou processual.

O objetivo do legislador processual civil foi audacioso, na medida em que intenta implementar uma mudança de paradigma – possivelmente a mais relevante trazida pelo CPC/2015 – na interpretação, na argumentação jurídica e na aplicação do direito no campo da ciência processual civil. O CPC/2015 representa, ainda, o apogeu de uma trajetória de valorização das decisões judiciais, iniciada há mais de vinte anos pelo legislador e acompanhada por parte da doutrina e pela jurisprudência do STF e do STJ, ainda que de forma acanhada. Os precedentes foram resgatados como fontes primárias do direito.

Nesse contexto, o objeto da pesquisa repousa justamente no estudo de aspectos ligados à teoria geral dos precedentes e ao enfrentamento da litigiosidade de massa por intermédio do incidente de processo e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O presente trabalho desenvolve-se no âmbito da vertente jurídico-dogmática<sup>4</sup>, privilegiando os métodos de pesquisa histórico-jurídica, jurídico-comparativa e jurídico-descritiva. A pesquisa realizada é bibliográfica e documental, valendo-se de fontes diretas primárias e secundárias (legislação, jurisprudência, doutrina, jurisprudência e estatísticas).

A presente dissertação foi estruturada em quatro capítulos. Os dois primeiros voltam-se exclusivamente ao estudo do direito estrangeiro. Os terceiro e quarto capítulos miram o ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, procede-se à análise da teoria geral dos precedentes. Procura-se definir precedente, identificando e diferenciando seus elementos principais (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), matéria que é objeto de grande dissenso acadêmico alhures. Discorre-se sobre a noção de *stare decisis* e sobre os princípios gerais que lhe são subjacentes, como a segurança jurídica, a igualdade, a universalizabilidade, a imparcialidade, a legalidade, a confiança justificada. Demonstra-se, ainda, que o *stare decisis*, ao proclamar o vínculo obrigatório aos precedentes, confere maior unidade, estabilidade, coerência, consistência e cognoscibilidade ao sistema jurídico, além de ser ferramenta importante no controle do arbítrio e da discricionariedade judicial e, por conseguinte, na limitação e controle do Poder Judiciário.

Busca-se, a partir das ideias de Michele Taruffo, formular uma teoria geral dos precedentes que não parta das pré-concepções difundidas no *common law*. Isto é, que seja

---

<sup>4</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 21.

fundada em conceitos mais amplos, capazes de reconduzir o instituto do precedente a um certo grau de unidade, sem, contudo, ignorar as peculiaridades dos sistemas jurídicos. Procura-se, então, formular uma teoria geral mais abrangente, que não se funde apenas na distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e entre eficácia vinculante e persuasiva.

Promove-se uma abordagem histórica da origem e do desenvolvimento das duas principais tradições jurídicas do Ocidente (*common law* e *civil law*), com o objetivo de demonstrar que a doutrina do *stare decisis* não é inerente ao sistema de *common law* inglês e nem estranha ou incompatível com os sistemas de *civil law*, sendo, a bem da verdade, fundamental para a concretização do próprio Estado de Direito, independentemente da tradição jurídica adotada. Por fim, abordam-se aspectos ligados à elaboração, à interpretação e à aplicação dos precedentes, no que se incluem as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*.

No segundo capítulo, a atenção é centrada nos tribunais de vértice. Trabalham-se as principais funções que podem ser desempenhadas pelas mais elevadas cortes dentro da hierarquia judiciária. Depois de traçar um breve esboço histórico da evolução das atividades da Corte de Cassação francesa, analisam-se os dois grandes modelos de tribunais de vértice existentes: o de Cortes Supremas e o de Cortes Superiores.

Disserta-se, em especial, sobre a função nomofilática (de defesa da ordem jurídica objetivamente considerada) confiada aos tribunais de vértice. A concepção de nomofilaquia pode alterar-se a depender das concepções de direito e de jurisdição adotadas por cada Estado e da distribuição de tarefas entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, podendo-se falar, conforme o caso, em nomofilaquia interpretativa (dialética ou tendencial) ou de controle (formalista ou tradicional). Dessume-se, ao final, que, à luz da dogmática constitucionalista contemporânea, de viés pós-positivista, os tribunais de vértice exercem atividade jurisdicional de natureza criativa (e não meramente reveladora de um direito único e pré-existente), predominantemente pública e voltada para o futuro, a fim de orientar a sociedade sobre o efetivo conteúdo e alcance do direito e de contribuir para desenvolvê-lo.

Adentrando no estudo do direito brasileiro, no terceiro capítulo, examina-se o grau de importância conferido às decisões judiciais dentro do ordenamento jurídico nacional ao longo do tempo, notadamente após a proclamação da República. Discorre-se acerca da gradual ascensão do valor deferido às decisões judiciais, sob a ótica da legislação, da doutrina e dos próprios tribunais, inclusive e particularmente do STF e do STJ.

Como é cediço, a Constituição de 1988 representou um marco significativo no fortalecimento do Poder Judiciário como instituição e, por conseguinte, na trajetória de

valorização das decisões judiciais. Especialmente a partir do início do século XXI, essa tendência intensificou-se. No âmbito da legislação, diversas leis outorgaram papel mais relevante à jurisprudência do STF e do STJ. Foram criadas técnicas e procedimentos destinados a combater a litigiosidade de massa, que reforçaram sobremaneira a função nomofilática e paradigmática das decisões do STF e do STJ. Na doutrina, despertou-se o interesse pelo estudo da teoria dos precedentes. Paulatinamente, surgiram vozes defendendo, com maior ou menor ênfase, a eficácia vinculante de certos precedentes dos tribunais superiores. Em sede pretoriana, o STF, em especial, ainda que de forma tímida e sem proceder a uma profunda abordagem dogmática da teoria dos precedentes, aos poucos, começou a repensar a sua atuação em sede de controle difuso de constitucionalidade, a fim de conferir maior eficácia às suas decisões. O fenômeno da objetivização do recurso extraordinário é um aspecto inescandível do incremento da eficácia das decisões da Suprema Corte.

Foca-se, em seguida, na compreensão da organização do Poder Judiciário traçada pela Constituição. Na oportunidade, ressalta-se a cissão funcional que a Constituição promove entre as suas instâncias ordinárias e extraordinárias. A partir do delineamento do organograma constitucional do Poder Judiciário, evidencia-se que o papel fundamental dos juízes e dos tribunais de segundo grau (Tribunais Regionais Federais e de Justiça) é de realização da justiça no caso concreto (função dikelógica) ao passo que a missão primordial do STF e do STJ é a de defesa da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional federal, objetivamente considerada (função nomofilática).

Objetiva-se demonstrar que o *stare decisis* emana diretamente da Constituição de 1988, não dependendo, pois, de mediação do legislador ordinário para instituí-lo. A doutrina do *stare decisis* floresce da própria estrutura hierárquica do Poder Judiciários e da necessidade de concretização de valores caros ao Estado de Direito do país, como a segurança jurídica, a proteção da confiança, a igualdade e a legalidade. É, ademais, pressuposto inafastável para que a ordem jurídica goze dos atributos da estabilidade, da integridade e da coerência.

Sustenta-se, a essa altura, que, preenchidos certos requisitos, as decisões do Plenário do STF e da Corte Especial e das Seções do STJ (no caso dessas últimas, a depender da matéria objeto da decisão) detém eficácia vinculante. É dizer: certas decisões do STF e do STJ formam precedentes, contendo, na fundamentação do acórdão, uma *ratio decidendi* que deve, obrigatoriamente, ser aplicada por juízes e tribunais inferiores (*stare decisis* vertical) e pelo próprio tribunal que o editou (*stare decisis* horizontal), em casos futuros e pendentes versando sobre a mesma controvérsia fático-jurídica.

Trata-se, ao final do capítulo, sobre o tema concernente à modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes ou de jurisprudência consolidada, ou seja, sobre a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* às decisões que promovem o *overruling*. A modulação temporal dos efeitos das decisões que realizam o *overruling* é uma importante manifestação da tendência de objetivização dos precedentes do STF e do STJ formados em recursos extraordinário e especial. O *prospective overruling* só tem sentido quando se admite que os fundamentos determinantes dos precedentes transcendem ao caso concreto sob análise, podendo produzir repercussões jurídicas para além do âmbito endoprocessual, as quais devem ser avaliadas pelo STF e pelo STJ.

No quarto capítulo, adentra-se no exame da litigiosidade de massa e da importância do processo civil como mecanismo para enfrentá-la. As estatísticas levantadas de órgãos oficiais (STF, STJ e CNJ) demonstram o crescimento anual contínuo e vigoroso do quantitativo de processos ajuizados e em trâmite no país. O aumento do número de ações propostas e em curso nas instâncias ordinárias da Justiça Comum, especialmente nos últimos 20 anos, não passou incólume pelo STF e pelo STJ, tendo afetado diretamente seu funcionamento, bem como a qualidade e celeridade na prestação jurisdicional desses tribunais de vértice. Nem mesmo o filtro recursal da repercussão geral no recurso extraordinário, instituído por meio de emenda à Constituição, atingiu o escopo almejado. Apesar de ter havido – após a efetiva implementação da sistemática da repercussão geral no ano de 2007 – queda no número de recursos extraordinários e de agravos (visando ao seu destrancamento), a partir de 2014 essa tendência foi revertida. Os números, em suma, expõem a situação de crise por que passa todo o Poder Judiciário, inclusive o STF e o STJ.

Perquirem-se as causas e as consequências da explosão de litigiosidade no país. As principais causas relacionam-se à produção e ao consumo de massa, à participação ou interferência intensa do Estado em determinadas áreas (direitos tributário, previdenciário, administrativo, etc) e à ampliação do acesso à Justiça. As principais consequências da explosão de litigiosidade são a dispersão jurisprudencial e a falta de efetividade da prestação jurisdicional.

Faz-se uma análise do papel reservado ao direito processual civil no contexto da litigância repetitiva. O caráter instrumental do direito processual impõe que os seus institutos sejam pensados a partir das necessidades do direito material. As técnicas processuais devem ser idealizadas com o escopo de solucionar eventual crise na concreção de determinadas classes de direitos. O direito processual tem, pois, que estar preparado para enfrentar o fenômeno da

litiosidade de massa. Como é cediço, o processo civil clássico, de feição estritamente individualista, não se mostrou hábil para tanto. Igualmente, o processo coletivo, por diversos motivos, não conferiu maior efetividade na tutela dos direitos individuais homogêneos. A dicotomia tutela individual de direitos vs. tutela coletiva de direitos individuais não se mostrou suficiente para dar efetividade à proteção e à satisfação de direitos individuais homogêneos, para equacionar as divergências interpretativas de matéria de natureza processual e para conferir atuação racional ao Poder Judiciário.

A dogmática processual contemporânea concebeu, então, uma terceira modalidade de tutela, complementar às tutelas individual e coletiva: a tutela pluri-individual, instrumentalizada por meio de técnicas de julgamento de casos e recursos repetitivos, que consistem, em suma, em procedimentos destinados à solução de demandas de massa em bloco a partir do julgamento de um caso concreto – causa-piloto ou processo-teste –, cuja cognição é cindida em duas etapas.

A partir da instauração de um incidente coletivo no bojo de um processo individual, o tribunal competente aprecia determinada questão de direito material ou processual comum a diversos outros casos similares, cuja decisão final tomada repercute em todas as demais ações individuais que envolvam a questão jurídica decidida. Após, por meio de um ulterior procedimento aditivo, procede-se a uma atividade cognitiva complementar, direcionada à análise dos demais aspectos fático-jurídicos não abrangidos pelo incidente coletivo, com o que se busca preservar, dentro de multiplicidade e homogeneidade de questões, eventuais especificidades dos casos particulares.

Esses procedimentos são denominados “não representativos” – em contraposição aos procedimentos representativos, típicos da tutela coletiva de direitos –, eis que cada pessoa caracteriza-se, do ponto de vista processual, como parte, e não como substituído processual, como ocorre nas ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos. O *Musterverfahren* alemão e o *group litigation order* inglês são conhecidos exemplos desses novos procedimentos no direito estrangeiro, tendo o modelo alemão servido de inspiração para a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC/2015 criar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

No Brasil, as técnicas de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais e de tramitação e julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra decisões das respectivas turmas recursais, previstas nos arts. 14 e 15 da Lei 10.259/01, foram os primeiros mecanismos de solução de conflitos de massa, por meio de "procedimentos não

representativos", introduzidos no sistema processual civil. Ulteriormente, adveio a sistemática de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, disciplinada pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973.

Em seguida, empreende-se uma abordagem do processo constitucional brasileiro, a fim de realçar a dimensão publicística e prospectiva do processo civil brasileiro contemporâneo, fundada nas garantias processuais fundamentais. Aponta-se a correlação entre a eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a atual tendência de conferir efeitos transcendentes às decisões judiciais do STF e do STJ.

Demonstra-se que o processo civil, ao menos a partir da Constituição de 1988, tem uma dupla função: a) dar tutela aos direitos mediante a prolação de uma decisão justa para o caso concreto (dimensão particular e retroativa); b) formar precedentes para viabilizar a promoção da unidade e cognoscibilidade do direito por parte da sociedade (dimensão pública e prospectiva).

Após, avança-se diretamente na abordagem da sistemática jurídica positivada pelo CPC/2015. Analisa-se a teoria dos precedentes como incorporada pelo CPC/2015. Destrincha-se a fundo os arts. 926 e 927 do CPC/2015, que consubstanciam a base normativa infraconstitucional fundamental da teoria dos precedentes. Esses dispositivos encerram o núcleo axiológico do modelo de precedentes vinculantes que produzirá reflexos significativos na interpretação e na aplicação de todo o processo civil.

Diversos aspectos da disciplina geral dos precedentes são analisados. O art. 927, §1º, do CPC/2015, ao fazer remissão expressa aos seus arts. 10 e 489, §1º, importou para o centro do sistema de precedentes vinculantes, as garantias processuais constitucionais do contraditório e da fundamentação adequada. No novo modelo, a criação e a aplicação dos precedentes sempre serão guiadas pelo contraditório dinâmico e pelo dever de fundamentação adequada das decisões, garantias de natureza constitucional imprescindíveis para a sua própria legitimidade.

Esmiúçam-se os pormenores da técnica da distinção (*distiguishing*), retratada em diversos dispositivos esparsos do CPC/2015, e da revogação de precedentes (*overruling*), disciplinada fundamentalmente pelos §§2º a 4º do art. 927 do CPC/2015.

Disseca-se, na sequência, o procedimento instituído pelo CPC/2015 para a elaboração e a aplicação dos precedentes em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos, instituído pelos seus arts. 1.036 a 1.041. Comentam-se acerca dos aspectos do

incidente de tramitação e julgamentos dos recursos excepcionais representativos de controvérsias que guardam relação mais estreita com a teoria dos precedentes.

A tramitação e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos observam cinco etapas distintas: a) a seleção de dois recursos múltiplos (recursos-pilotos) fundados “em idêntica questão de direito”; b) a afetação, por decisão monocrática do ministro relator, dos recursos representativos da controvérsia selecionados e remetidos pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem ou escolhidos pelos próprios ministros do STF ou do STJ, necessariamente dentre aqueles que possuam “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”; c) a adoção de providências preparatórias para o julgamento, como a possibilidade de participação de *amicus curiae*, da realização de audiências públicas e da solicitação de informações aos tribunais de origem, seguida da oitiva do Ministério Público; d) o julgamento propriamente dito do recurso, mediante a solução da questão de direito repetitiva controvertida, ensejando a criação do precedente vinculante com a proclamação solene da tese jurídica estabelecida (*ratio decidendi*); e e) a aplicação do precedente criado, operando-se a irradiação dos seus efeitos em relação aos casos repetitivos pendentes e futuros.

O objetivo primordial desse rico procedimento pentapartido é propiciar a elaboração de precedentes dotados de força vinculante, nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, mediante a proclamação solene das teses jurídicas fixadas em forma de enunciados os mais claros, diretos e objetivos possíveis, a fim de facilitar-lhes a aplicação.

Em uma palavra, o CPC/2015 almeja instituir um sistema de precedentes vinculantes intrinsecamente conexados com as técnicas de solução de demandas de massa, notadamente com o incidente de processo e julgamento de recursos repetitivos, o qual foi bastante aperfeiçoado em comparação ao procedimento previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973. O novo *Codex* impõe um novo paradigma de argumentação e aplicação do processo civil, que será gradualmente implementado. Entretanto, seu sucesso seguramente dependerá da maneira como os operadores do direito irão lidar com esse novo modelo. Se o alvissareiro sistema de precedentes vinculantes for bem assimilado e vingar na práxis forense, o CPC/2015 terá, enfim, contribuído para equacionar satisfatoriamente os problemas que pretende solucionar, dentre os quais aqueles relacionados às demandas de massa.

## CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO À TEORIA DOS PRECEDENTES E À DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

### 1.1. PRECEDENTE E *STARE DECISIS*

Precedente e *stare decisis* são institutos intrinsecamente relacionados. A doutrina do *stare decisis* está indissociavelmente ligada ao estudo e compreensão do precedente, que, por sua vez, pressupõe a existência de uma *ratio decidendi*, cuja conceituação, identificação e delimitação é objeto de grande divergência acadêmica nos países do ocidente, tanto da tradição do *common law* quanto do *civil law*.

Sob o enfoque das teorias da argumentação jurídica a respeito do *stare decisis*, a grande questão é justamente saber o que deve ser seguido e o que não conta como precedente.<sup>5</sup>

Definir precedente judicial não é tarefa fácil, como pode parecer à primeira vista. A principal razão dessa dificuldade reside no fato de inexistir uma teoria dos precedentes universalmente elaborada e aceita pela doutrina e pelos tribunais dos Estados dos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente. Até mesmo nos países da tradição do *common law*, onde a doutrina sobre o tema é bastante fecunda, não se pode afirmar que exista uma concepção clara e sistematizada do precedente em todos os seus aspectos<sup>6</sup>, não havendo unanimidade sobre o seu conceito, seus elementos, seu modo de aplicação, distinção e superação.

A noção de precedente, de fato, é um tanto controversa. Paira grande divergência doutrinária acerca da natureza do precedente – se fonte primária, ou não, do direito –, sobre a existência ou não de força vinculante e, ainda, quanto à definição de critérios adequados para identificação e aplicação da sua *ratio decidendi*. A ideia de seguir precedentes é, pois, complexa e envolve inúmeras dificuldades teóricas e práticas.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot, (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 323.

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffre Editore, Ano XLVIII – N. 2, jun. 1994, p. 413-414.

<sup>7</sup> MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 503.

Segundo Geoffrey Marshall, o termo precedente é usualmente empregado de três formas diversas. Primeiramente, ele é tomado, sem maior reflexão ou análise, como um conjunto de decisões anteriores tidas como relevantes e que geralmente são reunidas e citadas pelos advogados de ambas as partes de um processo. Em segundo lugar, o precedente é usado para descrever o resultado de uma decisão específica dotada de alguma importância. Por fim, o termo precedente é invocado para indicar uma regra geral revelada por uma decisão em um determinado caso concreto.<sup>8</sup>

Jan Komárek define precedente como uma decisão judicial antecedente, que tem implicações normativas que repercutem para além do processo solucionado<sup>9</sup>, ou seja, em outros casos subsequentes. Para Ronald Dworkin, o precedente é uma decisão anterior que, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para que outros casos sejam decididos de forma similar no futuro.<sup>10</sup> Gero Dolezalek, de forma parecida, descreve o precedente como uma decisão tomada em um caso específico da qual se extraem regras aplicáveis a casos futuros.<sup>11</sup> Castanheira Neves pondera que o precedente é uma decisão judicial concreta que se toma ou se impõe como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga.<sup>12</sup>

Como se deduz dos conceitos acima trazidos, o precedente, além de voltar-se para o passado para resolver um litígio concreto, solucionando um caso atual submetido ao crivo do Poder Judiciário, projeta-se também para o futuro a fim de orientar o julgamento de novos processos versando sobre situações semelhantes.

Seja qual for a definição adotada, todo precedente judicial é uma decisão emanada de tribunais do Poder Judiciário que carrega, necessariamente, em sua fundamentação, uma *ratio decidendi* ou *holding* passível de identificação e aplicação em casos fática e juridicamente semelhantes posteriormente apreciados. Além disso, a parte da decisão que

---

<sup>8</sup> MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 503.

<sup>9</sup> KOMÁREK, Jan. Judicial law making and precedent in Supreme Courts. In: *Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts*. LSE - Legal Studies Working Paper n. 4/2011, Mar. 2011. p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1793219>> Acesso em: 28 abr. 2015.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

<sup>11</sup> DOLEZALEK, Gero. Precedenti giudiziali nello *ius commune*. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 55.

<sup>12</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 12.

constitui precedente é sempre restrita àquela que resolve matéria de direito, não abrangendo as questões de fato, pois cada caso é considerado único do ponto de vista fático.<sup>13</sup>

*Ratio decidendi*, em linhas gerais, é compreendida justamente como essa regra ou princípio geral extraído de uma decisão anterior – o precedente – aplicável a um caso análogo posterior, enquanto que *obiter dicta* são considerações “ditas de passagem”, secundárias, não essenciais para a solução do caso, presentes na fundamentação da decisão.

Do ponto de vista analítico, a *ratio decidendi* é composta por três elementos: a) a indicação dos fatos relevantes (*l'indicazioni dei fatti rilevanti; the statement of the material facts*); b) o fundamento lógico-jurídico da decisão (*il ragionamento logico-giuridico della decisione; the legal reasoning*); e c) a decisão propriamente dita (*il giudizio decisorio; the judgment*).<sup>14</sup>

De outro lado, as *obiter dicta* aparecem na fundamentação dos precedentes de diversas formas. As *dicta* podem ser: a) desnecessárias para se chegar ao resultado do julgamento; b) dissociadas dos fatos materiais verificados no *case*; ou c) relacionadas a um tema que não foi controvertido por nenhuma das partes do processo.<sup>15</sup>

Nem todas as decisões judiciais possuem *ratio decidendi* e, por isso, não têm aptidão para formar precedentes, como pode acontecer, por exemplo, em alguns casos de extinção do processo sem resolução do mérito, de homologação de acordos ou de reconhecimento da procedência do pedido. Também os casos nos quais o tribunal julga o mérito da ação ou do recurso – acolhendo ou rejeitando o pedido, provendo ou improvendo o apelo –, mas em que não são colhidos votos suficientes para formar maioria adotando o mesmo fundamento em relação à questão controvertida, não dão ensejo à formação de uma *ratio decidendi*.<sup>16</sup> Há decisões que, diversamente, podem apresentar mais de uma *ratio decidendi*, formando um precedente com duas ou mais regras ou princípios jurídicos gerais.

<sup>13</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 169.

<sup>14</sup> DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 182.

<sup>15</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

<sup>16</sup> “Não basta contar votos ou saber quais votos são favoráveis ao provimento do recurso. É necessário decifrar, além do fundamento que determina o alcance da solução ao problema interpretativo enfrentado pelo colegiado, o número de julgadores que a ele adere [...] num julgamento proferido por três a dois, só há *ratio* se os três votos vencedores afirmarem o mesmo fundamento. Caso um dos três declare fundamento diverso, já não há como individualizar *ratio decidendi*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-31.

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é o elemento central na teoria dos precedentes, mormente quanto à discussão sobre sua eficácia, se vinculante ou persuasiva, e quanto ao seu modo de identificação e aplicação. Isso porque o *binding effect* do precedente repousa precisamente na sua *ratio decidendi*. A afirmação de que um precedente tem força vinculante significa, em suma, que a sua *ratio decidendi* deve ser aplicada por juízes e tribunais em outros casos semelhantes supervenientes.

Maurício Ramires bem sintetiza a dificuldade em se definir o que é *ratio decidendi* (r.d.) e, portanto, em assentar aquilo que efetivamente goza de eficácia vinculante no precedente. Ao tratar do assunto, diz:

Ao longo dos séculos, muito se discutiu a respeito da melhor maneira de encontrar a holding ou a r.d. de um caso. Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 “técnicas” para fazer isso, e desde então surgiram muitas outras. Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) Teste de Wambaugh – segundo o qual o que constitui a r.d. é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) Teste de Goodhart – que preconiza que a r.d. deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) Tese de Oliphant – devirá do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a r.d. não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) Fórmula Scalia – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio ‘neutro’ de identificar o nível de generalidade de um holding (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado.<sup>17</sup>

Segundo Neil Duxbury, *ratio decidendi* pode significar tanto fundamento para a decisão (*reason for the decision*) quanto fundamento para decidir (*reason for deciding*).<sup>18</sup> A partir dessa dicotomia, Duxbury procura demonstrar que a *ratio decidendi* pode ser determinada tanto pelo juiz ou tribunal que proferiu a decisão – que criou o precedente (*the precedent case*) – quanto pelo órgão jurisdicional que pretende aplicá-la ulteriormente no caso presente (*the instant case*) e que, nessa última hipótese, quando os juízes, na análise do processo sob julgamento, buscam ou desvendam as *rationes* das decisões pretéritas, eles estão influenciando, ou mesmo determinando, o grau de autoridade do precedente no futuro.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

<sup>18</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 78.

Assim, não é sempre que a *ratio* será solenemente proclamada pelo tribunal que a criou, em termos absolutamente claros, como uma regra ou princípio judicial universal aplicável a casos futuros. O precedente pode vir a ser efetivamente revelado ou aclarado apenas em um caso subsequente, quando, então, será identificada, precisada ou delimitada a sua *ratio decidendi* e, bem ainda, o grau de sua força vinculante. Por isso, em algumas ocasiões, diz Ronald Dworkin, o tribunal que edita o precedente reconhece, abertamente, caber aos órgãos judiciais que irão aplicá-lo em casos posteriores determinar as consequências plenas do caso por ele decidido.<sup>20</sup>

Nesse cenário, parece claro que a força do princípio do *stare decisis* será inversamente proporcional à extensão ou à amplitude da discricionariedade do tribunal subsequente em determinar o significado da regra contida no precedente.<sup>21</sup>

O instituto do *stare decisis et non quieta movere* significa “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto”, ou, na linguagem do *common law*, “not to disturb what is settled”. Ele prescreve que as regras e princípios jurídicos deduzidos de uma decisão judicial, denominada de precedente, deverão ser aplicados na solução de casos semelhantes no futuro, indicando, na essência, a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada, que venha a surgir ulteriormente, seja decidida da mesma maneira.<sup>22</sup> O *stare decisis* impõe a vinculação, através dos precedentes judiciais, do próprio tribunal que o editou e dos demais órgãos jurisdicionais inferiores. Sua doutrina simplesmente preconiza ser dever dos juízes e dos tribunais seguir os precedentes, de aderir ao Direito já posto.<sup>23</sup>

Em uma nota, traduz-se na ideia de respeito aos precedentes.<sup>24</sup> Por isso, também pode ser denominado de doutrina dos precedentes ou da autoridade.<sup>25</sup>

Há, relata Daniel Henry Chamberlain, outra máxima latina – bem menos conhecida e deveras radical – cuja ideia principal aproxima-se, em alguma medida, do

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 173.

<sup>21</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 51.

<sup>22</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 122, mai-jul. 1994, p. 282.

<sup>23</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. Prize Essay of the New York State Bar Association, awarded January 10, 1885. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885, p. 6.

<sup>24</sup> Há um razoável consenso acadêmico e pretoriano sobre a ideia nuclear subjacente ao instituto do *stare decisis*. A celeuma, entretanto, situa-se nos campos da justificação e da aplicação dos precedentes, sendo que nesse último cristaliza-se a enorme importância da identificação e delimitação de sua *ratio decidendi*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 5.

significado do brocardo *stare decisis, et nom quieta movere*, que é “*omnis innovatio plus novitate perturbat quam utilitate prodest*”<sup>26</sup>, que estampa o princípio de que “*a modificação resultante de uma inovação é um mal tão grande que prevalece sobre qualquer benefício que possa surgir a partir dela*”.<sup>27</sup>

A obrigatoriedade de observância dos precedentes é condicionada, segundo Melvin Eisenberg, por determinadas restrições formais e materiais (*formal and material constraints*). As restrições formais são duas: a) a regra estabelecida pela corte subsequente deve ser compatível com o resultado alcançado no precedente; e b) a corte subsequente deve, necessariamente, seguir o precedente ou distingui-lo. A restrição material significa que, se a regra proclamada no precedente satisfizer os padrões de congruência social (se estiver em sintonia com as proposições morais, políticas e de experiência dominantes em dado momento histórico pela sociedade) e de consistência sistêmica (se guardar coerência com outras decisões judiciais), ela deverá ser aplicada, ainda que alguma outra regra possa, marginalmente, parecer melhor.<sup>28</sup>

O *stare decisis* alberga, a um só tempo, as ideias de universalizabilidade, igualdade e imparcialidade, valores diretamente conectados à noção de justiça, basilares em todo e qualquer Estado de Direito.

De acordo com Eisenberg, esses três valores integram o princípio da objetividade (*principle of objectivity*), considerado um dos elementos fundamentais da atividade jurisdicional, do qual deriva, em grande parte, a legitimidade da atuação dos tribunais.<sup>29</sup>

A fundamentação das decisões dos tribunais deve ser feita em termos universais porque as suas proposições centrais têm aptidão para formar precedentes, ou seja, para serem aplicadas não apenas ao caso sob julgamento, mas à todas as situações similares que venham a surgir no futuro.

Do ponto de vista da teoria da argumentação jurídica, a pedra de toque da obrigação de seguir precedentes é exatamente o princípio da universalizabilidade ou da justiça

---

<sup>26</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. Prize Essay of the New York State Bar Association, awarded January 10, 1885. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885, p. 20.

<sup>27</sup> Tal máxima latina geralmente é assim traduzida para a língua inglesa: “*The disturbance resulting from an innovation is so great an evil as to outweigh any benefit that might arise from it*”.

<sup>28</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 74-75.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 08-09.

formal<sup>30</sup>, que exige que casos iguais sejam tratados igual maneira.<sup>31</sup> A racionalidade do sistema de precedentes, pondera Robert Alexy, depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa – da sua universalizabilidade – e não de qualquer doutrina específica ou da prática de seguir precedentes.<sup>32</sup>

Conforme explica Neil MacCormick, a racionalidade do sistema jurídico está indissolúvelmente vinculada à universalizabilidade das razões justificadoras das decisões judiciais. De sorte que, para que uma razão seja a justificação legítima de uma decisão, é preciso que ela seja considerada uma razão pela qual se possa decidir qualquer outro caso semelhante no futuro. Por isso, “*as razões são, e têm que ser, universalizáveis. Racionalizar a resposta de alguém estabelecendo-a como uma razão em um sentido objetivo é implícita ou explicitamente o mesmo que afirmá-la em termos universais*”.<sup>33</sup> Não há, pois, nenhuma justificação sem universalização.<sup>34</sup> De forma semelhante, entende Neil Duxbury que a autoridade do precedente decorre essencialmente do fato de ser compreendido e valorado como fonte de razão (*source of reason*) e não apenas como uma decisão em casos materialmente idênticos.<sup>35</sup>

Justificar um ato é mostrar que ele é correto, ao passo que mostrar sua correção é demonstrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, deveria ter sido praticado, ou ainda deve sê-lo, considerando as circunstâncias do caso.<sup>36</sup> Para um dado ato ser correto perante uma situação específica, ele precisa ser materialmente correto em todas as situações semelhantes que se apresentarem no futuro. Evidentemente, é possível que o surgimento de características relevantes adicionais leve à alteração do resultado que seria a princípio correto, mas a exceção criada somente será racionalmente válida se também gozar do atributo da universalizabilidade, de maneira que o ato praticado no contexto da situação excepcional verificada, se repetido o

---

<sup>30</sup> José Rogério Cruz e Tucci destaca que a “*literatura é enfática em acentuar esse caráter de ‘universalidade’ da justificação das decisões judiciais*”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 259.

<sup>32</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>35</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 57.

<sup>36</sup> MACCORMICK, Neil. *op. cit.*, p. 129.

mesmo contexto fático, será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante.<sup>37</sup>

Nesse sentido, destaca Alexy, pode ocorrer de um caso ser faticamente igual a outro anterior, mas que, ainda assim, excepcionalmente, seja adotada uma decisão diversa se as circunstâncias tiverem se modificado, na medida em que excluir completamente qualquer possibilidade de mudança é algo inconsistente com a exigência de correção implícita inerente a todo ato decisório, de modo que “*satisfazer a exigência de correção envolve precisamente satisfazer o princípio da universalizabilidade*”.<sup>38</sup>

Jeremy Waldron sustenta, com razão, que o princípio da universalizabilidade é inerente ao Estado de Direito. Aduz ser a fundamentação, em bases universais, uma obrigação primária imposta pela própria noção de Estado de Direito aos juízes, os quais têm o dever de decidir os litígios a partir da identificação e aplicação de uma norma geral anterior presente em um precedente, ou de estabelecê-la em bases igualmente universais.<sup>39</sup> Agindo dessa maneira, prossegue Waldron, o tribunal caracterizar-se-á como uma instituição que decide em bases gerais e não apenas como um “ambiente institucional” no qual seus membros tomam decisões casuísticas.<sup>40</sup>

Como é sabido, com exceção de algumas poucas hipóteses relacionadas aos campos do controle de constitucionalidade abstrato de normas e da jurisdição voluntária, todo processo judicial envolve um conflito de interesses oriundo de uma situação concreta da vida, em que alguma pessoa física ou jurídica, alegando ameaça ou lesão a um direito que afirma ter, vindica algum tipo de providência jurisdicional, como uma tutela declaratória, constitutiva ou condenatória em face de outrem. O precedente judicial propriamente dito é aquele construído a partir de um caso concreto, que retrata um contexto fático-jurídico bem delimitado ou delimitável. Tanto é assim que a identificação dos fatos relevantes (*the statement of the material facts*) é, como visto, um dos elementos analíticos da *ratio decidendi* dos precedentes.

---

<sup>37</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 259.

<sup>39</sup> WALDRON, Jeremy J. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 314, p. 22. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/314](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/314)>. Acesso em: 22 dez. 2015.

<sup>40</sup> Idem.

Tal como as regras legisladas e os princípios gerais escritos, as decisões judiciais em casos particulares devem ser universalizáveis.<sup>41</sup> Em um precedente, um fundamento universalizado de julgamento deve dizer: ‘sempre que ocorrer *c* faça *v*’<sup>42</sup>, de forma similar à aplicação da lei.

Sob a doutrina do *stare decisis*, o tribunal tem consciência de que, ao adotar certa tese jurídica para resolver um litígio no presente, estará obrigado a aplicá-la no futuro a todos os conflitos semelhantes. Com isso, o *stare decisis* promove, concretamente, os princípios da igualdade (*treating like cases alike*) e da imparcialidade, impedindo que soluções distintas sejam dadas a casos substancialmente iguais.<sup>43</sup> “Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento nesse caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros”.<sup>44</sup> O princípio da universalizabilidade representa o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça como qualidade formal.<sup>45</sup>

O *stare decisis* resguarda também o princípio da legalidade. Conforme explica Teresa Arruda Alvim Wambier, se o juiz deve decidir de acordo com a lei, e se a lei pode comportar mais de uma interpretação, consubstanciando-se, cada uma dessas possíveis interpretações, em pautas de conduta diversas para a sociedade, a própria razão de ser do princípio da legalidade resta comprometida. “A legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados”.<sup>46</sup>

Além de promover os princípios da universalizabilidade, da igualdade, da legalidade e da imparcialidade, o *stare decisis* concretiza diversos valores relacionados ou decorrentes da segurança jurídica, que também se caracteriza como um vetor axiológico nuclear de todo e qualquer Estado de Direito.

O *stare decisis*, na medida em que prega a observância obrigatória dos precedentes, confere unidade, estabilidade, coerência, consistência e cognoscibilidade ao

---

<sup>41</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 125.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>43</sup> EINSENBURG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 47-48.

<sup>44</sup> MACCORMICK, Neil. *op. cit.*, p. 120.

<sup>45</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

<sup>46</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In: Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 31-32.

sistema jurídico, evitando a dispersão jurisprudencial sobre uma mesma questão controvertida, assegurando, assim, que a Constituição e a leis não recebam interpretações diferentes em situações fática e juridicamente semelhantes.

Particularmente no campo da jurisdição constitucional, conforme pontua Theodor Benditt, o valor da estabilidade ganha ainda mais relevo, na medida em que nele exsurge uma preocupação adicional na promoção da estabilidade das instituições políticas e sociais, o que quer dizer que seguir precedentes contribui para o fortalecimento delas, independentemente de serem boas instituições.<sup>47</sup>

Ademais, o *stare decisis* tem a função de proteger a confiança justificada (*justifiable reliance*), que pode ser subdividida em especial e geral. A primeira refere-se aos litigantes que estão em juízo e que alegam ter atuado em conformidade com o Direito. A segunda, diz respeito à confiança depositada nos membros da sociedade em geral, que não os litigantes, dos quais se espera terem planejado suas atividades e condutas com base nas regras legais.<sup>48</sup>

De fato, as pessoas confiam nos precedentes do passado e, com base neles, tomam decisões e comprometem recursos financeiros.<sup>49</sup> O *stare decisis*, na medida em que obriga juízes e tribunais a seguirem seus próprios precedentes e os dos tribunais superiores, cria, então, uma confiança justificada a respeito do conteúdo do Direito, permitindo que a sociedade possa planejar melhor suas atividades, de forma mais segura e confiável do ponto de vista jurídico, além de tornar mais fácil a solução amigável dos litígios.<sup>50</sup>

Outrossim, o *stare decisis* funciona como importante ferramenta de limitação da discricionariedade judicial na aplicação do Direito e, por conseguinte, do papel político do Poder Judiciário no contexto da doutrina da separação das funções estatais. O *stare decisis* prestigia o precedente, protegendo-o contra o individualismo dos juízes e contra a instabilidade do próprio Tribunal.<sup>51</sup>

Influenciada pelas ambições do positivismo jurídico predominante no pensamento jurídico do Estado Liberal, a doutrina do *stare decisis*, ao proclamar o vínculo ao precedente, buscou impor limites ao poder de criação judicial do direito, concretizando o

---

<sup>47</sup> BENDITT, Theodor M. The rule of precedent. In: Laurence Goldstein (Ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 93.

<sup>48</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 48.

<sup>49</sup> BENDITT, Theodor M. op. cit., p. 91.

<sup>50</sup> EISENBERG, Melvin. op. cit., p. 48.

<sup>51</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 126-127.

princípio da segurança jurídica, evitando-se incertezas, obscuridades, confusões ou dificuldades na prestação jurisdicional. Havia uma natural preocupação com a concentração excessiva de poderes nas mãos dos juízes: de criação e aplicação concomitante do direito. Com o reconhecimento do caráter vinculante dos precedentes, logrou-se promover a limitação da discricionariedade judicial e da função política inerente à jurisdição, reduzindo ainda o grau de subjetividade das decisões judiciais em prol da certeza, uniformidade e segurança dos direitos.<sup>52</sup>

## 1.2. TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES

Michele Taruffo apresenta elementos para a formulação de uma teoria geral dos precedentes. Para tanto, adverte o autor italiano que não se deve partir da dogmática dos precedentes existente nos países da tradição do *common law*, mesmo porque neles não há uma teoria geral uníssona. Assevera ser insuficiente construir uma teoria geral do precedente partindo somente da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e entre precedente vinculante e persuasivo, como geralmente se constata na doutrina. Propõe, então, uma teoria geral mais abrangente e que apresente utilidade heurística, fundada na premissa de que o precedente existe em ordenamentos jurídicos histórica e estruturalmente diversos e que reconheça que ele pode possuir, por isso mesmo, características distintas em cada um desses sistemas jurídicos. Essa teoria geral deve, assim, fundar-se em conceitos gerais, amplos e diferenciados, capazes de reconduzir o fenômeno do precedente a uma certa unidade, sem desconsiderar as múltiplas peculiaridades existentes nos diversos Estados da tradição do *common law* ou do *civil law*.<sup>53</sup>

Na base da teoria geral proposta por Taruffo, o precedente é definido, em cada ordenamento jurídico, em função da combinação de quatro fatores diversos denominados de dimensões do precedente (*dimensioni del precedente*), que são: a) a dimensão institucional; b) a dimensão objetiva; c) a dimensão estrutural; e d) a dimensão da eficácia.

---

<sup>52</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

<sup>53</sup> TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 415.

A dimensão institucional revela como a existência e o uso do precedente estão associados a fatores ligados à organização judiciária. Reside aqui a dicotomia entre precedente vertical e precedente horizontal ou, dito de outra forma, entre as eficácias vertical e horizontal do precedente.

Do ponto de vista lógico, o precedente vertical pressupõe a existência de hierarquia entre os diversos órgãos do Poder Judiciário. Os precedentes das cortes de vértice da estrutura judiciária gozam do maior grau de autoridade, prestígio e influência dentro do sistema judiciário e, por isso, podem vincular juízes e tribunais inferiores. No precedente horizontal, por sua vez, não há hierarquia entre o tribunal ou juiz que proferiu a decisão e aquele outro que a aplica no caso subsequente.<sup>54</sup>

Nada impede que as decisões de juízes ou tribunais inferiores, de tribunais de mesmo grau – mas pertencentes a jurisdições diversas – ou de tribunais estrangeiros sejam levadas em consideração na fundamentação do caso presente. Contudo, nessas situações, não se pode falar em precedente em sentido próprio, mas sim em regra de referimento por exemplo (*regola del riferimento ad esempi*)<sup>55</sup> ou, simplesmente, em exemplo. A decisão do órgão judiciário inferior ou de mesma hierarquia possui, quando muito, poder de persuasão sobre o tribunal superior ou de grau equivalente, não havendo a possibilidade de vinculá-lo. O mesmo sucede com as decisões de tribunais estrangeiros.

Tem-se, ainda, o autprecedente, que impõe a obrigação de um tribunal de seguir os seus próprios precedentes. Para Taruffo, exigências basilares ligadas à coerência, à universalizabilidade e à igualdade na aplicação da lei impõem aos tribunais o dever de observar os seus precedentes.<sup>56 57</sup>

A dimensão objetiva do precedente busca delimitar a parte da decisão a que se pode atribuir força vinculante. Nela assenta-se a importância da distinção, já mencionada, entre *ratio decidendi* e *obter dictum*, posto que a eficácia do precedente repousa tão somente na parte em que se encontram suas *rationes*.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffre Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 416-417.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 419.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 417.

<sup>57</sup> O autprecedente, bem vistas as coisas, representa o verdadeiro precedente horizontal (*stare decisis* horizontal), com aptidão para vincular o próprio órgão do tribunal que o editou, assim como os demais órgãos inferiores desse mesmo sodalício, pois a noção mais estrita de precedente pressupõe a existência de hierarquia, sem o que, sob a ótica da dimensão institucional, não há como cogitar-se da existência de força vinculante.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 419.

A dimensão estrutural cuida de analisar aquilo que constitui o precedente que será usado como referência para a decisão do caso presente (*instant case*). Nessa perspectiva, Michele Taruffo vislumbra quatro situações possíveis: a) existência de um único precedente; b) a existência de jurisprudência constante, em que há vários precedentes proferidos sobre a mesma questão e invocados pelo tribunal no *instant case*; c) a existência de precedentes contraditórios; e d) a existência de caos jurisprudencial.

Na primeira hipótese, bastante comum nos países da tradição do *common law*, o juiz ou o tribunal invoca, para a solução do caso presente, um único precedente sobre o tema. Isso ocorre porque nesses países as Cortes Supremas proferem um número relativamente baixo de decisões e, sobretudo, porque esses tribunais escolhem os casos que querem julgar e que darão ensejo à formação de precedentes.<sup>59</sup> Nesses sistemas, existem filtros recursais que restringem o acesso das partes aos tribunais de cúpula, limitando, assim, o número de casos julgados. Os tribunais selecionam, com maior ou menor discricionariedade, os processos cuja repercussão das controvérsias neles instauradas transcendem à solução dos casos concretos.

Na segunda hipótese, da jurisprudência constante, o tribunal, ao proferir julgamento, invoca uma série de precedentes que enunciam a mesma solução para idêntica questão controvertida. Isso deriva, essencialmente, da circunstância de um tribunal decidir várias vezes o mesmo tipo de controvérsia em um curto período, formando, assim, uma série de precedentes conformes.<sup>60</sup>

A terceira situação é aquela na qual se vislumbram precedentes em conflito sobre o mesmo assunto, geralmente dentro do mesmo tribunal, superior ou ordinário. Os precedentes contraditórios podem referir-se a apenas duas decisões ou a duas linhas ou correntes de decisões, uma em contraste com a outra. Tais situações podem ser internamente contornadas por meio de mecanismos institucionais ou processuais que permitam que um colegiado maior ou o plenário do tribunal supere a divergência entre os seus órgãos fracionários. A existência de precedentes contraditórios, enquanto não dirimida pelo respectivo tribunal, cria problemas que devem ser equacionados pelo juiz ou tribunal do *instant case*, que poderá fazer uma escolha entre um deles, justificando os motivos pelos quais optou por aplicar a *ratio decidendi* de um e não de outro. Em verdade, enquanto não superada a divergência, é possível cogitar até mesmo da inexistência de precedente algum a ser seguido.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 423.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 424-425.

A quarta vertente representa um cenário de caos jurisprudencial, ou seja, de pulverização e de plúrima contrariedade entre as decisões de um tribunal superior ou ordinário. Nesse ambiente institucional não é possível sequer detectar um contraste entre duas decisões ou entre duas correntes jurisprudenciais distintas, eis que a mesma controvérsia fático-jurídica é solucionada de diversas formas, sem que as decisões tenham coerência entre si. Nessa ordem de ideias não se pode, igualmente, conceber a existência de precedente algum em sentido próprio, mas, se tanto, que essas diversas decisões, desordenadas e incoerentes, constituem meros exemplos do significado vago e ambíguo de uma determinada norma.<sup>62</sup>

Finalmente, a dimensão da eficácia diz respeito à análise da natureza e da intensidade que o precedente exerce sobre um determinado caso sucessivo. Nessa perspectiva, segundo Taruffo, o precedente que apresenta eficácia juridicamente vinculante em relação às decisões sucessivas de casos idênticos ou análogos, opera de modo não muito diferente de uma lei, ao passo que a decisão despida de eficácia vinculante não configura um precedente em sentido próprio. O objeto do precedente é a sua *ratio decidendi*, que goza de eficácia vinculante, e não a parte que veicula *obiter dictum*, dotada de eficácia apenas persuasiva.<sup>63</sup>

Contudo, prossegue o autor italiano, o estudo da eficácia do precedente não deve ficar adstrito apenas à simples alternativa entre precedente vinculante e não vinculante. É possível identificar uma escala composta por vários graus de eficácia do precedente.

Em um extremo, coloca-se a hipótese de uma obrigação absoluta, que não comporta exceções, de seguir o precedente (*strictly binding precedent*). No outro extremo, tem-se a situação na qual o juiz ou tribunal dispõe de ampla discricionariedade entre seguir ou não o precedente, fazendo-o tão somente quando e enquanto se convença da oportunidade de segui-lo.<sup>64</sup>

Entre esses dois extremos, visualizam-se graus intermediários de eficácia das decisões, que ensejam a formação de três tipos de precedentes, que, em ordem decrescente, são os seguintes: o *binding precedent*, o *defeasibly binding precedent* e o *weakly binding precedent*. O primeiro – *binding precedent* – atualmente presente no direito inglês, é o precedente com eficácia verdadeiramente vinculante, dotado do *binding effect*, mas sujeito a exceções e a determinadas limitações, admitindo, em caráter excepcional, a possibilidade do juiz ou tribunal subsequente não o observar se houver fundadas razões para tanto (*must, except...*). O segundo

<sup>62</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 425.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 426.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 427.

– *defeasibly binding precedent* – retrata a situação em que o precedente, de regra, deve ser seguido, mas em que é possível que o juiz ou tribunal, de forma justificada, discorde de suas *rationes* e, por isso, não o aplique invocando “boas razões” para tanto (*should, unless...*). O terceiro – *weakly binding precedent* – , *relativamente comum em países da tradição do civil law*, faz-se presente nos ordenamentos jurídicos em que, apesar de ser oportuno que se siga o precedente, há apenas uma vaga expectativa de que o juiz ou tribunal venha a efetivamente observá-lo; não há sequer a obrigação do órgão julgador de justificar os motivos que o levaram a decidir de forma diversa e nem qualquer consequência relevante decorrente da inobservância do entendimento firmado no precedente anterior, sendo difícil discerni-lo do precedente situado no grau mínimo de eficácia, onde há amplíssima discricionariedade.<sup>65</sup>

Em resumo, a dimensão institucional analisa quem – qual órgão judiciário – pode, ou não, produzir o precedente e encontrar-se vinculado a ele. Sua atenção está focada na organização hierárquica do Poder Judiciário, podendo-se também chamá-la, por isso, de dimensão subjetiva, visto que pretende avaliar o precedente sob a ótica do sujeito que proferiu a decisão passada em relação àquele que decidirá o caso subsequente. A dimensão objetiva promove a compreensão intrínseca da decisão, destrinchando-a em dois elementos, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. A dimensão estrutural representa uma espécie de análise extrínseca da decisão, na qual se procura esclarecer o procedimento pelo qual o precedente se forma ou o que é necessário para formá-lo, inclusive sob o enfoque quantitativo. A dimensão da eficácia busca aquilatar a intensidade da vinculação do precedente em relação a casos subsequentes.

### 1.3. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA TRADIÇÃO DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW* E A DOUTRINA DO PRECEDENTE VINCULANTE: O *STARE DECISIS* NA INGLATERRA E NA EUROPA CONTINENTAL

Mostra-se conveniente fazer um esboço histórico do surgimento e do desenvolvimento dos sistemas jurídicos inglês e da Europa continental com a finalidade precípua de demonstrar, de forma cristalina, que o *stare decisis* não é algo exclusivo ou peculiar

---

<sup>65</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 427-428.

ao *common law* inglês. Mais que isso, ele é, em realidade, um instrumento fundamental para a promoção de diversos valores ligados à segurança jurídica e à igualdade e, ainda, para efetivação e garantia da unidade e da estabilidade do Direito como um todo, sob uma perspectiva dinâmica e concreta, e não estática e apriorística como ocorre com os atos legislativos.

Há basicamente quatro importantes períodos históricos no desenvolvimento do direito inglês.<sup>66</sup> O primeiro deles é o período anglo-saxão, que perdura até a conquista normanda da Inglaterra em 1066. O segundo, que compreende o interregno entre 1066, ano da ascensão de Guilherme I ao trono inglês, até o início da Dinastia Tudor, em 1485, retrata o surgimento e o desenvolvimento do *common law*. O terceiro, que se inicia em 1485 e perdura até 1832, é marcado pelo desenvolvimento do sistema da *equity*, de cunho complementar à *common law*. Finalmente, o quarto é o período moderno, que começa em 1832 e que segue até os dias atuais, particularizado pelo desenvolvimento sem antecedentes da lei, pela intervenção da Administração Pública na sociedade<sup>67</sup> e, ainda, a partir da segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial, pela consagração dos direitos humanos no plano doméstico e internacional.

No período anglo-saxão, caracterizado pela ocupação da Inglaterra por povos de origem germânica, tais como os anglos, os saxões e os dinamarqueses, o direito era fundado basicamente nos costumes locais, sendo os textos legais escritos bastante escassos. Entretanto, até o início do século V, a Inglaterra foi dominada pelo Império Romano do Ocidente, tendo sido submetida aos influxos do regime jurídico romano durante a ocupação. Mesmo após o término da dominação romana, coexistiram no território inglês, até o início do século XI, normas de origem germânica, ligadas também à dominação dinamarquesa, e do direito romano e canônico. A esses modelos legais de base romano-germânica e canônica, bem ainda aos diferentes usos locais existentes na Inglaterra, sobrepôs-se o direito introduzido pela conquista normanda em 1066.<sup>68</sup>

Por vários séculos após a decadência do Império Romano do Ocidente, destaca José Rogério Cruz e Tucci, não existiu diferença substancial entre os regimes jurídicos em vigor na Europa Continental e na Inglaterra. Predominava um sistema de regras não escritas, fundado

---

<sup>66</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323-324.

em práticas negociais rudimentares e em decisões dos tribunais locais. A ruptura desta nota comum começou a surgir com o estudo, na Europa Continental, entre os séculos XII e XIII, dos *Corpus Iuris Civilis*, que suplantou a velha ordem jurídica em grande parte do continente europeu.<sup>69</sup>

No ano de 1066, com a ascensão ao trono inglês de Guilherme I, então Duque da Normandia, o cenário jurídico começou a mudar. A conquista normanda representou um acontecimento capital na história do Direito inglês, porque trouxe para a Inglaterra um poder forte, centralizado e com vasta experiência administrativa, vivenciado no ducado da Normandia. Essa conquista encerrou a era tribal, tendo o feudalismo se instalado na Inglaterra.<sup>70</sup>

Gradualmente, os conquistadores normandos estabeleceram três tribunais reais de justiça, a *Court of Exchequer*, a *Court of King's Bench* e a *Court of Common's Pleas*, denominados Tribunais de *Westminster*, em substituição às *County Courts* ou *Hundred Courts*, órgãos que somente aplicavam os costumes locais. Nesse processo de centralização da Justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios e um novo corpo de direitos materiais que seriam aplicados a todos os cidadãos ingleses. A unidade política implementada por Guilherme I resultou na unificação do direito inglês, que passou, ao longo dos anos, a ser predominantemente elaborado pelas cortes reais por meio de seus precedentes. Isso explica a designação desse sistema legal de common law, concebido como o “direito comum a todos”, em oposição aos costumes locais.<sup>71</sup>

Por isso, Renè David assevera não ser correto afirmar que direito inglês seja um direito consuetudinário, porquanto nunca houvera um costume geral imemorial do reino aplicável a todos, mas sim vários costumes locais dos quais o *common law* apenas retirou algumas de suas regras. O processo de constituição do *common law* consistiu, em essência, em elaborar um sistema de direito jurisprudencial criado pelos tribunais e alicerçado na razão em substituição aos costumes anglo-saxões, esses sim fundados nos costumes.<sup>72 73</sup>

---

<sup>69</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

<sup>70</sup> DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 358.

<sup>71</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

<sup>72</sup> DAVID, Renè. *op. cit.*, p. 437.

<sup>73</sup> Mais adiante, o autor é novamente categórico: “devemos abandonar a ideia tão corrente de que o direito inglês é um direito consuetudinário. Esta ideia advém para muitos juristas do continente europeu da admissão da alternativa: ou o direito é um direito escrito, fundado sobre os códigos, ou não é um direito escrito e, por conseguinte, é consuetudinário; é um direito jurisprudencial. A common law teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais”.

Contudo, a implementação de uma jurisdição real unificada em todo o reino foi algo conturbado. É preciso lembrar que a história da Inglaterra desenvolveu-se em torno da luta pela contenção dos poderes do monarca. Os barões enxergavam a expansão dos poderes do rei por meio da jurisdição dos tribunais reais como uma ameaça aos seus domínios. Por isso, para conter tal avanço, o Estatuto de *Westminster II*, de 1285, estabeleceu que os tribunais reais só poderiam conceder *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos, ou seja, desde que já existissem precedentes em tal sentido, vedando-se, assim, a criação de novas ações.<sup>74</sup>

Os *writs* eram ações judiciais que consistiam em uma ordem dada pelo rei às autoridades para processar e julgar dados litígios. Possuíam fórmulas rígidas, de maneira que deveria haver um remédio apropriado e específico para cada tipo de litígio. Se não houvesse um *writ* previamente determinado para cada situação controvertida, não haveria possibilidade de resolvê-la judicialmente. Com isso, constantemente, deparava-se com um injusto e insustentável quadro de denegação da prestação jurisdicional e, por conseguinte, de ausência de solução do litígio. Por muito tempo, o processo foi considerado mais importante do que o direito material controvertido (*remedies precede rights*). Com o passar dos anos, os *writs* previstos no *common law*, excessivamente formalistas e bastante limitados pelo Estatuto de *Westminster II*, tornaram-se insuficientes para atender às novas demandas por justiça.<sup>75</sup>

Nesse contexto, tem início a terceira fase da evolução do direito inglês, com o surgimento do modelo da *equity*, que é um sistema paralelo e complementar ao *common law*. A *equity* foi concebida para viabilizar a realização concreta da justiça, especialmente diante das insuficiências do direito pretoriano ou das excessivas restrições processuais inerentes aos *writs*.

De sorte que, a partir do século XVI, em caráter excepcional, os súditos que não tivessem, a seu próprio juízo, obtido decisões justas perante os Tribunais de *Westminster* ou que não se conformassem com as suas decisões, poderiam dirigir-se ao rei, clamando por

---

(DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 441.) LOSANO enxerga o *common law* como um direito consuetudinário, mas analisando-o sob uma outra ótica, de um costume jurisprudencial: “Ao redor da curia regis logo se condensou uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam os juízes que, com suas sentenças, acabaram criando o Common Law. Esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes”. (LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325).

<sup>74</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

<sup>75</sup> Idem.

justiça. Ulteriormente, em razão do aumento destas petições dirigidas ao rei, a função de julgar os recursos fundados na *equity* foi transferida pelo monarca a um conselheiro do rei – o *Chancellor* –, o que culminou na criação do Tribunal da Chancelaria (*Court of Chancery*). As suas decisões eram proferidas com fundamento na equidade, ao passo que os julgados das tradicionais cortes de *common law* lastreavam-se em princípios substantivos oriundos do direito romano e canônico, sendo o respectivo processo escrito e secreto.

Contudo, com o passar do tempo, as decisões da *equity*, que eram inicialmente tomadas com base na equidade do caso particular, tornam-se cada vez mais técnicas e sistemáticas, levando ao surgimento de “doutrinas equitativas”, que funcionavam como acréscimos ou corretivos aos princípios jurídicos aplicados pelos tribunais reais através dos precedentes.<sup>76</sup>

O direito inglês, a partir de então, estruturou-se sob um regime jurídico dualista, no qual coexistiam duas espécies de jurisdição: a de *common law*, de natureza ordinária, exercida pelos Tribunais de *Westminster*, pautada no direito jurisprudencial, e a da *equity*, de matiz especial, aplicada exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria, fundada em princípios de equidade.

Finalmente, a quarta etapa do desenvolvimento do direito inglês, o período moderno, é a do regime atual, que compreende a segunda metade do século XIX, passando pelo século XX, até adentrar com vigor no século XXI.

No final do século XIX, a estrutura organizacional do Poder Judiciário inglês foi profundamente modificada pelos *Judicature Acts*, editados entre os anos de 1873 e 1875, por meio dos quais as jurisdições de *common law* e da *equity* foram unificadas. Desde então, todos os tribunais do reino passaram a deter competência para proferir decisões fundadas tanto no *common law* quanto na *equity*. Ambos os sistemas foram mantidos com as referidas reformas e estão em vigor até hoje. Houve apenas a unificação orgânica da competência dos tribunais para aplicá-los.

Além disso, o triunfo das ideias democráticas, a expansão vigorosa da atividade legislativa pelo *Parliament* e, ainda, o aumento do papel do Estado nas esferas econômica e social alavancaram decisivamente o curso da evolução do *common law* inglês na primeira metade do século XX. A intervenção estatal na economia e a adoção da doutrina do *welfare state* exigiram uma postura mais proativa do Estado visando à criação e à implementação de

---

<sup>76</sup> DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

direitos sociais, tais como educação, saúde e previdência. O volume de leis editadas aumentou de forma jamais vista até então.

Outrossim, a adesão do Reino Unido à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, seguida de sua submissão à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos instituída em 1959, o seu ingresso na União Europeia, curvando-se às regras do direito comunitário, e, mais recentemente, a edição do *Civil Procedure Rules* (o Código de Processo Civil inglês), do *Human Rights Act*<sup>77</sup>, ambos em 1998, e, ainda, do *Constitutional Reform Act*, de 2005, que criou a *Supreme Court of the United Kingdom*, também trouxeram expressivos impactos na doutrina clássica do *common law*.<sup>78</sup>

As leis inglesas (*statutory law*), antes somente limitadas pelos princípios e regras inerentes à tradição do *common law*, passaram a ser interpretadas pelos seus tribunais de acordo com as regras de direitos humanos estatuídas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, abrindo-se a possibilidade de se recusar aplicação a regras nacionais que sejam contrárias aos direitos humanos. Os juízes ingleses começaram, assim, a exercer uma forma de *judicial review*, mitigando ainda mais o postulado da *supremacy of the English Parliament*. Por outro lado, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos têm funcionado como precedentes para as cortes dos Estados-membros, incluindo as respectivas cortes constitucionais, exigindo em alguns casos a não aplicação das leis advindas dos parlamentos locais, bem como propiciando a alteração da jurisprudência antes consolidada pelos tribunais locais.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> O *Human Rights Act*, que entrou em vigor no ano 2000, ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos e estabeleceu, em sua Seção 4, a necessidade de as normas do direito inglês serem interpretadas de acordo com esta Convenção. A *House of Lords*, adequando-se a esta nova realidade, imposta pelo direito internacional dos direitos humanos, passou a valer-se da Convenção Europeia de Direitos Humanos como parâmetro material para o *judicial review*. No caso *A v. Secretary of State for the Home Department*, julgado em 2005, a *House of Lords* decidiu que as disposições do *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, que conferiu, ao Secretário de Estado para Assuntos Internos autoridade, poder para prender cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo, mesmo sem acusação ou julgamento, eram incompatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e com o *Human Rights Act*. Nesse sentido, cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. Tradução por: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 280-281.

<sup>78</sup> As características do *common law* inglês desde o período moderno denotam sua aproximação em vários aspectos da tradição do *civil law*, que também – sobretudo pelo fortalecimento do direito jurisprudencial – tem aproximado-se do sistema inglês. Por todos, em língua portuguesa, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. Nesta obra, resultado de sua tese de doutoramento, a autora explora de forma detalhada esses novos aspectos do sistema de *common law* inglês.

<sup>79</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

Nada obstante as expressivas mudanças ocorridas na Inglaterra nos últimos cem anos, Neil Andrews deixa claro que, apesar de estar fortemente influenciado por leis escritas e por regulamentos europeus que “*têm força igual à legislação primária*”, o sistema de precedentes ainda continua sendo a base do direito inglês no século XXI.<sup>80</sup>

O *common law* inglês, como se observa desse breve apanhado histórico, é um sistema jurídico que foi sendo paulatinamente construído na Inglaterra ao longo dos últimos mil anos, alicerçado, sobretudo – porém não exclusivamente – nas decisões judiciais, cuja autoridade do direito estipulado nos seus precedentes repousa em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações, diferentemente do que ocorre na tradição do *civil law*, na qual a validade e a força do Direito – leia-se, da lei –, particularmente na época do Estado Moderno, justificava-se pela autoridade de quem a promulgou. Foi um modelo jurídico forjado historicamente sem revoluções ou rupturas com o passado, diversamente do que ocorreu na França, berço da codificação moderna, com a revolução de 1789.

Traduz-se em um sistema de feição aberta, no sentido de que nele é possível encontrar a resposta jurídica mais adequada à resolução do caso *a posteriori*, uma vez que as suas normas e princípios gerais são constantemente reinterpretados pelos tribunais. Dito de outra maneira, quando um sistema jurídico, tal como o *common law*, é desenvolvido mediante o abarcamento de novas realidades, há um processo de formação paulatina, gradual e lógica do direito. A solução de uma questão conexa a um precedente implica novo passo que não pode negar o que foi anteriormente definido. Há uma relação de continuidade entre a solução da nova questão e o precedente, conferindo à atividade judicial um modo de pensar que vai se desenvolvendo aos poucos.<sup>81</sup>

Assim, classicamente, o *common law* inglês desenvolveu-se como um sistema essencialmente prático e pragmático. Os problemas jurídicos e as regras e princípios que nortearão a sua solução são conhecidos e solucionados caso a caso, partindo-se das decisões do passado a fim de construir as do presente (*reasoning case by case*).

Na tradição do *common law* inglês os precedentes enquadram-se como fonte primária do Direito. Os juízes sempre gozaram do *judge-made law*, ou seja, do poder de criar direito, o qual se encontra precipuamente nas regras e princípios gerais extraídos dos

---

<sup>80</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. Ed. Tradução por: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96-97.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

precedentes, isto é, em sua *ratio decidendi*. As leis (*statutory law*) eram consideradas fontes secundárias do ordenamento jurídico inglês, cuja função cingia-se, no mais das vezes, a complementar ou corrigir, pontualmente, o direito criado pelos tribunais. É certo que as leis tinham necessariamente que ser aplicadas pelo Poder Judiciário. Entretanto, a lei era tida como uma “peça estranha” no sistema jurídico inglês.<sup>82</sup> A norma nela contida só era definitivamente revelada e plenamente incorporada ao sistema jurídico inglês após sua interpretação e aplicação pelos tribunais, momento em que se tornava efetivamente cognoscível. Mas, tão logo fosse possível, somente eram citadas, em vez do texto da lei, as decisões que a aplicaram.<sup>83</sup>

A forte influência da história na consolidação do *common law* na Inglaterra, aliada ao método de análise e construção casuístico e prático das decisões, explicam ainda a inexistência de um direito dogmático e científico ministrado nas universidades locais, posto que o sistema inglês, como visto, estruturou-se com base na prática cotidiana do direito, e não a partir da doutrina ou da ciência do direito como se verificou nos Estados da tradição do *civil law*.<sup>84</sup>

Dada a proeminência histórica das decisões judiciais como fontes primárias do Direito da *common law*, não houve necessidade de edição formal, resumida em um documento único, de uma constituição escrita na Inglaterra.<sup>85</sup>

Por fim, cabe ressaltar que nem mesmo a Revolução Gloriosa de 1688, que culminou com a afirmação solene da *Supremacy of the Parliament*, pretendeu romper com o papel de primazia do *common law* na Inglaterra, pois essa supremacia não significou onipotência da lei ou a transferência do absolutismo real para o parlamento.<sup>86</sup> A Revolução de 1688 não visou mitigar o poder de *judge-made law* dos tribunais ingleses. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

---

<sup>82</sup> DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 434.

<sup>83</sup> Idem.

<sup>84</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 306.

<sup>85</sup> “O que os ingleses chamam de constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45-46.

<sup>86</sup> O poder do monarca, a partir da Revolução Gloriosa, como dito, foi limitado pelos direitos e liberdades do povo inglês. Tanto assim que, já em 1689, foi editado o *Bill of Rights* estatuindo sobre a proteção da pessoa e da propriedade individual e, bem ainda, sobre a submissão do rei à *common law*.

O parlamento, com a Revolução Gloriosa, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas a força do direito comum diante do poder real. (...) Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. De modo que a ideia de *supremacy of the English parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao *common law*.<sup>87</sup>

No modelo jurídico do *common law* inglês, no qual se admite que os precedentes são fonte primária do Direito (*judge-made law*), concebe-se com mais naturalidade que seja outorgada força vinculante às decisões judiciais (*binding effect*), ao menos em relação aos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores ao tribunal prolator da decisão.

Entretanto, *common law* e *stare decisis* não se confundem. O primeiro, consoante se observa do apanhado histórico supra, consiste no “direito comum do reino”, lentamente estabelecido pelos tribunais por meio de suas decisões, e que surgiu e se consolidou entre os anos de 1066 e 1485, muito antes do segundo, cujo reconhecimento formal pela *House of Lords* somente ocorreu na segunda metade do século XIX, como se verá logo em seguida.

A preocupação em evitar decisões conflituosas entre os órgãos judiciários emergiu bem antes do reconhecimento formal do *stare decisis* pelas cortes inglesas. José Rogério Cruz e Tucci registra que os primeiros comentadores do *common law* já manifestavam preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios, assinalando que Henry de Bracton, ainda no século XVI, começara a delinear a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos, tendo chegado a levantar a “*questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juízes que decidiam desprezando o direito elaborado nos vetera iudicia*”.<sup>88</sup>

Não havia ainda, no século XVI, regra jurídica que impusesse o efeito vinculante ao precedente. Contudo, os juízes frequentemente frisavam a importância dos julgados e a exigência de que as decisões anteriores deveriam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao sistema.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. 2. ed. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

<sup>88</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 154.

No século XVII, a Câmara de *Exchequer* (*Exchequer Chamber*) definiu que as suas decisões seriam precedentes vinculantes, defendendo que uma decisão colegiada de uma Corte tinha quase a mesma hierarquia de uma lei promulgada pelo Parlamento. Naquela época, segundo relato de Theodore Plucknett, apenas as decisões da Câmara de Exchequer produziam efeito vinculante, nem mesmo as decisões da *House of Lords* gozavam de tamanha autoridade.<sup>90</sup>

Por sua vez, Neil Duxbury assevera que, apesar de não ser possível afirmar com precisão quando os tribunais passaram a considerar-se vinculados aos seus precedentes, já no final do século XVIII, existia no Poder Judiciário inglês a prática de segui-los; mas o fato de inexistir uma clara hierarquia entre as cortes tornava difícil, ou mesmo impossível, dizer que uma decisão anterior era vinculante no caso subsequente em razão da autoridade da qual emanara. Na época, o *stare decisis* já se encontrava em processo de construção, mas a doutrina do precedente somente viria a consolidar-se no final do século XIX.<sup>91</sup>

Além da ausência de uma clara organização hierárquica entre os tribunais, também contribuiu para que a sistematização e consolidação da doutrina dos precedentes e, por consequência, do instituto do *stare decisis* somente ocorresse no final do século XIX, a inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais. Segundo atesta David Pugsley, o primeiro livro que se ocupou de fazer um estudo bastante detalhado sobre o *stare decisis* e sobre os precedentes relevantes na Inglaterra – o *First Book of Jurisprudence*, de Frederick Pollock – somente foi publicado em 1896.<sup>92</sup>

Entretanto, afiança Duxbury, a primeira e a mais crucial etapa no processo de consolidação do *stare decisis* iniciou-se anteriormente, ainda no século XVI, a partir do momento em que, em virtude de mudanças nos procedimentos perante as cortes, as decisões judiciais passaram a ser fundamentadas. Os juízes, então, fundamentadamente, começaram a proferir decisões em bases racionais, o que, gradualmente, deu forma àquilo que mais tarde veio a ser reconhecido ou definido como precedente judicial.<sup>93</sup>

Os precedentes judiciais passaram, assim, a cumprir um papel relevante na prática judiciária a partir do século XVI, na medida em que decisões, a partir de então

---

<sup>90</sup> PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 347-348.

<sup>91</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 17-18.

<sup>92</sup> PUGSLEY, David F. Origine della regola dello *stare decisis*. In: VINCENTI, Umberto (Org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 240.

<sup>93</sup> DUXBURY, Neil. op. cit., p. 25.

fundamentadas e, portanto, dotadas de racionalidade e controlabilidade, serviam – se não como precedentes vinculantes – pelo menos como exemplo para a solução de casos similares.

Além disso, no século XIX, o padrão dos *law reports* melhorou significativamente, não apenas em decorrência da profissionalização e da institucionalização dos profissionais que os elaboravam (*the reporters*), mas também em virtude do desenvolvimento, a partir de 1830, da técnica de taquigrafia, que possibilitou a reprodução praticamente literal das decisões judiciais. Já na metade do século XIX, os relatórios haviam se tornado tão precisos a ponto dos *reporters* entregarem aos juízes a transcrição dos julgamentos orais para aprovação e correção.<sup>94</sup> O aperfeiçoamento dos *law reports*, arremata Duxbury, possibilitou que os julgamentos fossem cuidadosamente documentados e que os principais pontos da fundamentação das decisões fossem facilmente identificáveis.<sup>95</sup>

Por fim, a instituição de um sistema hierarquizado de cortes de apelação, levada a efeito pelos *Judicature Acts* de 1873-1875, concorreu para a consolidação, já em curso, da doutrina do precedente, pois os juízes passaram a sentir-se vinculados às decisões anteriores estabelecidas pelas cortes superiores em razão do *status* ou da autoridade delas, mais até do que propriamente pela qualidade da fundamentação ou dos argumentos contidos nos precedentes.<sup>96</sup>

No âmbito da *House of Lords*, o primeiro precedente em que a Corte reconheceu a eficácia vinculante de suas decisões em relação a si própria e aos demais tribunais inferiores (*stare decisis* horizontal e vertical) foi no caso *Beamish v. Beamish*<sup>97</sup>, de 1861, em que o tribunal analisou uma contenda relacionada à validade de um casamento.

O reverendo Samuel Swayne Beamish pretendia se casar com Isabella Frazer, sendo ambos membros da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda. Como não obteve autorização do pai de Isabella para com ela se casar, Beamish decidiu, por conta própria, celebrar o seu casamento de forma clandestina em 1831. Após o falecimento de Samuel Beamish, em 1844, foi deflagrada uma disputa pelos seus bens entre seu filho mais velho, Henry Beamish, e seu segundo filho, Benjamim Beamish, eis que a validade do casamento do reverendo repercutiria diretamente na sucessão patrimonial.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 55-56.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>97</sup> Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/th/s/11ER735.html>> Acesso em: 19 nov. 2014.

<sup>98</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 132.

O tribunal irlandês houvera considerado válido o casamento. A *House of Lords*, por sua vez, invocou o seu precedente formado no caso *The Queen v. Millis*, de 1844 – no qual houvera decidido que o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo e que se o próprio noivo fosse um clérigo, isso não validaria o casamento, de sorte que, quanto à forma da celebração, não haveria diferença entre o casamento de um noivo clérigo e de um noivo leigo –, e reformou a decisão do tribunal irlandês. A *House of Lords* aplicou, em *Beamish v. Beamish*, a *ratio decidendi* estabelecida no caso *The Queen v. Millis*, qual seja, “o casamento só é válido se celebrado por um clérigo” e proclamou que as suas decisões seriam vinculantes para si e para os demais tribunais inferiores.<sup>99</sup>

Quase quarenta anos depois, no julgamento do emblemático caso *London Tramways Co. v. London County Council*, em 1898, a *House of Lords* reafirmou a necessidade de vincular-se aos seus próprios precedentes, porém fê-lo de forma mais radical, na medida em que estabeleceu a absoluta indiscutibilidade de sua decisão pretérita, a qual não poderia, em hipótese alguma, ser revista nem mesmo pela própria *House*, ainda que ulteriormente a considerasse equivocada ou mal decidida. O tribunal encampara, nesse julgamento, a doutrina do *strictly binding precedent*.

A coercibilidade extrema conferida aos seus precedentes fora atenuada em 1966, com a edição do *Practice Statement* pela *House*, quando a Corte reconheceu que uma aderência muito rígida ao precedente poderia levar a uma injustiça no caso concreto e também restringir, de forma indevida, o próprio desenvolvimento do Direito. A *House* anunciou que, apesar de normalmente estar vinculada aos seus precedentes, poderia deles se afastar sempre que aparentar certo fazê-lo.<sup>100</sup> A doutrina do *strictly binding precedent* foi substituída pela do *normally binding precedent*, que ainda vigora no país.

<sup>99</sup> EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: Laurence Goldstein (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 56.

<sup>100</sup> Eis a íntegra original do *Practice Statement: Judgment - Judicial decision as authority - Stare decisis - House of Lords - Freedom of House of Lords to depart from their previous decisions where right to do so - Doctrine of precedent nevertheless an indispensable foundation of decisions of law. Before judgments were given in the House of Lords on July 26, 1966, LORD GARDINER, L.C., made the following statement on behalf of himself and the Lords of Appeal in Ordinary: Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.*

A flexibilização da força absolutamente vinculante – ou da aderência excessivamente rígida – do precedente inglês deu-se, portanto, com o escopo primário de evitar a realização de injustiças e de permitir o desenvolvimento do direito. O sistema jurídico inglês preservou, contudo, o compromisso de efetivo respeito aos precedentes, ainda que sua *ratio* não seja comungada pelos juízes da corte que o prolatou e pelos demais tribunais inferiores, porque a regra do *stare decisis* – assim como a ideia de aplicar a lei na *civil law*, mesmo que nem sempre o juiz concorde com ela – não pode ser aplicada apenas em relação às decisões “boas” ou “justas”, pois, se assim fosse, não teria a doutrina do precedente qualquer valor ou significado.<sup>101</sup>

Desse modo, no final do século XIX, a autoridade das decisões, que um século antes era definida a partir de um ainda vago e genérico “princípio do *stare decisis*”, passou a ser determinada por um efetivo “sistema de regras de precedentes”, sendo verdade, porém, que alguns de seus detalhes e aperfeiçoamentos foram tramados apenas no século XX. Mas, garante Jim Evans, as concepções gerais da doutrina do precedente já estavam firmemente estabelecidas no final do século XIX. Os tribunais ordinários eram estritamente vinculados pelas decisões das instâncias superiores e as cortes superiores às suas próprias decisões.<sup>102</sup>

Nesse ambiente histórico, o “direito dos casos” (*reasoning case by case*) desenvolveu-se gradativamente até tornar-se o direito dos precedentes vinculantes. Essa foi, classicamente, a nota mais marcante do *common law* inglês: caracterizar-se como um direito desenvolvido por juízes nos julgamentos de casos concretos, que vinculam as decisões posteriores.<sup>103</sup>

Cabe ainda salientar que doutrina do precedente em sentido forte e em sentido frágil, que fundamenta e explica o grau, maior ou menor, de vinculatividade dos precedentes no *common law* inglês, teve fundamentos jusfilosóficos bastante diferentes que predominaram em momentos históricos diversos.

Na Inglaterra, até o início do século XIX, gozou de grande prestígio a corrente jusnaturalista para a qual a jurisdição era meramente declaratória, tendo Hale (1609-1676) e

---

*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.* Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/PDF/Practice%20Statement%20%5B1966%5D.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>101</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 207.

<sup>102</sup> EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: Laurence Goldstein (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 64.

<sup>103</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 225.

Blackstone (1723-1780) como seus principais expoentes. O juiz, para Blackstone, agia como que um “oráculo vivo” do direito, que simplesmente aplicava os costumes ou princípios gerais estruturantes do reino, tidos como de aceitação geral, que integravam o direito natural.<sup>104</sup> O precedente não criava direito, mas limitava-se a declarar o direito comum antigo vigente no reino. Contudo, para Blackstone, ainda assim o precedente deveria, em regra, ser obrigatoriamente seguido pelos tribunais, ao menos que fosse manifestamente absurdo ou injusto, caso em que ele deveria ser revisto, eis que a regra nele insculpida não representaria o direito estabelecido, posto não ter o tribunal declarado o costume ou princípio geral realmente presente no reino.<sup>105</sup> Nesse modelo de jurisdição situava-se o precedente em sentido frágil, cuja vinculação dirigia-se apenas aos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical), não estando a corte que o editou proibida de revê-lo. Seus adeptos buscaram construir e sistematizar o direito a partir desses princípios gerais estruturantes.

Para a teoria declaratória da jurisdição, o precedente representava o principal indício de qual era o direito vigente, sendo despido, porém, da força de um ato originário de produção de regras jurídicas. Essa teoria era, pois, compatível tanto com uma leitura tradicionalista, segundo a qual o *common law* seria produzido por costumes, quanto com uma abordagem jusnaturalista, de acordo com a qual ele seria constituído por um sistema ideal de princípios de cunho intrinsecamente racional.<sup>106</sup>

A doutrina do precedente vinculante em sentido frágil radicou-se na exigência de justeza ou justiça formal, impondo que o precedente fosse seguido, exceto se da sua aplicação puderem resultar consequências manifestamente inaceitáveis ou desarrazoadas. Foi um produto do século XVII e uma construção jurisprudencial universal que, no plano histórico-político, coincide com a formação do Estado Moderno e, no plano jurídico-teórico, encontra fundamento nas teorias jurídicas humanistas dos séculos XVI e XVII.<sup>107</sup> Vale lembrar que o naturalismo fundava-se na ideia de racionalidade e logicidade do sistema jurídico.

De outro lado, a partir da segunda metade do século XIX, com a consagração da doutrina positivista na Inglaterra, fortemente influenciada por Bentham e Austin, o cenário mudou radicalmente. De acordo com Bentham, o direito deveria zelar precipuamente pela sua

---

<sup>104</sup> WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In: Laurence Goldstein (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 73.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>106</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 346.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 343.

certeza e estar contido exclusivamente em atos estatais oficiais, tais com as leis, regulamentos e decisões judiciais, residindo o seu fundamento de validade na autoridade da qual emanavam esses atos normativos, sendo os precedentes compreendidos apenas como regras emanadas dos tribunais.<sup>108</sup> O direito era criado e não descoberto como pregavam os jusnaturalistas, sendo, em essência, produto da vontade dos tribunais manifestada por meio dos precedentes.<sup>109</sup>

Foi exatamente durante o predomínio da doutrina positivista da jurisdição que o *stare decisis* chegou a seu ponto extremo, quando a *House*, no citado caso *London Tramways Co. v. London County Council* de 1898, declarou-se irremediavelmente vinculada aos seus precedentes, não podendo revê-los (*strictly binding precedent*). Experimentou-se, então, naquele momento, a sublime consagração do *stare decisis* em sentido horizontal.

O positivismo conferia valor à *autoritas*. O naturalismo, à *ratione*. O fundamento da doutrina do precedente absolutamente vinculante, ou em sentido forte, foi “*um positivismo jurídico que inverteu por completo a balança entre ratio e auctoritas*”.<sup>110</sup> Contudo, ainda assim, na Inglaterra, ressalta Luiz Guilherme Marinoni, tanto a teoria declaratória quanto a constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.<sup>111</sup>

O peso ou autoridade do precedente pode depender da presença de vários elementos. Diversos fatores podem ser relevantes para a determinação do grau de vinculatividade dos precedentes. Aleksander Peczenik elenca os seguintes: a) o grau de hierarquia do tribunal – quanto mais elevada a corte, mais forte o precedente; b) se a decisão foi proferida por um órgão fracionário (*a panel*) ou pelo plenário do tribunal (*full bench*); c) a reputação do tribunal ou do juiz que proferiu a decisão; d) mudanças no contexto político, econômico ou social ocorridas desde a edição da decisão anterior; f) a idade do precedente; g) a existência ou não de divergência, isto é, se a decisão foi unânime ou não; h) o ramo do direito

---

<sup>108</sup> EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: Laurence Goldstein (Org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 66-67.

<sup>109</sup> WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In: Laurence Goldstein (Org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 74.

<sup>110</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 347.

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

envolvido na decisão; i) se o precedente representa uma tendência; j) o nível de aceitação ou de crítica do precedente pela academia; e k) os efeitos das mudanças legais em áreas afins.<sup>112</sup>

Noutro giro, a outra grande tradição jurídica do Ocidente é o *civil law*, também denominada modelo romano-germânico, que tem profundas raízes no direito herdado do Império Romano.<sup>113</sup> É mais antiga e difundida pelo mundo do que a tradição do *common law*. Seu surgimento remonta ao ano 450 a.C, data da publicação da Lei das Doze Tábuas. Prevalece na Europa Continental, em toda a América Latina, em muitas partes da África e da Ásia e até mesmo em alguns enclaves do mundo da *common law*, como na Louisiana, em Quebec e em Porto Rico.<sup>114</sup> Recebeu grande influência dos Direitos Romano, Canônico e Comercial.

O Direito Civil romano constituiu a mais antiga e a mais basilar parte da tradição do *civil law*<sup>115</sup>, tendo fornecido sua mais relevante contribuição ao moderno *civil law* através do estudo dos *Corpus Iuris Civilis*<sup>116</sup> de Justiniano do ano 529 d.C<sup>117</sup>, que era lecionado em conjunto com o Direito Canônico nas universidades. Os estudantes que completavam o curso de Direito recebiam o título de *Iuris Utriusque Doctor* (Doutor em ambos os direitos)<sup>118</sup>. O Direito Comercial desenvolveu-se principalmente a partir do período das Cruzadas, embora se possa afirmar com segurança que ele seja tão antigo quanto o próprio comércio.<sup>119</sup>

As três “subtradições” acima mencionadas, componentes da tradição do *civil law* – Direitos Civil romano, Canônico e Comercial – são as principais fontes históricas dos

<sup>112</sup> PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 477-478.

<sup>113</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 217.

<sup>114</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 23.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>116</sup> Andréia Costa Vieira consigna que “a tradição do *Corpus Iuris Civilis*, como autoridade primeira na busca incessante da verdade jurídica, é a marca fundamental mais distintiva do sistema legal da *Civil Law*, em contraposição à *Common Law*”. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 217.

<sup>117</sup> “O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano não estava restrito ao direito civil romano. O documento incluía muitas disposições relacionadas ao poder do imperador, à organização do império, e a uma diversidade de outras matérias que os advogados de hoje classificariam como direito público. No entanto, a parte da compilação de Justiniano que trata do direito civil romano foi justamente aquela que se tornou objeto de estudos mais profundos e se tornou a base do sistema jurídico do mundo da *civil law*”. MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 30.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>119</sup> *Idem*.

conceitos, instituições e procedimentos da maior parte do Direito Privado, do Direito Processual e, ainda, de grande parcela do Direito Penal dos modernos sistemas legais de países da família do *civil law*, estando materializadas em cinco códigos tipicamente encontrados em um Estado adepto do *civil law*, quais seja, os códigos civil, comercial, de processo civil, penal e de processo penal.<sup>120</sup>

O *civil law* incorporou também alguns traços do direito germânico<sup>121</sup>. Em razão da ocupação de diversos povos germânicos na Europa Ocidental, particularmente após a queda do Império Romano do Ocidente no século V, leis bárbaras foram redigidas a partir do século VI.<sup>122</sup> Cientificamente, o sistema romano-germânico vai consolidar-se logo em seguida, com a eclosão do Estado Moderno, entre os séculos XII e XIII, em razão da grande influência do Renascimento e do seu estudo e sistematização nas universidades pelos glosadores e comentadores.<sup>123</sup> O *ius commune* era, portanto, o “direito comum” estudado nas universidades que mesclava uma pluralidade de fontes jurídicas como o Direito Romano, o Direito Canônico, o direito costumeiro dos bárbaros, as glosas e os comentários.<sup>124</sup>

A tradição do Direito Romano permite delinear a existência de algumas características importantes, como a preponderância da lei como fonte primária por excelência do direito, a exigência de que a lei seja geral e abstrata e a ideia de que o direito deve ser justo.

Na tradição do *civil law*, o desenvolvimento do direito público, especialmente dos ramos do direito constitucional e administrativo, deu-se um pouco mais tarde, especialmente nos cem anos que seguiram a 1776. As revoluções americana e francesa, a independência das nações latino-americanas, o *Risorgimento Italiano* e a unificação da Alemanha sob Bismarck influenciaram sobremaneira o direito público da tradição romano-germânica. Houve uma grande valorização do direito natural e da razão. O direito tornou-se secular, isto é, dissociado de qualquer doutrina religiosa, credo ou autoridade da igreja.

---

<sup>120</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 37.

<sup>121</sup> Os “direitos germânicos ocidentais” eram oriundos dos francos, dos bávaros, dos saxões, dos suevos, dos anglo-saxões e dos lombardos, enquanto que os direitos germânicos orientais eram os dos vândalos, dos burgúndios e dos godos. Cf. LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

<sup>122</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37-38.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 39-40.

<sup>124</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

Pregava-se que todos os homens nasciam iguais e tinham certos direitos naturais à propriedade, à liberdade e à vida. A função do Estado passou a ser de reconhecer e proteger esses direitos e assegurar a igualdade entre as pessoas.<sup>125</sup>

Outro aspecto importante no curso evolutivo do *civil law*, também decorrente das doutrinas dos revolucionários norte-americanos e franceses, foi a consagração do princípio da separação dos poderes. Nos Estados Unidos a preocupação central foi a de limitar o Poder Legislativo. Na França, diversamente, conferiu-se grande atenção em restringir as atividades do Poder Judiciário, que, historicamente, era composto por membros da aristocracia e que tendiam sempre a tomar decisões favoráveis a essa casta. Os juízes franceses, não raramente, recusavam-se a aplicar novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários do Estado, o que frustrava os esforços da Coroa para unificar o reino e para dar efetividade às reformas ilustradas e progressistas.<sup>126</sup>

O Estado de Direito na França, desde o primórdio da Revolução, forte na rígida doutrina de Montesquieu da tripartição dos poderes, fiou-se na ideia de supremacia do parlamento. Todo o direito encontrava-se na lei e somente nela, sendo o Poder Judiciário um poder nulo, que deveria limitar-se a reproduzir as palavras dos textos legais.<sup>127</sup> O direito – resumido à lei – deveria ser claro, coerente, inteligível, completo e sem lacunas. Pretendia-se que a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando ao juiz apenas descortiná-la quando da análise do caso concreto. Almejou-se, destarte, limitar o Poder Judiciário, que deveria apenas aplicar a lei, sem ter a possibilidade de sequer interpretá-la e de, assim, criar direito.

O nacionalismo representou outro aspecto importante do fortalecimento do Estado Moderno. Queria-se conceber um sistema jurídico nacional, redigido exclusivamente na língua pátria, que expressasse os ideais e a unidade cultural nacionais. A autoridade do *ius commune* passou a ser rejeitada, não se aceitava mais a ideia de um direito comum a todas as

---

<sup>125</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 39-40.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>127</sup> “Nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao contrário, havia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes tinham se constituído em uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra os abusos do poder governante, tendo tido também um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. Não existia o temor do juiz legislador e da interferência judicial em assuntos da administração. Ao contrário, o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento da *common law* era familiar e bem-vindo (...). O judiciário não era o alvo da Revolução Americana no sentido em que ele o foi na França”. MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 41-42.

nações.<sup>128</sup> O Estado passou a ser a única fonte do Direito, em contraposição às referidas fontes plúrimas presentes no *ius commune*.

O abandono do *ius commune* na Europa continental foi fator importante no movimento de codificação, fortemente impulsionado pelo racionalismo da época. Buscou-se, então, formular um direito unificado, destinado a substituir o modelo pluralista de fontes do direito por um único texto legislativo completo e de valor geral. No caso da França, o processo de codificação, alicerçado por um forte ideal estatista centralizador e nacionalista, visou a promover uma completa ruptura com o direito anterior, dissociando radicalmente o novo direito codificado da ordem jurídica antecedente. O Código de Napoleão de 1804 foi o grande marco dessa fase do pós-revolução, representando, nas palavras de Norberto Bobbio, “*um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e que produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo*”.<sup>129</sup>

Em suma, as revoluções burguesas produziram algumas importantes transformações, notadamente no que toca aos direitos naturais do homem, à separação dos poderes, ao racionalismo, ao antifeudalismo, ao liberalismo burguês, ao estadismo e ao nacionalismo.<sup>130</sup>

Entretanto, se na França, pretenderam os revolucionários que a codificação não tivesse ligação com o direito anterior, na Alemanha predominou a concepção, capitaneada por Savigny, de reconstrução – e não de superação ou abandono – do direito alemão com base em seus próprios princípios e elementos históricos. O objetivo era codificar os princípios do direito alemão que foram construídos historicamente ao longo dos séculos e que seriam revelados a partir de cuidadosos estudos. Assim, o Código Civil alemão de 1896 surgiu a partir de um ideal filosófico completamente oposto do Código francês de 1804; ao invés de tentar descortinar os verdadeiros princípios do direito, como fizeram os franceses, a partir de pressuposições sobre a natureza humana ditadas pelos princípios do direito natural secular, os alemães perseguiram os princípios fundamentais por meio do estudo histórico-científico de seu direito.<sup>131</sup>

De todo modo, independentemente dos fundamentos filosóficos adotados ou dos objetivos pretendidos, o movimento de codificação na Europa continental almejava alcançar a

---

<sup>128</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 43.

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Tradução por: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 63.

<sup>130</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

<sup>131</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. op. cit., p. 58-60.

plenitude, a completude e a certeza do sistema jurídico codificado. Malgrado tenha sido ulteriormente admitida a possibilidade de haver lacunas, obscuridades ou contradições no ordenamento jurídico e, por consequência, se tenha outorgado aos juízes poderes para supri-las ou saná-las, impondo-lhes o dever de dirimir o conflito mediante solução justa, o sistema jurídico era concebido de maneira a garantir, tanto quanto possível, que o magistrado tivesse sempre na lei a resposta preestabelecida para solucionar os processos.

Por derradeiro, cabe salientar que a concepção dogmática do direito, fundada na supremacia do parlamento e na primazia absoluta da lei, que permeou o *civil law*, sofreu radical mudança, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com a adoção do constitucionalismo por diversos países da Europa continental, dando-se ênfase, sobretudo, ao princípio da supremacia das constituições e dos direitos fundamentais.<sup>132</sup> A primazia da lei cedeu lugar à supremacia da constituição. A possibilidade de o Judiciário anular uma lei proveniente do Legislativo relativizou o rigor do princípio da estrita separação das funções estatais, tal como idealizado pelos revolucionários franceses.

Na história dos sistemas da tradição do *civil law*, o recurso ao precedente vinculante, ao contrário do que se poderia supor, também não foi algo estranho ou inusual na Europa continental.

Cruz e Tucci assevera que, no século XIII, os glosadores e comentadores, ao interpretar a Constituição Justiniana, discutiam sobre o problema atinente à eficácia vinculante dos precedentes. Alguns “doutores” da época sustentavam que uma série contínua de decisões no mesmo sentido formava um costume (um *consuetudo curiae* ou um precedente judicial), que deveria ser observado pelos demais juízes. Para Acúrsio, por exemplo, a edição de duas sentenças no mesmo sentido, no período de dez anos, seria o bastante para formar um “costume judicial”. Bártolo de Sassoferrato, de forma semelhante, entendia que eram suficientes duas decisões de mesmo teor (o *binus actus in iudicio* ou *duplex conformis*) para que o posicionamento do tribunal tivesse força futura, independentemente do decurso de qualquer prazo.<sup>133</sup>

Ulteriormente, já durante o período de formação do Estado Moderno, especialmente nos três séculos que antecederam a Revolução Francesa, a unificação do direito por meio da jurisprudência foi um fenômeno constatado em praticamente todos os sistemas

---

<sup>132</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

<sup>133</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112-114.

jurídicos europeus da tradição do *civil law*.<sup>134</sup> Havia na época uma forte tendência em homogeneizá-lo: um Estado, um só Direito (*uno Stato, un solo Diritto*).<sup>135</sup>

Gero Dolezalek traz interessantes exemplos de ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica que albergaram precedentes com eficácia vinculante em certos momentos históricos.

Na Toscana, no século XVII, foi desenvolvida uma regra consuetudinária segundo a qual dois precedentes da *Rota Senese (Fiorentina ou Luchese)* tinham força de lei, sendo que qualquer decisão de grau inferior que não se adequasse a essa regra deveria ser cassada sem se adentrar no mérito da causa. No *Stato Pontificio*, as decisões da *Sacra Rota* eram também vinculantes, de fato, na praxe forense. Os tribunais inferiores conformavam-se com as decisões da *Rota* como se fossem leis e a própria *Rota* vinculava-se aos seus precedentes. Na Baviera, o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* determinava que os juízes deveriam ter “sumo respeito aos precedentes do Tribunal Supremo” (*sommo rispetto dai precedenti del tribunale supremo*).<sup>136</sup>

Colhem-se ainda registros de outros casos em que o grau de vinculatividade dos precedentes no *civil law* chegou ao seu extremo, a ponto de somente o legislador deter autoridade para revogá-los, de maneira semelhante ao verificado no *common law* inglês durante a vigência da doutrina do *strictly binding precedent na House of Lords*, entre o final de 1898 até a edição do *Practice Statement* em 1966, como adrede assinalado.

Nesse sentido, anota Dolezalek, os Estados alemães de *Hessen-Kassel* e *Hessen-Darmstadt*, nos anos de 1746 e 1777, respectivamente, estabeleceram por lei que os seus tribunais de apelação não possuíam mais autoridade para modificar os seus próprios precedentes. A partir de então, apenas o legislador poderia decidir abandonar um precedente considerado não mais aceitável. Essa legislação conservou-se ainda vigente no século seguinte.<sup>137</sup>

A título de conclusão, é oportuno colacionar a pertinente síntese elaborada por Misabel Derzi e Thomas Bustamante sobre a importância e a força vinculante dos precedentes desde o século XII até o século XVIII no continente europeu. Segundo os autores:

<sup>134</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (Org.) *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 338-339.

<sup>135</sup> DOLEZALEK, Gero. Precedenti giudiziali nello *ius comune*. In: VINCENTI, Umberto (Org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 77.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

<sup>137</sup> *Idem*.

A formação da doutrina do *stare decisis* na *House of Lords* e nas Cortes de *Westminster* não foi fruto de um fenômeno exclusivamente britânico. Os estudos histórico-jurídicos de Gino Gorla mostram conclusivamente que o *ius commune* continental, durante todo o período compreendido entre os séculos XII e XVIII, caracterizou-se pelo seu caráter aberto e cosmopolita. Especial autoridade era conferida, por exemplo, à *communis interpretatio* dos vários países que constituíam a órbita do direito comum europeu. Um dos mais importantes problemas desse direito com fortes pretensões cosmopolitas foi a “uniformização do direito através da interpretação, em um sentido lato, de um corpus de leis comuns ou semelhantes” Embora inicialmente – nos séculos XII a XV – esse trabalho de construção de uma *communis interpretatio* a constituir *auctoritas* internacional ou cosmopolita fosse exercido pelos grandes professores (*dottori*) que se dedicavam ao estudo e à sistematização do direito romano e do direito canônico, no período mais relevante para a uniformização do direito, por se tratar do período de formação do Estado Moderno – séculos XVI a XVIII –, essa atividade foi exercida quase que com exclusividade pelos grandes tribunais e seus juristas “forenses”. Nesse período foi reconhecido importante valor à jurisprudência como fonte do direito, que exercia uma missão de unificar o direito do Estado.<sup>138</sup>

#### 1.4. OPERACIONALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: AS TÉCNICAS DE APLICAÇÃO, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A aplicação de um precedente em um caso superveniente pressupõe a sua adequada compreensão e interpretação. Em linhas gerais, para o presente fim, é possível cindir o precedente em duas partes distintas, mas intrinsecamente conexas: as circunstâncias fáticas que embasam a controvérsia e a tese ou o princípio jurídico estabelecido na fundamentação do provimento decisório, que constitui a sua *ratio decidendi*.<sup>139</sup>

Assim, tanto é preciso bem conhecer e delimitar tanto os fatos e as questões jurídicas controvertidas no *precedent case* quanto os verificados no *instant case*.<sup>140</sup> Isso deve ocorrer em qualquer hipótese, seja para aplicar-se corretamente o precedente anterior invocado como paradigma ou para diferenciá-lo fática ou juridicamente do caso presente. A precisa delimitação fático-jurídica do *precedent case* é igualmente importante para que se opere a sua revogação, posto que o precedente revogador deve estabelecer uma nova *ratio decidendi* para

<sup>138</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (Org.) *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 339-340.

<sup>139</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>140</sup> Relembre-se que a *ratio decidendi* pode ser estabelecida tanto pelo tribunal que edita o precedente quanto pelo subsequente, a quem cabe interpretá-lo ou desvendá-lo.

disciplinar, de forma diversa da anterior, os litígios nos quais constatada a mesma controvérsia fático-jurídica constatada no precedente revogado.

A atenção aos fatos dos litígios, passados e presentes, é, dessarte, crucial no processo de interpretação e aplicação dos precedentes, porquanto os precedentes surgem – e suas normas incidem – no contexto de um caso concreto.

Contudo, lembra Frederick Schauer, dois eventos nunca são absolutamente idênticos. Para que uma decisão sirva como precedente para a solução de um litígio futuro não se pode exigir que ambos os casos sejam rigorosamente idênticos, pois, se isso fosse necessário, de nada valeriam os precedentes do passado.<sup>141</sup> Para Robert Alexy, dois casos muito dificilmente serão totalmente idênticos, sendo, em tese, sempre possível identificar uma diferença. O problema, então, passa a ser determinar que diferenças fáticas são relevantes.<sup>142</sup> Por isso, o primeiro e mais fundamental passo na determinação da *ratio decidendi* de um caso reside, segundo Arthur Goodhart, na identificação dos fatos materiais sobre os quais o tribunal que editou o precedente baseou sua decisão.<sup>143</sup>

A aplicação dos precedentes pode decorrer de um processo de subsunção ou de analogia. Conforme já salientado ao tratar do princípio da universalizabilidade, o precedente do qual emana uma *ratio decidendi* geralmente apresenta uma estrutura de regra<sup>144</sup>, aplicável a partir de um modelo silogístico simples, fundado em premissas do tipo “Se *a*, então *b*”, em que *a* retrata os fatos relevantes e *b* as suas consequências jurídicas.

O precedente pode – ou melhor, deve – fornecer uma regra universalizável, manejável como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos materiais do primeiro caso e os do segundo. É evidente que a “*analogia das duas fattispecie concretas não é determinada in re ipsa, mas é*

<sup>141</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stan. L. Rev.* 571 1986-1987, p. 577.

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 259.

<sup>143</sup> GOODHART, Arthr L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Dec. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 22 fev. 2011, p. 169.

<sup>144</sup> Segundo Thomas Bustamante, o precedente pode dar ensejo ao surgimento de dois tipos de *ratio decidendi*. A primeira do tipo regra, capaz de aumentar o grau de objetivação e certeza do direito, tal como o fazem as regras legais, e a segunda, de caráter excepcional, do tipo princípio, da qual emana uma norma bastante abstrata. Essa última, entretanto, segundo o referido autor, não vale por força do precedente, mas pela sua própria correção material, sendo a técnica do precedente relevante apenas quando a *ratio* extraída é do tipo regra. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 468.

*afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos”*.<sup>145</sup>

Dessarte, a estrutura fundamental do raciocínio jurídico que permeia a aplicação do precedente ao caso sucessivo é pautada na análise dos fatos, de modo que “*se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da ratio decidendi aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso*”.<sup>146</sup> Presentes essas condições, um só precedente é o bastante para fundamentar a decisão do caso sucessivo.<sup>147</sup>

Taruffo sublinha ainda a importância do papel da argumentação jurídica na utilização dos precedentes e sustenta que a sua estrutura de aplicação, a par de ser umbilicalmente vinculada aos fatos subjacentes à *ratio decidendi* que se pretende aplicar no *instant case*, é tópica, na acepção traçada por Theodor Viehweg. Leciona o mestre italiano que:

O recurso ao precedente caracteriza de maneira peculiar a estrutura da argumentação jurídica, em ordem à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja quando o precedente vem trazido em sede de análises doutrinárias, seja quando a ele se faz referência no âmbito da interpretação judicial do direito. Sem enfrentar aqui o problema de a jurisprudência ser ou não ser fonte do direito, é certo que ela é um fator essencial e decisivo em sede de interpretação e de aplicação do direito. Este fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica, sendo que esta vem a ter, não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura tópica, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*. Os precedentes representam, de fato, os *topoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung* e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença).<sup>148</sup>

Seja como for, o princípio da universalizabilidade atua como elemento nuclear que fundamenta a recepção analógica da decisão anterior para a solução do caso posterior<sup>149</sup>, assegurando que situações fático-jurídicas substancialmente semelhantes recebam o mesmo tratamento.

A importância da acurada identificação e comparação entre os fatos relevantes, verificados nos casos passado e presente, pode ser particularmente fundamental quando não se encontra, no precedente, de forma clara e objetiva, uma regra judicial, ou seja, quando a sua *ratio decidendi* não é facilmente extraída da decisão.

<sup>145</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011, p. 142-143.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 140-141.

<sup>149</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

Nesses casos, para Duxbury, os juízes podem vir a não buscar interpretar palavras ou frases específicas do precedente como fariam se estivessem interpretando diretamente uma lei. Ao contrário, eles poderão focar sua atenção em identificar semelhanças ou diferenças fáticas entre o caso passado e aquele a ser decidido. Os precedentes, nesses casos específicos, diversamente das leis, tenderão a ser aplicados por analogia ao invés de serem interpretados.<sup>150</sup>

Entretanto, ainda assim, a aplicação analógica de um precedente a um caso futuro pode apresentar dificuldades práticas na identificação dos fatos materialmente relevantes.

Se o tribunal, que vai proferir a decisão, toma em consideração os fatos contidos no precedente em um nível de alta concreção ou de extremo detalhamento, dificilmente se poderá estender a sua *ratio decidendi* à solução do caso presente, porque será sempre possível encontrar elementos fáticos divergentes. Se, diversamente, esse tribunal reconstrói os fatos do precedente em um nível de alta abstração ou de pouco detalhamento, nele poderão ser identificadas um grande número de *fattispecie* e, então, a sua *ratio decidendi* poderá ter uma aplicação bastante extensiva.<sup>151</sup>

De outro lado, como já frisado, a parte da decisão que forma precedente é aquela que equaciona um ponto jurídico controvertido pelas partes e não a que trata somente de questões de fato, que, a rigor, são sempre únicas em cada caso, malgrado possam apresentar um grau de semelhança suficiente a justificar a aplicação do precedente anterior no caso presente. É certo que a solução de uma questão de direito, que irá ensejar a elaboração do precedente, dá-se à luz dos fatos alegados e provados no processo, mas isso não infirma a assertiva anterior de que o precedente propriamente dito repousa na matéria de direito controvertida. Dessarte, para um tribunal construir um precedente não basta que a decisão seja a primeira a interpretar uma dada lei, mais que isso, é necessário que a corte enfrente todos os argumentos relevantes concernentes à questão de direito verificada na moldura fática do caso concreto.<sup>152</sup>

Por isso, a aplicação subsuntiva da tese extraída da *ratio decidendi* de um precedente ao caso subsequente depende não apenas da comprovação das semelhanças fáticas

---

<sup>150</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 59.

<sup>151</sup> DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese. In: VINCENTI, Umberto (Org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p.182.

<sup>152</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 215-216.

entre ambos, mas também da demonstração da identidade das questões jurídicas levantadas no *instant case* com as observadas no *precedent case*, ou seja, se os argumentos jurídicos levantados pelas partes são substancialmente os mesmos. Se, no caso sucessivo, as partes controverteram algum outro ponto, além daqueles já debatidos e dirimidos no *precedent case*, o tribunal deverá, por óbvio, solucioná-lo, ampliando ou reduzindo o campo de incidência da anterior *ratio decidendi*.

Valendo-se da síntese cunhada por Patrícia Perrone Campos Mello, a aplicação de precedentes instrumentaliza-se do seguinte modo:

Quando um ponto de direito é fixado pelo tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada, obrigatoriamente, em demandas semelhantes, pelas cortes inferiores e pelo órgão que proclamou, salvo em hipótese de revogação pelo último. Assim, em um novo litígio judicial, o magistrado deverá, primeiramente, identificar os fatos relevantes e a questão legal a ser enfrentada. Em seguida, buscará um precedente que trate do mesmo problema jurídico e no qual se constate, ainda, que a discussão se baseou em uma situação de fato semelhante, hipótese em que o precedente e a nova causa serão considerados análogos e, por conseguinte, em que será obrigatória a aplicação da conclusão do julgado anterior.<sup>153</sup>

Ainda no campo da aplicação dos precedentes, são imprescindíveis o estudo e a compreensão das principais hipóteses de *judicial departures*, que são casos especiais de afastamento de precedentes judiciais, dentre os quais, para os objetivos deste trabalho, sobrepõe a importância do *distinguishing* e do *overruling*.<sup>154</sup>

O *departure* de um precedente por um tribunal subsequente pode ser prontamente identificado como uma decisão diferente em uma questão colocada por fatos relevantes significativamente similares àqueles do precedente anterior.<sup>155</sup> Os afastamentos, tanto nos países da tradição do *civil law* quanto nos da *common law*, podem ser evidentes ou não (*overt* ou *non-overt departures*), sendo o *overruling* explícito a forma mais perceptível de afastamento do precedente.<sup>156</sup>

É provável que os afastamentos implícitos ocorram, com maior frequência, em sistemas nos quais as decisões oficiais são publicadas com ausência de detalhamento dos fatos, como sucede na Itália e na França. De outro lado, o seu integral detalhamento nos precedentes

<sup>153</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

<sup>154</sup> Particularmente porque o CPC/2015, conforme será abordado oportunamente, positivou e disciplinou o *distinguishing* e o *overruling*.

<sup>155</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. *Departures from Precedent*. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 521.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 522.

pode servir de estímulo aos tribunais a encontrar formas de distinção que não são verdadeiramente justificadas.<sup>157</sup>

Nos diversos sistemas jurídicos, os afastamentos implícitos (não evidentes) são passíveis de tomar uma variedade enorme de formas e sua identificação e caracterização acuradas podem exigir uma reconstrução racional. Muitas vezes, nos mais variados modelos jurídicos, os *non-overt departures* não são formalmente apresentados como tais. Robert Summers e Svein Eng fornecem alguns exemplos: o tribunal subsequente pode conscientemente ignorar o precedente; ou acreditar, de boa-fé, que ele não é similar ao caso presente, quando, de fato, o é; ou afastar-se do precedente porque reformula a sua *ratio decidendi* em termos que não retratam, de modo verdadeiramente fiel, o verdadeiro intento da corte; ou recharacterizar os fatos do precedente ou, ainda, revisar os fatos do caso em análise, ou mesmo ambos, aparentando, assim, escapar ou furtar-se do seu verdadeiro significado; ou simplesmente ‘colocar vinho novo dentro de velhas garrafas’ e, com isso, acreditar em ficções; ou reinterpretar uma série de precedentes em busca de um significado diferente daquele que até então sustentava; ou, finalmente, “explicar e distinguir” um precedente ostensivamente contraditório que deveria ser claro ou conclusivo.<sup>158</sup>

Existem diversos fatores que podem influenciar a frequência com que os tribunais realizam afastamentos. Primeiramente, o acesso facilitado aos precedentes é fundamental para que sejam seguidos. Em cada ramo do direito, os conjuntos de precedentes devem ser organizados de forma coerente e acessível, sem o que os juízes e os demais operadores do direito terão dificuldades em encontrá-los e, dessarte, mais afastamentos ocorrerão em todas as instâncias da Justiça. Em segundo lugar, quanto maior for a quantidade de precedentes sobre os mesmos ou semelhantes casos, maior será o risco de contradição entre as decisões e, naturalmente, a dificuldade de evitar-se afastamentos. O elevado volume de precedentes sobre o mesmo assunto é, pois, um importante aspecto contributivo para os afastamentos. Em terceiro, quanto maior for a divisão dos tribunais em câmeras ou turmas, maior será a probabilidade de surgimento de precedentes em sentidos diversos, dentre os quais alguns podem redundar em afastamentos. Assim, a organização e a composição dos tribunais são importantes elementos na verificação da frequência dos *departures*. Em quarto, a complacência, ou não, dos tribunais superiores em admitir recursos das partes que argumentam

---

<sup>157</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. *Departures from Precedent*. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 523.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 522-523.

que os precedentes devem ser revogados ou modificados afeta a frequência dos afastamentos. Em quinto, a adoção, ou não, da prática dos tribunais de registrar e divulgar os votos vencidos (*dissenting opinions*), também repercute no volume de afastamentos, uma vez que a opinião minoritária pode influenciar o tribunal futuramente e vir a se tornar majoritária. Em sexto, a existência, ou não, de uma robusta crítica acadêmica, particularmente sobre os “precedentes ruins”, pode influir na intenção dos tribunais de afastarem-se deles.<sup>159</sup>

Nos diversos ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law*, foram adotadas medidas e desenvolvidas técnicas destinadas a restringir, delimitar e disciplinar os *departures*, dentre as quais vale destacar as seguintes: a divulgação rápida e prontamente acessível da íntegra dos *formally binding* precedentes; a estipulação de que somente os tribunais superiores, com competência para apreciar uma dada matéria, podem explicitamente se afastar de um precedente, seguida da correspondente proibição de que os tribunais de apelação e demais juízos inferiores possam revogá-lo ou modificá-lo antes de o tribunal superior fazê-lo; a criação de mecanismos processuais que facilitem a rápida apreciação e, se for caso, a revisão ou cassação, pelo tribunal superior, da decisão de uma corte inferior quando alegada a ocorrência do afastamento do precedente; a determinação de que tribunais superiores, com poderes expressos para revogar ou modificar um precedente, sigam procedimentos especiais, prevendo-se, por exemplo, que o julgamento seja feito pelo órgão máximo do tribunal, impondo-se-lhe ainda a obrigação de satisfazer um elevado encargo de justificação para legitimar o afastamento.<sup>160 161</sup>

Tecidas as considerações gerais acima sobre a utilização dos precedentes, cabe então analisar os casos específicos de sua aplicação, com particular enfoque no *distinguishing* e no *overruling*.

O *distinguishing* é uma técnica destinada a viabilizar a aplicação de precedentes mediante a realização da distinção entre casos para o efeito de não subordinar o *instant case* a um precedente a princípio aplicável na espécie. A operacionalização do *distinguishing* pressupõe a identificação da *ratio decidendi* do precedente invocado, separando-a da parte da sua fundamentação que constitui *obiter dictum*.

---

<sup>159</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from Precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 526-527.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 529.

<sup>161</sup> A existência de restrições formais à revogação ou modificação explícitas de precedentes de um tribunal ou juízo de hierarquia superior a outro não implica dizer que, na prática, esses últimos nunca o façam de forma implícita.

A delimitação da *ratio* dá-se a partir da análise dos fatos materiais do precedente, ou seja, daqueles que foram considerados relevantes pelo tribunal para proferir a decisão, os quais são comparados com as circunstâncias fáticas materiais comprovadas no caso presente. No ponto, é mister reprimir que diferenças fáticas entre casos nem sempre são suficientes para conduzir à inaplicabilidade do precedente invocado, eis que não é qualquer dessemelhança que justifica o *distinguishing*, mas somente as fundadas em fatos relevantes, de modo que fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais.<sup>162</sup>

Duxbury enxerga dois momentos no processo de distinção de casos: a distinção dentro do precedente (*distinguishing within a case*) é a que se preocupa primariamente em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dicta*, através da separação dos fatos materialmente relevantes daqueles irrelevantes para a decisão, ao passo que a distinção entre casos (*distinguishing between cases*) envolve, antes de tudo, a questão da demonstração das diferenças fáticas relevantes entre os casos anterior e presente, de modo a mostrar que a *ratio* do precedente pretérito não se aplica satisfatoriamente ao processo presente.<sup>163</sup>

Como se percebe, o procedimento do *distinguishing*, substancialmente se vale das mesmas técnicas empregadas no processo de aplicação dos precedentes.<sup>164</sup> Seguir precedentes ou distingui-los envolve etapas e técnica semelhantes.

A diferença reside apenas na circunstância de que, ao fazer a análise necessária para realização da segunda operação (*distinguishing between cases*) – após já ter sido identificada a *ratio decidendi* por meio da primeira operação (*distinguishing within a case*) – o tribunal subsequente encontra fatos relevantes substancialmente iguais àqueles encontrados no *precedent case*, o que não justifica o afastamento da regra do precedente paradigma invocado mediante o *distinguishing*, mas, sim, a sua cabal aplicação a fim de outorgar a mesma solução para o caso sob exame.

Contudo, não basta apenas que o tribunal delineie as diferenças fáticas relevantes entre as causas, é necessário ainda que forneça uma justificação convincente para não seguir o precedente.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327-238.

<sup>163</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

<sup>164</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 62.

<sup>165</sup> DUXBURY, Neil. op. cit., p. 114.

Na tradição do *civil law*, o *distinguishing*, em todos os graus de jurisdição, é menos frequente que na de *common law*, o que é explicado, em parte, em virtude de os precedentes não serem reconhecidos como *formally binding* na maioria dos países da família romano-germânica.<sup>166</sup> Costuma-se afirmar que quanto maior for a exigência de aderência ao precedente, maior será a frequência de ocorrência do *distinguishing*.

A instrumentalização do *distinguishing* pode implicar ampliação ou diminuição do campo de incidência da norma contida no precedente. A técnica da distinção, em um primeiro momento, limita-se a declarar que a *ratio decidendi* do precedente não deve incidir no caso presente. Essa é uma operação de feição eminentemente negativa – que não cria direito novo e nem altera o antigo. A mudança do direito, em razão do *distinguishing*, assevera Marinoni, não se opera, automática e necessariamente, após o tribunal reconhecer que determinado precedente é imprestável para regular o caso presente, na medida em que é possível, no passo seguinte, que a corte entenda aplicável um precedente diverso já existente. Entretanto, quando, na etapa subsequente, a decisão presente estender a aplicação do precedente a uma outra hipótese ocorrerá o seu incremento, sendo possível pensar em mudança do direito.<sup>167</sup>

De outro lado, por meio do *distinguishing*, há também a possibilidade de operar-se a restrição do âmbito de aplicação da *ratio decidendi* do precedente mediante a exigência da presença adicional de outras circunstâncias fáticas até então tidas como desnecessárias para viabilizar sua aplicação no caso subsequente.

Essa operação, em que um tribunal se afasta do precedente fazendo com que a incidência de uma determina regra jurídica dependa da presença de uma mais ampla gama de fatos materiais, segundo Duxbury, representa uma forma mais interessante e sutil de distinção entre casos (*distinguishing between cases*). De sorte que, se um tribunal decide, em *Black v. Black*, que X deveria ser o resultado quando presentes os fatos A, B e C, então se A, B e C forem os fatos materiais em *White v. White*, pode-se esperar o mesmo resultado X. Mas, imaginando-se que no caso *Grey v. Grey*, o tribunal distinguiu *Black v. Black*, decidindo que X deveria ser o resultado quando presentes A, B, C e também E. Se, em *Grey v. Grey*, A, B e C, mas não E, estiverem presentes, então X não será o resultado apesar da presença de fatos

<sup>166</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from Precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 524-525.

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

materiais que o conduziram a sê-lo no anterior *case-law*. Acrescentado às condições necessárias para obtenção do resultado X, o tribunal, em *Grey v. Grey*, “mudou o direito”: a *ratio decidendi* de *Grey v. Grey* é mais estreita, porquanto aplicável a uma menor quantidade de situações, visto que ela exige a presença de mais fatos materiais do que aqueles presentes em *Black v. Black*.<sup>168</sup>

Sob outra ótica, o *distinguishing* pode manifestar-se de dois modos diversos: através da incidência de uma exceção direta (*direct exception*) ou de uma exceção indireta (*indirect exception*). A diferença entre essas *exceptions* repousa no acento que é posto ora na premissa maior (normativa), ora na premissa menor (fática), do silogismo jurídico. No primeiro caso (*direct exception*), o manejo do *distinguishing* promove uma redução teleológica na hipótese de incidência (na premissa maior) de uma determinada norma jurídica, por meio da qual o tribunal opera uma redução na abrangência semântica da *ratio decidendi* do precedente excepcionado, restringindo o universo de casos enquadráveis na sua hipótese de incidência. Em outras palavras, ao reduzir o alcance da tese pela via interpretativa, o tribunal restringe, igualmente, o seu campo material de incidência, ou seja, o universo das situações fáticas até então subsumíveis na norma contida no precedente distinguido. Geralmente, a redução teleológica funda-se em razões de equidade e promove uma espécie de retificação ou adequação do direito quando, em determinadas situações concretas, a norma jurídica apontada como paradigma se mostra injusta por ser excessivamente abstrata.<sup>169</sup>

Por sua vez, na utilização do *distinguishing* por meio da *indirect exception* – também denominada *circumvention*, *fact-adjusting* ou argumento *a contrario* –, diversamente do que ocorre com a *direct exception*, a norma judicial permanece inalterada, pois seu alcance não é restringido pelo tribunal no *instant case*. Entretanto, as suas consequências jurídicas não operam efeitos quanto aos fatos que não estejam compreendidos na sua hipótese de incidência. Na distinção pelo argumento *a contrario*, dentro do raciocínio silogístico, os fatos verificados no *instant case* não podem ser subsumidos ou enquadrados na regra jurídica contida no *precedent case* e apontada, como paradigma, para a solução desse caso presente. Os fatos são reclassificados como algo diferente, a fim de evitar a aplicação do precedente invocado como paradigma. Todavia, ressalta Bustamante, em ambas as situações – *direct* ou *indirect exception*

<sup>168</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 115.

<sup>169</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

– o efeito da decisão do caso presente é o mesmo: o afastamento da regra jurisprudencial sem abalar sua validade.<sup>170</sup>

Outra maneira pela qual os tribunais superam entendimentos estabelecidos é por meio da elaboração de distinções inconsistentes com a *ratio* subjacente ao precedente (*drawing of inconsistent distinctions*), consideradas as proposições sociais que embasam tal regra. A técnica das *inconsistent distinctions* faz lembrar o *overruling* e a *transformation*, na medida em que todos envolvem a superação de um entendimento estabelecido que não é mais capaz de atender aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, diferenciando-se deles porque nela a revogação é apenas parcial.<sup>171</sup> Não há, pois, expressa e integral revogação do precedente como no *overruling*, nem abandono da totalidade do entendimento até então firmado. Há, sim, a negação parcial do entendimento anterior, como ocorre no *overriding*, mas com uma importante diferença: a distinção, realizada em face das razões que sustentam o precedente, é inconsistente.<sup>172</sup>

Melvin Eisenberg arrola algumas fortes razões pelas quais um tribunal pode preferir realizar uma distinção inconsistente a lançar mão imediatamente do *overruling*. O tribunal, no momento do julgamento, diz o autor americano, pode ainda não estar seguro ou convencido de que o entendimento anterior deve ser totalmente descartado. Nesses casos, a corte pode esculpir, em caráter provisório, uma distinção inconsistente, conquanto procure assegurar que a distinção criada esteja racionalmente associada aos seus intentos futuros. Um tribunal pode acreditar que um determinado entendimento carece dos atributos materiais da congruência social e da consistência sistêmica e, ainda assim, pode não estar seguro de que sua opinião seja mesmo correta. O tribunal pode, então, elaborar uma distinção inconsistente como um passo provisório em direção ao *overruling*. Ou então, alternativamente, pode formular uma exceção com um grau de generalidade abaixo do necessário para que essa exceção esteja totalmente consentânea com os princípios, como uma etapa provisória rumo à generalização completa.<sup>173</sup>

Ademais, a elaboração de distinções inconsistentes permite que o tribunal, eventualmente, possa lidar melhor, do que em relação ao *overruling*, com os problemas

---

<sup>170</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

<sup>171</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 136.

<sup>172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351.

<sup>173</sup> EISENBERG, Melvin. op. cit. 1988, p. 139.

inerentes à confiança justificada. As distinções inconsistentes podem viabilizar que o tribunal proteja as pessoas que confiaram no núcleo da doutrina subjacente ao precedente, ou seja, na parte do entendimento que não pode sequer ser plausivelmente distinguida. O emprego dessa técnica pode ser particularmente importante quando o entendimento ainda não se sujeitou a anteriores distinções ou à crítica acadêmica. De outro lado, como já assinalado, a utilização das distinções inconsistentes pode indicar, de forma clara, para os operadores do direito, que o entendimento consubstanciado no precedente está caminhando rumo à sua revogação.<sup>174</sup>

Assim, afirma Eisenberg, a técnica das distinções inconsistentes reflete a aplicação do princípio da provisoriedade, sendo que a corte que o aplica, por meio das *distinctions*, atua com integridade e isonomia, nada obstante a regra seja inconsistente com a ordem jurídica em vigor. O *overruling* é definitivo e – se o tribunal se equivoca quanto à sua visão sobre o entendimento até então estabelecido – pode implicar um erro gravíssimo.<sup>175</sup>

Em algumas situações, pode ser melhor caminhar por etapas em direção à revogação do precedente, ainda que se pague o preço inerente à inconsistência por um período durante a transição. Utilizando-se dessa técnica, ainda segundo Eisenberg, o tribunal pode, a um só tempo, mover o direito rumo à congruência social, proteger a confiança justificada pretérita relativa ao cerne do entendimento estabelecido, diminuir a probabilidade de criação de confiança justificada futura e, ainda, pavimentar o caminho para um ulterior *overruling* que, feito de outra maneira, não teria sido adequado.<sup>176</sup>

Noutro giro, o *overruling* consiste na revogação de um precedente por outro. É o meio pelo qual um tribunal promove a superação de uma norma pretoriana forjada em um anterior caso julgado, até então vigente, mediante a elaboração de uma nova norma construída no precedente revogador que passa a disciplinar a mesma situação fático-jurídica. A *ratio decidendi* revogada perde toda a sua autoridade.<sup>177</sup>

O *overruling* é uma modalidade específica de *judicial departure*, visto que representa um especial caso de “afastamento judicial” de uma regra jurisprudencial, tal como sucede com o *distinguishing*. Retrata, para Eisenberg, uma das espécies de *overturning*, que são técnicas que conduzem à abolição parcial ou total de uma regra até então estabelecida.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 139-140.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>177</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 342.

<sup>178</sup> EISENBERG, Melvin. op. cit, p. 104.

Em poucas palavras, o que diferencia o *distinguishing* do *overruling*, conforme explica Thomas Bustamante, é que, no primeiro, o afastamento do precedente não implica seu abandono – sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva desta norma com o objetivo de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.<sup>179</sup>

Entretanto, sob outra ótica, sublinha Svein Eng, o *distinguishing* e o *overruling* são técnicas funcionalmente equivalentes (*functionally equivalent*), na medida em que ambos servem como meios alternativos para atingir a mesma finalidade, qual seja, o resultado almejado pelo juiz por meio da decisão.<sup>180</sup>

É evidente que os tribunais devem zelar pela preservação dos seus precedentes, conferindo-lhes estabilidade e aderência, e que as cortes e juízos inferiores devem observá-los – como preconiza o *stare decisis* em sentido horizontal e vertical, respectivamente –, a fim de que os cidadãos e as empresas possam, com boa dose de segurança e previsibilidade, pautar suas condutas e planejar suas atividades em conformidade com o ordenamento jurídico.

J. W. Harris arrola um núcleo básico dos princípios que orientam e restringem a prática do *overruling*, que denomina de “princípios constringentes”, quais sejam: a) princípio da ausência de novas razões ou do caráter definitivo (*no-new reasons*); b) princípio da confiança justificada (*justified reliance*); c) princípio do respeito ao legislador (*comity with the legislature*); e d) regra da vinculação ao caso concreto (*mootness principle*).<sup>181</sup> Todos esses princípios atuam para a manutenção do status quo, pela preservação dos precedentes e, portanto, em favor do *stare decisis*.

De fato, um dos mais decisivos obstáculos à realização do *overruling* é o princípio da proteção da confiança do jurisdicionado, em razão da necessidade de se conferir tutela adequada “às expectativas legítimas que nascem da uniformização do Direito pelo tribunal dotado de competência para resolver as possíveis controvérsias sobre o conteúdo do Direito positivo”.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470.

<sup>180</sup> ENG, Svein. *The doctrine of precedent in English and Norway: some common and specific features*. 39 *Scandinavian Stud. L.* 275, 2000, p. 316.

<sup>181</sup> HARRIS, J.W. *Towards principles of overruling – When should a final court of appeal second guess?* *Oxford Journal of Legal Studies* 10/135-199, 1990.

<sup>182</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op. cit., p. 413.

Nada obstante, é preciso admitir a possibilidade de que os precedentes possam ser revogados pelo próprio Poder Judiciário, a fim de não obstaculizar a evolução do direito e a realização da justiça, conforme expressamente consignado no *Practice Statement*. Assim como as leis, também os precedentes podem mostrar-se injustos, defasados ou inadequados, merecendo, por isso, ser ab-rogados.

De um lado, valores ligados à justiça (necessidade de eliminação de uma norma obsoleta ou equivocada) e, de outro, à segurança jurídica (certeza, previsibilidade e estabilidade do direito) devem ser concretamente sopesados, mediante as modernas técnicas hermenêuticas de ponderação de princípios, para justificar, ou não, a revogação do precedente.

De acordo com Eisenberg, o precedente anterior estará em condições de ser superado quando deixar de corresponder aos padrões de congruência social (quando passa a negar as proposições morais, políticas e de experiência) ou de consistência sistêmica (quando ele não guarda coerência com outras decisões) e quando os valores subjacentes à doutrina da estabilidade e o princípio do *stare decisis* – igualdade, proteção da confiança justificada, prevenção da surpresa injusta, replicabilidade) – sejam melhor atendidos pelo *overruling* do que pela sua preservação.<sup>183</sup>

Desse modo, a regra geral, alicerçada no princípio do *stare decisis*, é que juízes e tribunais apliquem o precedente enquadrável – de acordo com a moldura fático-jurídica constatada na espécie – ao processo em apreciação, de sorte que o caso *sub judice* chegue ao mesmo resultado obtido no *leading case* – que funciona como paradigma –, preservando-se, como isso, a um só tempo, os valores da igualdade, da segurança jurídica e da confiança, além de conferir racionalidade ao sistema jurídico como um todo.

O *overruling*, ao contrário, há sempre de ser encarado como medida excepcional, eis que finda por promover um rompimento com aquilo que era tido como o direito vigente em determinada matéria. Sua realização depende, por conseguinte, de um contundente discurso de justificação por meio do qual o tribunal deve promover a ponderação dos princípios que militam tanto em favor da manutenção quanto da revogação do precedente.

Por isso, independentemente da tradição jurídica, em virtude da necessidade de ponderação de princípios que concretamente atuam de formas favorável e contrária à realização do *overruling*, é crucial que, toda vez que um tribunal pretender afastar-se de seu próprio precedente, sejam levados em consideração os seus motivos determinantes, de forma que a

---

<sup>183</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104-105.

questão do seu afastamento seja expressamente tematizada e debatida pela corte. Essa exigência consubstancia, nas palavras de Thomas Bustamante, a “regra de ouro” das *departures*, em geral, e do *overruling*, em particular.<sup>184</sup>

Essa regra de ouro das *departures* decorre dos deveres de lealdade e de transparência impostos ao tribunal que pretende revogar seu precedente. Assim, a legitimidade do *overruling* está atrelada à solidez e ao convencimento do discurso de justificação e da argumentação jurídica desenvolvida pelo tribunal que visa promovê-lo. O ônus argumentativo imposto aos tribunais, como condição para que promovam a superação de seus precedentes ou de sua jurisprudência sedimentada, varia de acordo com o tipo de precedente cuja revogação se pretende levar a efeito.

Quanto maior for o grau de vinculatividade reconhecido ao precedente em um determinado sistema jurídico, maior será o ônus argumentativo para superá-lo. A revogação de um *normally binding precedent*, por exemplo, impõe, em tese, uma carga argumentativa mais contundente do que a exigida para a superação de um *weakly binding precedent*.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo nos casos de superação de precedentes com menor força vinculante, ainda que o ônus argumentativo seja menor, deve ser feita a ponderação entre os valores que justificam a manutenção e a revogação do precedente, pois a sua ab-rogação também tem o condão de atingir as legítimas expectativas já criadas dos jurisdicionados e de perturbar, de igual forma, a harmonia e a estabilidade do ordenamento jurídico. Isso deve ocorrer especialmente quando se estiver diante de um precedente há muito consolidado ou de uma jurisprudência já estável.

Tradicionalmente, tanto nos ordenamentos jurídicos da tradição do *common law* quanto naqueles da família do *civil law*, prevalece o entendimento de que as decisões que promovem o *overruling* têm efeito retrospectivo, sobretudo devido a forte influência que as teorias declaratórias da atividade jurisdicional exerceram no Reino Unido<sup>185</sup> e na Europa continental, especialmente na Alemanha, por força da influência, desde o século XIX, da doutrina da Escola Histórica do Direito, capitaneada por Savigny<sup>186</sup>, e na França, onde, desde

---

<sup>184</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

<sup>185</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263.

<sup>186</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 40-42.

a Revolução de 1789, a doutrina recusou com veemência o papel criativo dos tribunais, conforme será visto de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

É certo, porém, que, em muitos casos, a aplicação retroativa da nova norma, criada no julgado que afastou a *ratio decidendi* anterior contida no precedente revogado, tem potencialidade para causar enorme abalo nas mais diversas relações jurídicas já travadas pelos cidadãos e empresas com base no direito jurisprudencial então conhecido e vigente.

A adoção pura e simples da doutrina clássica da retrospectividade dos efeitos da decisão revogadora de precedente anterior não raro pode violar de morte os princípios da segurança jurídica, da confiança justificada e da boa-fé. Súbita e inesperadamente, condutas e negócios jurídicos tidos como lícitos, porque pautados na orientação pretoriana então em vigor, podem ser convalidados em comportamentos ou atos ilegais, com todas as deletérias consequências nas esferas cível, administrativa e penal daí advindas.

Por isso, a modulação dos efeitos temporais das decisões que promovem o *prospective overruling* mostra-se, em muitos casos, absolutamente necessária para preservar situações jurídicas consolidadas sob a égide do precedente revogado, para resguardar condutas e negócios alicerçados na orientação outrora sedimentada pela jurisprudência e, conseqüentemente, para evitar rupturas ou modificações repentinas e incontornáveis no sistema jurídico. O *prospective overruling* opera, assim, como um importantíssimo instrumento para “*permitir a evolução do direito sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas geradas pela conduta da Suprema Corte no passado*”.<sup>187</sup>

Na França, o *prospective overruling* não é admissível, em razão da interpretação do art. 5º do seu Código Civil, que estipula um princípio geral, fundado no postulado da separação dos poderes, que proíbe os juízes de decidir casos elaborando regras gerais aplicáveis a casos futuros, a fim de impedir-lhes de criar o direito.<sup>188</sup> Na Alemanha, o *prospective overruling* também é uma prática bastante incomum e excepcional.<sup>189</sup> Na Itália, igualmente, nenhum tribunal tem o poder para realizar o *prospective overruling*, principalmente porque se

---

<sup>187</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 421.

<sup>188</sup> TROPER, Michel; GRZEGORCZYR, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 133-134.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 57-58.

entende que os julgamentos das cortes superiores devem referir-se apenas aos respectivos casos concretos.<sup>190</sup>

Outrossim, no direito comunitário europeu a regra geral na Corte Europeia de Direitos Humanos é a retroatividade das decisões revogadoras de precedentes, embora a jurisprudência comunitária seja considerada como uma importante fonte formal do direito. Colhem-se, todavia, precedentes desse tribunal internacional, como no caso *Defrenne contre Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, de 1976, em que fora feito o *regular prospective overruling*. No caso *Rodgers*, a corte reafirmou a possibilidade, em tese, de modular os efeitos de seus *revirements de jurisprudence*, apesar de tê-la recusado neste processo.<sup>191</sup>

A experiência prática demonstra, em verdade, que o *prospective overruling* encontrou campo efetivamente fecundo para desenvolver-se nos Estados Unidos, em razão da forte inspiração das doutrinas do Realismo Jurídico e do Pragmatismo, que reconheciam abertamente o poder de criação do direito pelos juízes, possuindo ainda ampla aplicação na prática judiciária da *Supreme Court* americana.<sup>192</sup>

Há, em linhas gerais, três modalidades de *prospective overruling*: a) o *purely prospective*; b) o *prospective prospective*; e c) o *regular prospective*.

Por meio do *purely prospective overruling*, o tribunal somente aplica o precedente revogador aos fatos que tenham ocorrido depois da fixação da nova regra jurisprudencial, não incidindo o novo entendimento nem mesmo no caso *sub judice*.<sup>193</sup>

No *prospective prospective overruling*, a regra pretoriana nova somente operará efeitos a partir de uma data futura que o tribunal vier a estabelecer.<sup>194</sup> A vigência inicial da nova orientação é postergada para além do momento da conclusão ou da publicação do novo precedente, gozando, portanto, de eficácia pró-futuro.

No *regular prospective overruling*, a nova regra pretoriana – visando, concomitantemente, preservar as situações já consolidadas com base no precedente anterior e prestigiar os jurisdicionados que tenham questionado a norma judicial anterior – aplica-se aos atos e fatos posteriores à sua fixação e retroage no caso *sub judice* ou naqueles em que as partes

---

<sup>190</sup> TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 179.

<sup>191</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 438-440.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 415-418.

<sup>193</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 127-128.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 128.

tenham ajuizado ações até a data da decisão ou até outro marco pretérito fixado pelo tribunal. Trata-se de uma formulação híbrida em que o tribunal, ao aplicá-la, pretende, a um só tempo, preservar as situações consolidadas com base na jurisprudência anterior e premiar aqueles que tenham ingressado em juízo, colocando em xeque a norma anterior.<sup>195</sup>

Por derradeiro, Eisenberg descreve ainda outras técnicas adotadas nos tribunais norte-americanos, que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*.

O *signaling* é uma técnica pela qual o tribunal segue um precedente, mas, ao mesmo tempo, noticia aos operadores do direito que ele não é mais confiável, com a intenção de pavimentar o caminho para promover a revogação de um entendimento que a corte, não fosse o *signaling*, teria que preservar em razão da confiança justificada.<sup>196</sup>

Em outros termos, ao se valer do *signaling*, o tribunal constata que o precedente não mais atende aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, mas ainda assim, por motivos de segurança jurídica, opta por não adotar uma medida mais drástica (o *overruling*), preferindo, por ora, apenas sinalizar para os operadores do direito que o precedente não é mais confiável e que, possivelmente, será ulteriormente revogado. De sorte que, a partir do instante em que é feita a sinalização, o precedente não mais terá o condão de sustentar legítimas expectativas dos jurisdicionados, que não poderão mais depositar confiança nele, ou seja, as pessoas não mais poderão fiar suas condutas e seus negócios na norma insculpida no precedente, que pode estar em vias de ser abandonada. A confiança no precedente, a partir da decisão que lança mão da técnica da sinalização, deixa de ser justificada.

O *overriding*, por sua vez, ocorre quando um tribunal estreita o âmbito de incidência de um precedente em favor de uma regra que surgiu depois de ter sido firmado aquele primeiro precedente.<sup>197</sup> O *overriding* baseia-se na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento anteriormente formado. Por meio desse expediente, o tribunal deixa de adotar um precedente em princípio aplicável, libertando-se de sua incidência, se aproximando mais ao *distinguishing*. Através do *overriding*, o tribunal realiza uma distinção consistente com as velhas razões que inspiraram o precedente, eis que, dadas as razões do

---

<sup>195</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 420-421.

<sup>196</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 122.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 135.

precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado.<sup>198</sup>

Eisenberg trata ainda de outra técnica chamada de *transformation*, que se assemelha ao *overruling*. A *transformation* ocorre quando o tribunal revoga integralmente o entendimento estabelecido, mas não anuncia formalmente que o está revogando.<sup>199</sup> Porquanto ambas são hipóteses de *full overturns* do precedente, o próprio Eisenberg admite que a distinção entre a *transformation* e o *overruling* é de cunho mais formal do que material e que ela apenas em poucas situações será preferível ao *overruling*.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 348-349.

<sup>199</sup> EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 132.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 133-135.

## CAPÍTULO II – AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E A EFICÁCIA VINCULANTE DE SEUS PRECEDENTES

Na tradição do *common law*, conforme destaca Melvin Eisenberg, dentre as funções que um tribunal pode exercer, duas são proeminentes. A primeira diz respeito à resolução de conflitos (*resolution of disputes*). Sociedades complexas precisam de instituições que possam resolver, com a nota da definitividade, os mais diversos conflitos existentes. A segunda função consiste no “enriquecimento do estoque de normas jurídicas” (*enrichment of the supply of legal rules*) e preocupa-se em formar precedentes.<sup>201</sup> A *resolution of disputes* mira nas partes e no passado. O *enrichment of the supply of legal rules*, diversamente, dirige sua atenção para a sociedade em geral e para o futuro.<sup>202</sup>

É certo que o estabelecimento de normas judiciais pode ocorrer inclusive quando a única função do tribunal é a de dirimir conflitos. A diferença, segundo Eisenberg, reside justamente no modelo de jurisdição que o tribunal exerce. No modelo do “subproduto” (*by-product model*), a atuação do tribunal depende de provocação dos interessados e as normas judiciais proclamadas são apenas um “subproduto” ou um “efeito colateral” da resolução do conflito. A regra é criada apenas para ditar a solução do caso concreto e vale somente para esse processo específico. Ao contrário, no modelo do enriquecimento (*enrichment model*), o estabelecimento de normas destinadas a regular as condutas sociais é tratado como algo desejável – ainda que subordinado de várias maneiras à função de resolução de disputas –, de sorte que os tribunais conscientemente assumem a função de desenvolver o direito.<sup>203</sup>

Evidentemente, no *by-product model* é creditado certo peso às decisões judiciais, posto que os tribunais são órgãos oficiais do Estado dos quais se espera que atribuam razoável consistência aos seus julgados; mas não se reconhece eficácia vinculante às suas decisões, o

---

<sup>201</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge: First Harvard University Press paperback edition, 1991, p. 4.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>203</sup> “É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição do *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distanciam de sua concepção original”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

que ocorre apenas no *enrichment model*, no qual há margem para a atuação do princípio do *stare decisis*.<sup>204</sup>

De modo semelhante, Jan Komarék designa esse primeiro modelo de *dispute-resolution model*, que retrata, na sua visão, a concepção clássica da jurisdição como instrumento de resolução de conflitos entre as partes litigantes e de efetivação de seus direitos.<sup>205</sup>

A esse primeiro modelo, prossegue Komarék, contrapõe-se o *public-rights model*, no qual a atuação da Suprema Corte tem uma importância que vai além do caso concreto a ser solucionado, não se resumindo a solucionar conflitos. A Corte Suprema funciona aqui como uma instituição empenhada em declarar e explicar valores públicos (*declare and explicate public values*), sendo seu objetivo principal estabelecer uma regra uniforme cuja aplicação será vinculante em relação aos outros tribunais inferiores e possivelmente a outros atores em casos futuros. A primazia dessa função da Suprema Corte é cristalizada pelo seu poder de selecionar os casos que pretende julgar, o que deixa claro ser meramente secundário o interesse pessoal das partes em ver os seus conflitos resolvidos.<sup>206</sup>

Outrossim, no que tange às funções cometidas às Supremas Cortes, André Tunc destaca que sua missão essencial, unanimemente reconhecida, é velar pela correta interpretação das regras jurídicas (*veiller à la bonne application des règles juridiques*) e assegurar ao direito unidade, clareza e certeza (*d'assurer au droit unité, clarté, certitude*), sendo indissociável do desempenho dessa função, por mais que alguns não queiram reconhecer, a modernização do direito, isto é, a sua adaptação às novas condições e aspirações sociais.<sup>207</sup> A outra função das Supremas Cortes, de natureza secundária, segundo Tunc, ligada ao interesse privado das partes, é a de assegurar uma justa decisão para o conflito.<sup>208</sup>

Essas duas funções proeminentes dos tribunais judiciários, apontadas por Eisenberg, Komarék e Tunc, relacionadas à solução de conflitos e à formação de precedentes por meio da criação de normas judiciais, podem ser desempenhadas não apenas por tribunais de países da tradição do *common law*, mas também por Estados da família do *civil law*. De modo que, também no âmbito do *civil law*, é possível vislumbrar os escopos da função jurisdicional a partir desses dois modelos: *dispute resolution model* e do *enrichment model*,

<sup>204</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge: First Harvard University Press paperback edition, 1991, p.6.

<sup>205</sup> KOMÁREK, Jan. Judicial law making and precedent in Supreme Courts. In: *Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts*. LSE - Legal Studies Working Paper n. 4/2011, mar. 2011, p. 12.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>207</sup> TUNC, André. La Cour Suprême Idéale. In: *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978, p. 435-436.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 437.

tudo a depender das concepções de direito, jurisdição e processo adotadas, bem como do papel confiado às cortes de vértice dos ordenamentos jurídicos dos países.

José Afonso da Silva aduz que todos os Estados estabelecem um órgão jurisdicional de hierarquia superior aos demais, cuja principal finalidade é a de conferir uniformidade interpretativa ao direito escrito vigente, ao mesmo tempo que albergam, em seus sistemas processuais, instrumentos pelos quais as partes litigantes, na defesa de seus interesses, possam submeter à apreciação desse órgão de cúpula a alegação de uma possível violação de alguma lei, permitindo ao tribunal de vértice dar a última palavra sobre o verdadeiro sentido do preceito, conferindo certeza às regras de conduta e estabelecendo, para o futuro, modos de conduzir-se nos negócios jurídicos. Essa certeza, contudo, redundaria precária se não houvesse mecanismos processuais para fazê-la valer por meio da garantia da unidade da aplicação das regras jurídicas positivas em cada ordenamento jurídico.<sup>209</sup>

Mesmo nos Estados unitários, nos quais os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa do direito é única, existe esse órgão judiciário de cúpula e, geralmente, um recurso processual com que se cumpre a missão de interpretar e aplicar uniformemente o direito. Nos Estados estruturados sob a forma federativa, a necessidade da existência de uma Corte Suprema e de um recurso com esse objetivo é muito maior do que nos Estados unitários, em virtude da duplicidade da estrutura dos órgãos jurisdicionais e das fontes normativas do direito, oriundas da União e dos Estados-membros da federação.<sup>210</sup>

Nos países da tradição do *civil law*, essa missão confiada aos tribunais de cúpula de conferir unidade ao direito é denominada de função de nomofilaquia ou nomofilática (*funzione di nomofilachia* ou *funzione nomofilattica*), expressão consagrada por Calamandrei em 1920.<sup>211</sup>

A nomofilaquia, em sua acepção original, de feição positivista, consentânea com a concepção de jurisdição dominante no Estado Moderno, prevalente do século XVIII à primeira metade do século XXI na Europa Continental, consistia na função dos tribunais de vértice de assegurar a uniformidade na interpretação das leis (*assicurare l'uniformità nell'interpretazione delle norme*)<sup>212</sup> ou de proteger a letra da lei. Tais tribunais, como as Cortes de Cassação Francesas e Italiana, tinham a missão de revelar, por um método lógico-dedutivo,

<sup>209</sup> SILVA, José Afonso. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 3.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>211</sup> CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 226.

<sup>212</sup> *Idem*.

o significado exato da lei, ou seja, o seu sentido único e previamente estabelecido pelo Legislador.<sup>213</sup>

Entretanto, como se verá, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a função de nomofilaquia exercida pelos tribunais de vértice vem recebendo uma nova conotação, devendo ser entendida como a escolha da interpretação mais justa – e correta – da norma aplicada ao caso concreto<sup>214</sup>, dentre as diversas possibilidades interpretativas decorrentes da equivocidade dos enunciados linguísticos dos textos normativos e das possíveis peculiaridades fáticas subjacentes aos conflitos individuais, que podem ensejar mais de uma interpretação das leis.<sup>215</sup>

Michele Taruffo afirma que, em razão das diferenças de competências, de estrutura, de composição e do modo de funcionamento, existe uma grande dificuldade de traçar uma teoria geral ou um discurso homogêneo sobre a definição e a função das Cortes Supremas pelo mundo.<sup>216</sup>

Taruffo entende ser possível identificar três modelos fundamentais de Cortes Supremas. Primeiramente, as Cortes Supremas podem ser compreendidas como as que, no âmbito de sua competência, se situam no vértice dos ordenamentos jurídicos, como órgãos judiciais de última instância, cujas decisões não podem ser revistas por nenhum outro juízo ou tribunal, como, por exemplo, as Cortes de Cassação da França e da Itália. Se, nesses ordenamentos jurídicos, o controle de constitucionalidade for difuso, como nos Estados Unidos, na Argentina e no México, essas Cortes Supremas funcionam também como tribunais constitucionais.<sup>217</sup>

Outro tipo de Corte Suprema é a que exerce o controle da constitucionalidade de forma concentrada, isto é, que atua como órgão que desempenha, de forma exclusiva, uma função de controle direto da legitimidade da legislação ordinária. Mesmo nesse modelo,

---

<sup>213</sup> TARUFFO, Michele. Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione. *In: Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 160.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>215</sup> O vocábulo nomofilático, esclarece Bruno Dantas, “*deriva da junção de duas palavras de origem grega: nómos, que significa ‘uso’, ‘regra’, ‘norma’, ‘lei’, e phylaktikós, que significa ‘que tem a virtude de preservar ou conservar’*. Daí a palavra nomofilático, que tradicionalmente assumiu o conceito de proteção da letra da lei, ter se consagrado nos meios jurídicos, especialmente a partir da Revolução Francesa, quando o apego à letra da lei foi levado a níveis exacerbados. A palavra, porém, a nosso ver, pode ser subtraída da ideologia maniqueísta em que foi concebida, de modo a significar, nos dias de hoje, simplesmente manutenção da inteireza do direito, e não mais estritamente da letra da lei”. *In: DANTAS, Bruno. Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 40-41.

<sup>216</sup> TARRUFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, Jan-Fev/2012, p. 93-94.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 94-95.

adotado, por exemplo, na Itália e na Alemanha, a maneira e a finalidade como essas cortes supremas atuam é variável, não havendo homogeneidade.<sup>218</sup> Essas Cortes Supremas, para muitos, são as que realmente se caracterizam como autênticos tribunais constitucionais, que se situam, no organograma do Estado, ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo os seus membros indicados pelos três poderes e com mandato certo e transitório, como sucede, por exemplo, com o *Bundesverfassungsgericht* alemão<sup>219</sup> e com a *Corte Costituzionale* italiana.<sup>220</sup>

Por fim, pode-se reconhecer a alcunha de corte suprema aos tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses tribunais internacionais são concebidos como cortes supremas porque só podem ser acionados após o esgotamento das instâncias judiciais internas e também pelo fato de suas decisões não serem impugnáveis, não podendo ser revistas por outros órgãos judiciários.<sup>221</sup>

Seja qual for o papel reservado ao Poder Judiciário, em geral, e aos seus tribunais de vértice, em particular, certo é que a simples busca da justiça no caso concreto não justifica, por si só, a abertura de uma terceira instância jurisdicional que, ressalvada a sua superioridade hierárquica, seja em tudo mais igual às demais cortes inferiores no que se refere ao seu papel. A instituição de um Tribunal Supremo só pode ser compreendida se ele for investido de uma função específica que, de modo especial, o qualifique e o distinga dos demais sodalícios.<sup>222</sup>

Nesse sentido, como bem sintetiza Eduardo Oteiza, há uma permanente tensão político-institucional na definição da função das cortes: de um lado, tem-se o interesse geral da sociedade na interpretação das leis, na promoção da defesa do direito objetivo e na

<sup>218</sup> TARRUFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, Jan-Fev/2012, p. 95.

<sup>219</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44-45.

<sup>220</sup> Por isso, parte da doutrina pátria entende que o STF não se enquadra como autêntico tribunal Constitucional, mas sim como uma Corte Suprema, pois não exerce com exclusividade a jurisdição constitucional no país, que adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, bem como por ser órgão integrante do Poder Judiciário. Além disso, o STF detém outras competências originárias e recursais ordinárias que não se enquadram na noção de jurisdição constitucional. Nesse sentido, cf: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 558; JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 123-125; GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. O Supremo como Corte Constitucional. In: *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 615-621.

<sup>221</sup> TARRUFO, Michele. op. cit., p. 96.

<sup>222</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora., 1983, p. 652.

uniformidade da jurisprudência. De outro, existe o interesse subjetivo das partes em submeter seus conflitos a sucessivas instâncias de revisão, como alternativa para corrigir eventuais erros das instâncias inferiores.<sup>223</sup>

Vislumbra-se, por conseguinte, no desempenho das possíveis atividades dos tribunais, o predomínio de uma finalidade pública ou de outra privada, segundo se privilegie, respectivamente, o interesse geral ou o particular. A primeira transcende ao caso concreto analisado pela corte, a segunda, ao contrário, põe em destaque o interesse das partes. Embora uma corte possa perseguir ambas as finalidades, atribuindo-lhes graus diferentes de importância, definir claramente qual é o seu objetivo central, permite indagar sobre que condições são necessárias para que ela possa bem desincumbir-se de sua missão.<sup>224</sup>

Como é cediço, é função primordial da Constituição, além de conferir unidade ao Estado, organizar os Poderes instituídos, constituindo e estruturando os órgãos públicos, que exercerão as diversas tarefas estatais, fixando, ainda, suas competências e organizando os procedimentos básicos a serem seguidos para viabilizar, com isso, a tomada de decisões justas.<sup>225</sup>

No que toca ao Poder Judiciário em particular, a partilha, a partir de critérios lógicos e racionais, das funções que cada tribunal deve desempenhar no ordenamento jurídico de um dado Estado é medida fundamental para propiciar sua adequada organização hierárquica.

A adequada estruturação das cortes em determinada organização judicial justifica-se basicamente por dois motivos. Primeiramente, sob uma perspectiva interna, a satisfatória distribuição de competências entre os tribunais racionaliza a própria atividade judiciária, importando, aqui, que “*os tribunais trabalhem apenas na medida em que necessário o seu trabalho para a consecução dos fins a que se encontram vinculados do ponto de vista da estrutura judiciária*”.<sup>226</sup>

Em segundo lugar, a partir de uma perspectiva externa, tem-se a preocupação com a tempestividade da tutela jurisdicional, porquanto a existência de determinadas instâncias judiciárias – que demandam tempo para o seu percurso – só se justifica à luz dos escopos para

---

<sup>223</sup> OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina: História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, vol. 187/2010, set. 2010, p. 183-184.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 184-185.

<sup>225</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

<sup>226</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

que foram pensadas dentro da organização do Poder Judiciário, os quais devem ser, *a priori*, perfeitamente individualizados.<sup>227</sup>

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional, conforme acentua Daniel Mitidiero, é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões dessa tutela. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de decisões justas e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão funcional entre tribunais incumbidos de tomar decisões justas e de editar precedentes ou, em fórmula mais sintética, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.<sup>228</sup>

Noutro giro, nos últimos quinhentos anos, identificam-se três diferentes modelos institucionais de Estado: a) o Estado Pré-moderno, anterior à consagração do princípio da legalidade, de ideologia jus-naturalista, onde predominava o “direito comum”, caracterizado pela pluralidade de fontes normativas de tradição romanística – oriundas, por exemplo, do Império, da Igreja, dos príncipes, dos municípios e das corporações; b) o Estado de Direito Moderno, que nasce como forma de “Estado Legislativo de Direito” – surgido no início do século XVI, após o final da idade média, “sobre as ruínas do feudalismo” –, ideologicamente fundado na filosofia positivista, erigido sobre a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito, destinado a conferir unidade, estabilidade e certeza ao direito e a garantir igualdade perante a lei e liberdade frente a arbitrariedade do Estado em geral e dos juízes em particular; e c) o Estado Constitucional de Direito, fundado em um paradigma filosófico pós-positivista, desenvolvido após o final da Segunda Guerra Mundial e aprofundado no último quarto do século XX, que tem como características principais a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, especialmente aos seus princípios e garantias constitucionais que conformam, materialmente, as leis.<sup>229</sup>

Esses três modelos de Estado, fundados em experiências históricas diversas ocorridas sobretudo na Europa continental, promoveram uma tríplice mudança de paradigma:

---

<sup>227</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29-30.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>229</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 32-35.

na natureza e na estrutura do direito, na ciência jurídica e na jurisdição,<sup>230</sup> conferindo-lhes papéis específicos.<sup>231</sup>

Para bem compreender a profundidade e os expressivos reflexos das mudanças no perfil das cortes de vértice, especialmente nos países da família do *civil law* ao longo dos últimos três séculos – dentre outros motivos, como se observará, pela profunda mudança nas teorias da interpretação e da concepção do princípio da legalidade, decorrente da necessidade de conformação das leis às Constituições, em virtude da efetiva força normativa dos princípios e regras constitucionais, que afetaram a própria compreensão do direito, da jurisdição e do processo – mostra-se adequado conhecer a história da *Cour de Cassation*<sup>232</sup> durante a formação e o desenvolvimento do Estado Moderno ou Estado Legislativo de Direito, o que, seguramente, contribuirá para a melhor assimilação das modernas funções cometidas ao STF e ao STJ sob o império do Estado Constitucional de Direito, efetivamente inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988.

A história do controle de legalidade na tradição do *civil law* encontra-se intimamente relacionada com os diferentes estágios por que passou a Corte de Cassação francesa.<sup>233</sup> Os países latino-americanos, em particular, ao longo dos séculos XIX e XX, seguiram a tradição francesa de codificação, claramente relacionada à ideia de estabelecer uma Corte de Cassação.<sup>234</sup>

O esboço do desenvolvimento histórico da *Cour de Cassation* é, pois, importante para deixar transparecer a gradual mudança no papel por ela desempenhado no exercício do controle de legalidade na França, bem como os influxos que esse modelo de controle de legalidade produziu na organização estrutural do Poder Judiciário e na função incumbida aos tribunais de vértice de outros importantes países da Europa continental, como a Itália, a Espanha e Portugal, e da América Latina, como o Brasil.

---

<sup>230</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 31.

<sup>231</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243-244.

<sup>232</sup> A concepção das cortes superiores decorre, basicamente, da experiência europeia, especialmente francesa. Historicamente, os tribunais considerados superiores, na Europa, dividem-se em dois grandes modelos: o das Cortes de Cassação – adotado na França, na Itália, na Espanha e na Holanda – e o das Cortes de Revisão – presentes na Alemanha, na Áustria, na Suíça e em Portugal. Cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 244.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

<sup>234</sup> OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina: História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, vol. 187/2010, set. 2010, p. 190.

Já foi dito no capítulo anterior que as Revoluções Francesa e Americana, cada uma à sua maneira, produziram importantes repercussões na consagração do princípio da separação dos poderes e que esse dogma foi desenvolvido a partir de concepções e com finalidades nitidamente diversas naqueles dois países. Nos Estados Unidos, buscou-se controlar principalmente o Poder Legislativo e cunhou-se um eficiente e equilibrado sistema de freios e contrapesos entre os Poderes instituídos, enquanto que, na França, a ideia de separação dos poderes, tal como desenhada por Montesquieu, foi levada ao extremo, tendo por fim precípua restringir ao máximo as atividades do Poder Judiciário.

O Estado de Direito na França, no alvorecer da Revolução, fundava-se no monopólio estatal da produção jurídica e no reconhecimento da lei como única fonte normativa existente.<sup>235</sup> Era o período da absoluta supremacia do parlamento, cujo produto era a lei, fruto da vontade geral do povo francês do qual emanava todo o poder, e, portanto, da onipotência do legislador. Todo o direito estava contido nas leis, que deveriam ser claras e inteligíveis, de modo a criar um sistema jurídico completo, sistematizado, lógico e sem lacunas.

Com isso, almejavam os revolucionários franceses que a norma já tivesse estipulada *a priori*, cabendo ao Poder Judiciário apenas revelá-la diante de um caso concreto, por meio de um processo silogístico, sem haver a possibilidade de criação de regras gerais pelos juízes.<sup>236</sup> Nesse ambiente ideológico, o Poder Judiciário fora concebido como um poder verdadeiramente nulo, que deveria se limitar a reproduzir as exatas palavras da lei.

Havia, à época da Revolução, conforme salienta Raul Machado Horta, verdadeira hostilidade à jurisprudência, tendo Robespierre pretendido escoimar tal palavra do idioma francês e Chapelier a considerado “a mais detestável das instituições”.<sup>237</sup>

Como forma de limitar as atividades do Poder Judiciário, foi vedada qualquer possibilidade de interferência de juízes nas tarefas próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo-lhes sido subtraída até mesmo a possibilidade de interpretar a lei, dado o receio de que, caso o fizessem, pudessem estar criando direito novo.

Essas restrições às atividades do Poder Judiciário foram expressamente positivadas no título II do Decreto 16-29, de agosto de 1790, cujos arts. 10 e 11 estipulavam, respectivamente, que “*os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no*

<sup>235</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 32.

<sup>236</sup> TROPER, Michel; GRZEGORCZYR, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 103.

<sup>237</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 177.

*exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” e que os juízes “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei”.*<sup>238</sup> Essa faculdade de o juiz solicitar ao corpo legislativo que lhe fornecesse a interpretação autêntica da lei era conhecida como *référé législatif* facultativo e findava por convolar o legislador em juiz, ignorando completamente o significado e a importância da interpretação normativa.<sup>239</sup>

Não bastassem essas severas restrições às funções judiciais, o sistema de cortes foi repartido entre instituições distintas. A atividade jurisdicional foi dividida em dois ramos: a jurisdição judicial e a administrativa. O Judiciário foi proibido de imiscuir-se em questões envolvendo os “corpos administrativos”, porque – entendia-se –, se isso fosse possível, os juízes estariam em condição de interferir, a um só tempo, nas funções inerentes ao Legislativo e ao Executivo. Casos envolvendo órgãos da Administração deveriam, pois, ser dirimidos pelo próprio Poder Executivo, cujo órgão máximo era o *Conseil d’Etat*<sup>240</sup>, ficando o Poder Judiciário – cujo órgão de cúpula era a Corte de Cassação – totalmente à margem dos assuntos administrativos do Estado.

A *Cour de Cassation* foi criada pelo Decreto de novembro-dezembro de 1790, como órgão autônomo, não integrante do Poder Judiciário, com o objetivo específico de promover a tutela da lei frente aos juízes, que era um dos principais reclamos da doutrina da separação dos poderes traçada por Montesquieu. Destarte, sua principal função era controlar as decisões judiciais para assegurar que elas não pudessem colocar em risco a vontade soberana do Parlamento, ou seja, cabia-lhe exercer o controle dos erros decorrentes da aplicação da lei, não lhe interessando perquirir acerca da justiça da decisão. As atividades desempenhadas pela Cassação eram bastante restritas: as decisões judiciais que poderiam ser objeto de cassação eram apenas as que implicavam “*contravention expresse au texte de la loi*”, isto é, aquelas que se contrapunham ao texto expresso da lei – quando o juiz, de forma clara, se negasse a aplicá-la, total ou parcialmente, ou se a interpretasse, pois isso afrontaria a autoridade do legislador.

---

<sup>238</sup> Seguindo o padrão francês daquela época, a Constituição Imperial de 1824 (art. 15, VIII e IX), reservou à Assembleia Geral o poder de fazer e revogar as leis, de interpretá-las e suspendê-las, além de velar pela guarda da Constituição. Se o Poder Judiciário discordasse da validade de uma lei, caberia ao Poder Moderador, exercido pelo Imperador, dar a palavra final sobre o assunto. Somente com o advento da República, a Carta de 1891, inspirada na Constituição norte-americana, trouxe para o Brasil, além do sistema presidencialista e do federalismo, a ideia do *judicial review* dos atos do Poder Legislativo.

<sup>239</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31-33.

<sup>240</sup> TROPER, Michel; GRZEGORCZYR, Christophe. *Precedent in France*. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 103.

A Cassação não tinha poderes para resolver o conflito propriamente dito – para julgar “*le fond*” da controvérsia, que era atribuição exclusiva do Poder Judiciário – e nem mesmo para definir a interpretação correta da lei. Temia-se que, se lhe fossem dados poderes para interpretar a lei, a *Cour* tornaria-se um poder absoluto, capaz de suplantar o princípio da supremacia do Parlamento, frustrando os ideais da Revolução. Assim, a impossibilidade de a Cassação fixar a interpretação da lei impediu-a de delinear uma jurisprudência capaz de garantir a uniformidade da sua interpretação.<sup>241</sup>

As decisões da Corte de Cassação, mesmo após declarar a “*contravention expresse au texte de la loi*”, não gozavam de autoridade sobre o Poder Judiciário, não vinculando os tribunais ordinários, que poderiam, por conseguinte, mesmo após a cassação de seus julgados, simplesmente reafirmar seus entendimentos, o que abria oportunidade para uma nova decisão cassacional e assim sucessivamente, situação que potencializava uma infundável discussão entre o Tribunal de Cassação e o Poder Judiciário.

A ausência de força vinculante das decisões da Corte de Cassação foi, segundo relata Marinoni, fruto da equivocada ideia de que os juízes tinham plena liberdade para julgar. A não imposição das suas decisões, “ *muito mais do que fruto do princípio da separação dos poderes, a impedir a Cassação de adentrar na esfera do judiciário, parece ser decorrência da ideia de que o juiz era absolutamente livre para julgar*”. A falta de força obrigatória das decisões da Cassação e a conseqüente criação do sistema de *référé* obrigatório, que ensejava a produção de uma interpretação autêntica por parte do Poder Legislativo, têm base não apenas na ideia de que o juiz é livre para julgar, mas também na de que ele se submete apenas à lei.<sup>242 243</sup>

Nesse ambiente político-institucional, só haveria sentido para que o Tribunal de Cassação cuidasse da uniformidade da interpretação da lei se assumisse o papel de Suprema Corte de Justiça e, ainda, se os juízes passassem a interpretar a lei. Se, de um lado, a realidade não tardou a evidenciar que os juízes interpretavam as leis, é certo que, de outro, a Cassação

---

<sup>241</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36-39.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>243</sup> Essas considerações teóricas, acerca da falta de força obrigatória das decisões da Corte de Cassação, em relação aos tribunais e juízos inferiores, são bastante significativas, na medida em que, em muitos países da tradição do civil law, às decisões das Supremas Cortes não se reconhece eficácia vinculante, sob o equivocado argumento de que os juízes são livres para julgar, desde que motivem suas decisões, estando submetidos apenas à lei.

não exerceu, em sua feição originária, função de Suprema Corte, porque não lhe era permitido interpretá-las<sup>244</sup>, sob pena de tornar-se um órgão mais poderoso que o Poder Legislativo.

Foi assim concebido, e de tal modo funcionou, o primeiro modelo da Corte de Cassação elaborado pelos revolucionários franceses logo após o fim do *Ancien Régime*.

Entretanto, ante a rápida e irrefutável constatação prática de que não haveria como tolher dos juízes o poder de interpretar as leis para solucionar os casos concretos que lhes eram cotidianamente submetidos, o modelo da *Cour de Cassation* não demorou a transformar-se. A ideia de proibir os juízes de interpretar as leis, positivada pelo art. 11 do Título II do Decreto 16-29, de agosto de 1790, não vingou na prática forense, e nem mesmo poderia vingar.

Os juízes passaram a valer-se demasiadamente do *référé* facultativo, solicitando ao Legislativo que sanasse as constantes dúvidas na interpretação das leis, como nos casos de obscuridade. O manejo excessivo do *référé*, a um só tempo, sobrecarregou o Poder Legislativo e provocou atraso no andamento dos processos. Por esse motivo, os *référés* passaram a ser crescentemente recusados pelo Legislativo enquanto o Tribunal de Cassação passou a cassar decisões que se abstinham de julgar sob o argumento de obscuridade da lei. A situação gerada foi inusitada e curiosa, já que os juízes eram expressamente proibidos de interpretar a lei e, nada obstante, as suas decisões eram anuladas quando não a interpretavam.<sup>245</sup>

Poucos anos após a deflagração da Revolução de 1789, já em 1804, o Código de Napoleão – o Código Civil francês – aboliu o *référé* facultativo e impôs aos juízes, de forma expressa, a proibição de eximirem-se de julgar sob a invocação de silêncio, obscuridade ou contradição da lei. O *Code Napoléon*, além de impor aos juízes a obrigação de interpretar a lei, buscou, como é sabido, conferir unidade ao direito objetivo. Naturalmente, surgiram – como na verdade já havia surgido antes, ainda que o Estado não quisesse reconhecê-lo – divergências judiciais sobre a interpretação das leis.<sup>246</sup>

Tendo sido substancialmente modificada a atividade jurisdicional, o Tribunal de Cassação viu-se compelido a exercer uma nova função, compatível com a unificação do direito objetivo e com as decisões judiciais que conferiam interpretações diferentes das leis em casos semelhantes. A atuação da Cassação pautou-se, a partir de então, na ideia de “*fausse interprétation de la loi*” em substituição à de “*contravention expresse au texte de la loi*”, de sorte que a *Cour* passou a controlar a atividade interpretativa dos juízes e tribunais, apontando

<sup>244</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.42.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 43-45.

a interpretação correta da lei, zelando, com isso, pela sua uniformidade. Bastava uma falsa ou equivocada interpretação do sentido ou do alcance da lei para que a Cassação pudesse atuar, o que era feito em abstrato, sem tomar em consideração o caso concreto.<sup>247</sup>

Além disso, a Cassação passou a analisar a qualificação jurídica dada aos fatos litigiosos, deixando de deter-se apenas ao sentido abstrato da lei. A atuação do Tribunal, nesses casos, não se restringia a encontrar o exato significado em abstrato da lei, mas em examinar a pertinência da relação que o juiz estabelecera entre o fato controvertido e a norma jurídica. A *Cour*, porém, não podia perquirir sobre a efetiva ocorrência dos fatos nem sobre a pertinência da prova, cabendo-lhe tão somente indagar se, dos fatos declarados, decorriam as consequências jurídicas vislumbradas pelo tribunal de origem. Assim, ao lado do controle da “*fausse interprétation de la loi*”, a Corte de Cassação também passou a exercer a fiscalização da “*fausse application de la loi*” e, com isso, deixou de ser vocacionada apenas à “destruição” de decisões judiciais e perdeu a qualidade de órgão de controle político do Judiciário em face do Legislativo.<sup>248</sup>

É importante ressaltar, porém, que, em um primeiro momento, apesar da notória mudança no seu perfil de atuação e nas suas funções, as decisões da Corte de Cassação não adquiriram, de imediato, autoridade obrigatória em relação ao juízo de reenvio, porque ainda se entendia que os juízes eram livres para julgar. Apenas com a edição da Lei de 1º de abril de 1837, que positivou as significativas modificações que o Tribunal de Cassação vinha experimentando na prática, isso mudou. Essa lei transformou a Cassação em órgão jurisdicional de cúpula, incumbido de definir a interpretação correta da lei e de zelar pela sua uniformidade. O seu art. 2º estabeleceu que, quando a Cassação pronunciasse, em seções reunidas, a segunda cassação de decisão já cassada pelo mesmo motivo, o juízo de reenvio deveria conformar-se com a decisão da *Cour* sobre o ponto de direito julgado, com o que os tribunais ordinários não mais poderiam decidir em desacordo com ela.<sup>249</sup>

Contudo, é preciso ressaltar que a Lei de 1837 sequer ventilou a possibilidade da decisão da cassação vincular os juízes em casos futuros, por supor que a Cassação, ao assim agir, viria a desempenhar atividade tipicamente legislativa.<sup>250</sup> A obrigatoriedade da segunda

---

<sup>247</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>249</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48-49.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 51.

decisão da *Cour* dava-se apenas no bojo do processo em que fora proferida, ou seja, os seus efeitos operavam-se exclusivamente na esfera endoprocessual.

De todo modo, a atenuação da desconfiança em relação aos juízes, decorrente da maneira como eles passaram a se comportar pouco tempo após a Revolução de 1789 e o resgate do poder de interpretar a lei, consolidado pelo Código Napoleão, podem ser apontados como os grandes motores da transformação do Tribunal de Cassação francês<sup>251</sup>, gradualmente implementada pelas vias legislativa e judicial, entre o fim do século XVIII e a primeira metade do século XIX.

Esse desenho da Corte de Cassação francesa é semelhante a muitos modelos de Cortes Superiores que predominaram na Europa Continental do século XVIII até a primeira metade do século XX.<sup>252</sup> Todas as nações cultas, informa Aliomar Baleeiro, ao mesmo tempo em que a maior parte delas codificou o direito, reforçaram o papel de um tribunal de vértice destinado, precipuamente, a exercer “*ação centrípeta contra tendências centrífugas da jurisprudência e dos costumes, num equilíbrio sutil, que nem impede a evolução, nem consente que ela se processe de modo dispersivo, fragmentário e anárquico*”, tendo sido tal missão confiada às cortes de cassação em vários países europeus.<sup>253</sup>

Aliás, esse foi o modelo de Corte de Cassação incorporado pela legislação italiana daquela época, cujas ideias atinentes à atividade jurisdicional e à forma como a jurisdição é exercida através do processo – desenvolvidas por expoentes do Processo Civil como Carnelutti, Calamandrei e Chiovenda – causaram grande impacto na doutrina e na legislação processual civil brasileira durante todo o século XX e, em boa medida, até os dias atuais.

Clássica é a conceituação de jurisdição de Giuseppe Chiovenda como poder de atuar a vontade da lei no caso concreto. No volume I de suas *Instituições de Direito Processual Civil*, o mestre italiano asseverara que “*a função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende*

---

<sup>251</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

<sup>252</sup> A França ainda mantém um sistema de jurisdição dualista (jurisdições “administrativa” e “judicial”). Ao lado desses dois sistemas de cortes, que possuem ambos três níveis, a Constituição francesa de 1958 criou o *Conseil Constitutionnel*, cujas principais funções são dirimir conflitos eleitorais e exercer o controle de constitucionalidade das leis editadas pelo parlamento, cujas decisões são vinculantes. Cf. TROPER, Michel; GRZEGORCZYR, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 105.

<sup>253</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 86.

*garantido por ela”, de maneira que o “objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes”.*<sup>254</sup>

Logo em seguida, de forma coerente com a sua concepção de jurisdição, fundada no dogma da supremacia da lei predominante na época, Chiovenda refutava a possibilidade de criação judicial do direito, isto é, de que a atuação da vontade da lei pelos juízes pudesse consistir na determinação ou na criação dessa vontade.<sup>255</sup> Dessarte, arrematava Giuseppe Chiovenda dizendo que *“o certo é que, em conformidade com o nosso direito, o juiz atua, em todos os casos, vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade da lei concretizada antes do processo”.*<sup>256</sup>

Percorrendo semelhante linha de raciocínio, Piero Calamandrei sustentava que as sentenças tinham natureza meramente declaratória, cabendo aos juízes revelar a vontade da lei já nascida antes mesmo da decisão.<sup>257</sup>

Sobre a atividade interpretativa a cargo dos magistrados, Chiovenda reconhecia que a atuação da vontade da lei impõe um difícilíssimo trabalho de investigação dessa vontade – a interpretação –, cabendo aos juízes, recorrendo a critérios gramaticais, lógicos e históricos, *“fixar o verdadeiro pensamento da lei”.*<sup>258</sup>

Já no volume II de suas *Instituições*, Chiovenda reafirma que *“ao decidir, não pode o juiz criar nem modificar a lei, antes deve tão só aplicá-la (mesmo se considerar injusta)”*<sup>259</sup>, para, logo adiante, acenar com a existência de garantias dos limites do poder do juiz em face da lei, quais sejam: a) o princípio de que a interpretação da lei realizada pelo juiz não era obrigatória para todos, mas apenas para as partes do litígio, posto que obrigatória para todos seria somente a interpretação autêntica, isto é, aquela oriunda do próprio Poder Legislativo; b) o direito de recurso à Corte de Cassação, que foi instituída para manter a exata observância da lei.<sup>260</sup>

Percebe-se, com clareza, que essas garantias são essencialmente as mesmas idealizadas pelo ordenamento jurídico francês da época. Não é de se surpreender que, adotando

---

<sup>254</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tradução por: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1942, p. 75.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 75-76.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>257</sup> CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile: disegno generale dell’istituto*. Vol. II. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920, p. 37.

<sup>258</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 78.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>260</sup> *Idem*.

os sistemas francês e italiano semelhante concepção de jurisdição, fundada no primado da lei e na supremacia do Poder Legislativo, as Cortes de Cassação desses países desempenhassem funções similares.<sup>261 262</sup>

Outrossim, nesse ambiente jus-filosófico, dominante no Estado Moderno na Europa Continental, pautado na absoluta supremacia da lei, tida como única fonte do direito, conforme salienta Luigi Ferrajoli, a ciência jurídica deixou de ser uma ciência precipuamente normativa e transformou-se em uma disciplina tendencialmente cognoscitiva, meramente explicativa de um objeto autônomo e separado dela: o direito posto.<sup>263</sup> De forma análoga, a jurisprudência perdeu seu caráter de fonte do direito, tendo a jurisdição natureza meramente cognoscitiva, cabendo ao juiz somente verificar aquilo que já foi preestabelecido pela própria lei.<sup>264</sup>

Em linhas gerais, resume Daniel Mitidiero, por força da influência trazida pela *Ecole de l'Exégèse* francesa e da *Begriffsjurisprudenz* alemã no campo da teoria da norma, a cultura jurídica do século XVIII identificava o direito com o texto da legislação, não havendo diferença semântica digna de nota entre texto, norma e regra. No âmbito da teoria da interpretação jurídica, vingou uma teoria da interpretação cognitivista, pela qual o processo interpretativo visava a descortinar o significado intrínseco do texto legal, previamente existente à interpretação propriamente dita. A interpretação judicial destinava-se tão somente a revelar a única e correta interpretação da lei, sendo atingido o seu resultado – a sua aplicação – desde um

---

<sup>261</sup> Tamanha foi a influência dessa corrente doutrinária italiana, na primeira metade do século XX, que o art. 65 do *Ordinamento Giudiziario* de 1942 deixou bem claro que o papel da *Corte di Cassazione*, à qual cabia, como “*organo supremo della giustizia*”, era assegurar “*l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*”. Esse dispositivo legal positivou justamente a função de nomofilaquia em sua acepção original, tal como concebida por Calamandrei.

<sup>262</sup> A influência dessa corrente filosófica positivista, principalmente por força da doutrina processual civil na Itália, composta por expoentes como Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, como já frisado, fez-se, e ainda se faz, presente no Brasil, conforme se pode observar da concepção de Cândido Rangel Dinamarco sobre a jurisdição: “*Quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além de certeza*”. (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47-48.) Mais adiante, prossegue o referido autor: “*parece indubitável que a jurisdição não tem vocação a generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função legislativa: ainda quem creia na criatividade institucionalmente permitida ou confiada ao juiz [...] não duvida ao ligar rigorosamente a função jurisdicional aos casos concretos. Fala-se no juiz como law maker, mas logo em seguida se esclarece que ele exerce sua atividade jurisdicional estritamente com relação a cases and controversies e com isso o vocábulo law se disvirtua, perdendo as características da abstração e generalidade*”. *Ibidem*, p. 138-139.

<sup>263</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 33.

<sup>264</sup> *Idem*.

modelo de silogismo judicial lógico-dedutivo instrumentalizado a partir dos elementos interpretativos gramatical, lógico, histórico e sistemático apresentados por Savigny.<sup>265</sup>

O formalismo, então predominante, dava relevo ao elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrendo o elemento voluntarístico ou discricional da escolha, inerente à atividade interpretativa. Essas escolas de pensamento acabaram por firmar uma concepção fictícia da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade mecânica a cargo do juiz, que atua como inanimada boca da lei, sublinhando “*a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de declarar o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração sua valoração pessoal*”.<sup>266</sup>

No Brasil, o Estado de Direito, no final do século XIX, por força da recepção de certas concepções francesas, especialmente das relacionadas ao princípio da divisão de poderes e à ideologia positivista, resultou na tradição do formalismo legalista.<sup>267</sup>

Seja como for, o fato é que, ao longo de praticamente todo o século XIX e início do século XX, várias escolas debateram sobre o caráter criativo da atividade jurisdicional e formaram concepções diferentes em relação à temática da interpretação da lei e da função judicial. Entretanto, lembra Mônica Sifuentes, atualmente, a constatação de que os juízes, no exercício da jurisdição, dispõem de poder criativo é geralmente reconhecida como verdadeira, recaindo a real discussão, não sobre a existência dessa criatividade, mas quanto ao seu grau, modos e limites.<sup>268</sup>

A criatividade da função judicial, ou seja, o poder “*da produção do direito por obra dos juízes*”<sup>269</sup>, na contundente avaliação de Mauro Cappelletti, tecida na premissa de sua obra *Juízes legisladores?*, é uma “*verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas as épocas e com inexaurível perseverança*”.<sup>270</sup> Desde Oscar Bulow, assevera Misabel Derzi, “*é cediço afirmar o árduo papel criador do juiz*”<sup>271</sup>, sendo que o “*Poder Judiciário não*

<sup>265</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

<sup>266</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução por: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 32.

<sup>267</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 291.

<sup>268</sup> SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

<sup>269</sup> CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 13.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>271</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 49.

*mais esconde, mesmo nas democracias que, mais de perto, se pautaram no modelo clássico de Montesquieu, seu papel criador*".<sup>272 273</sup>

Há que se reconhecer, novamente com Cappelletti, que, em toda atividade de interpretação judiciária das leis, existe, insitivamente, um certo grau de poder criativo do direito<sup>274</sup>, sendo o intérprete "*chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto*".<sup>275</sup> O intérprete, ensina Eduardo Couture, é, assim, um intermediário entre o texto e a realidade, extraindo dele um significado mais ou menos oculto, que pressupõe a consideração de todo o direito.<sup>276</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, a crença de que as leis contém, em seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver encontra-se superada de longa data, reconhecendo-se "*nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo*".<sup>277</sup>

Interpretar é, pois, construir a partir de algo, significando, assim, reconstruir: primeiramente, porque se utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; e, em segundo lugar, porque se manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são constituídos pelo uso e que preexistem ao processo interpretativo individual.<sup>278</sup>

As normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.<sup>279</sup> Por isso, não é possível aceitar a

---

<sup>272</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 105.

<sup>273</sup> De fato, para Bullow, as leis são apenas uma tentativa de criar o direito, processo que é complementado pelos juízes. "*O direito origina-se, pois, da cooperação entre os Poderes Legislativo e Judiciário*". Nesse sentido, Bullow defende o poder criativo dos juízes ou o *judge-made law*. Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 43.

<sup>274</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução por: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 20.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>276</sup> COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. 4. ed. Tradução por: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 01-02.

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

<sup>278</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 53-54.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 50.

ideia de que a aplicação do direito envolve uma atividade de simples subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.<sup>280</sup>

Dessa forma, a norma não mais pode ser confundida com o texto legal, devendo ser concebida como o resultado da atividade interpretativa realizada pelos tribunais e juízes, não existindo antes dela. Reconhece-se que os textos legais são formados por enunciados linguísticos potencialmente equívocos que reclamam uma atividade mediativa do intérprete, que faz valorações e escolhas entre diversos sentidos linguísticos possíveis para a definição da norma a partir das circunstâncias e peculiaridades fático-jurídicas postas diante dos juízes e tribunais. A norma é, assim, o resultado de um processo dirigido a reduzir a equivocidade do texto legal e concentrar seu significado.<sup>281</sup>

A atividade do intérprete não é, pois, meramente descritiva dos significados previamente existentes nas leis. Seu trabalho consiste em construir esses significados. Por isso, diz Humberto Ávila, “*o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construído na comunidade do discurso*”.<sup>282</sup>

Portanto, no contexto jurídico atual, conforme assevera Danilo Knijnik, pode-se dizer que mesmo entre os positivistas já se encontra relativamente superada a negação da jurisprudência como fonte criadora do direito, assertiva esta que não mais pode ser colocada em dúvida.<sup>283</sup>

Sem sombra de dúvidas, toda essa discussão sobre o reconhecimento ou não de poder de criação do direito por meio da jurisdição e, por conseguinte, de força vinculante dos precedentes dos tribunais no Brasil, especialmente dos editados pelas cortes de vértice, com obrigação de juízes e tribunais inferiores de segui-los, deve ser redimensionada a partir do advento da Constituição de 1988. A existência desse poder criativo dos juízes, ou do poder de criação do direito decorrente do exercício da jurisdição, ficou ainda mais evidente após o advento do Estado Constitucional de Direito.

Primeiramente, há que se ressaltar que a Constituição é permeada de enunciados normativos de textura aberta, como conceitos jurídicos indeterminados (ordem pública, dano

---

<sup>280</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52.

<sup>281</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54-56.

<sup>282</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 53.

<sup>283</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

moral, interesse social, abuso de poder econômico, calamidade pública) e de princípios (dignidade da pessoa humana, igualdade, moralidade) que transformam o intérprete em coparticipante do processo de criação do direito, eis que os textos normativos, nesses casos, apesar de fornecerem parâmetros para a interpretação judicial, dependem, para obtenção de plenitude de sentido, da atuação integrativa do intérprete, que deve fazer valorações e escolhas fundamentadas a partir dos elementos fáticos apresentados pelo caso concreto, dando azo ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva.<sup>284</sup>

A técnica de legislar por via de cláusulas gerais<sup>285</sup> não é, entretanto, uma novidade do direito contemporâneo – apesar de seu uso ter sido bastante disseminado ao longo da segunda metade do século XX – e nem uma especificidade do direito constitucional, encontrando-se disseminada por diferentes ramos jurídicos.<sup>286</sup> Os códigos mais recentes, em que pesem suas diferenças, têm se valido da técnica de legislar mediante o emprego de cláusulas gerais,<sup>287</sup> como, por exemplo “função social do contrato” e “boa-fé objetiva”.<sup>288</sup>

A cláusula geral, como técnica legislativa, explica Judith Martins-Costa, encerra uma disposição legal que contém, em seu enunciado normativo, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizada pela amplitude de seu campo semântico, que atribui ao juiz competência para, à luz do caso concreto, criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas.<sup>289</sup> Sua função principal é permitir a abertura e a mobilidade do

---

<sup>284</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

<sup>285</sup> Luís Roberto Barroso, em nota de rodapé, aduz que cláusula geral é um gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. O primeiro identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fisco pelo aplicador do direito no caso concreto. O segundo representa uma ideia de valor, de um conteúdo axiológico. Calamidade pública seria um conceito jurídico indeterminando e solidariedade, um princípio. *Ibidem*, p. 309.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>287</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 294.

<sup>288</sup> Judith Martins-Costa afirma que cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, apesar de possuírem pontos de convergência, decorrente de sua vagueza semântica, não se confundem. A cláusula geral envolve uma operação intelectual mais complexa, pois o juiz, além de averiguar a subsunção do caso na *fattispecie*, deve ele também determinar os efeitos ou as consequências incidentes, ou, se esses já vierem estipulados pelo legislador, graduá-los diante das circunstâncias concretas, à vista das possíveis soluções existentes. Já nos conceitos jurídicos indeterminados, a relativa liberdade de atuação do juiz, no que toca à concretização dos enunciados normativos vagos ou fluidos, reside tão somente na fixação da premissa, de modo que, uma vez fixada a *fattispecie*, a solução jurídica estará predeterminada. *Ibidem*, p. 326-327.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 303.

sistema jurídico, abrindo-o para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa dos enunciados normativos.<sup>290</sup>

Não tem o legislador, ao adotar a técnica das cláusulas gerais, a pretensão de apresentar, previamente, a solução de todos os problemas da realidade, “*uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*”.<sup>291</sup>

Nada obstante, adverte Misabel Derzi, é preciso salientar que o reconhecimento do papel criador do juiz, não autoriza um “vale-tudo”, sem controle, que conduza à negação do princípio da separação dos poderes e, com isso, do próprio Estado de Direito.<sup>292</sup> Se, de um lado, como pondera Humberto Ávila, é fato que o Poder Judiciário, por meio da interpretação pela via da jurisdição, constrói ou reconstrói significados, de outro, é certo que essa atividade criativa encontra limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional – ou legal – e o direito constitucional – ou infraconstitucional – concretizado<sup>293</sup>.

De modo que a atividade criativa do Poder Judiciário, inclusive nos casos autorizados pelo legislador, como nas lacunas, nos conceitos jurídicos indeterminados ou nas cláusulas gerais, deve sempre respeitar os limites dos enunciados linguísticos dos textos normativos, de tal forma que a decisão judicial seja um ato de criação, como escolha entre alternativas possíveis, sem que, entretanto, haja rompimento irreversível com a ideia de sentença vinculada à lei.<sup>294</sup>

Em segundo lugar, no Estado Constitucional de Direito, o princípio da legalidade não pode mais ser compreendido como o era na época do positivismo clássico, sob a égide do Estado Moderno na Europa Continental, onde a concentração da produção jurídica repousava em uma única instância constitucional, o Poder Legislativo<sup>295</sup>, reduzindo-se o direito à lei. Agora, sob os ares do neoconstitucionalismo, a lei deve, antes, conformar-se à Constituição.

A validade das leis, no Estado Legislativo, dependia apenas do fato de serem editadas por uma autoridade estatal dotada de competência normativa, sendo desimportante o

---

<sup>290</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 341.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>292</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 105.

<sup>293</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54.

<sup>294</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *op. cit.*, p. 106.

<sup>295</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, justicia*. Tradução por: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota, 2011, p. 33.

seu conteúdo, ou seja, independentemente da valoração de aspectos ligados à justiça.<sup>296</sup> Com a chegada do Estado Constitucional, porém, a lei perdeu seu posto de supremacia, passando a subordinar-se à Constituição, especialmente aos direitos fundamentais, que retratam valores e princípios ligados à justiça.

As leis, atualmente, encontram-se substancialmente “amarradas” às regras e princípios positivados na Constituição, devendo estar, sobretudo, em conformidade com os direitos fundamentais, ao contrário do que ocorria antes, quando os direitos fundamentais dependiam da edição de leis.<sup>297</sup> A sua validade “já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito”.<sup>298</sup>

Progrediu-se, assim, de uma ideologia de legalidade meramente formal para uma concepção de legalidade material ou substancial. Perdera o sentido a compreensão chiovendiana de jurisdição como mera atuação da lei, na medida em que “a obrigação do jurista não é mais apenas revelar as palavras da lei, mas projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”.<sup>299</sup>

Esse processo não representou apenas uma fase do desenvolvimento do princípio da legalidade, limitado a transferir o posto de supremacia, no ordenamento jurídico, da lei para as regras e princípios constitucionais. O princípio da legalidade material, lembra Gustavo Zagrebelsky, importou uma transformação que afetou as próprias concepções de direito<sup>300</sup> e de jurisdição, representando, no entender de Luiz Guilherme Marinoni, uma quebra de paradigma.<sup>301</sup>

Tudo isso fez surgir um outro modelo de juiz, sendo necessário que o direito processual civil dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar essa realidade que se criou.<sup>302</sup>

Atentando-se para a finalidade desempenhada pelo processo civil no Estado Constitucional de Direito e para a distribuição das funções dos tribunais judiciários, Daniel

---

<sup>296</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17, a. 2001, Madri, p. 31-45.

<sup>297</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

<sup>298</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

<sup>299</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47.

<sup>300</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, justicia*. Tradução por: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota, 2011, p. 34.

<sup>301</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 24.

Mitidiero vislumbra a existência de dois grandes modelos de tribunais de vértice na Justiça Civil: o modelo de Cortes Superiores e o de Cortes Supremas, cada uma com seus pressupostos conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais. Resumidamente, as Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do direito; a jurisdição é concebida como simples declaração de uma norma pré-existente; sua finalidade é controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as suas decisões possam ser consideradas como fontes primárias do direito. As Cortes Supremas estão associadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do direito; a jurisdição é entendida como uma atividade de reconstrução e de outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica; sua finalidade é dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões presentes na decisão como dotadas de eficácia vinculante.<sup>303</sup>

Essa dicotomia exposta por Mitidiero entre Cortes Superiores e Cortes Supremas merece ser explicada de forma mais detalhada, a fim de permitir, ulteriormente, uma compreensão mais precisa e adequada das funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, sobretudo, da eficácia vinculante de suas decisões, especialmente diante da litigiosidade de massa presente no Brasil.

No modelo de Cortes Superiores, tal como o francês dos séculos XVIII e XIX e o italiano do final dos séculos XIX e XX, idealizado a partir das ideias subjacentes à teoria cognitivista da interpretação e de uma teoria da norma jurídica em que texto legal e norma são expressões idênticas, a função primordial desses tribunais de vértice é promover a tutela da legalidade, ou seja, exercer o controle das interpretações realizadas pelos demais órgãos judiciários, a fim de assegurar a existência de uma única e correta interpretação e, por consequência, de conferir unidade ao direito.

Por isso, a função desempenhada por essas Cortes Superiores é dita reativa, dirigindo-se apenas para o passado. Tais tribunais atuam para neutralizar ou eliminar uma situação de violação ao direito já perpetrada pelos tribunais e juízos inferiores<sup>304</sup>, por meio da cassação ou da reforma das decisões que tenham conferido uma interpretação equivocada da lei, mediante prévia provocação da parte interessada por meio do recurso cabível.

Nesse modelo, a criação de uma jurisprudência uniforme pelo Tribunal Superior opera precipuamente como um instrumento destinado a viabilizar o controle casuístico das

---

<sup>303</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

<sup>304</sup> TARRUFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, jan-fev. 2012, p. 96.

decisões judiciais que violaram a legislação ao interpretar erroneamente os textos legais escritos. Assim, “*a uniformidade da jurisprudência não é o ponto de chegada da Corte Superior, mas é o seu ponto de partida, a partir do qual ela desempenha a sua efetiva função de tutela da legalidade contra as decisões judiciais*”.<sup>305</sup>

Uma Corte Superior, sob esse modelo, encara com naturalidade a existência de dissenso jurisprudencial e de profusa divergência de julgados, porque tudo isso, ao final, terá contribuído para formação da jurisprudência e tenderá a ser unificado pela sua atuação de controle sobre as decisões.<sup>306</sup> A existência de diferentes e concomitantes interpretações dos mesmos textos legais não é vista como uma anomalia, mas sim como algo normal e até mesmo desejável, eis que o surgimento de dissenso jurisprudencial colabora para o desenvolvimento do direito, na medida em que viabiliza a unificação da jurisprudência através do controle das decisões judiciais mediante recurso para a Corte Superior.<sup>307</sup>

O acesso às Cortes Superiores pela via recursal é tido como um verdadeiro direito subjetivo das partes, incompatível com a instituição de filtros recursais e de técnicas de julgamento em bloco dos recursos. Para que possa bem desempenhar sua função de controle de legalidade das decisões judiciais, é compreensível que seja franqueado o acesso de todos os litigantes à corte de vértice a partir da mera afirmação, da parte interessada, de ocorrência de uma violação da lei, de modo que o tribunal possa examinar, caso a caso, todos os recursos que lhe são dirigidos<sup>308</sup>, ainda que tratem de matéria fático-jurídica idêntica. O recurso é visto, pois, como *ius litigatoris*, eis que é viável a rediscussão da justiça da decisão das instâncias inferiores, atuando a Corte Superior como verdadeira terceira instância.<sup>309</sup>

Por fim, no que tange aos efeitos das suas “sentenças”, cabe destacar que, nesse modelo, em que a atividade jurisdicional da Corte Superior, além de meramente reativa, resume-se à singela revelação do sentido e do alcance do texto legal já existente e destina-se a exercer apenas o controle das demais decisões judiciais dos tribunais inferiores mediante recurso da parte interessada, é natural e absolutamente coerente, do ponto de vista lógico-jurídico, reconhecer eficácia exclusivamente inter partes, ou endoprocessual, às suas decisões, de modo que não possam produzir qualquer influência para além da esfera do recurso decidido

---

<sup>305</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 43-45.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>309</sup> TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione*. In: *Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 166-167.

e, por via de consequência, sem possibilidade de gozarem de eficácia vinculante em relação a casos futuros.<sup>310</sup>

Exatamente por não se buscar orientar a solução de casos futuros, não há aqui a preocupação da Corte Superior em particular, ou do sistema jurídico em geral, em delimitar com precisão, na fundamentação, as premissas fáticas e jurídicas que nortearam a decisão desse órgão de cúpula. Não detendo as decisões da Corte Superior eficácia *ultra partes* e nem força vinculante, a legislação processual civil contenta-se em estipular que a decisão expresse um comando concreto, em sua parte dispositiva, apto a ditar a solução de um caso específico<sup>311</sup>, com força de lei entre as partes e com a nota da imutabilidade e indiscutibilidade inerentes à coisa julgada material.

Na perspectiva da teoria cognitivista da interpretação, que pressupõe a existência de um único e inequívoco significado normativo do texto legal a ser ulteriormente revelado pelos juízes e tribunais, por ocasião do futuro julgamento da causa, as decisões judiciais, particularmente as razões que as justificam, não produzem qualquer impacto na ordem jurídica. De modo que, nesse modelo, a jurisprudência não constitui fonte primária do direito.<sup>312</sup>

Nesse contexto, nas hipóteses em que o Tribunal Superior modificar sua jurisprudência consolidada, o novo entendimento firmado pode ser imediatamente aplicável a todos os processos em curso levados a esse tribunal de vértice, operando, portanto, efeitos retroativos ou *ex tunc*, eis que o pressuposto teórico desse modelo é o de que a norma é sempre anterior à sua interpretação judicial e de que a jurisprudência cinge-se à declaração do único e exato sentido do texto legal. De sorte que a aplicação imediata da superveniente jurisprudência uniforme a feitos já em curso não representa indesejada hipótese de retroatividade normativa, constituindo, aliás, uma forma de manifestação da segurança jurídica decorrente a irrestrita observância do prévio e exato conteúdo semântico do texto legal para todos os casos semelhantes e, por isso mesmo, contribuindo decisivamente para a promoção da igualdade de todos em face da lei.<sup>313</sup>

Não há aqui sentido algum em ventilar a possibilidade de modulação temporal do *overruling*, conferindo-se à nova orientação jurisprudencial efeitos prospectivos.

---

<sup>310</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 48-49.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 51.

Nesse contexto histórico-jurídico, como se nota, a lei era tida como suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica, não tendo relevância a jurisprudência, no que tange à promoção desses valores. Ambos os valores, acreditava-se, eram tutelados mediante a proclamação formal da igualdade de todos perante a lei e a predeterminação do sentido do texto legal, respectivamente. Bastava, para promovê-los, a unidade da legislação, sendo desimportante a existência de unidade da jurisprudência.

Por isso, *“qualquer tentativa de outorgar eficácia vinculante às razões adotadas pela Corte Superior para decidir não tem nenhum sentido, sendo superabundante, tautológica e pleonástica”*<sup>314</sup>, na medida em que *“se a lei é capaz de manter a igualdade e a segurança no plano geral e abstrato, não há nenhum motivo para se preocupar com essas mesmas questões diante das decisões judiciais”*.<sup>315</sup>

De outro lado, o modelo de Cortes Supremas funda-se em pressupostos teóricos diametralmente diversos daqueles próprios às Cortes Superiores.

No campo da interpretação jurídica, o modelo de Cortes Supremas pressupõe a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação, que, conforme já destacado, é uma teoria não-cognitivistica, em que o processo de interpretação depende de atividades intelectuais valorativas e de escolhas justificadas dentre possíveis significados das palavras ou expressões constantes nos enunciados normativos, que são potencialmente equívocos. Aqui a justificação das decisões é o verdadeiro núcleo do processo interpretativo voltado para a aplicação do direito, sendo elemento de diferenciação, de legitimação e de controle das decisões judiciais.<sup>316</sup>

Nesse modelo, a função das Cortes Supremas é dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento dos casos que lhes são submetidos. De sorte que sua função é proativa e seu olhar é voltado especialmente para o futuro, destinando-se a orientar não apenas os juízes e tribunais inferiores, mas também toda a sociedade sobre a adequada interpretação e aplicação do direito.<sup>317</sup>

Ao atuar proativamente, por meio de suas decisões, assevera Taruffo, a Corte Suprema torna-se protagonista do complexo processo de criação e evolução do direito

---

<sup>314</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> Ibidem, p. 57-60.

<sup>317</sup> Ibidem, p. 66.

decorrente da solução de casos específicos, mas capazes de orientar decisões futuras de relevância jurídica supraindividual, exercendo a função pública que lhes é cometida.<sup>318</sup>

Essa adequada interpretação é o ponto de chegada, o grande objetivo da Corte Superior, sendo a decisão recorrida o seu ponto de partida. A Corte Suprema, portanto, como corte de interpretação, a quem compete dar a última palavra acerca da correta interpretação do direito, é uma verdadeira corte de precedentes, cujas *rationes* representam a encarnação da adequada interpretação do direito e o meio para obtenção de sua unidade.<sup>319</sup>

Na medida em que a função primordial da Corte Suprema é outorgar sentido e unidade ao direito pela via da interpretação lógico-argumentativa, a dispersão de entendimentos ou de interpretações destoantes pelos órgãos inferiores e também pelos seus próprios integrantes, em casos substancialmente semelhantes, é encarada como um fato grave, como um ato de rebeldia em face da autoridade de suas decisões, que deve ser evitado e repellido pelos mecanismos inerentes ao sistema jurídico e por sua própria atuação.<sup>320</sup>

A nomofilaquia, nesse modelo, consiste justamente na consecução da outorga de unidade ao Direito por meio da escolha da interpretação correta da “norma” a ser aplicada à luz do caso concreto<sup>321</sup>, e não na atividade de controle casuístico das decisões dos órgãos judiciais inferiores, como sucede no modelo de Cortes Superiores.

Trata-se, pois, de uma nomofilaquia interpretativa e não de controle. O direito ao recurso é viabilizado no interesse do *ius constitutionis* – no interesse da busca da promoção da unidade do direito – e não para a tutela do *ius litigatoris*. Por isso, o recurso dirigido à Corte Suprema não é examinado com um direito subjetivo da parte, sua admissão é condicionada à demonstração da presença de interesse público em seu julgamento, pelo que é plenamente compreensível a necessidade de instituição de filtros recursais para limitar o acesso à Corte, como é o caso do *writ of certiorari* para *Supreme Court* dos Estados Unidos, da *leave to appeal* da *House of Lords* – sucedido pela *permission* para acessar a *Supreme Court of the United Kingdom* – e dos recursos de *Revision* alemão ao *Bundesgerichtshof*. A Corte Suprema exerce, assim, um acentuado autocontrole quanto à sua própria atuação. Pelas mesmas razões, via de regra, a eventual desistência do recurso interposto não subtrai da Corte Superior a prerrogativa

---

<sup>318</sup> TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, Jan-Fev. 2012, p. 101.

<sup>319</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 68.

<sup>320</sup> Idem.

<sup>321</sup> TARUFFO, Michele. Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione. In: *Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 161.

de pronunciar-se sobre a questão de direito que lhe fora submetida, a fim de promover a unificação do direito através da fixação de sua correta interpretação.<sup>322</sup>

Nessa linha de raciocínio, é natural e coerente, do ponto de vista lógico-jurídico, que os precedentes gozem de eficácia *ultra partes*, operando efeitos para além das partes do caso concreto do qual derivado, e vinculante em relação aos demais juízos e tribunais inferiores e, ainda, que sejam considerados fontes primárias do direito. Negar eficácia *ultra partes* e vinculante às suas interpretações, materializadas nos seus precedentes, é negar a própria razão da existência da Corte Suprema. Dessarte, o reconhecimento de força vinculante aos precedentes não é uma decorrência de uma norma de direito positivo, não dependendo de nenhuma manifestação expressa de sua positivação, mas uma consequência direta do caráter argumentativo da interpretação jurídica e do valor que deve ser conferido à segurança jurídica e à igualdade. A eficácia vinculante dos precedentes emana, pois, da força institucionalizante da interpretação judicial, ou seja, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado.<sup>323</sup>

Nesse contexto, tendo em conta a função proativa das Cortes Supremas e que o precedente é tido como fonte primária do direito, dotado de força vinculante e voltado para orientar situações futuras, a sua revogação e substituição por outro precedente – o *overruling* – acarreta modificações no próprio direito e tem o condão de afetar a confiança depositada pela sociedade na norma contida no *decisum* suplantado, que orientou e pautou a conduta e o planejamento dos cidadãos, até então tidos em conformidade com a ordem jurídica.

Nesse modelo, sobretudo para tutelar o princípio da confiança e da não-surpresa, que salvaguardam as legítimas expectativas dos cidadãos que se comportaram de acordo com a norma consubstanciada no precedente revogado ou alterado, o novo precedente revogador ou modificador do anterior não deve operar efeitos retroativos, devendo ter eficácia imediata ou para o futuro. Assim, como regra geral, a nova orientação deve ser aplicável apenas aos casos posteriores à sua divulgação, quando o precedente se torna de conhecimento público, preservando-se sob a égide do precedente suplantado a disciplina das relações jurídicas travadas enquanto orientou as condutas dos cidadãos, ou seja, enquanto era o direito vigente.<sup>324</sup>

Pois bem, atualmente observa-se uma nítida tendência dessas cortes de vértice de cambiarem sua forma de atuar, caminhando de um papel reativo, voltado para tutela da

---

<sup>322</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-71.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 71-76.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 77-78.

legalidade em cada caso individualmente considerado, para uma postura proativa, muito mais importante, de feição dinâmica, dirigida para o futuro e destinada a contribuir para o desenvolvimento do direito.<sup>325</sup>

Com arrimo em Castanheira Neves, pode-se afirmar que "*seria hoje impensável que os Supremos Tribunais não participassem [...] de um modo qualificado e principal na tarefa da constitutiva realização do direito*", isto é, "*no próprio desenvolvimento jurisprudencialmente criador do direito que especificamente compete à jurisprudência nos nossos dias*".<sup>326</sup>

O atual objetivo dessas cortes de ápice, anunciado como "princípio capital" por Castanheira Neves, que outrora fora de garantir a mera uniformidade da jurisprudência, é promover a unidade do direito, compreendida como "*uma unidade de normativa ordenação dinâmica e a posteriori*".<sup>327</sup>

Nos dias atuais, portanto, consoante arremata Taruffo, a principal função das cortes superiores em muitos ordenamentos de *common law* e de *civil law* é de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisões de outros juízes, podendo-se falar, em fórmula sintética, em "nomofilaquia através do precedente", justamente para indicar que a função típica de uma corte superior é a de assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões universalizáveis e projetáveis para o futuro.<sup>328</sup>

É preciso salientar, por derradeiro, como faz Danilo Knijnik, que a correta compreensão de nomofilaquia depende da concepção adotada quanto à relação direito-processo, tendo, por essa razão, o sentido dessa função sido profundamente alterado ao longo do tempo, inclusive porque o reflorescimento da jurisprudência, no plano das fontes do direito, repercute sensivelmente na função desempenhada pelas cortes de vértice. Na sua concepção originária, já explicada, a nomofilaquia foi compreendida como atividade de defesa da lei destinada a revelar ou assegurar sua exata, única e verdadeira interpretação.<sup>329</sup>

Atualmente, porém, cogita-se mais de uma nomofilaquia tendencial ou dialética, em substituição à tradicional ou formalista. A pretensão de outorga de unidade ao direito, antes

---

<sup>325</sup> TARRUFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, jan-fev. 2012, p.112.

<sup>326</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora., 1983, p. 648.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>328</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011. p. 153.

<sup>329</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 99.

realizada pela ideia da existência de uma única e exata interpretação da lei, é relativizada ou afastada, passando-se a compreendê-la em um sentido tendencial e relativo.<sup>330</sup>

Em razão do reconhecimento e da verificação da existência de múltiplas interpretações judiciais, atribuídas pelos diversos juízes e tribunais inferiores, o tribunal de vértice, antes de impor uma derradeira interpretação autoritativa, deve buscar estabelecer um diálogo com os demais órgãos judiciais, a fim de chegar, por força da persuasão, à interpretação acertada *“porque aceitável, enquanto mais racional e afinada com os princípios constitucionais. Busca-se não a imposição, mas um diálogo, uma construção jurisprudencial permanente, que se imponha pela sua força persuasiva e que seja suscetível de evolução”*.<sup>331</sup>

Daí concluir Knijnik que:

A jurisprudência envolve um desenvolvimento posterior da lei, de natureza criativa, em maior ou menor grau. Esse processo, também se viu, não é monopolizado por nenhum tribunal, apenas havendo uma necessidade político-institucional de que haja uma só lei e, portanto, uma criação jurisprudencial una. Dito de outro modo, é preciso que o processo de desenvolvimento jurisprudencial da lei tenha fim. Nesse contexto, a nomofilaquia dialética nada mais é do que a nomofilaquia, tal como originalmente concebida, mas, agora, sob o influxo da causa hermenêutica. Assim, pode-se concluir dizendo que, atualmente, a referida função de nomofilaquia tem por objeto o controle e a definição, num processo de natureza dialética, ‘da criação jurisprudencial do direito, ou seja, da produção ‘jus-criadora do Poder Judiciário. Através da função nomofilática, esse processo encerra-se, ultima-se, mesmo que provisoriamente.<sup>332</sup>

A função nomofilática dos tribunais de vértice, como a história e a atualidade têm demonstrado, é fundamental no Estado Democrático de Direito, cabendo-lhes a missão de controlar a criação normativa do Poder Judiciário, uniformizando-a, a fim de alcançar a necessária estabilidade, numa perspectiva não estática, mas sim dinâmica. As suas decisões assumem uma feição objetiva, que transcende aos limites dos casos individuais, tendo potencial aptidão para produzir precedentes com força vinculante.<sup>333</sup>

Como se verá, sob a égide da Carta Política de 1988, com a inauguração de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, fundado nos direitos e garantias individuais e

---

<sup>330</sup> *“Fala-se hodiernamente em nomofilaquia dialética ou tendencial, pretendendo-se significar, com essas expressões, que se contraporiam à nomofilaquia tradicional, a persecução da unidade do direito mediante a utilização de processos hermenêuticos na identificação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais, vale dizer, por intermédio de processo dialético que possibilite ao juiz aferir, dentre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide”*. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

<sup>331</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 102.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>333</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 254.

coletivos e, ainda, na força normativa não só de suas regras, como também de seus princípios, *“a jurisprudência passa a desenvolver novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”*.<sup>334</sup>

---

<sup>334</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

### CAPÍTULO III - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTES DE PRECEDENTES

#### 3.1. A CAMINHADA PELA VALORIZAÇÃO DA “JURISPRUDÊNCIA” NO BRASIL: A LEGISLAÇÃO, A DOUTRINA E OS PRECEDENTES DO STF E DO STJ

Tradicionalmente, a cultura do direito brasileiro repele o sistema de precedentes vinculantes, não podendo o Poder Judiciário, salvo expressa autorização constitucional, estabelecer regras genéricas e abstratas aplicáveis a casos futuros.<sup>335</sup> O direito brasileiro, fiel à tradição romano-germânica, alberga apenas a lei como paradigma das condutas comissivas e omissivas, tendo sido o princípio da legalidade estrita, em essência, replicado por todas as Constituições do país, estando atualmente consagrado no art. 5º, II, da Carta de 1988, razão porque, durante muito tempo, as referências à jurisprudência enquanto forma de expressão ou fonte do direito foram escassas.<sup>336</sup>

A expressiva maioria da doutrina clássica no país, como se verá mais adiante, não admitia a possibilidade de outorga de força vinculante aos precedentes dos tribunais, nem mesmo daqueles oriundos do STF. Os precedentes não eram reconhecidos como fonte genuína de criação do direito, sendo tomados, quando muito, apenas como instrumentos jurídicos persuasivos, despidos de qualquer grau de eficácia vinculante. Essa corrente doutrinária, influenciada pelo pensamento jurídico europeu dominante, naturalmente repercutiu nas atividades legislativa e pretorianas no país, durante a fase imperial, após a instauração da República e, ainda, ao longo do século XX.

No que toca à legislação, foi a partir do Regulamento 737/1850, promulgado ainda durante o Império, que o Brasil passou a ter leis próprias em matéria de organização judiciária e de processo civil, embora, segundo José Rogério Cruz e Tucci, não houvesse, naquela época, qualquer lei que tivesse disposto sobre o valor dos precedentes judiciais para

---

<sup>335</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 240; MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire et al. (Orgs.) *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, p. 680.

<sup>336</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 583.

suprir eventuais lacunas da lei e, muito menos, para prevenir divergência em casos semelhantes.<sup>337</sup>

Desde o alvorecer do Império, não havia, propriamente, uma jurisprudência nacional. Por isso, já no final do período monárquico, com o escopo de promover a unificação jurisprudencial no país, os assentos portugueses foram transplantados para o Brasil pelo Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875.<sup>338</sup> Esse decreto conferiu força de lei aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e reconheceu competência ao Supremo Tribunal de Justiça para editar novos assentos, com a mesma força normativa, sendo de observância obrigatória e cuja revogação somente poderia ocorrer por ato do Poder Legislativo.<sup>339</sup>

Os assentos eram atos do Poder Judiciário que não se destinavam a resolver litígios *hic et nunc*, isto é, eram concebidos como determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes, enquanto que os arestos eram compreendidos como casos julgados entre partes determinadas.<sup>340</sup>

Esses assentos, revestidos de eficácia vinculante, vigoraram no direito pátrio até o florescer da República e foram sucedidos pelo recurso extraordinário, criado sob a inspiração do *writ of error* norte-americano, cuja finalidade precípua, confiada ao Supremo Tribunal Federal, era a de preservar a autoridade e a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais.<sup>341</sup>

<sup>337</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 233.

<sup>338</sup> Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até a época da Independência, à exceção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Império. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos.

Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada.

§ 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações.

§ 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.

§ 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.

<sup>339</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. Tese apresentada no Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1968). Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=074>> Acesso em: 03 mai. 2015, p. 121-122.

<sup>340</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 444.

<sup>341</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit., p. 234.

Logo no despontar da República, o Decreto 848/1890, promulgado pelo General Manoel Deodoro da Fonseca, então "Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil" – que tratava da organização da Justiça Federal e dispunha sobre os procedimentos civil e criminal no âmbito federal – positivou, em seu art. 386<sup>342</sup>, uma peculiar regra determinando a aplicação, como fonte subsidiária da jurisprudência e do “processo federal”, dos estatutos e dos casos de *common law* e *equity* dos povos cultos, especialmente dos Estados Unidos da América.

Posteriormente, já com a República e o federalismo consolidados, depois dos assentos, aos poucos outros instrumentos processuais destinados a promover a uniformização da jurisprudência foram criados.

O Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, criou o “prejulgado”, de aplicação restrita à Corte de Apelação do Distrito Federal, por meio do qual a decisão sobre uma questão de direito controvertida no âmbito dos órgãos fracionários do tribunal, deveria ser submetida à apreciação do plenário, composto por todos os integrantes do tribunal.<sup>343 344</sup>

Posteriormente, o Decreto 23.055, de 09 de agosto de 1933, que instituiu o recurso *ex officio* das decisões das Justiças locais, previu, em seu art. 1º, que “*as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”.<sup>345</sup>

Em um período que vigorava competência legislativa concorrente em matéria processual civil, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo acolheu, igualmente, o prejulgado, com o mesmo objetivo de evitar decisões divergentes dentro do Tribunal de Justiça local. Ulteriormente, a Lei Federal 319, de 25 de novembro de 1936, por

---

<sup>342</sup> Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.

<sup>343</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 234.

<sup>344</sup> Roberto Rosas aponta a existência de um prejulgado anterior, criado, logo no alvorecer da República, pelo Estado de Minas Gerais, pela Lei Estadual 17, de 20 de novembro de 1891. ROSAS, Roberto. *Do assento e do prejulgado à súmula do S.T.F.* São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 404, a. 58, jun. 1969, p. 19.

<sup>345</sup> Esse decreto foi classificado por Limongi França como um “*arremedo de diploma legal*”, editado em um desses “*lamentáveis períodos de desmando*” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 191), o que bem denota a repulsa da doutrina da época em relação ao precedente vinculante.

meio de seu art. 2º<sup>346</sup>, ampliou a técnica do prejudgado para todo o país, de sorte a permitir que todos os tribunais pátrios pudessem uniformizar sua jurisprudência, tendo as respectivas decisões “*eficácia vinculante intra muros e, portanto, horizontal*”.<sup>347</sup>

Posteriormente, o prejudgado fora estendido também para o âmbito do Direito do Trabalho, por meio do art. 902<sup>348</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, instituída pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, cujo §4º dispunha que “*uma vez estabelecido o prejudgado, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo*”. O Decreto-Lei nº 8.737 de 1946, manteve a mesma regra, transpondo-a, porém, para o §1º do art. 902 da CLT.

O prejudgado trabalhista revestia-se de força vinculante, resultando de decisão *in abstracto* sobre a questão controvertida que fixava a respectiva regra a ser observada em casos futuros por todos os juízes e tribunais vinculados ao Tribunal Superior do Trabalho, tendo o Decreto-Lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, permitido às turmas, no TST, negar seguimento ao recurso de embargos para o tribunal pleno, quando a decisão embargada estivesse assentada em prejudgado ou em jurisprudência uniforme, aplicando-se a mesma regra do recurso de revista. A Lei 7.033, de 5 de outubro de 1982, revogou o art. 902 da CLT, extinguindo, pois, o prejudgado trabalhista.<sup>349</sup>

---

<sup>346</sup> Art. 2º A requerimento de qualquer de seus juízes, a câmara ou turma julgadora, poderá promover, o pronunciamento prévio da Côrte Plena sobre matéria, de que dependa a decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ella ocorre, ou pôde ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre câmaras ou turmas.

<sup>347</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 238.

<sup>348</sup> Art. 902. É facultado à Procuradoria da Justiça do Trabalho promover e pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre os Conselhos Regionais do Trabalho.

§ 1º Sempre que o estabelecimento do prejudicado for pedido em processo sobre o qual já haja pronunciado o Conselho Regional do Trabalho, deverá o requerimento ser apresentado dentro do prazo de dez dias contados da data em que for publicada a decisão. (...)

§ 4º Uma vez estabelecido o prejudgado, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juizes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.

§ 5º Considera-se revogado ou reformado o prejudgado sempre que a Câmara de Justiça do Trabalho, funcionando completa, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejudgado, firmando nova interpretação. Em tais casos, o acordão fará, remissão expressa à alteração ou revogação de prejudgado.

<sup>349</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 239-240.

Além disso, no âmbito dos dissídios coletivos do trabalho, a CLT, em seus arts. 867 a 871<sup>350</sup>, instituiu a sentença normativa – ainda presente no ordenamento jurídico por força do art. 114, §2º<sup>351</sup> da Constituição de 1988 – que se caracteriza como “*fonte heterônoma singular ao Direito do Trabalho*”, pois, através de um único e específico processo, os tribunais do trabalho editam normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias, “*no exercício de função típica e tradicional do Poder Legislativo*”, estatuinto, inclusive, prazo fixo de vigência para a normatização criada para o dissídio.<sup>352</sup>

Essa sentença normativa é, formalmente, sentença.<sup>353</sup> Mas materialmente, em sua substância, ela não resolve um litígio mediante a aplicação das leis trabalhistas ao caso

---

<sup>350</sup> Art. 867 - Da decisão do Tribunal serão notificadas as partes, ou seus representantes, em registrado postal, com franquia, fazendo-se, outrossim, a sua publicação no jornal oficial, para ciência dos demais interessado.

Parágrafo único - A sentença normativa vigorará: (Incluído pelo Decreto-lei nº 424, de 21.1.1969)

a) a partir da data de sua publicação, quando ajuizado o dissídio após o prazo do art. 616, § 3º, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, da data do ajuizamento; (Incluída pelo Decreto-lei nº 424, de 21.1.1969)

b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio no prazo do art. 616, § 3º. (Incluída pelo Decreto-lei nº 424, de 21.1.1969)

Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

Art. 869 - A decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal:

a) por solicitação de 1 (um) ou mais empregadores, ou de qualquer sindicato destes;

b) por solicitação de 1 (um) ou mais sindicatos de empregados;

c) ex officio, pelo Tribunal que houver proferido a decisão;

d) por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

Art. 870 - Para que a decisão possa ser estendida, na forma do artigo anterior, torna-se preciso que 3/4 (três quartos) dos empregadores e 3/4 (três quartos) dos empregados, ou os respectivos sindicatos, concordem com a extensão da decisão.

§ 1º - O Tribunal competente marcará prazo, não inferior a 30 (trinta) nem superior a 60 (sessenta) dias, a fim de que se manifestem os interessados.

§ 2º - Ouvidos os interessados e a Procuradoria da Justiça do Trabalho, será o processo submetido ao julgamento do Tribunal.

Art. 871 - Sempre que o Tribunal estender a decisão, marcará a data em que a extensão deva entrar em vigor.

<sup>351</sup> §2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente.

<sup>352</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 157.

<sup>353</sup> A palavra sentença é aqui utilizada em sentido amplo. A sentença normativa é formalmente sentença, pois, além de ser proferida no bojo de um processo judicial, estrutura-se como tal, contendo relatório, fundamentação e dispositivo.

concreto. Ao contrário, projeta sua incidência sobre relações *ad futurum*, equiparando-se à lei, pelo que, lembra Maurício Godinho Delgado, em razão dessa dualidade, Calamandrei referia-se à sentença normativa como tendo “*corpo de sentença, alma de lei*”.<sup>354</sup>

Outrossim, o art. 263 do Código Eleitoral, instituído pela Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, previu o prejulgado, dispondo que “*no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal*”.

O instituto do prejulgado fez-se também presente no Código de Processo Civil de 1939. O art. 861 desse *Codex* – editado sob a Constituição de 1937, que reservou à União competência para legislar privativamente sobre matéria processual – dispunha que:

[...] a requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

O seu art. 853, por sua vez, previu o recurso de revista, para os “*casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese*”.

Entendia-se, entretanto, que o prejulgado do art. 861 do CPC/1939 não se revestia de força vinculante porque nele não fora prevista a possibilidade de interposição de recurso de revista contra decisão de turma que, porventura, viesse a contrariar julgado do próprio tribunal pleno.<sup>355</sup>

Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963 abriu a possibilidade de que o Regimento Interno do STF instituisse “súmulas de jurisprudência predominante”, tendo sido as trezentas e setenta primeiras editadas de uma só vez, na sessão plenária de 13 de dezembro de 1964.<sup>356</sup> As súmulas, além de servirem como mecanismos de promoção da estabilidade da jurisprudência, funcionavam como valioso instrumento de descongestionamento do Supremo Tribunal Federal, “*que desperdiçava horas para julgar pela vigésima e até centésima vez se o imposto de vendas recaía sobre a parcela do imposto de consumo ou se este incidia sobre máquina de costura*”.<sup>357</sup>

<sup>354</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 157.

<sup>355</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 242-243.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>357</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 128.

Já na segunda metade do Século XX, houve algumas tentativas frustradas de instituição formal no ordenamento jurídico, pela via legislativa, de precedentes com força vinculante.

No Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de 1964, foi contemplada a Resolução Unificadora da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que seria adotada – quando houvesse três acórdãos, proferidos por maioria absoluta – com caráter obrigatório para os juízes e tribunais inferiores, enquanto o STF não a modificasse pelo mesmo procedimento, o que seria uma espécie de súmula ou prejudgado vinculante<sup>358</sup>, não só para os juízes e tribunais inferiores, mas também para o próprio STF, que somente poderia modificá-la caso houvesse “razões substanciais”.<sup>359</sup>

Outrossim, o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 pretendeu resgatar o antigo assento vinculante. Nele foi idealizado um procedimento de uniformização de jurisprudência perante o STF, que culminaria, conforme dicção do seu arts. 518 e 519, na edição de um assento pelo presidente do tribunal, que, quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, teria força de lei em todo o território nacional.<sup>360</sup>

Tal procedimento, nesses moldes, depois de ser muito criticado pela doutrina, sobretudo por tê-lo como inconstitucional, foi abandonado, tendo sido aprovado, em seu lugar, inspirado nas súmulas do STF, o incidente de uniformização de jurisprudência – arts. 476 a 479 do CPC/1973 –, que, contudo, “*já jamais alcançou a desejada eficiência*”.<sup>361</sup> Esse procedimento ensejava a edição, por todos os tribunais, de súmulas e a formação de “precedente na uniformização da jurisprudência”, cujas decisões, todavia, eram despidas de eficácia vinculante *inter alio*.

A Emenda Constitucional 01/1969 permitiu que o Regimento Interno do STF estipulasse critérios para admissão do recurso extraordinário, em relação à natureza, à espécie e ao valor da causa. O STF, então, por meio da Emenda Regimental 03, de 12 de junho de 1975, instituiu a arguição de relevância de questão federal como requisito de admissibilidade do

---

<sup>358</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 244.

<sup>359</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os assentos no direito processual civil*. Tese apresentada no Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1968). Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=074>> Acesso em: 03 mai. 2015, p. 132.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 130-131.

<sup>361</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, ano VI, mai/jun. 2005, p. 7.

recurso extraordinário. Ulteriormente, a Emenda Constitucional 07/77 incorporou-a ao texto da Constituição.

O art. 90, §2º<sup>362</sup>, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79), autorizou que, nos processos de competência do extinto Tribunal Federal de Recursos, o relator negasse seguimento a recurso contrário a “*súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal*”.

Não há como olvidar que, desde a promulgação da Constituição de 1988, o legislador ordinário trilhou, gradual e continuamente, no sentido de promover a uniformização da jurisprudência e a valorização dos precedentes no processo civil, sobretudo daqueles oriundos dos Tribunais Superiores.

Em 1990, o art. 38<sup>363</sup> da Lei 8.038/90, permitiu ao ministro relator, no STF e no STJ, negar seguimento a recurso contrário a “*súmula do respectivo tribunal*”.

O movimento em direção à força subordinante dos precedentes foi acelerado a partir das reformas processuais realizadas, no CPC/1973, a partir de 1994<sup>364</sup>: a nova redação do art. 557 autorizou o relator a negar seguimento a recursos monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com as súmulas ou a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos Tribunais Superiores, bem como a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores; por meio dos §§ 3º e 4º do art. 544, foi atribuída competência ao relator de agravo de instrumento em recurso especial ou recurso extraordinário para, com base em jurisprudência ou em súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e, de pronto, prover o próprio RE ou REsp; o parágrafo único do art. 481 estipulou um modelo de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios

---

<sup>362</sup> Art. 90 - O Regulamento Interno disporá sobre as áreas de especialização do Tribunal Federal de Recursos e o número de Turmas especializadas de cada uma das Seções bem assim sobre a forma de distribuição dos processos.

(...)

§ 2º - O relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja perdido objeto, bem assim, mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo ou incabível ou, ainda, que contrariar as questões predominantemente de direito, súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. Deste despacho caberá agravo, em cinco dias, para o órgão do Tribunal competente, para o julgamento do pedido ou recurso, que será julgado na primeira sessão seguinte, não participando o relator da votação.

<sup>363</sup> Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

<sup>364</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade; o parágrafo único do art. 120 outorgou ao relator poder para julgar, de plano, conflito de competência quando há “*jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada*”; em 2001, o §3º do art. 475 excluiu da obrigatoriedade da submissão ao reexame necessário as sentenças fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula de Tribunal Superior; na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir às decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas, inclusive em controle difuso, a eficácia de inibir a execução de sentenças a elas contrárias, o que foi reafirmado, em 2005, pelo art. 475-L, §1º; em 2006, o §1º do art. 518 consagrou a súmula impeditiva de recursos, possibilitando o não recebimento da apelação aviada em face de sentenças alicerçadas em súmula do STF ou do STJ; também no ano de 2006, foram introduzidos os art. 543-A e 543-B, disciplinando a repercussão geral, com destaque para a eficácia expansiva negativa das decisões que não a reconhecem, e a tramitação e o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, permitindo-se, inclusive, o reexame, pelo tribunal de origem, do acórdão proferido, para que o entendimento nele firmado seja alinhado àquele assentado pelo STF; por fim, em 2008, foi editado o art. 543-C, estipulando um sistema de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos à semelhança daquele previsto no art. 543-B.

Afora as alterações legislativas mencionadas no parágrafo anterior, promovidas no bojo do CPC/1973, outras tantas inovações foram concretizadas na legislação especial.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, em 2001, por meio dos arts. 14 e 15<sup>365</sup> da Lei 10.259/01, foi cunhado um mecanismo de “*uniformização de interpretação de lei*

---

<sup>365</sup> Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

*federal*”, acentuando a função nomofilática e paradigmática dos precedentes do STF e do STJ e que serviu de inspiração para a ulterior instituição do modelo de tramitação e julgamento dos recursos repetitivos previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973. Em 2009, semelhante modelo foi transportado, pelos arts. 18 a 21<sup>366</sup> da Lei 12.153/09, para os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública.

---

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

<sup>366</sup> Art. 18. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas do mesmo Estado será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º No caso do § 1º, a reunião de juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita por meio eletrônico.

§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado.

Art. 19. Quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização de que trata o § 1º do art. 18 contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 1º Eventuais pedidos de uniformização fundados em questões idênticas e recebidos subsequentemente em quaisquer das Turmas Recursais ficarão retidos nos autos, aguardando pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Nos casos do caput deste artigo e do § 3º do art. 18, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Decorridos os prazos referidos nos §§ 3º e 4º, o relator incluirá o pedido em pauta na sessão, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 6º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 1º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em 2014, a sistemática de processo e julgamento dos recursos repetitivos, prevista nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 foi estendida para a legislação processual trabalhista, por intermédio do art. 2º da Lei 13.015/2014, que introduziu na CLT os arts. 896-B e 896-C, tendo este último, inclusive, previsto expressamente, em seus §§16 e 17, a técnica do *distinguishing* e a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão revogadora de precedentes anteriores.<sup>367</sup>

A importância deferida pelo legislador aos precedentes e à jurisprudência não ficou adstrita apenas aos órgãos do Poder Judiciário.

No âmbito da Administração Pública Federal, o art. 4º, XII<sup>368</sup>, da Lei Complementar 73/93, muniu o Advogado-Geral da União de competência para “*editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais*”, ao passo que o art. 4º<sup>369</sup> da Lei 9.469/97 previu a possibilidade de o chefe da Advocacia-Geral da União dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais, “*quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores*”.

---

Art. 20. Os Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 21. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido no art. 19, além da observância das normas do Regimento.

<sup>367</sup> Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

(...)

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

<sup>368</sup> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

<sup>369</sup> Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Outrossim, mais recentemente, em 2013, a Lei 12.844/13 alterou o inciso I e acrescentou os incisos IV e V ao art. 19<sup>370</sup> da Lei 10.522/02, de modo a autorizar a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre “*matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda*” e sobre matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento

---

<sup>370</sup> Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda;

III - (VETADO)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

§ 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.

§ 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do caput, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.

§ 5º As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.

§ 6º - (VETADO)

§ 7º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.

realizado nos termos do arts. 543-B e 543-C do CPC, realçando, uma vez mais, a caminhada pela valorização dos precedentes dos Tribunais Superiores.

O CPC/2015, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, manteve ou aperfeiçoou vários dos institutos e técnicas presentes na legislação processual que lhe antecederam, além de criar outros mecanismos destinados a conferir maior efetividade aos precedentes do STF e do STJ.

No ponto, merecem registro as seguintes regras do CPC/2015: o art. 12, §2º, III, exclui da “observância preferencial” da ordem cronológica das conclusões, para proferir sentença ou acórdão, o julgamento dos casos repetitivos, dentre os quais se inserem os recursos representativos de controvérsia apreciados pelo STF e pelo STJ; o art. 311, II, permite a concessão de tutela antecipada da evidência, independentemente da demonstração do perigo da demora, se, comprovadas as alegações de plano, já houver tese firmada em sede de recursos repetitivos; o art. 332, II, determina que o juiz de 1º grau profira julgamento de improcedência liminar do pedido que contrariar tese firmada em RE ou REsp repetitivo; o art. 496, §4º, II, exclui do reexame necessário as sentenças fundadas em entendimento consolidado em recursos repetitivos; o art. 521, IV, dispensa a apresentação de caução, na execução provisória de sentença, para o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, se o título judicial exequendo estiver em conformidade com acórdão proferido em sede de recurso repetitivo; o art. 932, IV, *b* e V, *b*, permite ao relator, no tribunal, negar provimento a recurso que for contrário à orientação firmada pelo STF ou STJ em recurso repetitivo, ou dar-lhe provimento quando a decisão recorrida não observá-la; de modo semelhante, o art. 955, parágrafo único, II, outorga ao relator poderes para julgar, de plano, conflito de competência, quando sua decisão se fundar em tese cunhada em recurso extraordinário ou especial repetitivo; o art. 966, V, c.c. §5º, permite a propositura de ação rescisória, com base em manifesta violação de norma jurídica, contra acórdão proferido em sede de recurso repetitivo que não tenha demonstrado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento; o art. 979, §3º, dispõe sobre a ampla divulgação e publicidade, inclusive com a formação de banco eletrônico pelo STF e STJ, contendo informações sobre as teses estabelecidas nos recursos repetitivos; o art. 988, IV, estipula o cabimento de reclamação para garantir a observância de entendimentos ditados em recursos repetitivos, depois de esgotadas as instâncias ordinárias; o art. 1.022, parágrafo único, I, permite o manejo de embargos de declaração, fundados em alegação de omissão, contra

decisão que não se manifesta sobre tese firmada em recurso repetitivo; o art. 1.039 e 1.040 realçam a eficácia vinculante dos precedentes forjados em recursos repetitivos, determinando que os juízes e tribunais apliquem a tese firmada.

Por fim, no campo constitucional, no que concerne ao processo de fortalecimento dos precedentes oriundos do controle de constitucionalidade difuso e incidental, vale mencionar a significativa contribuição dada pela Emenda Constitucional 45/04, que albergou, em nosso ordenamento jurídico, os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral no recurso extraordinário, respectivamente, nos arts. 102, §3º, e 103-A, da Constituição.<sup>371</sup>

Os enunciados das súmulas vinculantes encerram, nas palavras de Mônica Sifuentes, “*ato típico e exclusivo da função jurisdicional, que se situa em uma zona cinzenta da distribuição funcional entre os poderes do Estado, dado o seu caráter de obrigatoriedade e generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei*”, enquadrando-se no estudo do chamado “ato normativo da função jurisdicional” ou “ato jurisdicional normativo”.<sup>372</sup>

São as súmulas vinculantes, na acepção de Lênio Streck e Georges Abboud, o exemplo mais claro de criação de enunciados normativos pelo STF<sup>373</sup>, que, tal como as leis, possuem um programa normativo – um texto – predefinido, passando a ter validade após a sua publicação.<sup>374</sup> Têm, pois, natureza de atos normativos primários que se originam do julgamento de casos concretos pelo STF em matéria constitucional.

A repercussão geral é um requisito intrínseco e específico de admissibilidade do recurso extraordinário. Consiste em importante mecanismo de filtragem recursal, que promove valores constitucionais como a tutela jurisdicional efetiva, a razoável duração do processo e o princípio da igualdade, além de produzir economia processual e racionalizar a atividade judicial, tutelando, a um só tempo, o interesse das partes na justa e tempestiva solução do processo e o interesse da Justiça ligado à realização dos fins visados pela sociedade brasileira.<sup>375</sup>

O reconhecimento da existência de repercussão geral exige a conjugação de dois elementos: a relevância da questão debatida – do ponto de vista econômico, político, social ou

---

<sup>371</sup> No âmbito do processo legislativo constitucional, vale registrar ainda da existência da Proposta de Emenda à Constituição 358/2005, cujo art. 2º pretende incluir no texto da Carta de 1988 o art. 105-A para constitucionalizar a súmula impeditiva de recurso.

<sup>372</sup> SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275.

<sup>373</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>375</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22-24.

jurídico – e a transcendência para além dos interesses subjetivos das partes, atuando, decisivamente, dessa forma, em favor da promoção da unidade do direito no regime jurídico-constitucional brasileiro.<sup>376</sup>

Quanto ao segundo requisito, a transcendência pode ser analisada tanto em perspectiva qualitativa, em que sobreleva a importância da questão controvertida para contribuir com a sistematização e o desenvolvimento do direito, quanto quantitativa, em que importa o número de pessoas sujeitas ao alcance, presente ou futuro, da decisão de mérito a ser tomada após o reconhecimento da existência de repercussão geral.<sup>377</sup> A transcendência da matéria confere significativo grau de abstração à questão constitucional levada ao STF.<sup>378</sup>

A legislação constitucional e infraconstitucional, como se viu acima, tal como em outros países, tem galgado um caminho de prestigiar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.<sup>379</sup>

Noutro giro, a doutrina clássica – anterior à ordem jurídica inaugurada em 1988 –, em sua grande maioria, era refratária ao reconhecimento de força vinculante aos precedentes judiciais. Isso porque a tradição brasileira segue a cultura clássica romano-germânico em que a jurisprudência é recepcionada como fonte secundária do direito, sendo a lei sua única fonte primária.<sup>380</sup>

Entendia-se que a jurisprudência, em princípio, não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, podendo, se tanto, desde que preenchidos certos requisitos, dentre os quais o da constância, da não incongruência com as leis e da conformidade com a “razão reta”, ser considerada uma categoria integrante do direito costumeiro, constituindo, assim, uma forma de expressão do direito positivo.<sup>381</sup>

Quando muito, parcela da doutrina, apoiada no art. 4º<sup>382</sup> da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, à época denominada Lei de Introdução ao Código Civil, instituída

<sup>376</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 40.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>378</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Recurso Extraordinário e Repercussão Geral. In: *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 745.

<sup>379</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>380</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 219.

<sup>381</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 158.

<sup>382</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

pelo Decreto-Lei 4.657/1942, reconhecia que o juiz, ao menos nos casos de lacuna ou de silêncio da lei, tinha a missão de criar o direito para o caso particular, o que corresponderia, no ponto, a um poder equivalente ao do legislador.<sup>383</sup>

João Mendes Almeida Júnior, fazendo distinção entre os assentos e os arestos, afirmava que “*os assentos são leis, ao passo que os arestos são simples exemplos que podem ser seguidos ou não em casos semelhantes e que não obrigam senão às próprias partes que intervieram no feito*”.<sup>384</sup>

Para Washington de Barros Monteiro,

[...]embora constituam os precedentes ótima fonte de consulta, não estão os juízes adstritos a segui-los. Por mais uniforme que seja a jurisprudência, por mais reiterados que sejam seus pronunciamentos, ela não representa norma imperativa, ela não se impõe coercitivamente. Podem destarte, juízes e tribunais, abandonando a vereda formada pelas decisões anteriores, conservando sempre sua independência de julgamento, preservando a liberdade de sua consciência, palmilhar outros caminhos, em busca da verdade [...]. As decisões anteriores, ainda que emanadas da Suprema Instância, não são vinculatórias. Conservam os juízes, em face delas, a maior liberdade de apreciação.<sup>385</sup>

Mário Guimarães, apesar de conferir alguma importância à jurisprudência consolidada dos tribunais, escrevera que o juiz não deveria hesitar, caso dela dissentisse, em levar a diante seu próprio convencimento, desde que se estribasse em “razões honestas”, uma vez que “*a jurisprudência é, nos tribunais, a sabedoria dos experientes. É o conselho precavido dos mais velhos. Quem conhece a lei e ignora a jurisprudência, diz, com exagero embora, Dupliant, não conhece quase nada*”.<sup>386</sup>

Limongi França pregava que o princípio básico consagrado no âmbito da civil law “*é o de que os julgados anteriores não vinculam necessariamente o magistrado, ainda que se trate de decisões suas ou de Tribunal da mais alta instância*”, eis que reconhecer nos julgados, de forma indiscriminada, o caráter de *commune praeceptum*, importaria em atribuir-lhes “*validade erga omnes, o que lançaria por terra toda a multissecular, trabalhada e*

<sup>383</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 169.

<sup>384</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 444.

<sup>385</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. Da jurisprudência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: vol. 202, abr/mai/jun. 1963, p. 374.

<sup>386</sup> GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 327.

*complexa doutrina da coisa julgada, cujos princípios constituem a mais decisiva salvaguarda dos direitos de terceiros não chamados à lide*".<sup>387</sup>

Consignara, ainda, que no direito brasileiro, o princípio dominante na matéria, atendidos os ditames da lei, é o da decisão segundo o livre convencimento do magistrado. Tratando da existência ou não de "hierarquia jurisprudencial", ou seja, sobre a possibilidade das decisões de tribunais superiores vincularem juízos e tribunais inferiores, sem negar a utilidade de uma "certa uniformização da jurisprudência", referido doutrinador atribuía, como simples consequência lógica da existência de pluralidade de instâncias jurisdicionais, autoridade meramente moral aos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores em relação aos inferiores, sendo que esses últimos, especialmente nos casos de jurisprudência firmada pelos tribunais de cúpula, estariam "*numa certa obrigação de não atenderem às tentações da originalidade*".<sup>388</sup>

Miguel Reale advogava que o "*juiz é autônomo na interpretação e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças, o que os tribunais inferiores ou superiores hajam consagrado como sendo de direito*".<sup>389 390</sup>

Há ainda destacados doutrinadores contemporâneos que, mesmo sob a égide do sistema constitucional de 1988, talvez pela influência carreada da tradição da doutrina clássica brasileira e estrangeira, não reconhecem força vinculante aos precedentes judiciais dos tribunais de cume do Brasil.

José Carlos Barbosa Moreira, após rememorar a tradicional tendência do direito pátrio de "repelir" o sistema de precedentes vinculantes e destacar que os órgãos do Poder Judiciário, salvo expressa autorização constitucional, não têm poder para editar normas genéricas e abstratas aplicáveis a uma série indefinida de hipóteses semelhantes, sublinha que "*a fixação prévia da tese normalmente só predetermina a decisão que se profira in specie, mas*

---

<sup>387</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 175-176.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>389</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174.

<sup>390</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira mencionava outros consagrados doutrinadores clássicos, como Amaral Santos e Vicente Ráo, que negavam à jurisprudência o caráter de fonte primário do direito e, por conseguinte, o seu poder criativo mesmo nos casos de lacunas da lei, não se revestindo o preceito (a decisão), ainda nessas hipóteses, de força geral e obrigatória, vinculadora de casos futuros. Ressaltava, no entanto, que o entendimento "esmagadoramente majoritário" em sede doutrinária, à qual ele se filiava, é no sentido de arrolar a jurisprudência com fonte do direito. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 24, out. 1981, p. 105-106.

*revela-se impotente para evitar que, noutro caso, a idênticos esquemas de fato se venha a aplicar tese diversa”.*<sup>391</sup>

Eduardo Talamini, por sua vez, é peremptório ao afirmar que “*as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal, ainda que em Plenário, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, não têm, por si sós, eficácia erga omnes nem força vinculante*”.<sup>392</sup>

Araken de Assis, tratando especificamente do STJ, reconhece que a emissão de “*juízo paradigma*” é um efeito insito à função constitucional do recurso especial, contudo, entende que “*os precedentes do STJ, embora não sejam obrigatórios ou vinculativos ad extra, na esfera do direito material oferecem aos demais órgãos judiciários referência interpretativa, exortação a segui-los*”.<sup>393</sup>

Apesar disso, parcela da doutrina brasileira tem, em maior ou menor intensidade, e ainda que a condicionando a certos pressupostos formais ou procedimentais – como o órgão competente, a estruturação da sentença ou o rito estipulado –, reconhecido eficácia vinculante ou erga omnes a determinadas decisões do STF, em controle difuso e concreto de constitucionalidade, especialmente por meio do recurso extraordinário processado sob o regime da repercussão geral. Tem sido, ainda que em menor medida, reconhecida força vinculante a determinadas decisões do STJ, sobretudo àquelas proferidas em recurso especial repetitivos por sua Corte Especial.

Dentre esses doutrinadores, pode-se citar Calmon de Passos<sup>394</sup>, Luiz Guilherme Marinoni<sup>395</sup>, Teoria Albino Zavascki<sup>396</sup>, Gilmar Ferreira Mendes<sup>397</sup>, Daniel Mitidiero<sup>398</sup>,

<sup>391</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 06.

<sup>392</sup> TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Coord.) *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 701.

<sup>393</sup> ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 877.

<sup>394</sup> CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*. Ano XIII, Vol. 85, jan/fev. 1999.

<sup>395</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>396</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-51.

<sup>397</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315-325; O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

<sup>398</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79-130.

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves<sup>399</sup>, Misabel Derzi<sup>400</sup>, Bruno Dantas<sup>401</sup>, Francisco Rosito<sup>402</sup>, Pedro Roberto Decomain<sup>403</sup>, Estefânia Maria de Queiroz Barboza<sup>404</sup> e Paula Pessoa Pereira<sup>405</sup>.

Por fim, analisada a questão da evolução da legislação e da doutrina sobre o valor dos precedentes, sobretudo no que toca à sua eficácia vinculante, resta perquirir acerca da caminhada do STF e do STJ rumo ao reconhecimento da força obrigatória de seus arestos.

A jurisprudência tradicional, anterior à Constituição 1988, inclusive do STF, alinhada com a posição dominante na doutrina e refletida nas leis, não reconhecia força obrigatória aos precedentes dos tribunais superiores, notadamente por adotar a concepção de que a jurisdição não cria direito – regras gerais e abstratas para disciplinar relações futuras, voltando-se apenas ao passado, objetivando dirimir os conflitos já surgidos submetidos ao crivo dos órgãos judiciários – e de que o juiz é livre para julgar, desde que externe seu convencimento de forma motivada.

Consoante consignara Limongi França, os próprios tribunais entendiam haver apenas dever moral – não jurídico – dos juízos e tribunais inferiores de seguirem os precedentes ou a jurisprudência das cortes superiores, como se vê das seguintes máximas pretorianas:

[...] ‘ao juiz é aconselhável a consulta à jurisprudência do tribunal superior. Não é, porém, obrigado a segui-la.’ (Revista Forense, vol. 69/124). ‘Os juízes não são obrigados a obedecer às decisões dos Tribunais Superiores em sua parte dispositiva’ (idem, vol. 32/45). ‘As decisões do Supremo Tribunal Federal são preciosas fontes de consulta que, todavia, os juízes não são obrigados a seguir’ (idem, vol. 76/332).<sup>406</sup>

<sup>399</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun. 2012, p. 127-137.

<sup>400</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 266-295.

<sup>401</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 127-133.

<sup>402</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 375-450.

<sup>403</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia erga omnes: o art. 52, X, da CF. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 126, set/2013, p. 94-123.

<sup>404</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233-290.

<sup>405</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-163.

<sup>406</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 192-193.

Ressalvados os casos de fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade pelo STF, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que foi seguida da gradual evolução legislativa de valorização dos precedentes, o entendimento ainda predominante dos tribunais de vértice, especialmente do STJ, é no sentido de não reconhecer força vinculante e *erga omnes* aos seus próprios julgados, ainda que derivados da observação da sistemática dos recursos representativos de controvérsias.<sup>407</sup>

Para José Carlos Barbosa Moreira, porém, no Brasil, a jurisprudência nunca “perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça”.<sup>408</sup>

Mesmo antes das mudanças advindas da reforma do Judiciário, promovidas pela Emenda Constitucional 45, conclui Barbosa Moreira, “já era fortíssima, na prática judiciária, a propensão dos órgãos judiciários de primeiro e segundo grau a conformar-se à jurisprudência dos tribunais mais altos – notadamente à do STF”.<sup>409</sup>

Nada obstante, a partir da segunda metade da década de 1990 e especialmente do início do século XXI, a visão pretoriana, especialmente do STF, tem mudando. Nota-se uma nítida tendência do STF de reconhecer um maior grau de eficácia das suas decisões, que operam efeitos para além do processo e de forma cogente em relação a juízes e tribunais inferiores.

É certo que o recurso extraordinário vem caminhando, gradualmente, no rumo de um processo de remodelação do seu perfil clássico e original no Brasil, que busca transmutá-lo em um remédio de cunho marcadamente objetivo, reconhecendo-o como um relevante e legítimo instrumento de efetivação da jurisdição constitucional, destinado precipuamente a garantir a integridade e a unidade da Constituição, relegando a segundo plano o interesse subjetivo das partes litigantes.

Esse fenômeno tem sido denominado de abstrativização ou objetivação do recurso extraordinário e consiste, em linhas gerais, na aproximação dos efeitos das decisões

---

<sup>407</sup> Cf. REsp 1.323.111/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 05/11/2012; AgRg na Rcl 16.532/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014; AgRg na Rcl 14.945/DF, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2014, DJe 21/08/2014; AgRg na Rcl 3.945/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/09/2010.

<sup>408</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, ano VI, mai/jun. 2005, p. 06.

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 11.

proferidas pela Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade abstrato com as oriundas da via concreta e incidental.<sup>410</sup>

Sem dúvida, essa aproximação conduz a uma nova fase do controle de constitucionalidade no Brasil, que ainda está em curso e que precisa ser amadurecida<sup>411</sup>, sobretudo porque seus contornos ainda não estão muito bem definidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>412</sup>

Essa tendência de objetivação do controle difuso e incidental, instrumentalizada especialmente por meio do recurso extraordinário, decorre da peculiaridade do modelo brasileiro que adota um sistema de controle de constitucionalidade misto, híbrido ou eclético, sem similar no mundo ocidental.

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade tem, virtualmente, a idade da República. Previsto no Decreto 848/1890, que instituiu a Justiça Federal, foi reafirmado pela Constituição de 1891 (art. 59, §1º, *a*), que atribuiu ao STF competência para julgar recursos “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais”.<sup>413</sup>

Com o advento da República, o país adotou um sistema de controle exclusivamente difuso, nos moldes do direito norte-americano. Contudo, lembra Teori Albino Zavascki, não se tinha no Brasil, como ainda não se tem, a cultura do *stare decisis*, de modo que o parâmetro do sistema norte-americano foi incorporado somente em parte, tendo ficado em aberto o problema relacionado à eficácia da decisão perante terceiros.<sup>414</sup>

Apesar de toda a influência que o modelo norte-americano exerceu sobre a Constituição de 1891, o instituto do *stare decisis* não foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, talvez por se vislumbrar incompatibilidade com o direito pátrio. Mesmo uma decisão do STF sobre a constitucionalidade de uma lei, porque proferida em controle difuso e incidental, produzia efeitos somente para as partes do processo no caso concreto, não vinculando juízes e tribunais inferiores para os casos subsequentes, ou seja, uma decisão da mais alta corte do país,

---

<sup>410</sup> Em rigor, trata-se de um processo de objetivação ou abstrativização do próprio controle concreto e incidental, que pode ser levado a efeito por meio de qualquer instrumento – ação, incidente processual, recurso ou algum outro sucedâneo recursal – colocado à disposição do STF, mas que, via de regra, se opera pela via do recurso extraordinário, seu principal mecanismo de atuação concreta na jurisdição constitucional.

<sup>411</sup> ROQUE, André Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência: common law à brasileira? In: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 434.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>413</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 19-20.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 28.

ainda que proferida em sede de controle de constitucionalidade, detinha força meramente persuasiva.<sup>415</sup>

Por isso, Oscar Vilhena Vieira assevera que o STF, desde a sua criação, em 1891, sempre encontrou dificuldade em impor suas decisões, em sede de controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores, de maneira que a ausência de uma “*doutrina como a do stare decisis do common law, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema*”.<sup>416</sup>

O modelo adotado no Brasil, em boa medida, foi plagiado da matriz norte-americana, vinculada à tradição anglo-saxônica da *common law*. Embora, do ponto de vista democrático, tenha representado um inegável avanço, por propiciar às partes, bem como aos juízes e tribunais, acesso direto à Constituição, esse sistema, salienta Gustavo Binenbojn, não demorou a deixar transparecer algumas deficiências e outras tantas inconveniências decorrentes de sua adoção em um país oriundo da tradição jurídica romano-germânica.<sup>417</sup>

A divergência de entendimentos entre juízes e mesmo entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, presente no direito anglo-saxão, sempre foi fonte geradora de incerteza e insegurança jurídicas. Por outro lado, o sistema não oferecia solução para o problema da multiplicidade de demandas idênticas, fundadas na mesma questão constitucional, ou seja, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*), mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria.<sup>418</sup>

Agudizou-se, assim, na análise de Teori Zavascki, o grave inconveniente do controle difuso, que coloca em perigo os princípios da isonomia e da segurança jurídica, ao possibilitar o surgimento de decisões divergentes, umas reconhecendo, outras não, a inconstitucionalidade de um mesmo preceito.<sup>419</sup>

---

<sup>415</sup> ROQUE, André Vasconcelos. Da "objetivação do recurso extraordinário" à valorização da jurisprudência: common law à brasileira? In: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 418.

<sup>416</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV/SP*, jul-dez. 2008, p. 444-445.

<sup>417</sup> BINENBOJN, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: *Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

<sup>418</sup> Idem.

<sup>419</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

A Constituição de 1934 buscou conceber um instrumento de correção para o sistema de controle puramente difuso até então adotado, atribuindo competência ao Senado Federal (art. 91, IV) para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, procurando, com isso, conferir eficácia geral às decisões judiciais de inconstitucionalidade, corrigindo os inconvenientes acima apontados<sup>420</sup>, uma vez que aos precedentes do STF não se reconhecia força vinculante.

A opção ao final adotada na Constituinte de 1934 fundava-se, tal como sugerido por Prado Kelly, na intenção de se criar uma espécie de Corte Constitucional não plenamente identificada com o modelo austríaco, ante o receio de cometimento de excessos por parte do Poder Judiciário. Assim, por meio do art. 91, IV, da Constituição de 1934, buscou-se, de um lado, conferir efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do STF, e de outro, em contrapartida, conceber um instrumento de controle e que propiciasse mais equilíbrio entre os Poderes Judiciário e Legislativo (*checks and balances*), com a intenção de estabelecer um sistema racional e vinculante.<sup>421</sup>

Prevaleceu, então, naquela época, a concepção de que a pura e simples atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF abalaria o princípio da separação dos poderes<sup>422</sup>. Por isso, a incumbência de atribuir eficácia vinculante e *erga omnes* aos seus acórdãos, que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei, foi confiada ao Senado, uma das Casas integrantes do Poder Legislativo.<sup>423</sup>

Esse instituto foi mantido nas demais Constituições do país e encontra-se atualmente presente no art. 52, X<sup>424</sup>, da Constituição de 1988.

---

<sup>420</sup> BINENBOJN, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: *Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

<sup>421</sup> SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade a tese de sua objetivação*. Brasília: UnB, 2013. Dissertação (mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 47-48.

<sup>422</sup> Marinoni ressalta que essa perspectiva se funda da ideia equivocada de que se o precedente pudesse obrigar os juízes, ele assumiria a natureza de lei, violando, assim, o princípio da separação dos poderes e, referindo-se a Calamandrei, lembra que o autor italiano afirmara em várias passagens de sua obra "Cassação Civil" que uma Corte de Cassação não poderia proferir decisões que obrigassem os juízes em casos futuros, porquanto isso seria um efeito próprio da lei. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STF enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133-134.

<sup>423</sup> ROQUE, André Vasconcelos. Da "objetivação do recurso extraordinário" à valorização da jurisprudência: common law à brasileira? In: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 420.

<sup>424</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:  
(...)

A par da invocação desse fundamento de ordem constitucional, relacionado à separação dos poderes, havia outro obstáculo, de natureza processual, que não permitiu a adoção do *stare decisis* no Brasil.

A doutrina processualista clássica sempre enxergou a declaração incidental de inconstitucionalidade como uma questão prejudicial de mérito, a ser enfrentada na fundamentação do *decisum*, razão pela qual o capítulo da decisão sobre esse tópico não se revestiria da autoridade da coisa julgada e nem operaria efeitos para além do caso concreto.

Às decisões de mérito só se reconhecia força de lei nos limites da lide, não beneficiando nem prejudicando terceiros estranhos à relação processual em que apreciada a controvérsia constitucional. Nem mesmo as decisões do STF, guardião maior da Constituição, sobre a questão constitucional debatida, tinham aptidão para projetar efeitos para além do caso concreto, vinculando juízes e tribunais em casos futuros.

Nos países da tradição do *civil law*, que não se valem do *stare decisis*, a alternativa foi a de concentrar em um único tribunal – o Tribunal Constitucional – o controle de constitucionalidade dos atos normativos, atribuindo às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade uma eficácia *erga omnes* e vinculante para os demais juízes e tribunais. Por meio desse sistema de controle concentrado, nascido na Áustria e predominante na maioria dos países europeus, o modo de provocação do Tribunal Constitucional pode ocorrer, a depender do país, tanto pela via de ação direta como pela via incidental, a partir de dissídios concretos, sendo que, nesse último caso, os juízes dos casos concretos suspendem o curso do processo e submetem a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade à apreciação da Corte Constitucional.<sup>425</sup>

Com isso, mediante a instituição do controle concentrado na Europa continental, buscou-se evitar que uma mesma lei pudesse ser aplicada por juízes e tribunais em um caso e recusada em outros casos ou por outros tribunais. Inconveniente esse que teria se verificado no modelo norte-americano – posto que os juízes e tribunais têm poder para controlar a constitucionalidade das leis no caso concreto – caso não estivessem todos os magistrados vinculados às decisões da *Supreme Court*, por força do princípio do *stare decisis*.

De forma que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte sempre deu, de fato, a última palavra sobre a validade das leis em face da Constituição, promovendo, quando declara

---

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

<sup>425</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

incidentalmente a sua inconstitucionalidade ao julgar um caso concreto, verdadeira eliminação ou anulação da lei do sistema jurídico, de forma definitiva, com força vinculante e eficácia para além do processo em que declarada.

No Brasil, o controle judicial pela via principal e concentrada, de competência do STF, foi introduzido pela Constituição de 1934, que criou a representação interventiva. Contudo, o controle de constitucionalidade no país só veio a efetivamente presenciar inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, editada ainda durante a vigência da Constituição de 1946 – mas já sob o regime militar – que criou uma ação genérica de inconstitucionalidade (a representação de inconstitucionalidade), outorgando ao STF competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, mediante representação apresentada exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, com o que se introduziu no país um mecanismo análogo aos das Cortes Constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Pretório Excelso.<sup>426</sup>

Instaurou-se, então, no Brasil, um sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, a despeito de ter continuado a predominar, até a promulgação da Constituição de 1988, o modelo de controle difuso e incidental<sup>427</sup>, cujo principal instrumento de atuação era o recurso extraordinário.

Com o advento da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade foi significativamente redimensionado. A Carta de 1988 ampliou substancialmente o campo de atuação do STF no que concerne ao controle concentrado e abstrato de leis e atos normativos federais e estaduais. Novos instrumentos processuais de exercício de fiscalização direta e abstrata da constitucionalidade, inclusive da omissão inconstitucional, foram colocados à disposição do Supremo para que pudesse bem cumprir sua missão de guardião maior da Constituição, conferindo-lhe máxima efetividade.

Desde então, a ênfase atribuída pela Carta Política de 1988 recaiu no modelo abstrato e concentrado e não mais no sistema concreto e difuso, porquanto praticamente todas as controvérsias constitucionais passaram a ser submetidas diretamente ao STF mediante processo de controle dos atos legislativos primários em tese. A ampla legitimação, a presteza e

---

<sup>426</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

<sup>427</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

a celeridade desse modelo, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, explicam essa tendência.<sup>428</sup>

De mecanismo secundário e de utilização restrita no controle de fiscalização dos atos normativos, visto que a sua deflagração era reservada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, o controle concentrado e pela via direta, foi alçado ao centro do sistema pela Constituição de 1988, gozando as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, de “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”, nos termos do art. 102, §2º, da Carta de 1988.

Restara, pois, em tese, um papel de menor destaque para o controle difuso e incidental de constitucionalidade, cujas decisões, por si sós, ainda que oriundas do STF, somente operavam efeitos *inter partes*, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, segundo entendimento que, pode-se dizer, ainda é predominante no país.

A consequência disso é que decisões proferidas pelo próprio STF, às vezes com idêntica composição plenária, têm pesos diferentes conforme adotadas em sede de controle abstrato ou difuso de constitucionalidade. Não são raros os precedentes em que o STF se manifestou sobre determinado caso sem que sua decisão fosse capaz de resolver a questão em debate de modo geral, mas apenas para o caso particular que a Corte analisou.<sup>429</sup>

Contudo, malgrado seja verdade que, a partir da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, se pretendeu que o modelo de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado ocupasse lugar de primazia no sistema jurídico pátrio, foi justamente após a promulgação da Constituição de 1988 que a “crise do Supremo Tribunal Federal” se agravou, sobretudo em virtude do aumento vertiginoso do número de recursos extraordinários e agravos de instrumento interpostos contra as decisões de inadmissão dos apelos extremos<sup>430</sup>, ocasionado, em boa dose, pela ampliação do acesso à justiça e pelo expressivo desenvolvimento econômico, social e tecnológico vivenciado nas últimas décadas.

A realidade demonstrou que o controle difuso e incidental, instrumentalizado na grande maioria dos casos pelo recurso extraordinário, mantivera grande importância e utilidade no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

---

<sup>428</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

<sup>429</sup> CARVALHO FILHO, José S. *Repercussão Geral: Balanços e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 79.

<sup>430</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 316.

Nos dias atuais, a disparidade de tratamento entre os efeitos das decisões de um mesmo STF, quando no exercício de sua função sublime de guardião maior da Constituição, é juridicamente inconcebível e despida de lógica, além de contribuir para a imagem, outrora arraigada, do STF como órgão judicial revisional de terceiro ou quarto grau.

É necessário promover a atualização e, por conseguinte, o redimensionamento da participação do Senado no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, realizando, pois, uma releitura do art. 52, X, da Constituição, que confere àquela Casa Legislativa competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que seja suspensa, liminarmente e com efeito *erga omnes*, a eficácia de leis ou atos normativos, contribuíram para que se quebrantasse a crença na própria justificativa dessa atribuição senatorial, que, como já salientado, foi diretamente influenciada por uma concepção de separação de Poderes hoje já ultrapassada. Se o STF pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer apenas para as partes?<sup>431</sup>

Em realidade, a constatação inarredável, pondera Luís Roberto Barroso, é que, com a instituição da ação genérica de inconstitucionalidade em 1965, sucedida, em 1988, pelas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo.<sup>432</sup> Uma decisão proferida pelo plenário do STF “*seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção*”.<sup>433</sup>

Além disso, cabe ressaltar que a regra atualmente prevista no art. 52, X, da Constituição, foi cunhada em 1934 para ampliar os efeitos das decisões do STF nas clássicas situações de declaração ortodoxa e incidental de inconstitucionalidade, a conduzir à eliminação total e com eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional do ordenamento jurídico, tal como então concebido pela doutrina e pela Suprema Corte estadunidense.

---

<sup>431</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 155.

<sup>432</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-131.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 131.

Esse preceito mostra-se absolutamente inadequado para atingir seu pretenso e originário desiderato – de conferir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade feitas pelo STF – diante das atuais técnicas decisórias adotadas na interpretação constitucional e no controle de constitucionalidade, não tendo ele aplicabilidade prática em situações de interpretação conforme a Constituição, de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, de declaração de constitucionalidade – em que o STF rejeita a pecha da inconstitucionalidade da lei –, de interpretação e aplicação direta da Constituição – fora, portanto, do âmbito do controle imediato de constitucionalidade de atos normativos – e de declaração de não-recepção de lei ou ato normativo pré-constitucionais.<sup>434</sup>

Há vários julgados do STF que refletem essa tendência de objetivação do controle de constitucionalidade difuso e incidental, dentre os quais os primeiros precedentes remontam ao século passado, mais precisamente à segunda metade da década de 1990.

No Recurso Extraordinário 190.728<sup>435</sup> e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 168.149<sup>436</sup>, o STF assentou a desnecessidade de ele próprio e de os demais tribunais observarem a regra da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição, quando o Pleno do Supremo já houver declarado a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pela via do controle incidental e difuso.

Esse entendimento, segundo Gilmar Ferreira Mendes, marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, na medida em que a decisão do STF antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desobrigue do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado, podendo decidir, autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade do STF proferida *incidenter tantum*.<sup>437</sup>

---

<sup>434</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 155-156.

<sup>435</sup> RE 190.728. Relator(a) p. acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 27/05/1995, DJ 30-05-1997.

<sup>436</sup> AI 168149 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 26/06/1995, DJ 04-08-1995.

<sup>437</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 157.

No Recurso Extraordinário 418.918<sup>438</sup>, o STF superou o pré-requisito do esgotamento das instâncias ordinárias, para viabilizar o julgamento do mérito do recurso, afastando, na espécie a aplicação da Súmula 281 do Tribunal.<sup>439</sup> No Agravo de Instrumento 375.011 AgRg/RS<sup>440</sup>, o Pretório Excelso pregou a flexibilização da análise do prequestionamento, para admissão de recursos extraordinários, nos casos em que o tema de fundo controvertido no apelo excepcional já tiver sido definido pelo Plenário do STF, com o propósito de impedir a adoção de soluções diferentes da adotada pelo STF, de modo a valorizar as manifestações do tribunal na qualidade de intérprete último da Constituição, dando, outrossim, maior efetividade às suas decisões e promovendo a isonomia entre os jurisdicionados.

Na ADI 4.071<sup>441</sup>, o Plenário do STF entendeu que a declaração de constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96 em sede de recurso extraordinário – *in casu* nos RREE 377.457 e 381.964 – tornara manifestamente improcedente ação direta de inconstitucionalidade que impugna essa mesma lei, o que revela, para Gilmar Ferreira Mendes, a “promissora comunicabilidade” entre as vias difusa e concentrada do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro.<sup>442</sup>

No paradigmático RE 298.694, o STF admitiu a causa de pedir aberta, típica do controle abstrato, em que o Tribunal não se encontra adstrito aos fundamentos levantados pelo autor da ação direta, podendo julgá-la, procedente ou improcedente, com base em qualquer fundamento jurídico ou dispositivo constitucional. A vinculação da atividade jurisdicional à causa de pedir delimitada na petição inicial é comum nos processos subjetivos e constitui proteção contra a decisão surpresa, sendo um corolário do princípio do contraditório. Além do que, a exigência do prequestionamento impediria que o STF conhecesse de fundamento constitucional inédito, não suscitado e debatido pelas partes<sup>443</sup> e nem apreciado pelo tribunal *a*

---

<sup>438</sup> RE 418918, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2005, DJ 01-07-2005.

<sup>439</sup> Súmula 281: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

<sup>440</sup> AI 375.011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004.

<sup>441</sup> ADI 4071 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009.

<sup>442</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. *In*: Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

<sup>443</sup> ROQUE, André Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência: common law à brasileira? *In*: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 442-443.

*quo*. Nesse julgamento, o STF conheceu do recurso extraordinário, mas, por fundamento diverso do debatido nas instâncias ordinárias, negou-lhe provimento, modificando seu tradicional entendimento de somente conhecer do apelo extraordinário para provê-lo.

A modulação dos efeitos da decisão proferida incidentalmente em processos subjetivos – típica do modelo de fiscalização abstrata e concentrada, expressamente positivada no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99 – é outra evidente – e talvez a mais expressiva – manifestação da objetivação do modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade.

O *leading case* no assunto foi o RE 197.917/SP<sup>444</sup>, julgado no ano de 2002. Nesse caso, que tratava, na origem, de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o STF entendeu que a Lei Orgânica do Município de Mira Estrela afrontou o art. 29, IV, da Constituição, no que toca à fixação do número de vereadores, declarando, assim, no ponto, a sua inconstitucionalidade. A mera declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* traria diversos problemas de ordem prática e jurídica àquele município, que poderiam conduzir à anulação da própria eleição legislativa municipal, em virtude da equivocada quantificação do número de vereadores e, por consequência, do quociente eleitoral, além de poder fulminar todas as deliberações daquela casa legislativa, como as leis aprovadas naquela e em legislaturas anteriores.

Assim, para preservar situações jurídicas já consolidadas, em obséquio ao princípio da segurança jurídica e em nome do interesse público, o STF atribuiu efeito não apenas *ex nunc*, mas sim *pro futuro* à sua decisão declaratória da inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica local, que só valera para a legislatura seguinte, a fim de que seus efeitos não atingissem a eleição legislativa municipal, a composição da câmara e nem as suas deliberações.<sup>445</sup>

Outro caso paradigmático em que o STF novamente promoveu a modulação, com eficácia *erga omnes*, dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, foi no

---

<sup>444</sup> RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004.

<sup>445</sup> Ulteriormente, em diversos casos substancialmente semelhantes, envolvendo a composição de câmaras de vereadores, o STF adotou a mesma solução, conferindo efeito *pro futuro* à decisão declaratória de inconstitucionalidade: RE 300343, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 11-06-2004; RE 274048, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 21-05-2004; RE 199522, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 11-06-2004; RE 266994, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 21-05-2004.

HC 82.959<sup>446</sup>, no qual o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados definitivos pela prática de crimes hediondos. O STF deixou claro que a referida declaração de inconstitucionalidade “*não gerará consequências jurídicas em relação a penas já extintas nessa data*”, o que significa, na prática, reconhecer e atribuir eficácia *ultra partes* – e *ex nunc* – à declaração de inconstitucionalidade, independentemente da intervenção do Senado.<sup>447</sup>

Demais disso, o STF, ainda que velada e timidamente, sem reconhecê-la expressamente, tem encampado, em algumas situações, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, por meio da qual a Corte outorga efeito vinculante não ao dispositivo do acórdão, mas aos seus fundamentos determinantes, o que representa outro interessante exemplo do processo de objetivação do controle difuso e incidental.

Sua aplicação, é preciso advertir, não é aceita de forma pacífica nem mesmo no campo do controle abstrato e concentrado<sup>448 449</sup>, mas o fato é que há precedentes do STF dando guarida à teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, especialmente em face de leis municipais de conteúdo análogo. Nesses casos, o STF costuma invocar precedentes oriundos do seu plenário em recursos extraordinários anteriores, em que declarada a inconstitucionalidade de preceito normativo

<sup>446</sup> HC 82.959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006.

<sup>447</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

<sup>448</sup>Cf. RECLAMAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE 'GLIFOSATO' NA PLANTAÇÃO DE SOJA GENETICAMENTE MODIFICADA. QUESTÃO RELATIVA À COMPETÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ PARA IMPEDIR, NO SEU TERRITÓRIO, A UTILIZAÇÃO DE HERBICIDA REGISTRADO NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA REPRESENTAÇÃO N. 1.246/PR. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES ANTE A AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA DO TRIBUNAL SOBRE SUA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO USO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(Rcl 5847, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

<sup>449</sup> Em sentido oposto, admitindo a transcendência dos motivos determinantes, cf.: RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente. (Rcl 2363, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, DJ 01-04-2005).

municipal ou estadual, para solucionar o recurso presente sem submetê-lo ao crivo do Plenário, valendo-se seus ministros relatores, não raramente, do disposto no art. 557, *caput*, e §1º-A do então vigente CPC/1973.

É o que se observa em vários recursos extraordinários, nos quais travadas discussões sobre a constitucionalidade de leis municipais que previam a progressividade das alíquotas do IPTU, antes do advento da Emenda Constitucional 29/00. No RE 225.132<sup>450</sup>, o Plenário do STF invocou decisões de inconstitucionalidade de leis análogas de municípios dos Estados de Minas Gerais e São Paulo (RREE 153.771, 204.827 e 194.036) para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar 118/90 do município gaúcho de Novo Hamburgo. No mesmo sentido foram as decisões tomadas nos RREE 228.844<sup>451</sup>, 221.795<sup>452</sup> e 384.521<sup>453</sup>.

A questão do reconhecimento ou não da teoria da transcendência dos motivos determinantes e, por conseguinte, do reconhecimento de força vinculante aos precedentes do STF em controle difuso e concreto e do alcance do art. 52, X, da Constituição, foi o objeto central da Reclamação 4.335<sup>454</sup>, cujo julgamento foi iniciado em fevereiro de 2007 e concluído em março de 2014.

Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Eros Grau votaram pelo conhecimento e pela procedência da reclamação assentando a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no supracitado HC 82.959 e pela mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, reservando ao Senado o singelo papel de dar publicidade ao acórdão do STF. Os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, trilhando entendimento diverso, defenderam o não conhecimento da reclamação, por não reconhecer tal eficácia transcendente ou *erga omnes* aos fundamentos determinantes do HC 82.959, votando, porém, pela concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar ao juízo de primeiro grau

---

<sup>450</sup> RE 225132, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2001, DJ 14-12-2001.

<sup>451</sup> Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA, DJ de 16-6-1999.

<sup>452</sup> Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 16-11-2000.

<sup>453</sup> Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003.

<sup>454</sup> Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014. A sua ementa restou assim lançada: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente”.

que examinasse os demais requisitos necessários à progressão de regime, afastada a vedação prevista no §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, declarada inconstitucional no referido *writ*.

Em 16/12/2009, enquanto ainda pendente o julgamento da reclamação, o STF editou a Súmula Vinculante 26<sup>455</sup>, tratando especificamente da matéria. O Tribunal, então, por maioria, na linha do voto do Ministro Teori Zavascki, conheceu da reclamação e julgou-a procedente com base na referida súmula vinculante e não com arrimo nos fundamentos determinantes HC 82.959. Assim, o debate, iniciado na Reclamação 4335, ficou, em verdade e em boa medida, prejudicado pela superveniente edição da Súmula Vinculante 26.

Por fim, vale mencionar o acórdão proferido, em 2011, no bojo da Reclamação 10.793<sup>456</sup>, ocasião em que o Pleno do STF afirmou, de forma contundente, a força vinculante das suas decisões plenárias oriundas do julgamento de recursos com repercussão geral em relação a todos os juízos e tribunais inferiores. A ementa desse julgado, bastante elucidativa, foi lavrada nos seguintes termos:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

*1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.*

*2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema.*

*3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento.*

*4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte.*

<sup>455</sup> Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (DJe e DOU de 23/12/2009).

<sup>456</sup>Rcl 10793, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011.

5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

6. *A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral.*

7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.

8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação.

10. *A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade.*

11. No caso presente tal medida não se mostra necessária.

12. Não-conhecimento da presente reclamação.

Outrossim, o perfil predominantemente objetivo que marca o recurso extraordinário<sup>457</sup> é tendência que também caracteriza o apelo especial, sobretudo o representativo de controvérsia, previsto no art. 543-C do CPC/1973 e nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, cujo julgamento, mais que resolver um litígio entre as partes recorrente e recorrida, visa a estabelecer uma tese jurídica a ser aplicada nas inúmeras causas repetitivas semelhantes, promovendo a igualdade e a segurança jurídica, além de concorrer para a razoável duração do processo.

A Corte Especial do STJ – ainda que sem debater de forma profunda, adequada e detida sobre a questão levantada pelo ministro relator – no bojo do Recurso Especial

---

<sup>457</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso alude à possibilidade de que um único acórdão do STF goze de significativa força expansiva. Mancuso refere-se ao emblemático litígio envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa-Serra do Sol, que, em sua origem, se tratava de uma ação popular, posteriormente afetada ao STF (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010). A decisão final do STF, em face de sua enorme repercussão política, social, econômica e jurídica, projetou efeitos extraprocessuais no âmbito da administração pública federal. Tanto assim que a Advocacia-Geral da União, a fim de disciplinar o cumprimento do precedente do STF, editou a Portaria 303, de 16/07/2010, “regulamentando” a decisão em relação aos diversos entes federais de modo a viabilizar o atendimento das condicionantes que foram fixadas pelo STF como pressuposto para o reconhecimento da validade da demarcação. *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: *natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 426-427.

1.111.743<sup>458</sup>, sinalizou a existência de eficácia vinculante dos acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos.<sup>459</sup>

Na ementa do aludido acórdão, referindo-se ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, o Ministro Luiz Fux deixou consignado o seguinte:

[...] 3. É que o novel instituto tem como *ratio essendi* evitar o confronto das decisões emanadas dos Tribunais da Federação com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mercê de a um só tempo privilegiar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

4. A ponderação de valores, técnica hoje prevalecente no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calcada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais.

5. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais.

A Corte Especial do STJ também já firmou entendimento de que, sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, o tribunal de origem não pode simplesmente manter, por seus próprios fundamentos, o acórdão contrário à tese fixada em sede de julgamento de recurso repetitivo, devendo, de forma fundamentada, explicitar as razões da não adoção da orientação superior firmada. Ou seja, o STJ, nessas hipóteses, tem determinado o retorno dos autos à origem, sem apreciação do mérito do recurso especial, para que o tribunal de origem faça, fundamentadamente, a distinção fática ou jurídica.<sup>460</sup>

<sup>458</sup> Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010.

<sup>459</sup> A despeito desse importante acórdão da Corte Especial, a orientação ulteriormente firmada pela 1ª e 2ª Seções do STJ, apreciando reclamações sob a égide do CPC/1973, sustentava abertamente a inexistência de efeito vinculante e *erga omnes* dos acórdãos em sede de recursos repetitivos. Cf. AgRg na Rcl 16.532/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014; AgRg na Rcl 14.945/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2014, DJe 21/08/2014. Da ementa do primeiro desses acórdãos, extrai-se o seguinte excerto: “[...] Assim, a decisão proferida em recurso repetitivo não possui efeito vinculante e erga omnes. Vale dizer, a consolidação de tese pelo STJ no julgamento de recurso repetitivo não tem o condão de, ipso facto, estender a todos os processos em trâmite no país a eficácia da decisão por meio da qual foi julgado o recurso representativo. No âmbito do STJ, a única possibilidade de cabimento de reclamação com base em acórdão julgado sob o rito dos recursos repetitivos se dá na hipótese, regulamentada pela Resolução-STJ 12/2009, de adoção de entendimento divergente, em questões de direito material, por acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Estadual”.

<sup>460</sup> A propósito, cf.: AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. QUESTÃO DE ORDEM.1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em Questão de Ordem, que é necessária a restituição dos autos ao tribunal de origem para novo julgamento, com

Em outro caso, a Corte Especial do STJ, destacando a primazia do interesse público, subjacente ao julgamento do mérito do recurso especial repetitivo, em relação ao interesse meramente particular das partes, entendeu não ser possível o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado após a afetação do recurso representativo de controvérsia para julgamento<sup>461</sup>.

Há outro interessante precedente em que a Segunda Seção do STJ, no bojo do Recurso Especial 1.165.623/RS<sup>462</sup>, julgado em 14/04/2010, atribuiu ao seu acórdão, a um só tempo, eficácia *ultra partes* e *ex nunc*.

Tratava-se, na origem, de uma ação envolvendo um particular e a Brasil Telecom S/A, em que fora suscitado incidente de exceção de suspeição de um certo magistrado. A Brasil

---

fundamentação e razões explícitas da não adoção da jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Especial, não sendo suficiente apenas a "tira de julgamento" (REsp nºs 1.148.726/RS, 1.146.696/RS, 1.153.937/RS, 1.154.288/RS, 1.155.480/RS, e 1.158.872/RS).2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1140691/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 20/05/2014). Cf. também:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. INTELIGÊNCIA DA EFICÁCIA DO ART. 543-C DO CPC (...)

7. A dicção do art. 543-C, § 8º, do CPC inquestionavelmente prevê a faculdade de as instâncias de origem manterem, no reexame da causa, o acórdão que diverge da orientação fixada pelo STJ no julgamento de recurso repetitivo. 8. É necessário, entretanto, observar que a interpretação da norma em tela (art. 543-C, § 8º, do CPC) não pode ser feita exclusivamente pelo método literal. 9. A Lei 11.672/2008, ao introduzir a técnica de julgamento do recurso repetitivo, teve por principal objetivo reduzir a grande quantidade de processos idênticos que engessam a prestação jurisdicional nos tribunais brasileiros, sobretudo no STJ. 10. Dessa forma, a melhor maneira de compatibilizar a ausência de efeito vinculante com o escopo visado pela legislação processual é entender, em abrangência sistemática, que a faculdade de manter o acórdão divergente da posição estabelecida por este Tribunal Superior em julgamento no rito do art. 543-C do CPC somente é admissível quando, no reexame do feito (art. 543-C, § 7º, do CPC), o órgão julgador, expressa e minuciosamente, identifica questão jurídica que não foi abordada na decisão do STJ e que diferencia a solução concreta da lide. 11. Dito de outro modo, se não houver peculiaridade que excepcione entendimento fixado em julgamento de recurso repetitivo, a solução conferida pelo STJ deve ser aplicada ao caso concreto, sob pena de inviabilizar a vigência e o escopo do art. 543-C do CPC. 12. Em conclusão, é inaproveitável a singela afirmação de que há precedentes atuais, oriundos das Cortes locais, que continuam a não aplicar a orientação do STJ. A recorrida não cuidou de demonstrar quais os fundamentos utilizados para o descumprimento da decisão do STJ, tampouco que haja similitude entre o acórdão proferido no caso concreto e os paradigmas citados.13. Recurso Especial provido para anular o acórdão hostilizado, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal a quo, de maneira a ser feito o rejuízo da causa conforme os parâmetros definidos no REsp 1.138.205/PR. (REsp 1323111/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 05/11/2012)

<sup>461</sup> QO no REsp 1.063.343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009. No mesmo sentido foi a decisão nos EDcl no REsp 1129971/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 24/05/2010.

<sup>462</sup> REsp 1165623/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 17/08/2010

Telecom S/A, excipiente, argumentou que o próprio juiz excepto era autor de ação indenizatória idêntica a diversas outras que ele mesmo vinha julgando e, ainda, que esse magistrado houvera ajuizado ação pleiteando indenização por danos morais contra a excipiente, em razão da suscitação de centenas de incidentes de suspeição idênticos, o que configuraria, na sua visão, a ausência de imparcialidade do excepto para julgar as ações propostas contra ela, pois, a um só tempo, o excepto seria seu credor potencial – caso lograsse êxito em sua ação –, seu inimigo e teria interesse no julgamento da causa em favor dos particulares, atraindo a incidência dos incisos I, II e V do CPC/1973. O Tribunal de Justiça de origem julgou improcedente a exceção de suspeição, em sede de “incidente de prevenção de divergência”, suscitado com base no art. 555,§1<sup>o463</sup>, do CPC/1973.

Interposto o recurso especial contra tal acórdão, o STJ deu-lhe provimento para reconhecer a suspeição do referido magistrado. O mais relevante, entretanto, foi o fato de a corte, levando em consideração que o acórdão *a quo* reformado fora proferido em sede de “incidente de prevenção de divergência” e que havia centenas de outros incidentes de suspeição com idênticos fundamentos contra o mesmo magistrado – que, segundo o relator, vinha “*julgando enorme número de ações multitudinárias repetitivas, em macro-lide*” –, conferiu, concomitantemente, efeitos *ultra partes*, ou transcendental, e *ex nunc* à sua decisão, para afastar – *por meio dessa única decisão* – o juiz suspeito dos milhares de processos em que a Brasil Telecom S/A era parte, sem, contudo, reconhecer a nulidade das inúmeras decisões e sentenças por ele proferidas antes do julgamento do recurso especial – o que seria o efeito natural do reconhecimento da suspeição.<sup>464</sup>

Mencione-se ainda as decisões proferidas em ações coletivas, como nas ações civis públicas e no mandado de segurança coletivo, tanto pelo STF quanto pelo STJ, especialmente nos casos envolvendo direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos,

---

<sup>463</sup> Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

<sup>464</sup> Vale colacionar o item 4 da ementa do referido precedente: “4. Recurso especial provido para reconhecer a suspeição do magistrado excepto, para todos processos que envolvam a empresa excipiente. Efeitos de suspeição, em caráter transcendental, válidos para o futuro, ex nunc, a partir do julgamento da Sessão de 14/04/2010. Ficam preservados todos os atos anteriormente praticados pelo magistrado”.

em que, pela sua própria natureza, as sentenças e acórdãos têm eficácia subjetiva que transcende aos partícipes da relação processual, tendo aptidão para atingir uma pluralidade de pessoas.<sup>465</sup>

Tanto é assim que a Segunda Seção<sup>466</sup> do STJ, em 2009, e a sua Primeira Seção<sup>467</sup>, em 2013, ambas em sede de julgamento de recursos representativos de controvérsia, firmaram tese no sentido de que *"ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva"*, mesmo à míngua de dispositivo legal expresso nesse sentido. Em 19/08/2015, essa tese foi encampada, por unanimidade, pela Corte Especial do STJ.<sup>468</sup>

O mesmo fenômeno ocorre com o mandado de injunção, especialmente em face do perfil normativo-concretizador que a jurisprudência do STF atualmente lhe reconhece, posto que as decisões injuntivas – sejam do STF ou do STJ – têm a função de preencher, ainda que precariamente, a omissão do legislador, revestindo-se, naturalmente, de características reguladoras e prospectivas semelhantes às dos preceitos normativos, sendo da sua essência ensejar a edição de provimentos jurisdicionais com força material e subjetiva *ultra partes*.<sup>469</sup>

De igual modo, a decisão proferida por esses tribunais de cúpula – ou por seus presidentes – que defere pedido de suspensão de liminar ou de execução de sentença em qualquer tipo de ação, por força do disposto no §8º do art. 4º<sup>470</sup> da Lei 8.437/92 e do §5º do art. 15<sup>471</sup> da Lei 12.016/2009, a partir de simples aditamento no mesmo processo, pode ter seus

---

<sup>465</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

<sup>466</sup> REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

<sup>467</sup> REsp 1.353.801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013.

<sup>468</sup> AgRg nos EAREsp 585.756/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/08/2015, DJe 31/08/2015.

<sup>469</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 41.

<sup>470</sup> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. (..)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

<sup>471</sup> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. (...)

efeitos estendidos a outras ações pendentes e supervenientes que tenham o mesmo objeto, o que não deixa de representar uma forma expressamente prevista de atribuição de eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões judiciais. O primeiro pedido funcionará como paradigma para os demais, evitando-se o risco do efeito multiplicador, mediante a propagação de medidas judiciais idênticas e tidas como contrárias ao interesse público, como passível de ocorrer em questões tributárias e previdenciárias.<sup>472</sup>

De outro lado, a par das diversas manifestações jurisprudenciais do fenômeno da objetivação dos recursos extraordinário e especial, alicerçada, em última análise, na evolução da interpretação constitucional acerca da função do STF e do STJ dentro da organização judiciária, na esfera legislativa foram positivados institutos – típicos da legislação de regência do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, notadamente das Leis 9.868/99 e 9.882/99 – que corroboram esse perfil de objetivação desses recursos excepcionais.

No âmbito infraconstitucional, pode-se mencionar a previsão de admissão da participação de *amicus curiae* (art. 14, §7º, da Lei 10.259/01; arts. 543-A, §6º e 543-C, §4º, CPC/1973; arts. 1.035, §4º e 1.038, I, CPC/15; art. 3º, §2º da Lei 11.417/06); da realização de audiências públicas em processos de índole subjetiva<sup>473</sup> (art. 1.038, II, CPC/15); e a possibilidade de sobrestamento de ações ou recursos em instâncias inferiores nos ritos do

---

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

<sup>472</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Comentários à nova lei do Mandado de Segurança*. MAIA FILHO, Napoleão Nunes *et al* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 220.

<sup>473</sup> No site do STF, extraí-se relação das audiências públicas designadas em processos de índole subjetiva envolvendo a jurisdição constitucional, com o objetivo de subsidiar a Corte no julgamento dos processos, bem antes do início da vigência do CPC/2015, *verbis*: a) RE 581.488. Assunto: INTERNAÇÃO HOSPITALAR COM DIFERENÇA DE CLASSE NO SUS. Data designada: 26 de maio de 2014; b) RE 641.320. Assunto: REGIME PRISIONAL: debate sobre controvérsia relativa à possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação. Data designada: 27 e 28 de maio de 2013; c) RE 586.224. QUEIMADAS EM CANAVIAIS: debate sobre a queima da palha da cana-de-açúcar. Data designada: 22 de abril de 2013; d) ADPF 186 e RE 597.285. POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA DE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR: debate sobre a instituição de sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, bem como para estudantes egressos do ensino público. Data designada: 3, 4 e 5 de março de 2010; e) RE 627.189 CAMPO ELETROMAGNÉTICO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA: debate sobre as consequências da radiação eletromagnética para a saúde e os efeitos da redução do campo eletromagnético sobre o fornecimento de energia. Data designada: 6, 7 e 8 de março de 2013; e f) SL 47, SL 64, STA 36, STA 185, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345 e SS 3.355. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: debate sobre a controvérsia concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Data designada: 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>> Acesso em: 1 dez. 2015.

Juizado Especial Federal e dos recursos repetitivos (arts. 14, §§5º e 6º e 15 da Lei 10.259/01; arts. 543-B, §1º e art. 543-C, §1º, CPC/1973; arts. 1.035, §5º e 1.037, II, do CPC/15).

Cite-se, ainda, a existência de expressa previsão legal da prévia oitiva do Ministério Público nas demandas de massa nos juizados especiais federais (art. 14, §7º, da Lei 10.259/01), no rito dos recursos representativos de controvérsia (art. 543-C, §5º, CPC/73; art. 1.038, III, CPC/15) e no procedimento de edição de súmula vinculante (art. 2º, §2º, Lei 11.417), independentemente da natureza da relação jurídica controvertida, o que também denota o tal perfil de objetivação – e de publicização – do processo.

Na esfera constitucional, a introdução, pela Emenda Constitucional 45/2004, da repercussão geral e da súmula vinculante trouxe forte impulso na tendência de reconhecimento desses recursos excepcionais como autênticos instrumentos de defesa da ordem jurídica, ou seja, de promoção da nomofilaquia.

À guisa de conclusão, a objetivação ou abstrativização consubstancia a transmutação normativa do precedente, na medida em que, por meio desse fenômeno, exorbita-se aos interesses subjetivos do autor da ação – que, em regra, busca a satisfação de interesse próprio – atribuindo-se caráter objetivo a uma demanda originariamente subjetiva. A tese fixada amplia o seu campo de atuação para além do caso. O *thema decidendum* passa a tratar da defesa do *ius in thesi*.<sup>474</sup>

A objetivação, assim, torna toda edição de precedentes judiciais ato típico da jurisdição constitucional no exercício do múnus de defesa do *ius in thesi* constitucionalmente qualificado. Os precedentes, através do fenômeno da sua abstrativização, assumem simultaneamente, caráter normativo e declaratório de normas supremas.<sup>475</sup>

### 3.2. A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA E O REDIMENSIONAMENTO DA FUNÇÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES DO STF E DO STJ

---

<sup>474</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: Autoridade e aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 89.

<sup>475</sup> *Ibidem*, p. 89-90.

A Constituição de 1988, no Capítulo III do seu Título IV, dedica-se ao Poder Judiciário, ditando normas gerais, fixando garantias, impondo impedimentos aos magistrados, além de estabelecer, desde logo, a estrutura judiciária nacional.<sup>476</sup>

O Judiciário exerce jurisdição, que, como manifestação do poder soberano estatal, é una e corresponde ao dever de julgar, enquanto a competência é a quantidade de jurisdição reservada a cada órgão judiciário.<sup>477</sup> O exercício da atividade jurisdicional é, assim, partilhado entre os diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário pela Constituição, que lhes outorga determinadas competências. O Estado cria órgãos judiciais e estabelece critérios para a distribuição das causas com o objetivo de prestar uma melhor tutela jurisdicional.<sup>478</sup>

A atual Constituição brasileira criou cinco “Justiças” diversas. A Justiça Federal, composta pelos Juízes Federais e pelos Tribunais Regionais Federais (art. 106); a Justiça do Trabalho, integrada pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho (art. 111); a Justiça Eleitoral, cujos órgãos são o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (art. 118); a Justiça Militar da União, da qual fazem parte o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes militares instituídos por lei (art. 122); a Justiça Estadual, formada pelos Tribunais de Justiça e Juízes de Direito (art. 125), sendo ainda facultada a criação, por lei estadual, da Justiça Estadual Militar (art. 125, §§3º a 5º).

Os órgãos da Justiça Federal e da Justiça Estadual compõem a “Justiça Comum”, enquanto que os demais integram a denominada “Justiça Especial”.

Ainda de acordo com a organização judiciária estabelecida pela Constituição de 1988, além dos órgãos judiciais integrantes da Justiça Comum e da Justiça Especial, o Poder Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que não fazem parte de quaisquer desses ramos, funcionando essas cortes como órgãos de superposição dentro da organização do Poder Judiciário.<sup>479</sup>

Do ponto de vista federativo, o Poder Judiciário divide-se em dois grupos: de um lado, a Justiça da União, composta pelos órgãos da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar da União, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo

---

<sup>476</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

<sup>477</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Modificações de competência no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47.

<sup>478</sup> Idem.

<sup>479</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 196.

Supremo Tribunal Federal e, de outro, a Justiça Estadual. Os municípios não possuem órgãos judiciários.

O art. 102, *caput*, da Carta Política de 1988 cometeu ao Supremo Tribunal Federal a relevante função de promover, precipuamente, a guarda da Constituição. A Suprema Corte, ao ser incumbida de guardá-la, exerce um papel fundamental na democracia, cabendo-lhe a missão de defender e fazer valer o pacto fundamental, que é a raiz da legitimidade de toda a normatividade infraconstitucional.<sup>480</sup>

Para bem desempenhar a sua valiosa missão institucional de guardar a Constituição, a Carta de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competências originária e recursal – essa última desdobrada em ordinária e extraordinária – para processar e julgar diversas ações, incidentes processuais e recursos.

Dentre outras atribuições originárias, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; e a ação de descumprimento de preceito fundamental. Com espeque em sua competência recursal ordinária, incumbe-lhe julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão, e ainda, os crimes políticos.

Outrossim, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei contestado em face da Constituição; e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

As atribuições judicantes do STF, arroladas no art. 102 da Constituição têm, em sua grande maioria, conteúdo de litígio constitucional, de sorte que a sua atuação, nesses casos, consubstancia autêntico exercício de jurisdição constitucional.<sup>481 482</sup>

---

<sup>480</sup> NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 962.

<sup>481</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 559-560.

<sup>482</sup> “Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito ao controle do Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo STF. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas

Por meio do exercício da jurisdição constitucional, o STF desempenha um relevantíssimo papel não apenas jurídico, mas também político, na medida em que lhe cabe resolver, em última instância, “*problemas constitucionais de especial sensibilidade política*”, bem como porque sua jurisprudência produz uma influência determinante perante outros tribunais, além de exercer “*um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política*”.<sup>483</sup>

Como máxima instância de superposição em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais ou “*cabeça do Poder Judiciário*”<sup>484</sup>, responsável pela guarda da Constituição e do exercício da jurisdição constitucional, naturalmente, cabe ao STF dar a última palavra acerca da interpretação e do alcance das normas constitucionais e sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Público, conformando-os à Constituição e assegurando, dessa forma, a sua unidade e máxima força normativa.

Como corolário do sistema misto de fiscalização da constitucionalidade instituído no Brasil, o STF, a um só tempo, exerce o controle de constitucionalidade de forma direta e concentrada, por meio de ações constitucionais como, principalmente por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como pela via difusa, especialmente – porém não exclusivamente –, por meio do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário, modelado pelo *writ of error*<sup>485</sup> norte-americano, posteriormente chamado de *writ of appeal*, hoje substituído no papel original, quase totalmente, pelo *writ of certiorari*, retrata, em suas linhas básicas, a estrutura político-administrativa da República e desempenha atualmente relevante função constitucional, funcionando, assim, como um privilegiado instrumento para controlar a densa atividade desenvolvida pelos demais órgãos judiciários em matéria constitucional.<sup>486</sup>

---

*constitucionais*”. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

<sup>483</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 681.

<sup>484</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197.

<sup>485</sup> “*Proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do Direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao velho writ of error do Direito anglo-americano. Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do Judiciary act e leis posteriores, que regulavam o instituto. Desprezou-se o recurso de revista do Direito luso-brasileiro, que a Constituição Política do Império acolhera*”. SILVA, José Afonso. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 29.

<sup>486</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 734-735.

Por sua vez, os juízes de 1º grau e os demais Tribunais pátrios detêm o poder de realizar o controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Público, *incidenter tantum* e com efeitos apenas *inter partes*, quando do julgamento dos casos concretos que lhes são submetidos, interpretando, para tanto, a Constituição. O ordenamento jurídico brasileiro confere aos magistrados de 1º grau e aos dos tribunais inferiores e superiores não só o poder de recusar aplicação, no caso concreto, à lei em desconformidade com a Constituição, como também de interpretar e conformar diretamente – independentemente de mediação do legislador infraconstitucional – o texto constitucional e até mesmo de suprir a omissão legislativa em efetivar os direitos fundamentais.

O exercício da jurisdição constitucional, mediante a interpretação e aplicação das regras e princípios constitucionais, é, pois, um fenômeno intenso, difundido por todo o Poder Judiciário, que torna a Constituição um documento jurídico vivo, constantemente atualizável por obra dos juízes, mormente pelos ministros do STF. A propósito, José Renato Nalini pontua que:

[...] a interpretação constitucional constitui, na essência, um processo de concretização. O Direito Constitucional se transforma graças à relevância das jurisdições constitucionais. O fenômeno detectável na realidade europeia permite registrar a concepção norte-americana de *living constitution*: a atualização permanente da Carta Política, por força da atuação jurisprudencial. [...] para o mais profícuo desempenho dessa missão de concretizar a vontade do constituinte originário, o julgador brasileiro – notadamente o Juiz da Corte Suprema – detém verdadeiro Poder Constituinte Difuso. Expressão cunhada por Georges Burdeau, para quem o Poder Constituinte nunca acaba: ‘Existe exercício cotidiano do Poder Constituinte, que apesar de não ser gravado pelos mecanismos constitucionais nem pelos sismógrafos das revoluções, não é menos real’. O labor diuturno da magistratura brasileira torna a Carta Política de 1988 um documento vivo, plasmável de acordo com as vicissitudes históricas, políticas, econômicas e sociais da Nação Brasileira. Todavia, o poder atribuído à Suprema Corte é decisivo para fazer do pacto um documento que precisa valer.<sup>487</sup>

Nesse cenário, é natural que surjam interpretações divergentes dos dispositivos constitucionais, muitos dos quais de textura bastante aberta, permeados de expressões vagas e de conceitos jurídicos indeterminados, conforme já frisado. Também é comum que surjam variadas interpretações sobre a conformidade, ou não, das leis e demais atos normativos aos princípios e regras previstos na Constituição. Ambas as situações, evidentemente, debilitam a força normativa e a unidade da Constituição.

---

<sup>487</sup> NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 987-988.

Nessa perspectiva, o recurso extraordinário é o instrumento por excelência, colocado à disposição do STF pelo legislador constituinte originário, para que a Suprema Corte possa desempenhar a contento a sua tarefa de guardião maior da Constituição, aclarando, definitivamente, o conteúdo e o alcance de todos os dispositivos constitucionais e extirpando do ordenamento jurídico os atos normativos contrários à Carta Política de 1988, de forma a conferir harmonia e coerência à ordem jurídica constitucional, preservando ou restabelecendo a unidade e a força normativa da Constituição por intermédio do controle difuso e incidental. O recurso extraordinário é o instrumento medular, reservado ao STF, para a fiscalização do exercício da “jurisdição constitucional” pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Lado outro, após algumas tentativas frustradas de resolver o problema decorrente da então denominada “crise do STF” ou “crise do recurso extraordinário”, o legislador constituinte de 1988, no intuito de contribuir para a solução do problema do aumento exponencial do número de recursos extraordinários dirigidos à Suprema Corte, concebeu o Superior Tribunal de Justiça.

Com a sua criação, a Constituição de 1988 transferiu-lhe parte da competência originária e recursal antes cometida ao STF, tendo sido a função de garantir a manutenção da autoridade e da autoridade das leis federais, até então desempenhada pelo recurso extraordinário, transferida para o recurso especial.<sup>488</sup>

A Constituição outorgou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seu art. 105, incisos I a III, diversas competências originária e recursal – essa última de natureza ordinária e extraordinária – para processar e julgar variados tipos de ações, incidentes processuais ou recursos.

Dentre as ações de sua competência originária, compete-lhe o processo e o julgamento de mandados de segurança e de *habeas data* contra atos perpetrados por Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; os conflitos de competência entre quaisquer tribunais – ressalvadas as hipóteses em que esse incidente deve ser apreciado pelo STF, nos casos previstos no art. 102, I, *o*, da Constituição –, bem como entre tribunais e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos – hipóteses que também abrangem órgãos judiciários integrantes da “Justiça Especial”, com exceção dos respectivos tribunais superiores –; os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e

---

<sup>488</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 567.

administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; e a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatória.

No âmbito da competência recursal ordinária atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, cabe-lhe julgar, mediante recurso ordinário, os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; e as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Finalmente, o art. 105, III, da Constituição confia ao Superior Tribunal de Justiça competência recursal extraordinária para o julgamento, mediante recurso especial, das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Especialmente ante a dicção das alíneas *a* e *c* do art. 105, III, da Carta de 1988, observa-se que o STJ foi, de fato, concebido como órgão jurisdicional de superposição de toda “Justiça Comum”, cuja principal função, que lhe dá características próprias, é o “*controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação de lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem*”.<sup>489</sup> Na compreensão de Arruda Alvim, a função jurisdicional desempenhada pelo STJ “*representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional*”.<sup>490</sup>

Sobressai, ainda, evidente a relevância do STJ como corte encarregada de uniformizar a legislação federal infraconstitucional do país, em face da constatação de que a competência legislativa privativa da União é bastante extensa, sendo “quase absoluta”, pouco

---

<sup>489</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 572.

<sup>490</sup> ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, a. 24, n. 96, out./dez. 1999, p. 37.

restando, no ponto, às demais entidades federadas, o que “*converte a Federação brasileira em Estado praticamente unitário*”.<sup>491</sup>

Incumbe, portanto, ao STJ, uniformizar o direito, mediante a definição da correta interpretação da legislação federal vigente, a fim de evitar que cada Tribunal Regional Federal ou de Justiça, ao interpretá-la, faça-o de forma distinta de outros, decidindo casos substancialmente idênticos de forma diferente, violando o princípio da igualdade. Ademais, ao exercer sua função de garantidor da uniformidade da interpretação da lei infraconstitucional, o STJ confere à ordem jurídica “*a coerência que lhe é essencial, sobretudo em decorrência do princípio da segurança jurídica*”.<sup>492</sup>

Assim, apesar de ser dotado de competência originária relevante – para processar e julgar originariamente todas as hipóteses em que os direitos fundamentais das mais elevadas autoridades da República não sujeitas à jurisdição do STF – é na competência recursal que o Superior Tribunal de Justiça se destaca no cenário republicano, sendo que, sob a forma de recurso especial, as mais relevantes questões nacionais aportam naquele Tribunal.<sup>493</sup>

Para que os tribunais de vértice possam desempenhar a contento as suas relevantes missões constitucionais, é necessário que o ordenamento constitucional muna-os com instrumentos processuais idôneos para tanto. De nada adiantaria conferir-lhes fins específicos sem outorgar-lhes os meios adequados para atingi-los.

No direito brasileiro, o STF e o STJ podem, em verdade, desempenhar suas funções essenciais, de conferir unidade de sentido aos enunciados normativos constitucionais e infraconstitucionais federais pela via da interpretação jurídica, por intermédio de quaisquer instrumentos processuais previstos na Constituição nos arts. 102 e 105. Nada obstante, ressalvada a utilização das ações destinadas ao exercício do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, os principais instrumentos que a Constituição lhes confia para bem exercer a nomofilaquia são os recursos extraordinário e especial.

Como é sabido, esses recursos são remédios excepcionais de impugnação das decisões judiciais, cujas hipóteses de cabimento estão taxativamente previstas na Constituição. Os recursos extraordinário e especial são remédios de fundamentação vinculada e que possuem

---

<sup>491</sup> NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 965.

<sup>492</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2012, p. 130.

<sup>493</sup> NALINI, José Renato. op. cit., p. 965.

um âmbito de devolutividade mais restrito que o dos recursos ordinários dirigidos aos tribunais de 2º grau de jurisdição, máxime a apelação, consubstanciando-se como meios de impugnação das decisões judiciais de direito estrito, eis que o tribunal *ad quem* não se presta a reexaminar matéria de fato. Não são vocacionados à correção da injustiça supostamente perpetrada pelo julgado recorrido. Sua finalidade precípua é garantir a integridade e a unidade da Constituição e da legislação federal vigente, propiciando a correta aplicação do direito objetivo.<sup>494</sup>

O recurso extraordinário, ou o especial, não visa fazer justiça subjetiva, ou seja, justiça às partes, senão indiretamente, não tendo cabimento por motivo de “sentença” injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, no que reside o seu caráter eminentemente processual; e a Corte Superior, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais.<sup>495</sup>

Destarte, esses dois recursos excepcionais possuem, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, uma conotação bifronte: o recorrente, ao acenar com uma violação, pelo julgado recorrido, de um direito assegurado pela Constituição ou por uma lei federal, permite ao STF ou ao STJ que, em provendo o recurso, resolva a situação jurídica individual, ao tempo em que preserva a integridade da ordem jurídica, permitindo que esses Tribunais Superiores desempenhem, a um só tempo, as funções nomofilática (defesa da ordem normativa) e dikelógica (resolução justa do caso concreto), sendo que, dentre essas duas missões, prevalece a relativa à preservação da inteireza positiva da Constituição e das leis federais ao lado da função paradigmática, voltada para a fixação de sua interpretação.<sup>496 497</sup>

Em face da preponderância das funções nomofilática e paradigmática dos recursos extraordinário e especial, justifica-se a impossibilidade do seu conhecimento para mera revisão de matéria de fato, posto que o STF e o STJ não funcionam, nem podem funcionar, como terceira ou quarta instâncias meramente revisoras, sob pena de deturpação de toda a lógica

---

<sup>494</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 570.

<sup>495</sup> SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 105.

<sup>496</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144-145.

<sup>497</sup> A palavra dikelógica, de origem grega, esclarece Bruno Dantas, “é composta pela partícula *dike*, que significa ‘justiça’, e pelo pospositivo *lógiko*, cujo significado é ‘relativo à razão’. Assim, a função dikelógica está associada à busca de justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito. Trata-se, pois, de tutela do chamado *ius litigatoris*”. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

subjacente à organização judiciária brasileira.<sup>498</sup> A posição hierárquica ocupada por um tribunal supremo, como o STF e o STJ, “*torna contraproducente o insopitável reexame das questões de fato*”.<sup>499</sup>

Dessa maneira, estes Tribunais não revolvem matéria fática, pois não se preocupam, diretamente, com a justiça do caso concreto. Ao revés, tomam os fatos tais como reconhecidos pelo julgado recorrido, de acordo com a análise do acervo probatório feita pelo tribunal *a quo*, para, então, admitido o apelo excepcional, aplicar o direito à espécie, julgando a causa. Tais recursos não investem o STF e o STJ de cognição quanto à matéria de fato, no sentido de que nenhum deles dá ensejo ao reexame de provas – e menos ainda a produção de novas provas – para apurar-se a exatidão dos fatos tal como assentados na decisão impugnada.<sup>500</sup>

Os recursos extraordinário e especial permitem apenas a revisão *in iure*, isto é, a reapreciação das questões de direito enfrentadas pelo tribunal de origem, no que se incluem, naturalmente, as discussões sobre a adequação da qualificação jurídica dos fatos formulada no acórdão recorrido, o que permite ao STF e ao STJ, preservada a visão dos acontecimentos fixada pelo acórdão *a quo*, extrair consequências jurídicas diversas.<sup>501</sup>

No ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso acentua que os planos da fixação do *ius in thesi* e o da resolução prática da controvérsia explicam-se a partir do âmbito devolutivo restrito, próprio aos recursos excepcionais, até porque, de outro modo, as Cortes Superiores se

---

<sup>498</sup> Araken de Assis alerta que “[...] não faltam apoios à transformação paulatina do STJ em terceira instância para realizar a melhor justiça do caso. É pouco provável que haja alguma contribuição efetiva, máxime no tocante à duração razoável do processo, nesses arroubos liberais do STJ. Para a Justiça de um país, o reexame de questões de fato pelo tribunal de superposição, relevado o interesse do vitorioso eventual, representa autêntica tragédia”. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 834. Nesse sentido, é a crítica, em alguns casos, à atuação desses dois Tribunais Superiores, especial do STJ: “na verdade o Recurso Especial não raro – aliás com frequência – ingressa na apreciação da matéria de fato, é uma terceira instância e sinaliza à nacionalidade qual deve ser a leitura do direito por parte da comunidade jurídica. Tanto assim que a advocacia passou a considerar a primeira instância e os tribunais locais como etapas de passagem de suas demandas, que – inevitavelmente – chegarão aos Tribunais Superiores”. NALINI, José Renato. *O Poder Judiciário na Constituição de 1988*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 965-966.

<sup>499</sup> ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 822.

<sup>500</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 600-601.

<sup>501</sup> *Ibidem*, p. 601-602.

converteriam em mais uma instância revisora, exacerbando desmesuradamente o que se deve, tecnicamente, compreender como duplo grau de jurisdição.<sup>502</sup>

Sob esses dois planos – o primeiro precípua ou imediato, o segundo decorrente ou mediato – devem ser interpretadas as Súmulas 279<sup>503</sup>, 400<sup>504</sup> e 454<sup>505</sup> do STF e as Súmulas 5<sup>506</sup> e 7<sup>507</sup> do STJ, que enfatizam a natureza de direito estrito dos recursos em questão, cuja finalidade precípua é a de conferir a dicção definitiva e exata sobre a questão jurídica, até mesmo pela pressuposição de que os aspectos fáticos – inclusive o tópico sobre a justiça do acórdão recorrido – já foram ou poderiam ter sido suscitados e enfrentados nas instâncias ordinárias.<sup>508</sup>

Lado outro, de acordo com a estrutura organizacional traçada pela Constituição brasileira, excetuadas as hipóteses anteriormente mencionadas de competência originária do STF e do STJ – e também dos tribunais de segundo grau –, na “Justiça Comum”, todas as ações iniciam-se na primeira instância, incumbindo aos Juízes Federais e de Direito processá-las e julgá-las, cabendo, via de regra, a interposição de recurso contra as suas decisões perante o respectivo Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça. Por sua vez, as decisões proferidas em única ou última instância por esses tribunais ordinários são impugnáveis por meio dos recursos extraordinário e especial, que, se admitidos, abrem acesso às instâncias extraordinárias do Poder Judiciário.<sup>509</sup>

Os tribunais de segundo grau têm competências originária e recursal – essa última de natureza exclusivamente ordinária – para processar e julgar ações, recursos e incidentes processuais. Em sede recursal, incumbe-lhes julgar os recursos interpostos contra as

---

<sup>502</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.148.

<sup>503</sup> Súmula 279, STF: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”

<sup>504</sup> Súmula 400, STF: “*Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal.*”

<sup>505</sup> Súmula 454, STF: “*Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.*”

<sup>506</sup> Súmula 05, STJ: “*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.*”

<sup>507</sup> Súmula 07, STJ: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*”

<sup>508</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p.149.

<sup>509</sup> No caso do STF, à luz da dicção do art. 102, III, da Constituição, também é possível que outras decisões, que não emanadas de Tribunais Regionais Federais e de Justiça, possam ser levadas ao STF por meio do recurso extraordinário – desde que, evidentemente, envolvam matéria constitucional e tenha havido o esgotamento dos meios de impugnação ordinários previstos na legislação processual – como é o caso dos acórdãos proferidos pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Federais e Estaduais e das sentenças proferidas por juízes de primeiro grau nas causas de alçada das execuções fiscais. Nesse sentido é a súmula 640 do STF, *verbis*: “*É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.*”

sentenças e decisões interlocutórias proferidas pelos juízes de primeiro grau. A devolutividade dos recursos dirigidos a esses tribunais é bastante ampla, podendo ser reapreciadas quaisquer questões de fato ou de direito decididas pelos juízes singulares e impugnadas pelas partes que se julgam prejudicadas, mormente por intermédio da apelação e do agravo.

No que concerne à Justiça Federal, tal distribuição de competências está expressamente delineada na Constituição, decorrendo da combinação do disposto no art. 108, I, que disciplina a competência dos Tribunais Regionais Federais, e 109, I a XI, que tratam da competência da Justiça Federal de 1º grau.

Em relação à distribuição de competências no âmbito da Justiça Comum estadual, a técnica utilizada pelo legislador constituinte é distinta. A Constituição, por meio do seu art. 125, §1º, legou aos estados, observados os princípios por ela estabelecidos, a organização de suas Justiças enquanto que, em seu art. 109, §4º, c.c. art. 108, II, *in fine*, previu o cabimento de recursos dirigidos ao Tribunal Regional Federal, contra decisões proferidas pelos juízes de Direito, em algumas ações de natureza previdenciária envolvendo o Regime Geral de Previdência Social e em outros casos de competência delegada.<sup>510</sup>

Assim, a Constituição evidencia tanto a necessária existência dos tribunais estaduais quanto a sua competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas por seus juízes. Ademais, os princípios constitucionais da simetria (ou do paralelismo das formas) e da isonomia denotam a inviabilidade “*de algumas partes, condicionadas a exercer seu direito de ação via Justiça Estadual, serem desprovidas da garantia do recurso, enquanto outras, acessando a Justiça Federal, serem, com ela, agraciadas*”.<sup>511</sup>

Essa estrutura organizacional da Justiça Estadual é também corolário do princípio do duplo grau de jurisdição, implicitamente adotado na Constituição, que, apesar de não ser absoluto, é tido como uma decorrência lógica do sistema constitucional, especialmente da garantia do devido processo legal, que, pela dicção do 5º, LV, assegura aos litigantes, tanto na esfera judicial quanto administrativa, bem como aos acusados em geral, o exercício do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos inerentes.<sup>512</sup>

De resto, subjacente ao duplo grau de jurisdição está a ideia de que as decisões se aproximem “*o mais possível do justo: a revisão do julgado por um órgão colegiado mais*

---

<sup>510</sup>JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A superação do duplo grau de jurisdição como princípio. *Revista de Processo*. Vol. 214, Dez/2012, p. 158.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>512</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

*experiente diminui sensivelmente a possibilidade de erro judiciário, e atende ao natural anseio da parte sucumbente de que seu caso seja reexaminado por outros julgadores”.*<sup>513</sup>

Da leitura da organização hierárquica do Poder Judiciário, observa-se, então, que a Constituição fez uma nítida cisão dos órgãos judiciais, dividindo-os em instâncias ordinária e extraordinária, as quais naturalmente, devem exercer funções diversas para que haja alguma utilidade e racionalidade nessa divisão, conforme anteriormente analisado.

Os juízes e os tribunais de segundo grau compõem as instâncias ordinárias da Justiça Comum, federal e estadual, cabendo-lhes, soberanamente, formular juízos definitivos sobre matéria fática presente no processo. Para tanto, devem determinar a produção de provas, interpretá-las para reconstruir os fatos da causa de acordo com os elementos probatórios carreados aos autos, a fim de assim cumprir sua função precípua e imediata de buscar a realização da justiça no caso concreto.

O STF e o STJ, ressalvadas as suas competências originária e recursal ordinária, integram as instâncias extraordinárias do Poder Judiciário, cuja função sublime, instrumentalizada por meio dos recursos extraordinário e especial, é de nomofilaquia interpretativa, ou seja, de conferir unidade, certeza e coerência ao Direito constitucional e infraconstitucional federal, complementando e outorgando sentido aos textos legais escritos, por meio da interpretação judicial, reduzindo a equivocidade dos seus enunciados linguísticos. A essas cortes de vértice compete, soberanamente, emitir juízos definitivos e vinculantes sobre matéria de direito.

Assim, ressalta Lênio Streck, no âmbito de suas atribuições, como corolário de sua prerrogativa de, definitivamente, dar a condição de sentido das normas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça proporcionam coesão ideológica e sistematização jurisprudencial ao ordenamento jurídico.<sup>514</sup>

---

<sup>513</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

<sup>514</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 507. Segundo Lênio Streck os propósitos da coesão ideológica e da sistematização jurisprudencial são, em suma, os seguintes: 1. Assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico em vigor. É, assim, mais do que condição de sentido, uma condição de validade das normas, pelo poder de controlabilidade difusa que exerce no interior do sistema. 2. Propiciar as diretrizes gerais para a ação judicial e regular a atuação dos demais atores jurídicos envolvidos no processo. Os autores jurídicos ficam jungidos, destarte, ao que se denomina, no âmbito da dogmática jurídica, de “pacífico entendimento jurisprudencial”. 3. Orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei. Os tribunais inferiores e os juízes singulares terão, desde logo, fixados os limites e as diretrizes para a sua atividade. 4. Imunizar o sistema contra o risco de interpretações *contra legem*. 5. Controlar a consistência das decisões limitando as premissas hermenêuticas, através do que se pode chamar, com Warat, de discurso monocêntrico, no qual o discurso é regulado, determinando-se, de antemão, a

Essa atividade nomofilática é exercida por meio da edição de precedentes que, como fontes primárias do direito, orientam as atividades e condutas das pessoas físicas e jurídicas, permitindo-lhes agir, com maior grau de segurança e previsibilidade, em conformidade com o ordenamento jurídico.

Calmon de Passos, apoiando-se em Luhmann, explica, de forma bastante clara, como opera a dupla etapa do *iter* de criação do direito, mediante um processo bifásico de “redução de complexidades”, a fim de justificar a necessidade de reconhecimento de força vinculante a determinados precedentes do STF e do STJ. Diz Calmon de Passos que:

[...] há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade de natureza predominante, mas não exclusivamente política, para a determinação de um universo de dever ser formalizados em termos genéricos e abstratos, a par de uma segunda redução de complexidade de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica, a partir daquela, para a concretização do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos.

O processo político disciplina e conforma aquela primeira função, que é desempenhada precipuamente pelo Poder Legislativo, através da edição de leis, que regulem o convívio social e que emprestem previsibilidade e ordenem e obriguem os comportamentos sociais. O processo administrativo e judicial disciplinam e conformam essa segunda função.

Mas esse dever ser enunciado genericamente, porque linguagem, discurso, jamais será capaz de implicar uma única e necessária interpretação, eliminando toda e qualquer possibilidade de alternativas subsequentes, por conseguinte, incapaz de conduzir, sempre, em toda e qualquer situação concreta de conflito, a um só tipo de decisão. Impõe-se, destarte, a necessidade de uma segunda redução de complexidade, colocada, agora, a cargo dos agentes públicos e dos sujeitos privados destinatários da norma.

Essa redução de complexidade, quando transferida ao julgador, não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria aqui, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, que se tornaria inócua e nenhuma. Por via de consequência, se inexistir no sistema instrumentos mediante os quais se empreste, no máximo possível, segurança e coerência, nessa segunda redução de complexidade, portanto, previsibilidade, negar-se-á o quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo. Essa exigência fala em favor da força vinculante de certas decisões dos tribunais superiores.<sup>515</sup>

Assim, na medida em que o direito, potencialmente indeterminado, vai sendo paulatinamente precisado, ganhando coesão ideológica e maior cognoscibilidade, em decorrência da atuação do STF e do STJ, pode-se dizer que “*a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria*”

---

interconexão de suas partes e os limites da expansão desse conjunto. 6. Oferecer os pontos de partida e de chegada para todos os operadores do Direito (juízes, promotores, advogados). 7. Estabilizar as expectativas da própria ‘clientela’ dos tribunais a respeito do que é possível e do que não é possível.

<sup>515</sup> CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*. Ano XIII, Vol. 85, jan/fev. 1999, p. 283-284.

*ordem jurídica*”<sup>516</sup> ou, em outros termos, que “*a recusa de aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito*”.<sup>517</sup>

Presentes certos pressupostos essenciais – como o precedente decorrer do pleno da respectiva corte –, assevera Calmon de Passos, a força vinculante das decisões dos tribunais superiores é “*decorrência necessária do próprio sistema jurídico e de seu modo constitucional de operar*”, independentemente, inclusive, de previsão legal expressa, sendo “*essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica*”.<sup>518</sup>

Calmon de Passos diz ainda que os precedentes dos órgãos plenários do STF e do STJ, “*um pouco à semelhança da função legislativa*” – porquanto produzem normas de caráter geral e abstrato, só que de natureza interpretativa – obrigam a todos, “*como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa*”.<sup>519</sup>

Daniel Mitidiero aduz que a força vinculante dos precedentes do STF e do STJ “*não depende de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação*”.<sup>520</sup>

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Maria Isabel Amato Felipe da Silva ressaltam que, para viabilizar o cumprimento da função constitucional do STF e do STJ, “*faz-se mister que os precedentes jurídicos da Corte Superior detenham caráter impositivo, vinculando os tribunais inferiores e os seus próprios órgãos*”, sendo a obrigatoriedade de observância dos seus precedentes jurídicos corolário da própria autoridade inerente a esses tribunais de vértice.<sup>521</sup>

Misabel Derzi afirma que os precedentes do Plenário do STF e as súmulas, mesmo as não vinculantes, resultantes de julgamentos sob o regime da repercussão geral, são de observância obrigatória. Além desses precedentes, com autoridade, pondera ainda a referida autora que “*obrigam os tribunais inferiores, dentro de certos limites – conforme dispõe o*

---

<sup>516</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

<sup>517</sup> Idem.

<sup>518</sup> CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*. Ano XIII, Vol. 85, jan/fev. 1999, p. 289.

<sup>519</sup> Ibidem, p. 288-289.

<sup>520</sup> MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 76.

<sup>521</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2012, p. 135.

*Direito brasileiro – e geram, igualmente, expectativas normativas de conduta para terceiros que não são parte no processo, todas as decisões de uma Corte Superior”*.<sup>522</sup>

Teori Albino Zavascki assevera que “*têm força vinculante erga omnes, além dos precedentes objeto de súmula vinculante, os que são formados em julgamento pelo regime da repercussão geral*”.<sup>523</sup>

No que toca ao STJ, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que, justamente por lhe caber o dever de uniformizar a interpretação das leis federais, afastando, se necessário, as eventuais interpretações destoantes daquelas por ele fixada, as suas decisões devem impor-se sobre os tribunais inferiores, sendo “*tranquilamente possível, em termos lógico e jurídico, sustentar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais estaduais e federais*”.<sup>524</sup>

Outrossim, Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros consignam ser absolutamente imperioso o respeito aos precedentes do STJ pelas instâncias inferiores, de forma que “*firmado, num leading case, o posicionamento do STJ sobre determinada questão, impõe-se, para se assegurar a coerência, segurança e previsibilidade do sistema, que esse mesmo entendimento seja observado pelos juízos e tribunais locais*”.<sup>525</sup>

Especificamente no que tange ao exercício da jurisdição constitucional, são absolutamente pertinentes as ponderações de Marinoni, de que, no exercício derradeiro do controle difuso pelo STF, não há que se cogitar de atribuir autoridade de coisa julgada *erga omnes* ao dispositivo da decisão, mas sim de atribuir eficácia vinculante à sua *ratio decidendi* ou aos seus motivos determinantes, evitando que sejam desconsiderados pelos demais órgãos do Poder Judiciário. De sorte que, ao reconhecer eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, não se pretende tornar imutável uma decisão de constitucionalidade, mas sim impedir que os demais órgãos judicantes desconsiderem os seus motivos determinantes.<sup>526</sup>

---

<sup>522</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 273.

<sup>523</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

<sup>524</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98-99.

<sup>525</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, a. 36, n. 191, jan./2011, p. 188.

<sup>526</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 460.

A compreensão dessas ideias é imprescindível para conferir racionalidade a um sistema jurídico que confia a todos os juízes e tribunais pátrios o poder de exercer o controle de constitucionalidade *in concreto*. “Não há como atribuir esse poder aos juízes sem vinculá-los às decisões da Suprema Corte. O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios”.<sup>527</sup>

### 3.3. O *PROSPECTIVE OVERRULING* NO ÂMBITO DO STF E DO STJ

De plano, cabe frisar que a viabilidade jurídica de realização da modulação temporal dos efeitos de decisões revogadoras de precedentes pressupõe a adequada compreensão de algumas ideias centrais, quais sejam: a) de que determinadas decisões judiciais são fontes primárias do direito; b) da criatividade da atividade interpretativa do Poder Judiciário; c) de que a norma não é algo pré-concebido pelo legislador, mas sim o produto da interação entre o texto legislado, os fatos concretos e a interpretação judicial; e d) da função nomofilática dos tribunais de vértice, de seu papel proativo e de garantia da uniformização e da coerência do direito e não apenas da lei.

Em maior ou menor profundidade, todos esses temas já foram abordados no presente trabalho. Resta, agora, analisar a questão da possibilidade da modulação temporal das decisões modificadoras de entendimentos consolidados pelo STF e pelo STJ – de realização de algum tipo de *prospective overruling* –, à luz dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança justificada, da proporcionalidade e da irretroatividade no Direito brasileiro, valores medulares em qualquer Estado de Direito.

Em sede de jurisdição constitucional, segundo leciona Luís Roberto Barroso, a modulação dos efeitos temporais de uma decisão do STF pode ser constatada em quatro situações diversas, quais sejam: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) mudança da jurisprudência consolidada sobre determinada matéria.<sup>528</sup> Acrescente-se ainda uma outra situação: e) a declaração de não recepção de atos

<sup>527</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 460.

<sup>528</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

normativos anteriores à Constituição. Somente a primeira dessas hipóteses de modulação temporal, citada no item *a*, possui previsão legal expressa no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99.

Conforme bem destaca Eduardo Talamini, a preservação de efeitos da norma inconstitucional é cabível não apenas em sede de controle direto e abstrato, porquanto as mesmas razões que a impõem justificam a sua adoção também no campo do controle incidental. Aliás, é o controle incidental, no qual se realizada a análise da compatibilidade da lei com a Constituição à luz do caso concreto, o campo por excelência para o emprego da técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade, na medida em que são justamente as circunstâncias concretas que viabilizam o sopesamento mais adequado dos valores em conflito, sendo que, em determinadas situações, tal ponderação somente será viável no caso concreto, a fim de se verificar a necessidade de preservação de determinados efeitos da norma inconstitucional.<sup>529</sup>

A grave decisão de reverter uma jurisprudência consolidada de um Tribunal Superior, especialmente do STF, registra Luís Roberto Barroso, não pode ser feita com indiferença em relação à segurança jurídica, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados, devendo a atribuição de efeitos prospectivos à mudança de orientação ser especialmente considerada quando o entendimento alterado já houver se tornado pacífico por longo período.<sup>530</sup>

De fato, conforme estudado no capítulo anterior, o que justifica o *prospective overruling*, em essência, é a necessidade de resguardar as legítimas expectativas e de tutelar as mais diversas condutas, atos e negócios jurídicos travados de boa-fé pelos cidadãos e empresas em conformidade com aquilo que era tido como o direito constitucional e federal ordinário posto pelo Estado, através do órgão constitucionalmente competente para dizê-lo, evitando-se abalos repentinos e traumáticos no ordenamento jurídico e nas relações sociais. O *prospective overruling* funda-se em uma ponderação de princípios e valores, associados à segurança jurídica, e intermediado pelo postulado da proporcionalidade, que deve ser feito mediante consistente fundamentação.

Conforme destaca Canotilho:

---

<sup>529</sup> TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 683-684.

<sup>530</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78-79.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.<sup>531</sup>

De outro lado, justamente sob os influxos axiológicos do princípio da segurança jurídica, é preciso recompreender o sentido e o alcance do princípio da irretroatividade, cuja cláusula mais geral, posta como garantia individual fundamental, está estampada no art. 5º, XXXVI da Constituição.<sup>532</sup>

Como anteriormente visto, as leis emanadas do Poder Legislativo, enunciam um comando geral que, ante a equivocidade da linguagem de seus textos normativos, comporta, em tese, mais de uma possibilidade interpretativa. A irretroatividade da lei refere-se, pois, à lei conforme uma de suas interpretações possíveis e, uma vez que essa interpretação adotada pode ser posteriormente alterada, também a lei, em termos do seu sentido, irá se alterar.<sup>533</sup>

Nesse sentido, Misabel Derzi afirma ser possível a aplicação, por analogia, do princípio da irretroatividade das leis à jurisprudência, porquanto “*sem se confundir com as leis, a modificação de jurisprudência consolidada, que se impunha como norma observada por todos, é novo encontro do Direito, parecido com o advento de uma nova lei*”.<sup>534</sup>

Destarte, não é possível, sem violar o princípio da segurança jurídica, que carrega em si os valores da certeza e da confiança, restringir o princípio da irretroatividade à lei, entendida como mero enunciado, devendo-se, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “*compreender a lei como sua inteligência em determinado momento [...] A irretroatividade é,*

---

<sup>531</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

<sup>532</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>533</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 11.

<sup>534</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 550.

*assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto*”.<sup>535</sup>

De modo semelhante, para Barroso, “*uma nova interpretação tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Vale dizer: embora não haja uma alteração formal do Direito vigente, verifica-se uma alteração substancial*”. Nesse contexto, o valor a ser promovido com a nova orientação deve – antes de afirmado como o mais correto ou justo – ser ponderado com outros valores, como a boa-fé, a proteção da confiança e a segurança jurídica.<sup>536</sup>

No Brasil, a Constituição encampou o princípio da irretroatividade das leis de forma objetiva, ou seja, a sua força e intensidade não dependem da análise casuística da existência ou não de confiança subjetivamente justificada. De acordo com a Constituição, todos os fatos jurídicos aperfeiçoados em momento anterior à data da edição da lei nova permanecem regidos pela anterior. O mesmo fenômeno tem que ocorrer nos casos de modificações jurisprudenciais, cujos fatos jurídicos já concluídos antes do *overruling* devem continuar regidos pela orientação pretoriana pretérita, eis que também aqui a “*confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores*”.<sup>537</sup>

Adotando outro viés, Luiz Guilherme Marinoni assevera que a manipulação temporal dos efeitos da decisão revogadora de precedente anterior é mecanismo inerente ao exercício da própria função jurisdicional, não havendo que se cogitar de atuação abusiva do Poder Judiciário como legislador positivo e de afronta ao princípio da separação dos Poderes, eis que “*limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário*”.<sup>538</sup>

Acresça-se a isso o fato de que o Poder Judiciário não é o único poder estatal instituído que interpreta e aplica a Constituição e as leis. O Poder Executivo também as

---

<sup>535</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 11.

<sup>536</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

<sup>537</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009. p. 553.

<sup>538</sup> Luiz Guilherme Marinoni ensina que “*limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista do TST*. Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 246.

interpreta e aplica – via de regra, de ofício, independentemente de provocação – no desempenho cotidiano de suas mais diversas atribuições.

A Administração Pública, com base na Constituição e nas leis, através de processos administrativos, pratica diversos atos e negócios jurídicos, muitos dos quais repercutem na esfera dos direitos das pessoas físicas e jurídicas: lança tributos, aplica penalidades, desapropria bens, concede licenças, alvarás, benefícios assistenciais e previdenciários.

O Poder Executivo, ao interpretar e aplicar a Constituição e as leis, dá concretude aos textos normativos, orientando e criando legítimas expectativas nos cidadãos quanto à forma de agir da Administração Pública e dos “administrados”. Pelos mesmos imperativos de tutela dos valores constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança, as mudanças de interpretação realizadas pelos órgãos do Poder Executivo não podem ser aplicadas retroativamente. Essa é a *ratio* subjacente ao art. 2º, *caput*, e parágrafo único, incisos I e XIII, da Lei 9.784/99<sup>539</sup> e ao art. 146 do Código Tributário Nacional,<sup>540</sup> bem como da súmula 227<sup>541</sup> do extinto Tribunal Federal de Recursos.

A vedação de aplicação retroativa da nova jurisprudência já fora também encampada pelo Tribunal de Contas da União, tendo sido, inclusive, objeto da súmula 105 daquela Corte de Contas.<sup>542</sup>

Não há sentido algum em restringir o princípio da irretroatividade às novas leis e às novas interpretações dessas leis ou da Constituição formuladas pelo Poder Executivo. Tal princípio, axiologicamente preenchido pelos valores da segurança jurídica e da proteção da confiança, há que incidir, igualmente, sobre as novas interpretações judiciais, especialmente

---

<sup>539</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>540</sup> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

<sup>541</sup> TFR, Súmula 227: “A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento.”

<sup>542</sup> TCU, Súmula 105: “A modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.” Essa súmula foi revogada pelo TCU em Sessão de 03/09/2003 (Acórdão 1306/2003 Plenário - Ata 34, rel. Min. Humberto Souto, TC 000.533/1998-0, DOU 15/09/2003).

quando fixadas pelos tribunais de vértice competentes para dar unidade, consistência, cognoscibilidade e coerência ao ordenamento jurídico, mediante a interpretação das leis e da Constituição.

A segurança e a proteção da confiança, lembra Canotilho, reclamam, em essência, fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência, sendo tais princípios exigíveis em face de qualquer ato estatal, seja ele oriundo do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.<sup>543</sup> A segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito brasileiro, demanda que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade, razão pela qual há que se falar em irretroatividade do Direito e não apenas em irretroatividade das leis.<sup>544</sup>

Nada obstante, o entendimento majoritário no país, na jurisprudência do STF e do STJ e na doutrina pátria – ainda impregnado da concepção da jurisdição como fonte secundária, não normativa e meramente declaratória do direito<sup>545</sup> – é de que a revogação de precedentes ou a modificação de jurisprudência, salvo disposição legal expressa em sentido contrário, opera efeitos retroativos, podendo atingir relações jurídicas travadas antes da fixação da nova orientação. Assim, o entendimento dominante é no sentido de que, na ausência de fundamento legal expresso, não se mostra cabível a modulação temporal dos efeitos dos precedentes.

No campo do controle concentrado, o art. 28 da Lei 9.868/99 e o art. 11 da Lei 9.882/99 preveem a possibilidade do STF limitar no tempo os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. A aplicação analógica desses dispositivos, via de regra, não tem sido

---

<sup>543</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

<sup>544</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. *In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 45-46.

<sup>545</sup> Nesse sentido, destaca André Ramos Tavares: “*Problemática específica e de grande alcance, cujo perigo da escassa análise decorre do escamoteamento da função criadora pelas pseudoteorias da mera execução do Direito na atividade julgadora, encontra-se na não incidência do princípio da proibição do efeito retroativo. A irretroatividade das decisões judiciais interpretativas (que operam fora de qualquer questionamento) é fruto da ficção de que o Tribunal Constitucional apenas declara o Direito*”. TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa* a. 43. n. 171, jul/set. 2006, p. 31. O raciocínio vale, evidentemente, para as decisões dos tribunais de vértice, tal como o STJ, incumbidos de dar sentido, uniformidade e coerência ao Direito, justamente por meio da atividade interpretativa que exercem.

admitida pela jurisprudência do STF<sup>546</sup>, nem mesmo nos casos de declaração de inconstitucionalidade pela via difusa<sup>547</sup>, e menos ainda, pela do STJ.<sup>548</sup>

Ao menos no caso da jurisdição constitucional, a falta de previsão legal expressa não tolhe o Tribunal Constitucional de realizar a modulação temporal dos efeitos do *overruling* que implicar mudanças jurisprudenciais, porquanto, conforme salienta Thomas Bustamante, a possibilidade de promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei opera como uma interessante base de analogia para a utilização da técnica do *prospective overruling*, “*pois a mesma dose de insegurança está em jogo seja quando se anula uma lei ou se modifica um precedente vinculante em sentido forte*”.<sup>549</sup>

Apesar da ausência de previsão legal expressa, colhem-se expressivos precedentes, na jurisprudência do STF, nos quais fora conferido efeito prospectivo a declarações de inconstitucionalidade realizadas em sede de controle difuso, dentre os quais os já citados RE 197.917 e HC 82.959.

No ano de 2008, já sob o regime da repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE 560.626<sup>550</sup>, o STF declarou a inconstitucionalidade formal, por considerar necessária a

---

<sup>546</sup>A propósito, cf. RE 353.657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008; RE 419905 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008.

<sup>547</sup> A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não custa lembrar, não envolve necessariamente a “revogação de jurisprudência”. Nada impede, porém, que ela ocorra concomitantemente a um *overruling*. Pode ocorrer, por exemplo, de uma lei considerada constitucional pelo STF vir, no futuro, a ser declarada inconstitucional pela Corte.

<sup>548</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE APLICA ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO.MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.1. No julgamento do REsp 1.299.303/SC, esta Corte firmou o entendimento de ser possível ao contribuinte de fato postular a devolução do indébito tributário relativo à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. 2. A Primeira Seção não apreciou a agora pretendida modulação dos efeitos do julgado, de sorte que o posicionamento ali firmado tem incidência imediata a todos os processos em trâmite. 3. A bem da verdade, a eventual modificação de entendimento jurisprudencial em sede de recurso representativo de controvérsia não dá ensejo à atribuição de eficácia prospectiva ao julgado por falta de amparo legal. 4. Precedente específico: (AgRg no REsp 1353699/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7/3/2013). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1431260/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014). No mesmo sentido, cf. AgRg no Ag 1432460/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 31/03/2015; AgRg no REsp 1353699/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 07/03/2013; AgRg no REsp 1332559/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014.

<sup>549</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 456.

<sup>550</sup> RE 560.626, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008.

edição de lei complementar, dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que fixavam prazos de prescrição e decadência em matéria tributária, conferindo, por motivos de segurança jurídica, efeitos prospectivos à sua decisão para considerar “*legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento*”.

Mais recentemente, também sob o rito da repercussão geral, no julgamento do ARE 709.212<sup>551</sup>, ocorrido em 13/11/2014, o STF declarou a inconstitucionalidade da regra vazada no art. 23, §5º, da Lei 8.036/90, que estipulava o prazo prescricional de trinta anos para cobrança de valores não pagos a título de FGTS, fixando-o, com base no art. 7º, XXIX da Constituição, em cinco anos e superando, assim, sua vetusta jurisprudência consolidada que entendia aplicável a prescrição trintenária.<sup>552</sup> O Tribunal, por motivos de segurança jurídica, invocando expressamente o art. 27 da Lei 9.868/99, conferiu eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes afirma parecer indiscutível que as decisões, editadas em sede de controle difuso que promovem a modulação de seus efeitos, “*ultrapassam o pedido ou alargam o parâmetro de controle para além da causa de pedir que sustenta a pretensão jurídico-subjetiva*” não podendo ser compreendidas com base na lógica da processualística civil tradicional, baseada no conflito entre partes.<sup>553</sup>

Ao lado da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF tem aplicado o *prospective overruling* em determinados casos de mutações constitucionais, que não envolvem, necessariamente e como regra, a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais, mas sim mudanças de interpretação de dispositivos constitucionais.

É justamente nesses casos, referentes a autênticas modificações da compreensão normativa do texto constitucional, que é possível vislumbrar a ocorrência de típica hipótese de

---

<sup>551</sup> ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015.

<sup>552</sup> A título de exemplo, reconhecendo a prescrição trintenária, cf.: AI 357580 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006) e RE 569742 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-240 DIVULG 09-12-2010 PUBLIC 10-12-2010.

<sup>553</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322.

revogação de precedente judicial ou de *overruling*, sendo adequado, portanto, falar em modulação temporal dos efeitos de decisões que promovem reviravoltas jurisprudenciais.

O STF possui eloquentes julgados em que deliberou promover a modulação temporal de novos precedentes que ensejaram mutações constitucionais, como, v.g, nos seguintes casos: a) a decisão que, reinterpretando o art. 102, I, *b*, da Constituição, entendeu cessar a competência do STF por prerrogativa de foro para o processo e julgamento, nas infrações penais comuns, dos ex-ocupantes dos cargos mencionados nesta alínea *b*, que resultou na revogação expressa do enunciado da Súmula 394 de sua jurisprudência – cujo entendimento nele consubstanciado vigorou e foi reiteradamente aplicado por mais de cinquenta anos, sendo mais de dez já sob a Constituição de 1988<sup>554</sup>; b) a decisão que promoveu a mudança na interpretação do art. 109, I, *in fine*, da Constituição, fixando a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho movidas pelos empregados em face do ex-empregadores, antes outorgada à Justiça Comum estadual<sup>555</sup>; e c) a decisão que, modificando o alcance do art. 114, IX, da Constituição reconheceu a competência da Justiça Comum dos Estados para o processo e julgamento de ação proposta por beneficiário contra entidade de previdência privada para obtenção de complementação de aposentadoria, em que a corte modulou os efeitos da decisão para manter, na Justiça do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso, ocorrida em 20/02/13.<sup>556</sup>

Além dos exemplos acima mencionados de *prospective overruling*, que envolviam reviravoltas jurisprudenciais relacionadas à fixação do alcance de regras constitucionais estabelecidas de competência de órgãos do Poder Judiciário, em razão da matéria ou da pessoa, e que reconheceram a validade de vários atos processuais praticados por juízes absolutamente incompetentes à luz da nova orientação assentada, extrai-se da jurisprudência do STF primoroso precedente em matéria eleitoral.

No ano de 2013, no Recurso Extraordinário 637.485<sup>557</sup>, julgado sob o rito da repercussão geral, que tratava de um caso referente à mudança da interpretação do art. 14, §5º,

<sup>554</sup> Inq 687 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, DJ 09-11-2001.

<sup>555</sup> CC 7.204, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005.

<sup>556</sup> RE 586.453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013.

<sup>557</sup> RE 637.485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013.

da Constituição promovida pelo TSE, o STF, após ratificar a nova tese jurídica obrada pela Corte Eleitoral – de que o cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de um município fica inelegível, na eleição subsequente, para disputar o mesmo cargo em qualquer outro município da Federação – deixou expressamente assentada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “*as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior*”.<sup>558</sup>

Esse precedente é bastante significativo e peculiar, porquanto, como visto, a abrupta virada jurisprudencial foi promovida pelo TSE, e não pelo STF, tendo o Pretório Excelso aplicado a modulação temporal das decisões daquela Corte Eleitoral, levando em conta, inclusive, o princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição.

No ano de 2014, no RE 631.240<sup>559</sup>, decidido sob o regime da repercussão geral, ao reinterpretar a cláusula da garantia de acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição, no que toca à discussão sobre a necessidade ou não de formulação de prévio requerimento administrativo perante o INSS, como condição necessária para a configuração do interesse de agir em juízo nas ações previdenciárias e assistenciais, o STF fixou a tese de que somente se configura o interesse de agir após o indeferimento do benefício previdenciário pelo INSS, antes do que não resta caracterizada ameaça ou lesão a direito.

Nesse julgado, o STF, na linha do voto do Ministro Roberto Barroso, relator do recurso extraordinário em tela, após reconhecer “*a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal*” modulou os efeitos temporais de sua decisão, estipulando ressalvas e regras de transição para as ações ajuizadas anteriormente a esse *decisum*, em que não houvera sido formulada prévia postulação administrativa junto ao INSS, no intuito de evitar a imediata e repentina extinção de milhares de processos em curso no país, o que ocorreria caso a tese fixada pelo Tribunal tivesse sido aplicada com efeitos retroativos.

---

<sup>558</sup> Ver ainda MS 26.603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008, relativo à infidelidade partidária, no qual o STF limitou a retroação do marco temporal do novo entendimento à data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF, em 27/03/2007, e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida sobre a possibilidade ou não de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária.

<sup>559</sup> RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014.

Do exposto, observa-se que, no âmbito da jurisdição constitucional, o *prospective overruling* tem sido aplicado pelo STF com alguma frequência, ainda que em caráter excepcional e sem que tenha havido uma análise dogmática absolutamente satisfatória da questão, desenvolvida à luz da moderna teoria dos precedentes judiciais e do sopesamento dos valores constitucionais envolvidos.<sup>560</sup>

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão atinente à modulação dos efeitos temporais das decisões revogadoras de precedentes ou de jurisprudência consolidada é mais incipiente e incomum do que em relação ao STF. São pouquíssimos os casos em que esse tema foi tratado, por vezes de forma explícita, por vezes, não. Por tal razão, naturalmente, não houve uma análise dogmática, criteriosa e abrangente sobre o assunto.

Emblemática foi a discussão abertamente travada pela 1ª Seção do STJ, em 2007, sobre este tema, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 738.689<sup>561</sup>, cujo mérito referia-se ao reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491/69.

Em seu voto-vista, o Ministro Herman Benjamin, após destacar a mudança outrora existente do entendimento consolidado no STJ sobre o direito ao creditamento do crédito-prêmio do IPI – que até 2004 era no sentido da subsistência do benefício<sup>562</sup> – propôs a

---

<sup>560</sup> Merece registro ainda o julgamento, sob o regime da repercussão geral, do RE 590.809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014. Nesse precedente, o STF firmou a tese do não cabimento de ação rescisória quando a decisão rescindenda, à época em que proferida, era no mesmo sentido da jurisprudência do STF naquele momento, a qual, posteriormente é modificada, em razão de uma mutação constitucional promovida pelo Pretório Excelso. Discutia-se, em outras palavras, acerca da aplicabilidade ou não da súmula 343 do STF (“*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”) em ação rescisória fundada em violação de regra constitucional, tendo a Corte chegado a uma resposta positiva. A mutação constitucional referiu-se à mudança do entendimento sobre a possibilidade do creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero, que antes era pacificamente admitida, mas depois, em 2007, passou a ser recusada pelo STF. O STF assentou, no RE 590.809, a tese geral de que a superveniente modificação da sua jurisprudência – não limitada apenas à questão do creditamento do IPI – não permite, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF.

<sup>561</sup> EREsp 738.689/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 22/10/2007.

<sup>562</sup> Neste sentido, havia farta jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do STJ, v.g.: AgA 422.627/DF, Min. Franciulli Netto, 2ª T., DJ de 23.09.2002; AgREsp 329.254/RS, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 18.02.2002; REsp 329.271/RS, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 08.10.2001; AgRg REsp 295.054/SC, Min. Franciulli Netto, 2ª T., DJ 29.03.2004; REsp 380.575/RS, Minª Eliana Calmon, 2ª T., DJ de 21.05.2002; REsp 416.954/RS, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 08.05.2002; REsp 331.141/SC, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ de 06.03.2002; EDclAgRgREsp 433.661/CE, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 02.12.2002; REsp 449.471/RS, Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., DJ 16.02.2004; AgRgREsp

modulação dos efeitos temporais da nova orientação adotada pela 1ª Turma, a partir do julgamento do RESP 591.708 (DJ de 09/08/2004), no sentido da extinção do crédito-prêmio do IPI em 1983 ou, quando muito, em 1990, em razão do disposto no art. 40, §1º, do ADCT. Para tanto, o Ministro Benjamim argumentou que

[...] também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica.

É que o reconhecimento da ‘sombra da juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

O Ministro Teori Zavascki, relator dos Embargos de Divergência em comento, apresentou voto-vista em que rechaçou a proposta de modulação temporal formulada pelo Ministro Herman Benjamim, no que foi acompanhado por todos os demais ministros presentes na sessão de julgamento<sup>563</sup>, com exceção do Ministro João Otávio de Noronha, que votou no sentido de acolhê-la.

O Ministro Zavascki, para rebater a proposta de modulação temporal do Ministro Benjamim, invocou três argumentos em seu voto-vista no EREsp 738.689: a) que, “*em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões de efeitos generalizantes, com eficácia expansiva, para além dos limites objetivos e subjetivos da causa*”; b) que a modulação das decisões do STF, quando autorizada, restringe-se aos casos em que há normas declaradas inconstitucionais; e c) que a modulação sugerida implicaria atuação do STJ como legislador positivo, porquanto a Corte estaria prorrogando a vigência de “*preceitos normativos reconhecidamente revogados*”.

---

529.323/RS, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 17.11.2003; AgRgResp 329.127, Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., DJ de 16.12.2002; REsp 315.813/RS, Minª Eliana Calmon, 2ª T., DJ 09.09.2002.

<sup>563</sup> A ementa deste acórdão foi assim lavrada:

TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT).

2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" das suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.

3. Embargos de divergência improvidos.

Esses argumentos, contudo, não se sustentam à luz da dogmática moderna e da jurisprudência em desenvolvimento no STF.

Quanto ao primeiro argumento (item *a*), já foi demonstrado que o recurso especial tem por escopo principal promover a preservação da ordem jurídica objetivamente considerada e zelar pela estabilidade e unidade do direito federal vigente. Ficou evidenciada a preponderância das funções nomofilática e paradigmática do apelo especial em relação à busca da justiça, o fortalecimento do papel atribuído à jurisprudência pelo legislador ordinário e, bem ainda, por via de consequência, a tendência de objetivação das decisões do STJ.

Por isso, na quadra atual, pode-se dizer equivocada a assertivamente que os precedentes do STJ não possuem eficácia expansiva ou que não produzem efeitos generalizantes.

Por seu turno, a segunda ponderação (item *b*) não resiste a uma singela análise da jurisprudência do STF, que, como visto, admite a possibilidade de modulação dos efeitos temporais de suas decisões não apenas no controle de constitucionalidade pelas vias concentrada e difusa, mas também nas hipóteses de mutações constitucionais, as quais retratam típicas hipóteses de reviravolta jurisprudencial.<sup>564</sup>

Por fim, quanto ao terceiro argumento (item *c*), relembre-se que texto normativo e norma não se confundem. As leis podem oferecer diversas possibilidades interpretativas. Uma vez definida a correta interpretação da lei para solucionar certa situação fático-jurídica controvertida, o precedente que a define cria direito novo, uma vez que dele emana uma ou mais regras judiciais que, tal como os atos legislativos, gozam dos atributos da abstração e da generalidade. A mudança do entendimento consubstanciado em um precedente implica, portanto, modificação da própria regra judicial – ainda que o texto normativo tenhasse mantido inalterado – e do próprio direito positivo, razão pela qual se justifica a aplicação do princípio da irretroatividade das leis também às reviravoltas jurisprudenciais, no intuito de realizar, concretamente, os princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé.

---

<sup>564</sup> Conforme esclarece Marinoni “*a técnica do prospective overruling tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade [...] quando se atribuem efeitos prospectivos a decisão que não é de inconstitucionalidade, importa apenas saber se há confiança justificada no precedente*”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 432-433.

Após a conclusão desse julgamento, as propostas de modulação temporal das decisões revogadoras de precedentes formuladas pelas partes foram de pronto rechaçadas pelo STJ, sem maiores reflexões ou novas discussões.<sup>565</sup>

Lado outro, as 5ª e 6ª Turmas do STJ, que compõem a 3ª Seção da Corte, cuidando de discussão em matéria processual penal, embora não tenham igualmente realizado uma abordagem da dogmática jurídica atinente à teoria dos precedentes, possuem julgados que expressamente conferiram efeitos prospectivos à nova orientação pretoriana referente ao termo *a quo* da contagem de prazo para interposição de recursos pelo Ministério Público.

Por ser bastante elucidativa, colaciona-se a ementa do *leading case*<sup>566</sup> da Corte sobre o assunto em tela, o *Habeas Corpus* 28.598, julgado em 2005, *verbis*

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS.

1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte.

2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o "ciente" lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial.

3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal.

4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente,

<sup>565</sup> Neste sentido, v.g.: AgRg no REsp 1089940/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009; AgRg nos EDcl no Ag 983.549/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; AgRg no REsp 1.353.699/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 07/03/2013; EDcl no REsp 1.234.881/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012; EDcl no AgRg nos EAREsp 93.820/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 26/06/2013; EDcl no REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 03/04/2014; AgRg no REsp 1431260/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014; AgRg no REsp 1332559/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014.

<sup>566</sup> HC 28.598/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 01/08/2005. No mesmo sentido v.g., HC 89.568/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 26/10/2009 e REsp 796.488/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008.

em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público.

5. Ordem denegada.

A decisão, a despeito de não trabalhar diretamente, do ponto de vista dogmático, a discussão sobre a possibilidade de modulação temporal das mudanças de entendimentos consolidados, revela-se indiscutivelmente acertada, em face dos princípios norteadores do *prospective overruling*, por vezes já mencionados: a segurança jurídica e a proteção da confiança.

Ulteriormente, esse entendimento foi aplicado em caso envolvendo o termo *a quo* da contagem de prazo processual civil, em ação coletiva movida pelo Ministério Público Federal.<sup>567</sup>

A toda evidência, a aplicação retroativa desse novo entendimento importaria uma repentina e inescapável quebra da legítima expectativa do Ministério Público, ancorada na crença de ter exercido a sua prerrogativa de recorrer no tempo e modo devidos.

O STJ, ao limitar a aplicação do novo entendimento do Plenário do STF no Habeas Corpus 83.255<sup>568</sup> – ao qual passou a aderir –, promoveu, a um só tempo, a tutela dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança depositados pelos órgãos do Ministério Público que se fiaram, ao interpor diversos recursos criminais, na sólida orientação firmada pela jurisprudência desses tribunais de vértice, e da segurança jurídica, visto que inúmeros recursos já interpostos, admitidos e até mesmo já julgados seriam declarados inadmitidos. As respectivas ações penais, absolutórias ou condenatórias, da noite para o dia, transitariam em julgado para a acusação, sem que o *Parquet* nada mais pudesse fazer para reverter essa situação.

---

<sup>567</sup>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO PARA RECORRER. 1. A jurisprudência consolidada no STF e no STJ, à época da interposição do recurso, era no sentido de que a intimação pessoal do Ministério Público ocorria com a aposição do "ciente" lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial, e não com a aferição da data da entrada do processo na secretaria (REsp 23.995/SP).2. Após o julgamento do HC 83.255-5, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 5 de novembro de 2003, firmou-se a compreensão de que o prazo começa a fluir, para o Ministério Público, a partir da data da entrada dos autos no Órgão.3. No caso, o Ministério Público Federal, em julho de 2001, tendo em vista a então sedimentada jurisprudência dos Tribunais Superiores, interpôs o recurso dentro do prazo legal.4. A mudança de entendimento implementada pela nova interpretação feita pelo STF e o STJ deve alcançar somente casos futuros, e não aqueles firmados durante a orientação anterior. Precedentes do STJ.5. Recurso Especial provido. (REsp 504.372/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 30/06/2010)

<sup>568</sup> HC 83255, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2003, DJ 12-03-2004.

Não há como negar que o novo entendimento do STF, encampado também pelo STJ, criou uma nova norma jurídica – destinada a regular o termo *a quo* da contagem dos prazos processuais para o Ministério Público – que tem efeito semelhante a uma modificação legislativa, como já salientado.<sup>569</sup>

A mudança da jurisprudência, *in casu*, assemelhou-se a uma sucessão de leis processuais no tempo sobre contagem de prazo para o Ministério Público e, por isso, a nova regra judicial há de ser aplicada de acordo com o clássico princípio processual *tempus regit actum*<sup>570</sup>, somente operando efeitos a partir da sua divulgação, ou seja, da publicação do acórdão do STF no Habeas Corpus 83.255, momento em que se forma a presunção de conhecimento da nova tese por parte dos membros do *Parquet*.

A tempestividade do recurso é pressuposto processual de admissibilidade que deve ser aferida conforme as regras vigentes na data de sua interposição, sob pena de evidente afronta à cláusula do *due process of law*.

Há, na jurisprudência do STJ, outro interessante caso de *prospective overruling*, digno de registro, envolvendo novamente matéria processual.

Existia, no âmbito das turmas do STJ, grande dissenso sobre a tempestividade ou não do recurso especial interposto antes da publicação do acórdão do tribunal de origem referente ao julgamento de embargos de declaração. Em outros termos, divergia a Corte acerca

---

<sup>569</sup> É curioso observar que o próprio STF, entretanto, não modulou os efeitos da sua decisão que firmou nova orientação, tendo, aliás, em julgados posteriores, aplicado-a retroativamente a recursos do Ministério Público interpostos antes da publicação do acórdão do HC 83.255, ocorrida em 12/03/2004. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. INTEMPESTIVIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. Restando comprovada a entrega dos autos ao Ministério Público estadual em 28.9.1999, impõe-se o reconhecimento da intempestividade do recurso especial por ele protocolizado em 3.12.1999, ainda que o "ciente" apostado pela Procuradoria-Geral de Justiça acerca do acórdão recorrido esteja datado de 24.11.1999. Precedentes (HC 83.255, rel. min. Marco Aurélio; AgR no RE 213.121, rel. min. Marco Aurélio, DJe de 6.3.2009; e AgR no AI 707.988, rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 19.9.2008). Conseqüente anulação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial interposto pela acusação. Ordem concedida para declarar o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como para declarar, de ofício, a prescrição da pretensão executória. (HC 94185, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009. No mesmo sentido: RE 213121 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009.

<sup>570</sup> Cf. Art. 2º do CPP, *verbis*: Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Cf. também Art. 14 do CPC/2015: Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

da necessidade da parte que interpôs o recurso especial ter que ratificá-lo após a publicação do acórdão *a quo* que julgou os embargos de declaração aviados pela outra parte, independentemente de terem-lhes sido atribuídos ou não efeitos modificativos.

A primeira corrente entendia ser tal formalidade – a ratificação do recurso especial – desnecessária, “um excesso de rigor formal”, que não se coadunaria com os objetivos do direito processual moderno e nem com o princípio da instrumentalidade das formas, sobretudo quando o julgamento dos embargos de declaração não modificava o acórdão embargado do tribunal de origem.<sup>571</sup> A segunda corrente, ao contrário, sustentava a necessidade da sua ratificação sob o argumento de que, antes do julgamento dos embargos de declaração pelo tribunal *a quo*, não teria havido o efetivo esgotamento das instâncias ordinárias, sendo prematura, ou intempestiva, a interposição do recurso especial.<sup>572</sup>

A questão foi finalmente dirimida pela Corte Especial do STJ, que uniformizou a jurisprudência do tribunal sobre o tema, com o julgamento, em 18/04/2007, do Recurso Especial 776.265<sup>573</sup>, tendo vingado, por maioria, a tese defendida pela segunda corrente.

Em 2010, a tese vencedora tornou-se objeto da súmula 418, verbis: “*É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação*”.<sup>574</sup>

Na ocasião do julgamento do Recurso Especial 776.265, não foi levantada e discutida a questão atinente à necessidade de modulação dos efeitos dessa orientação pacificadora, o que seria bastante desejável em razão da jurisprudência até então ser bastante

---

<sup>571</sup> A título de exemplo, considerando como desnecessária a ratificação das razões do recurso especial, colhem-se os seguintes arestos: AgRg nos EDcl no REsp 844.271/MG, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 14.12.2006; AgRg no Resp 441.016/RJ, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 02.10.2006; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 459.472/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 27.03.2006; AgRg no REsp 789.341/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 06.03.2006 e Resp 323.173/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 28.10.2002.

<sup>572</sup> Em sentido diametralmente oposto, defendendo a necessidade da ratificação do recurso especial, encontram-se, dentre outros, os seguintes julgados: Resp 862.881/DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 26.10.2006; AgRg no Ag 787.086/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 04.12.2006; AgRg no Ag 815.977/PA, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 26.02.2007; AgRg no Resp 826.151/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz; DJ de 13.11.2006, AgRg no Resp 677.095/PR, AgRg no Ag 707.261/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.02.2006 e Relator Ministro Castro Filho, DJ de 17.10.2005.

<sup>573</sup> REsp 776.265/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2007, DJ 06/08/2007.

<sup>574</sup> No segundo semestre de 2015, afastando-se do “formalismo processual desmesurado”, a Corte Especial do STJ estabeleceu que a única interpretação cabível para o enunciado dessa súmula “é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior”. Cf. REsp 1129215/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2015, DJe 03/11/2015.

oscilante, como reconheceu a própria corte. Apesar disso, na quase absoluta maioria dos recursos especiais posteriormente julgados, o STJ simplesmente aplicou a tese firmada no novo precedente, mesmo quando interpostos antes da consolidação dessa tese vencedora em 18/04/2007.<sup>575</sup>

O mais surpreendente é que, em diversos desses acórdãos, as turmas ou seções do STJ – em descompasso com as modernas teorias da interpretação, da compreensão da função de nomofilaquia interpretativa inerente aos tribunais superiores, do papel criativo da jurisdição – chegaram a propalar a natureza meramente declaratória dos seus julgados, afirmando que o posicionamento firmado no julgamento do Recurso Especial 776.265, “*apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei*”, justificando, em seguida, de forma expressa, a aplicação retroativa desse entendimento aos recursos interpostos antes mesmo da publicação do acórdão paradigma, que firmou o precedente sobre a questão.<sup>576</sup>

Nada obstante, na contramão da jurisprudência esmagadoramente dominante da Corte sobre o tema, colhem-se alguns poucos acórdãos em que, de forma expressa e irretocável, procedeu-se à modulação temporal dos efeitos da decisão prolatada no famigerado Recurso Especial 776.265. As ementas dos arestos bem retratam a posição adotada nesses casos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.RATIFICAÇÃO. DECISÃO DA CORTE ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EMPRESTAR-LHE EFEITOS RETROATIVOS.

1- A decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18/04/2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação.

2- No caso, o recurso especial da ora agravante foi interposto em 06 de outubro de 2006, quando ainda não havia se formado o entendimento da Corte Especial do STJ no sentido acima explicitado.

3- Agravo regimental provido.

<sup>575</sup> AgRg no Ag 956.792/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 05/03/2012; AgRg no AREsp 337.208/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 24/09/2013; AgRg no REsp 1137595/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 08/04/2010; AgRg no Ag 1120303/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 31/08/2009; AgRg no Ag 986.794/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008.

<sup>576</sup>Nesse sentido, cf. EREsp 963.374/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJe 01/09/2008; AgRg no Ag 1077822/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 25/03/2010; AgRg no Ag 1055856/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 12/04/2010.

(AgRg no Ag 827.293/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/11/2007)<sup>577</sup>

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA CONCEDIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. BENEFÍCIOS AUTÔNOMOS. ART. 74 DA LEI 8.213/91. NÃO-ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RECURSO ESPECIAL DA SEGURADA INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ. APLICAÇÃO. ESPECIAL PROTOCOLADO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. A pensão por morte é benefício autônomo, que será devida ao conjunto de dependentes do de cujus, em gozo ou não de aposentadoria, conforme dispõe o art. 74 da Lei 8.213/91.

2. Quanto à alegação de intempestividade do especial dos segurados, porque interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, é de ser ver que o recurso foi protocolado em 5/10/01, muito antes, portanto, da pacificação desta matéria pela Corte Especial (REsp 776.265/SC, DJ de 6/8/07).

3. Eventual aplicação retroativa desse entendimento acarretaria prejuízos aos jurisdicionados que, à época da prática do ato processual, encontravam o tema vacilante na jurisprudência. Precedentes.

4. Agravos regimentais improvidos.

(AgRg no REsp 671.912/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 25/08/2008).

Essas duas decisões, cujas ementas foram acima transcritas, mostram-se absolutamente corretas em face dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da irretroatividade, compreendida essa como irretroatividade normativa, ou do direito, e não da lei, conforme adrede explanado. Valem aqui, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações acima tecidas acerca das decisões proferidas sobre o termo inicial da contagem dos prazos para o Ministério Público, notadamente no que toca ao respeito e à concretização da garantia do devido processo legal.

Observa-se, porém, uma diferença entre as duas situações que merece registro. Não houve, nesse último caso, uma pura e simples revogação de uma tese e sua substituição por outra, típica hipótese de *overruling*, como sucedeu com a controvérsia atinente à contagem

---

<sup>577</sup> Interessante mencionar a decisão da 1ª Turma, tomada no AgRg no Ag 986.794/RS, (DJe 11/09/2008), em que o relator, Ministro Luiz Fux, referindo-se especificamente a esse julgado, deixou consignado, em *obiter dictum*, na ementa do acórdão, o seguinte: “A título de argumento *obiter dictum*, cumpre destacar, o entendimento perfilhado no julgamento do AgRg no Ag 827.293/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Relator p/ acórdão Ministro José Delgado, DJ de 22.11.2007, que conferiu “modulação temporal” ao decisum da Corte Especial (REsp 776265/SC), revela decisão isolada que, evidentemente, não espelha a hodierna jurisprudência desta Corte no sentido de que a aplicação da cognominada “modulação temporal” revela situação excepcional adstrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, com supedâneo no art. 27 da Lei 9.868/99. Precedentes da Corte: EREsp 675201/PR, Primeira Seção, DJ de 15/10/07 e EREsp 738.689/PR, Primeira Seção, DJ 22.10.2007”.

de prazo do Ministério Público. Essa última situação representa, na teoria dos precedentes proposta por Taruffo, no âmbito da dimensão estrutural, um caso de precedentes contraditórios, sendo possível, sem exagero, até mesmo cogitara ausência de precedente algum a ser seguido.<sup>578</sup>

A orientação firmada pela Corte Especial no Recurso Especial 776.265 – diversamente do exemplo anterior, em que havia uma jurisprudência há anos consolidada, no STF e no STJ, sobre o termo *a quo* da contagem de prazos para o *parquet* – uniformizou a interpretação de um texto normativo (o art. 105, III, da Constituição) até então bastante controvertido no STJ. Tratou-se de definir, dentre as duas opções até então viáveis, a “tese correta e definitiva” sobre uma controvérsia jurídico-processual relevante, atinente à interpretação de um pressuposto de admissibilidade do recurso especial, quer se analise a questão sob a ótica do esgotamento das instâncias ordinárias, quer sob o ângulo da tempestividade recursal, isto é, do início do prazo para a interposição do recurso especial.

Não houve, a rigor, a fixação de uma nova orientação, mas sim a definição da prevalência de uma dentre as duas teses existentes. O STJ unificou, no ponto, o direito, eliminando um estado de dúvida criado pelos seus próprios órgãos fracionários, que sustentavam entendimentos diversos, decorrendo daí todos os seus consectários, inclusive de orientação normativa futura para a própria Corte, para os demais tribunais e, em especial, para os jurisdicionados.

Pode-se vislumbrar, portanto – em casos como esse, de uniformização da jurisprudência –, uma situação de *overruling* parcial, em que um dos entendimentos possíveis – aplicáveis e até então aplicados por parte do tribunal – foi definitivamente superado. Nada obstante, também aqui a tese vencedora deve operar efeitos prospectivos, ao menos em relação aos recursos daqueles jurisdicionados que os interpuseram fiando-se na outra orientação existente dentro da própria Corte Superior.

Durante o período de incertezas que antecedeu ao julgamento do Recurso Especial 776.265, em que se vivenciou um quadro de “jurisprudência lotérica”<sup>579</sup>, decorrente

---

<sup>578</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffre Editore, Ano XLVIII – N. 2, junho. 1994, p. 424-425.

<sup>579</sup> A ideia de jurisprudência lotérica, explica Eduardo Cambi, se insere justamente nesse tipo de contexto: “isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, vol. 786, Abr/2001, p.111. O mesmo, naturalmente, pode ocorrer no âmbito dos tribunais: “É possível que cada órgão fracionado do Tribunal (Câmaras, Turmas, Grupo de Câmaras ou Seções) tenha uma resposta diferente para a mesma questão jurídica; ou seja, uma determinada lei pode ser interpretada de mais de um modo, o que torna concreta a possibilidade de alguém obter a tutela jurisdicional se

da notória divisão da jurisprudência do tribunal, por força dos mesmos imperativos de segurança jurídica e proteção da confiança, e ainda por decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, as turmas e seções do STJ deveriam, no julgamento dos recursos especiais já interpostos antes da uniformização da jurisprudência, admitir – no que toca a esse pressuposto – todos os recursos especiais ou, pelo menos, facultar a sua ratificação, quando não feita pela parte, abrindo, para tanto, prazo para o autor do apelo especial, sob pena de aniquilação sumária e inevitável do direito de recorrer.<sup>580</sup>

Em conclusão, cabe sublinhar que é papel dos tribunais adaptar o texto normativo à eterna evolução das atividades humanas, eis que, ordinariamente, os fatos novos os tocam antes de ferirem a atenção dos legisladores.<sup>581</sup> Mutável que é a realidade social, é compreensível que, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito também se altere, ainda quando o texto normativo permaneça o mesmo, sendo absolutamente natural, portanto, a evolução da jurisprudência através da revisão das teses jurídicas.<sup>582</sup>

A dinâmica da vida e dos fatos deixa transparecer a possibilidade da jurisprudência ser alterada, cabendo aos tribunais acompanhar a evolução da sociedade nos seus matizes econômicos, sociais, culturais, políticos.<sup>583</sup> Entretanto, máxime em um Estado Democrático de Direito, as pessoas não podem ser prejudicadas ou sancionadas “*justamente por haverem se norteado na bússola do Poder Judiciário*”.<sup>584</sup>

Firmada uma nova tese sobre determinado assunto, o tribunal superior deve aplicar a orientação anterior aos casos que venha a julgar, sempre que referentes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior.<sup>585</sup> Em outras palavras, “*a decisão do tribunal que implicar quebra de orientação jurisprudencial consolidada deve produzir efeitos ex nunc*”.<sup>586</sup>

---

*tiver a sorte de seu processo ser julgado por determinada câmara e, ao revés, não obtê-la se julgado por outra*”. Ibidem, p. 117.

<sup>580</sup> Os arts. 932, parágrafo único, e 933, *caput*, do CPC/2015 pregam essa solução.

<sup>581</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 99.

<sup>582</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 04.

<sup>583</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 95.

<sup>584</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 63.

<sup>585</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. op. cit., p. 95.

<sup>586</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. op. cit., p. 63.

## **CAPÍTULO IV - A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS NO REGIME DO CPC/2015**

### **4.1. A CONEXÃO ENTRE A LITIGIOSIDADE DE MASSA E A CRISE DE EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

O aumento exponencial do número de conflitos levados ao Poder Judiciário não é um fenômeno recente, inerente ao século XXI, e nem restrito ao Brasil.<sup>587</sup> Em todo o mundo ocidental, desde meados do século XX, a constatação do crescimento vertiginoso da judicialização dos conflitos, culminando em uma verdadeira explosão da litigiosidade, é fato notório que traz consigo diversas consequências no que toca ao acesso e funcionamento do aparato judiciário e à efetiva satisfação dos direitos vindicados em juízo.

Naturalmente, a preocupação dos Estados em desenvolver mecanismos judiciais e extrajudiciais de enfrentamento desse pernicioso fenômeno tornou-se uma constante. Como se verá, o processo civil, em particular, possui importantíssimo papel no adequado equacionamento da explosão da litigiosidade de massa.

O fenômeno da repetição nos tempos atuais, bem descrito por Ruy Zoch Rodrigues, imbrica-se com o estilo de vida verificado nas sociedades de massa, em que há inequívoca tendência de padronização tanto de modelos comportamentais quanto de fornecimento de bens e serviços. Em face da competitividade e da necessidade de adaptação às exigências do mercado, as empresas constantemente incorporam novas tecnologias desenvolvidas por seus concorrentes aos seus bens e serviços, tornando-os cada vez mais estandarizados. Os grandes conglomerados empresariais, por sua vez, estabelecem “códigos padronizados” em todas as suas relações, sejam elas internas, entre seus colaboradores, fornecedores e funcionários, ou externas, com o mercado consumidor em geral. A moda, a publicidade e o comércio progressivamente também impõem seus padrões à sociedade. A tendência de padronização é fomentada ainda pelo grande volume e enorme velocidade de propagação da informação, economicamente acessível à expressiva parcela da sociedade. A padronização, enfim, progressivamente dissemina-se por todos os lados, seja porque a

---

<sup>587</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 90-93.

urbanização reúne em espaços pequenos enormes contingentes de pessoas, potencializando a característica humana de assimilar padrões do grupo, seja porque a economia estimula a padronização para garantir os ganhos de escala.<sup>588</sup>

A padronização e a massificação da produção e do consumo, acontecimentos típicos do capitalismo contemporâneo, são uma das causas geradoras das causas repetitivas. A gradual ampliação do acesso à Justiça, especialmente após o advento da Constituição de 1988, é outro fator que também contribui decisivamente para a multiplicação desenfreada de litígios. Outrossim, a inevitável e necessária atuação do Poder Público nas atividades econômica e social, implementadas ou fiscalizadas por meio de atos legislativos e administrativos, concorre para a proliferação, muitas vezes sazonal, das demandas de massa.<sup>589</sup>

As causas repetitivas, demandas de massa ou ações seriais, em síntese, consubstanciam-se na multiplicação de ações que replicam litígios calcados em fundamentos fático-jurídicos substancialmente idênticos, solucionáveis unicamente a partir da interpretação da norma jurídica<sup>590</sup> e que, via de regra, não albergam pretensões jurídicas complexas e nem demandam profunda instrução probatória, mas que, ainda assim, desafiam o Judiciário em virtude do seu poder exponencial de replicação, colocando em xeque velhas estruturas e procedimentos.<sup>591</sup>

Essas ações seriais que, no âmbito privado, geralmente envolvem empresas de “intensa prática negocial repetitiva” e se fundam em discussões acerca da legalidade de

---

<sup>588</sup> RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146.

<sup>589</sup> A propósito do surgimento, geralmente sazonal, das demandas repetitivas envolvendo questionamentos judiciais a atos legislativos ou regulamentares expedidos pelo Poder Público, Vânia Cardoso André de Moraes tece as seguintes considerações: “*A Administração Pública é emissora de normas de conteúdo geral, pois estas regulam a conduta dos habitantes e representam, dentro da esfera de competência do ente estatal emissor, federal, estadual ou municipal, a exteriorização de uma vontade estatal. Esses atos administrativos podem ser considerados atos em massa, pois envolvem aplicação, por vezes automática, do mesmo dispositivo normativo a um amplo conjunto de pessoas. Nesse campo, quando a administração incorre em ilegalidade, multiplicam-se os litígios, dando origem a um fenômeno de processos idênticos que tende a asoberbar os tribunais. [...] A prática da atividade administrativa gera como efeito imediato o aparecimento de milhares de objeções, fazendo surgir pedidos reiterados de intervenção do Poder Judiciário, com o consequente acúmulo das ações repetitivas. São centenas, milhares de impugnações dos atos administrativos a abarrotar os tribunais*”. MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Séries Monografias do CEJ n. 14. Brasília: CJF, 2012, p. 155-156.

<sup>590</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abr. 2007, p. 14.

<sup>591</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. *Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de Informação Legislativa* a. 52, n. 208, out./dez. 2015, p. 190.

contratos de adesão idênticos, e, que, na esfera pública, retratam contendas sobre uma variada gama de relações jurídicas regidas por normas de natureza administrativa, tributária ou previdenciária, comumente travadas entre entes públicos e pessoas físicas e jurídicas de direito privado, nas palavras de Sidnei Agostinho Beneti, integram uma mesma “macrolide socioeconômica”, que finda por se desdobrar em centenas ou milhares de ações idênticas, fenômeno este diverso do verificado nas lides individuais clássicas.<sup>592</sup>

Essas macrolides, atesta Beneti, são caracterizadas pela nota da sazonalidade, pois, via de regra, decorrem de alterações legislativas ou de regulamentações governamentais e desfilam teses jurídicas “qualificadas pela mesmice”.<sup>593</sup> Por isso mesmo, afirma Ruy Zoch Rodrigues em relação aos litígios objeto das mais variadas demandas repetitivas, que, ordinariamente, sendo tudo muito igual na atualidade

[...]cada vez mais, a vivência do juiz e a notoriedade dos padrões de conduta da grande maioria dos litigantes indicam qual será a solução do caso muito antes do final do processo, pois à medida que as demandas reproduzem a vida social, as padronizações saltam para dentro dos processos propiciando a visão do litígio e de sua solução para além dos elementos de prova específicos que as partes trazem para os autos.<sup>594</sup>

Em razão da escassez de estatísticas oficiais referentes ao Poder Judiciário antes da instalação do Conselho Nacional de Justiça em 2005, o tema da litigiosidade repetitiva somente passou a ser estudado com rigor científico bastante recentemente.<sup>595</sup> Nada obstante, os números apurados pelo CNJ nos últimos dez anos, por meio do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário – SIESPJ, somados a outros levantamentos estatísticos mais antigos referentes ao volume de processos ingressados e em trâmite no STF, proporcionam a realização de um diagnóstico satisfatório do problema atinente à explosão da litigiosidade no país e permitem tirar importantes conclusões sobre os resultados obtidos por meio de medidas legislativas – especialmente de natureza processual – e administrativas adotadas pelo Estado brasileiro no enfrentamento desse nefasto fenômeno.

---

<sup>592</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, a. 34, n. 172, junho/2009, p. 10.

<sup>593</sup> *Idem*.

<sup>594</sup> RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

<sup>595</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

Os dados estatísticos extraídos do Relatório Justiça em Números 2015: ano-base 2014<sup>596</sup> revelam, com clareza solar, a impressionante explosão de litigiosidade vivenciada no país, representada, em boa medida, pela enxurrada de causas repetitivas ajuizadas diuturnamente perante a Justiça.

Segundo o relatório em comento, o Poder Judiciário iniciou o ano de 2014 com um estoque de 70,8 milhões de processos e terminou-o com um acervo de cerca de 71,2 milhões de feitos pendentes. Esse aumento deu-se porque o número de casos novos atingiu quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014, enquanto que o montante de feitos baixados, no mesmo período, foi de 28,5 milhões de processos, indicando um incremento de aproximadamente 400 mil processos, o que representa 0,5% no quantitativo total de ações pendentes. A taxa de congestionamento<sup>597</sup> do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, o que corresponde a um acréscimo de 0,8% em relação ao ano anterior. No período de 2009 a 2014, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados, o crescimento do número de casos novos foi de 17,2%, o que contribuiu para o acúmulo do estoque de processos.

Os órgãos da Justiça Comum, de primeiro e segundo graus, conjuntamente, acumularam a esmagadora maioria dos processos novos e pendentes em todo o Poder Judiciário.

Em 2014, somente a Justiça Estadual recebeu 70% dos casos novos, ou seja, 20.141.982 de processos, detendo quase 81% do total de ações pendentes no Poder Judiciário, ou seja, cerca de 57.206.736. No mesmo ano, a Justiça Federal acusou o recebimento de 4.052.021 feitos, o que corresponde a 14% do volume total distribuído no país, possuindo um estoque de 8.484.488 processos pendentes, o que perfaz um total de 12% das ações pendentes. A taxa de congestionamento nas Justiças Estadual e Federal foi, respectivamente, de 70% e 74%.

O Superior Tribunal de Justiça, órgão de sobreposição da Justiça Comum, começou o ano de 2014 com um estoque de 351.450 processos, quase 12% a mais que em 2013, mantendo, segundo o relatório em análise, a tendência de crescimento da série histórica. Nos tribunais superiores em geral, à exceção do STF, havia, em 2014, um acervo de 624.008 processos pendentes, o que corresponde a 0,9% do montante global existente no Poder

---

<sup>596</sup> JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 22 fev. 2016. O relatório Justiça em Números é regido pela Resolução CNJ 76/2009 e compõe o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário – SIESPJ, que é composto por todos os juízos e tribunais do país, exceto o STF.

<sup>597</sup> A Taxa de Congestionamento é um indicador que compara o que não foi baixado com o que tramitou durante o ano-base (soma dos casos novos e dos casos pendentes iniciais).

Judiciário, sendo a taxa de congestionamento de 59%. O número de casos novos foi de 578.844, o que representa 2% do volume total.

Por sua vez, infere-se que o STF encerrou o ano de 2015 com um inventário de 53.985 processos pendentes. Em 22/02/2016, menos de dois meses depois, o acervo total já houvera aumentado para 56.798, dos quais, entre processos físicos e virtuais, 15.137 são feitos de competência originária e 41.661, de competência recursal. Nesta mesma data, dentre as classes recursais, havia 26.419 Agravos em Recurso Extraordinário, 12.696 Recursos Extraordinários e 2.546 Agravos de Instrumento.<sup>598</sup> Em 04/05/2016, pouco mais de dois meses após a consulta anterior – e já sob a vigência do CPC/2015 – o acervo total de processos pendentes aumentou em quase 2.000 processos, atingindo o total de 58.534 feitos.<sup>599</sup>

Da série histórica de processos distribuídos ao STF a partir do ano de 1990<sup>600</sup>, observa-se, igualmente, um crescimento constante do número de feitos. A grande maioria dos processos envolve casos concretos, dos quais a maior parcela é composta por recursos extraordinários e agravos destinados ao seu destrancamento.

Após a efetiva implementação da sistemática da repercussão geral em 2007<sup>601</sup>, constatou-se uma queda considerável no registro de feitos distribuídos no STF. O ano de 2013 representou o ápice da queda. Nele, foram distribuídos 27.528 processos, sendo 3.805 recursos extraordinários, 1.034 agravos de instrumento e 17.057 agravos em recurso extraordinário. Contudo, já no ano seguinte, em 2014, foram distribuídos 57.799 processos, sendo 9.671 recursos extraordinários, 850 agravos de instrumento e 38.442 agravos em recurso extraordinário. 84,71% de todos os feitos distribuídos em 2014 eram de uma dessas três classes recursais, 15,29% dos processos correspondiam a todas as demais classes processuais, incluídas as de competência originária.<sup>602</sup>

<sup>598</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>> Acesso em: 22 fev. 2016.

<sup>599</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>> Acesso em: 4 mai. 2016.

<sup>600</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> Acesso em: 22 fev. 2016.

<sup>601</sup> O STF estabeleceu que o início da vigência da sistemática da repercussão geral deu-se em 03/05/2007, data da publicação da Emenda Regimental 21, que regulamentou a Lei 11.418/07, que, por sua vez, disciplinou o §3º do art. 102 da Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional 45/05. Cf. AI 664567 QO, Relator(a): Min. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007.

<sup>602</sup> Cabe registrar os dados estatísticos, referentes a alguns anos, extraídos das informações constantes da aludida série histórica de processos distribuídos no STF, desde 1990: a) 1990 = 16.226, sendo 2.465 agravos de instrumento e 10.780 recursos extraordinários (essas classes corresponderam a 81,63% e as outras a 18,37%); b) 2003 = 109.965 (primeira vez acima de 100.000), dos quais 62.519 foram agravos de instrumento e 44.478 foram recursos extraordinários (97,3% dessas classes e 2,7% outras classes); c)

No que concerne à repercussão geral, extrai-se da página eletrônica do STF<sup>603</sup> que, entre o segundo semestre de 2007 e o final de 2015, 595 temas tiveram repercussão geral reconhecida (68,31%); 274 tiveram-na negada (31,46%) e 2 (0,23%) estavam em análise. 329 recursos com repercussão geral reconhecida tiveram o mérito apreciado (55,95%), ao passo que 259 (44,05%) ainda estão aguardando julgamento. No mesmo período, foram devolvidos às instâncias inferiores, com base na sistemática do art. 543-B do CPC/1973, 120.075 processos.

Ao longo de 2015, o STF, segundo notícia veiculada em seu sítio eletrônico<sup>604</sup>, julgou 44 recursos extraordinários com repercussão geral. Somente em razão do julgamento do RE 592.377, no qual se discutiu a constitucionalidade do art. 5º da MP 2.170/2001, que permitiu a capitalização mensal dos juros com periodicidade inferior a um ano, a decisão da Corte implicou a solução de, pelo menos, 13.500 processos sobrestados na origem. No RE 606.358, a decisão do STF, que assentou que os valores pagos aos servidores públicos antes da entrada em vigor da EC 41/03 a título de vantagens pessoais também se submetem ao teto constitucional, solucionou mais de 2.000 casos suspensos na origem.

Conforme se observa, o gradual aumento dos processos ajuizados nas instâncias ordinárias da Justiça Comum, especialmente nos últimos 20 anos, não passou incólume pelos Tribunais Superiores, tendo afetado diretamente seu funcionamento e a celeridade no julgamento dos feitos de sua alçada.

O problema, entretanto, é bastante mais antigo. Desde as primeiras décadas do século XX, operadores do direito já externavam preocupação com o congestionamento do STF e debatiam soluções para esse grave problema, que fora então denominado de crise do Supremo Tribunal Federal.

Sob a alcunha de crise do STF, no escólio do ex-ministro Alfredo Buzaid, compreendia-se “*o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por*

---

2006 = 116.216 (ápice), dos quais 56.141 foram agravos de instrumento e 54.575 foram recursos extraordinários (95,27% foram dessas classes e 4,73%, de outras classes); 2008 = 66.873 (início da queda), dos quais 37.784 foram agravos de instrumento e 21.531 foram recursos extraordinários; d) 2013 = 27.528 (ápice da queda), sendo 3.805 recursos extraordinários, 1.034 agravos de instrumento e 17.057 agravos em recursos extraordinário; e) 2014 = 57.799 (aumento vertiginoso em relação ao ano anterior), dos quais 9.671 foram recursos extraordinários, 850 foram agravos de instrumento e 38.442 foram agravos em recursos extraordinário (84,71% dessas classes – outras classes 15,29%). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> acesso em: 22 fev. 2016.

<sup>603</sup><<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>, última atualização em: 12 jan. 2016. Acesso em: 22 fev. 2016.

<sup>604</sup><<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307810>>, acesso em: 22 fev. 2016.

*êle proferidos; sendo a entrada daquêles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, [...] resultando daí o congestionamento”*.<sup>605</sup>

Aliomar Baleeiro, outro ex-ministro do STF entre 1965 e 1975, lembrava que o também ex-ministro Guimarães Natal, em conferência proferida em 1913, no Instituto dos Advogados, já expressava sua preocupação com o assombroso crescimento, ano após ano, do número de feitos que aportavam, em grau de recurso, ao STF.<sup>606</sup>

Em 1931, quando o número de processos que adentravam no STF não atingia o montante de 200 por ano, a existência da crise já houvera sido percebida pelo Governo<sup>607</sup>, que tentou equacioná-la, porquanto a própria Corte já não conseguia mais dar vazão à pauta de julgamentos. O Decreto 20.699<sup>608</sup>, de 23 de novembro de 1931, determinou que o STF realizasse três ou quatro sessões semanais “*enquanto não esgotar a pauta das causas com dia*”. A medida, naturalmente, foi malsucedida, não tendo o STF conseguido esgotá-la em face do incessante crescimento do volume de processos. As estatísticas demonstram que, a partir de 1934, começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943.<sup>609 610</sup>

Aliomar Baleeiro afiançara que os recursos extraordinários foram a causa principal da profusão de feitos no STF: nos 60 primeiros anos de funcionamento da Corte, até

<sup>605</sup> BUZOID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355>> Acesso em: 24 fev. 2016, p. 346.

<sup>606</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 122.

<sup>607</sup> BUZOID, Alfredo. op. cit. p. 346.

<sup>608</sup> Decreto 20.699/31. Art. 1º O Supremo Tribunal Federal realizará, enquanto não esgotar a pauta das causas com dia, quatro sessões semanais, de 1º de abril a 30 de novembro, e três de 1º de dezembro a 31 de janeiro, data em que começam as férias.

<sup>609</sup> Idem.

<sup>610</sup> Esse quadro de crise do STF e as suas consequências perniciosas para a Justiça foram objeto, ainda em 1960, de lúcidas ponderações de Alfredo Buzaid, que, então, já pregava a reforma da Constituição, a fim de reduzir as atribuições daquele Sodalício: “*O acúmulo de tantas atribuições torna difícil o funcionamento do Supremo Tribunal. Quando falamos em funcionamento, pensamos em normalidade do trabalho, realizado sem atropelo, sem sacrifícios pessoais, sem o sestro da produção em quantidade; pensamos em acórdãos, que reflitam tendências definidas da evolução da jurisprudência, servindo como fontes de doutrina pela sabedoria dos seus conceitos e não como meros resultados de oscilações determinadas pelos votos dos relatores, acompanhados pelos demais ministros, em julgamentos que revelam insegurança de orientação. Para que o Supremo possa exercer eficazmente as suas atribuições, é indispensável, pois, reformar a Constituição*”. BUZOID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355>> Acesso em: 24 fev. 2016, p. 371.

1950, não chegavam a 17.000, já no fim de 1965, o número total já excedia 60.000, ou seja, em 15 anos entraram recursos em volume quase igual ao quádruplo dos primeiros 60 anos.<sup>611</sup>

Daí porque a “crise do STF”, segundo José Carlos Moreira Alves, outro ilustre ex-ministro da Corte, foi uma crise do recurso extraordinário, – decorrente da multiplicidade de recursos que aportavam anualmente no Tribunal, “*numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica*”, à qual o ex-ministro houvera conferido a alcunha de “*crise da boa e rápida aplicação da Constituição da República aos diversos setores do país*”.<sup>612</sup>

Nesse cenário desolador de congestionamento crônico, já bastante bem delineado na década de 1960, com todas as suas deletérias consequências para o desenvolvimento regular e eficiente das suas atividades jurisdicionais, o STF, ante sua confessada impossibilidade de superar a crise, adotou uma inusitada e polêmica medida com o objetivo de tentar “livrar-se” de processos há décadas aguardando julgamento, muitos dos quais remanescentes do Tribunal do Império. A propósito, Aliomar Baleeiro registra que

[...] de há muito anos se vinham empilhando, nos armários de aço, feitos que não logravam julgamento pela absoluta impossibilidade de distender-se ainda mais a capacidade potencial da Corte para o volume crescente de apelos. Alguns datavam do século passado e vinham até do extinto Tribunal do Império. Já estavam mortos os litigantes e, pela inflação crônica, que se tornara aguda a partir da Segunda Grande Guerra, os valores das causas, na maior parte dos casos, sofreram erosão, que os reduziu a perto de zero. O Supremo Tribunal Federal adotou uma providência drástica e realística, que tem angariado acerbas críticas dos advogados, alguns dos quais já puseram em dúvida a legalidade da iniciativa. Refiro-me à emenda, que acrescentou ao Regimento Interno o art. 309-A, em 29 de maio de 1964, pelo qual se recursos extraordinários, agravos de instrumento e embargos se acharem paralisados há mais de 10 anos, publicar-se-ão editais, duas vezes, e se, após 90 dias, as partes não manifestarem interesse no feito, este será apresentado pelo Relator em mesa, para respectivo arquivamento. Raramente, os litigantes têm pedido o andamento desses recursos velhos, alguns dos quais com 20, 30 e 50 anos, e, às vezes, mais.<sup>613</sup>

José Afonso da Silva, em 1963, já pregava que a solução para a “crise do recurso extraordinário” passaria “*por uma reforma constitucional, no capítulo do Poder Judiciário Federal, com o fim de redistribuir competências e atribuições dos órgãos judiciários da União*”<sup>614</sup>, propondo, em seguida, a criação de um novo órgão judicial de cúpula, o “Tribunal

<sup>611</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 123.

<sup>612</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 05, n. 18, jan./mar. 1997, p. 269.

<sup>613</sup> BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 124.

<sup>614</sup> SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 454.

Superior de Justiça” – nomenclatura sugerida a fim de manter a unidade terminológica relativamente aos já existentes Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral – “*para compor as estruturas judiciárias do Direito Comum, do Direito Fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito pena militar*”, atribuições até então a cargo do STF.<sup>615</sup>

Moreira Alves lembrara ainda que, gradualmente, foram adotadas uma série de providências de natureza legislativa e também decorrente de construções jurisprudenciais para que o Pretório Excelso não sucumbisse “*diante da avalanche de recursos e processos, muitos dos quais diziam respeito a questões de pouco valor em face dos magnos problemas constitucionais da federação*”, permitindo-lhe atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação.<sup>616</sup>

Dentre essas construções jurisprudências, diante do estrondoso quantitativo de recursos que eram constantemente despejados no STF, em especial a partir da década de 1960, a Corte adotou diversos posicionamentos bastante formalistas com o escopo de obstaculizar o conhecimento de recursos extraordinários e dos respectivos agravos de instrumento, dando ensejo à criação da chamada “jurisprudência defensiva”, cujos reiterados julgados, muitas vezes, resultaram na edição de enunciados de súmula<sup>617</sup>, dentre os quais os de número 281, 282, 283, 284, 285, 287, 288, 291, 356, 369 e 400.

Essas medidas adotadas antes e depois do advento da Carta de 1988 não surtiram o efeito desejado. Nem mesmo a criação do STJ pela Constituição de 1988, tal qual sugerida por José Afonso da Silva, logrou abrandar a famigerada crise do STF, como se deduz dos dados estatísticos colhidos a partir de 1990 no sítio eletrônico da Corte. A explosão da litigiosidade permaneceu em alta, reverberando pelo Poder Judiciário como um todo, inclusive no âmbito dos tribunais de cúpula do país.

O mesmo mal que acometeu o STF assolou rapidamente o STJ. Em 1999, há apenas dez anos depois do início das atividades do novo tribunal superior, Arruda Alvim já falava em “crise do STJ” e pregava a necessidade de instituição de filtros processuais de acesso à Corte, como a arguição de relevância, destinada a enfrentá-la, de maneira a propiciar a criação

---

<sup>615</sup> SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

<sup>616</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 05, n. 18, jan./mar. 1997, p. 269-270.

<sup>617</sup> FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. *Revista de Processo*, a. 35, n. 181, mar. 2010, p. 19.

de “condições próximas das ideais” para o alto desempenho de suas funções, cujas decisões deveriam “*ser sempre modelos e paradigmas para a nação*”.<sup>618 619</sup>

Nesse cenário, não surpreende que o STJ não tenha demorado a estabelecer a sua própria “jurisprudência defensiva”, sedimentada, por exemplo, nos enunciados das súmulas 13, 83, 115, 126, 187, 203, 207, 211, 233, 320 e 418.

Noutro giro, em obra resultante do trabalho realizado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP – selecionada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ com o objetivo de promover um “*diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*” – os pesquisadores chegaram a interessantes conclusões sobre as causas do aumento da litigiosidade e da morosidade no Poder Judiciário brasileiro.

Algumas dessas causas são externas, ou exógenas, não estando sob o controle do Poder Judiciário, enquanto outras são internas, ou endógenas, relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ocorrendo após o ingresso das ações na Justiça. As conclusões finais gerais do trabalho foram assim resumidas:

[...] fora do Judiciário, as causas estão relacionadas às regulações administrativas e legislativas, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias), aos marcos institucionais, às questões socioeconômicas, às práticas de gestão empresarial, dentre outras. Dentro do Judiciário, as causas, por sua vez, estão relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformidade das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária, condutas das partes, dentre outras. As causas podem ser esporádicas, sazonais ou permanentes, e uma causa interna pode repercutir sobre uma causa externa, e vice-versa. Essas causas interagem entre si em um trajeto que pode culminar na judicialização dos conflitos. Tal trajeto é dinâmico, seu tempo é variável e envolve diferentes atores, que variam de acordo com o perfil dos casos e interesses envolvidos.<sup>620</sup>

---

<sup>618</sup> ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, a. 24, n. 96, out./dez. 1999, p. 44.

<sup>619</sup> De modo semelhante, Bruno Dantas observa que “*a triste realidade, porém, é que a criação do STJ definitivamente não resolveu a crise do recurso extraordinário. As estatísticas [...] revelam que, se antes tínhamos apenas um tribunal estorvado pelo volume de processos, agora temos dois sofrendo do mesmo mal.*” DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58. E mais adiante conclui: “[...] em vez de um tribunal em crise (o STF), temos agora dois (também o STJ)!”. *Ibidem*, p. 95.

<sup>620</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DIREITO GV. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. Daniela Monteiro Gabbay; Luciana Gross Cunha (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

Delineado o quadro histórico da celeuma atinente ao contínuo e irreversível aumento da judicialização dos conflitos no país e apontadas as principais causas da litigiosidade de massa na atualidade, cumpre então destacar os seus principais efeitos.

O fenômeno crescente da litigiosidade repetitiva conduziu à “formação” de dois perfis bastante diferentes de contendedores: de um lado, os litigantes habituais, de outro, os eventuais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, partindo de anteriores estudos de Marc Galanter, distinguem os litigantes em eventuais e habituais, de acordo com a frequência de encontros com o sistema judicial. Os primeiros são indivíduos que têm contatos esporádicos com o sistema judicial, ao passo que os segundos, também chamados de “litigantes organizacionais”, são entidades desenvolvidas e com intensa experiência judicial, que, por isso, gozam de diversas vantagens em relação aos litigantes eventuais, dentre as quais: a) possibilidade de melhor planejamento do litígio em razão da maior experiência com o direito; b) economia de escala, porque tem mais casos; c) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros das instâncias decisórias; d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e e) possibilidade de testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.<sup>621</sup>

Em razão dessas vantagens, os litigantes habituais tendem a ser mais eficientes que os eventuais<sup>622</sup>, o que pode trazer desequilíbrio jurídico-processual entre os contendedores e, por conseguinte, redundar, no plano material, em injustiças na solução das controvérsias.

O Relatório *100 maiores litigantes*<sup>623</sup>, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça em 2011, deixa claro quem são os principais litigantes habituais do país.

Somente o “setor público federal” e os bancos representam cerca de 76% do total de processos envolvendo os 100 maiores litigantes do país perante o Poder Judiciário como um todo, atingindo a expressiva marca de 96% na Justiça Federal. Na Justiça Estadual, os bancos são partes em 54% do volume total de processos envolvendo os 100 maiores litigantes, enquanto que o “setor público estadual”, o “setor público municipal” e as empresas de telefonia são partes, respectivamente, em 14%, 10% e 10% desse montante. O INSS é o maior contendor

---

<sup>621</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução por: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 25.

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 25-26.

<sup>623</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores Litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> acesso em: 22 fev. 2016.

do Brasil, respondendo sozinho por 22,33% dos feitos envolvendo os 100 maiores litigantes, sendo a Caixa Econômica Federal a segunda maior “usuária” do Poder Judiciário com 8,5% desse montante.

Além de potencializar o surgimento desses dois nítidos perfis de litigantes, que tende a favorecer os *repeated players*, o fenômeno das demandas de massa causa outros diversos efeitos nocivos para o Estado, para o Poder Judiciário e para a sociedade.

A existência de milhares de processos repetitivos, substancialmente iguais, provoca desperdício de tempo, dinheiro e de mão de obra qualificada para dar-lhes solução, contribuindo ainda, de forma significativa, para a morosidade do Judiciário e para a violação do princípio da igualdade.<sup>624</sup>

Além de tomar-lhe tempo e dinheiro, as ações repetitivas baralham sobremaneira a boa administração da Justiça, retirando a racionalidade da forma de operação de todo o sistema judiciário, que muitas vezes, torna praticamente mecânica a atuação das partes e dos magistrados, pois “*quando ações idênticas começam a se repetir, as sentenças passam a ser reproduzidas, com o auxílio do computador, na mesma proporção em que as petições iniciais e as contestações têm alterado apenas os dados relativos às partes*”.<sup>625</sup> Luciano Felício Fuck, como exemplo concreto da irracionalidade do sistema, consigna que o STF chegou a decidir uma mesma questão jurídica, relacionada ao FGTS, por aproximadamente 60.000 vezes.<sup>626</sup>

Ainda no que toca à morosidade judicial, conforme salienta Vânia Cardoso André de Moraes, as causas repetitivas vão de encontro ao princípio da razoável duração do processo, afetando “*diretamente a medula do Poder Judiciário, retirando-lhe a eficiência na prestação jurisdicional, o que, no plano internacional, tem sido considerado uma violação dos Direitos Humanos pela Corte Europeia dos Direitos Humanos*”.<sup>627</sup>

Além disso, a pulverização das infindáveis ações repetitivas individuais e dos respectivos recursos em incontáveis juízos e tribunais das instâncias ordinárias espalhados por um país de dimensão continental, muitas vezes alavancada pela dispersão geográfica dos

---

<sup>624</sup> SOUZA, Artur César. *Resolução de demandas repetitivas: comunicação de demanda individual, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 100.

<sup>625</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abr. 2007, p. 14.

<sup>626</sup> FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. *Revista de Processo*, a. 35, n. 181, mar. 2010, p. 21.

<sup>627</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Séries Monografias do CEJ n. 14. Brasília: CJF, 2012, p. 160.

titulares dos direitos supostamente lesados, tem o condão de provocar o surgimento de inúmeras decisões e acórdãos em sentidos antagônicos, na medida em que variadas interpretações podem ser construídas para disciplinar a solução da mesma relação fático-jurídica, espezinhando-se, no plano material, o princípio da igualdade de todos perante a lei.

É evidente que o tratamento judicial anti-isonômico é algo indesejável em qualquer contexto. Porém, pondera Bruno Dantas, quando o Poder Judiciário, diante de casos idênticos repetitivos, vacila na aplicação da lei, a agressão ao princípio da igualdade é qualificada.<sup>628</sup>

Repugna ao senso comum deparar-se, cotidianamente, com situações nas quais “*determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido, ainda mais quando se trata de demandas de massa, em que a situação dos interessados revela-se absolutamente idêntica*”.<sup>629</sup>

Além disso, ainda no que concerne à concretização do princípio da igualdade, as demandas de massa podem causar situações de injustiça face as potenciais vantagens de que gozam os litigantes habituais em face dos contendores eventuais, anteriormente destacadas.

A jurisprudência defensiva construída pelo STF e pelo STJ é, outrossim, relevante fator de criação de situações concretas anti-isonômicas e, portanto, fonte de constantes injustiças. Ante o excessivo rigor formal na análise dos pressupostos de admissibilidade recursais, era comum que esses tribunais dessem provimento a alguns recursos e não conhecessem de vários outros que versavam sobre a mesma controvérsia. Como consequência disso, enquanto algumas partes recebiam a prestação postulada, outras tantas, em igual situação jurídico-material, sequer tinham o mérito de seus recursos apreciados, gerando decisões definitivas de mérito em sentido diametralmente opostos para pessoas que se encontravam em posições jurídicas substancialmente idênticas.<sup>630</sup>

Além do mais, acusa Teresa Arruda Alvim Wambier, a excessiva dispersão jurisprudencial “*desacredita o Poder Judiciário e decepciona os jurisdicionados. É um mal para a sociedade*”.<sup>631</sup> Esse mesmo descrédito em relação ao Poder Judiciário decorre da

---

<sup>628</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>629</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, p. 144.

<sup>630</sup> CARVALHO FILHO, José S. Repercussão Geral: *Balanços e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 59.

<sup>631</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 40.

percepção da própria população quanto à morosidade da prestação jurisdicional e de outros aspectos, conforme atesta o Índice de confiança da Justiça – ICJBrasil.<sup>632</sup>

Aliás, uma das conclusões específicas a que chegou o referido estudo da Direito GV sobre litigância de massa foi de que a usual demora dos tribunais superiores em julgar os recursos versando sobre causas repetitivas reflete diretamente no aumento da litigiosidade e da morosidade processual não só nas instâncias judiciais, mas também administrativas, porquanto verificada uma tendência de ambas se posicionarem apenas depois de uma resposta definitiva da cúpula do Judiciário.<sup>633</sup>

A propósito, valendo-se de estudos fundados em levantamentos estatísticos que apurou acerca do número de processos sobrestados em alguns tribunais de justiça e regionais federais do país aguardando a definição da tese jurídica pelo STF e pelo STJ, Artur César de Souza assevera que as técnicas de resolução de demandas repetitivas forjadas pelo CPC/1973 não produziram os efeitos almejados em razão da demora desses tribunais de vértice no julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral.<sup>634</sup> Há recursos extraordinários, com repercussão geral reconhecida no último bimestre de 2007, que não foram julgados até fevereiro de 2016.<sup>635</sup>

---

<sup>632</sup> O Relatório ICJBrasil *1º TRIMESTRE / 2014 – 4º TRIMESTRE / 2014*: ANO 06, produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, que retrata o Índice de confiança da Justiça – ICJBrasil, indica uma contínua tendência de má avaliação do Judiciário como prestador de serviço público. Referido relatório atesta que “*de maneira geral, os entrevistados consideram que o Judiciário presta um serviço público lento, caro e difícil de utilizar. Para 88% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 77% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 67% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar*”. Em comparação com outras instituições, atesta o relatório, “*o resultado não foi muito positivo, uma vez que o Judiciário foi considerado uma das instituições menos confiáveis, ficando à frente apenas de 3 entre 11 instituições pesquisadas. São elas: os Partidos Políticos, o Congresso Nacional e o Governo Federal. De acordo com os entrevistados, o Judiciário foi considerado uma instituição menos confiável do que as Emissoras de TV, a Polícia, as Grandes Empresas, a Imprensa Escrita, o Ministério Público, a Igreja Católica e as Forças Armadas*”. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>>. Acesso em 1 mar. 2016.

<sup>633</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DIREITO GV (São Paulo). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. Daniela Monteiro Gabbay; Luciana Gross Cunha (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

<sup>634</sup> SOUZA, Artur César. *Resolução de demandas repetitivas: comunicação de demanda individual, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 27.

<sup>635</sup> Nesse sentido, cf.: RE 565089 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 13/12/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008, em que se discute a existência, ou não, de direito de servidores públicos a indenização em virtude da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos seus vencimentos, prevista no art. 37, X, da Constituição; e RE 565160 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008, que versa sobre o alcance da expressão “folha de salários”, prevista no art. 195, I, da Carta da República, para fins de incidência de contribuição previdenciária patronal.

Sidnei Agostinho Beneti sintetiza os resultados das mazelas inerentes às demandas repetitivas. Afiança o ex-ministro do STJ que

[...] a demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação do número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. [...] Talvez mais nociva que a morosidade e a perda de qualidade jurisdicional, contudo, seja a dispersão jurisprudencial decorrente do julgamento individualístico dessas macrolides. Essa dispersão gera perplexidade nos participantes dos negócios, incompreensão pública das coisas da justiça e incentivo ao comportamento de má-fé, dada a possibilidade de sustentação das mais variadas teses jurídicas em juízo em cada caso. O descrédito do Poder Judiciário, em decorrência, é evidente.<sup>636</sup>

O apanhado histórico-estatístico-jurídico acima esboçado bem exprime o preocupante diagnóstico de crise de todo o Poder Judiciário brasileiro – e não apenas do STF e do STJ – e suas nefastas consequências para o sistema de justiça do país. Esse cenário de crise conduz a que o Poder Judiciário seja cada vez mais questionado em relação ao seu papel na sociedade e quanto à sua baixa capacidade de resposta diante do crescimento exponencial das demandas repetitivas.<sup>637</sup>

Particularmente em relação ao papel dos tribunais de vértice, transparece a imprescindibilidade de que o STF e o STJ desempenhem, dentro de um prazo razoável, em sua plenitude, a função nomofilática que lhes reserva a Constituição, conferindo unidade de sentido normativo ao texto constitucional e às leis federais por meio da edição de precedentes vinculantes. O exercício responsável da nomofilaquia por essas Cortes Supremas, no tempo e modo adequados, é, pois, absolutamente crucial para a concretização de valores centrais do Estado de Direito, como a igualdade, a legalidade e a segurança jurídica.

Contudo, bem vistas as coisas, a crise em tela não é apenas do Poder Judiciário, mas do próprio Estado brasileiro, pois algumas de suas causas, conforme constatado, são exógenas, não imputáveis aos juízes e tribunais do país. Os Poderes instituídos têm se mostrado incapazes de enfrentar, por meio de medidas legislativas, regulamentares e gerenciais adequadas, as principais causas da crise e de oferecer soluções satisfatórias para os problemas dela decorrentes, principalmente aqueles relacionados à morosidade judicial, a dispersão

---

<sup>636</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, a. 34, n. 172, jun. 2009, p. 11-12.

<sup>637</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DIREITO GV. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. Daniela Monteiro Gabbay; Luciana Gross Cunha (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

jurisprudencial e à falta de efetividade da tutela jurisdicional, fomentados e maximizados sobretudo pelos litígios repetitivos.

O Código de Processo Civil de 2015, como se verá, procurou melhor equacionar esses três problemas, tendo dedicado especial atenção ao tratamento das causas repetitivas e à valorização da função nomofilática e paradigmática dos tribunais superiores, preocupação, aliás, externada desde a elaboração do seu anteprojeto pela Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal em 2010.<sup>638</sup>

#### 4.2. O PAPEL DO PROCESSO CIVIL DIANTE DA LITIGÂNCIA REPETITIVA

A ciência processual, ao longo de sua gradativa evolução, experimentou três fases nitidamente distintas: o imanentismo, o abstrativismo e o instrumentalismo, cada qual alicerçada em seus próprios fundamentos jusfilosóficos, que repercutiram, de forma diferente, em diversas áreas do processo, como, por exemplo, no campo das teorias das nulidades, das provas e dos recursos.

Até meados do século XIX, a ação estava completamente imbricada com o direito subjetivo pleiteado. Ambos confundiam-se. O “direito de ação” decorria da titularidade do direito material, daí o seu caráter imanentista ou sincretista. O direito processual inexistia como ciência.<sup>639</sup> Na Europa continental, a doutrina da época ainda recorria, com ligeiras

---

<sup>638</sup> Confira-se o seguinte excerto da exposição de motivos do anteprojeto: “*Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema*”. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 17.

<sup>639</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32-33.

variações, a conceituações romanistas sobre o direito de ação, como a de Celso que pregava que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido”.<sup>640</sup>

Na segunda metade do século XIX, a partir da emblemática polêmica travada na Alemanha entre os professores Bernhard Windscheid e Theodor Muther a respeito da *actio* romana, foi concebida a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado, ensejando, assim, o surgimento do conceito moderno de ação. Por sua vez, em 1868, também na Alemanha, Oscar Büllow demonstrou a distinção entre a relação jurídico-processual e a relação jurídico-material. Esses são considerados os dois grandes marcos do desenvolvimento da ciência processual, representando a transição do imanentismo jurídico para a fase da postura autonomista do processo, quando, então, foram elaboradas as grandes teorias sobre a jurisdição, a ação, a defesa e o processo.<sup>641</sup>

A fase abstrativista, ou da autonomia processual, deixou como seu maior legado justamente o reconhecimento do caráter científico do direito processual. Contudo, adverte Danilo Knijnik, o abstrativismo também produziu resultados negativos, dentre os quais o acirramento do formalismo, o empobrecimento da função do juiz, a exacerbação da importância do procedimento em detrimento do direito material e a proteção excessiva da segurança jurídica, com o predomínio da tutela condenatória.<sup>642</sup>

A relação entre o direito e o processo, como se percebe, moveu-se do estágio da absoluta identidade entre ambos até atingir uma desmedida desvinculação entre eles. Coube às concepções instrumentalistas do processo promover a reaproximação entre os direitos material e processual.

A instrumentalidade do direito processual demanda que os seus institutos sejam forjados de acordo com as necessidades do direito material.<sup>643</sup> Por isso, as técnicas processuais, na acepção instrumentalista, devem ser idealizadas e construídas a partir das características da crise do direito material constatada, de sorte que o modelo de processo, para ser adequado e efetivo quanto ao seu objetivo de solucionar controvérsias, há necessariamente de tomar em conta a natureza da relação de direito material.<sup>644</sup>

---

<sup>640</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159-160.

<sup>641</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33-34.

<sup>642</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

<sup>643</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 23.

<sup>644</sup> *Ibidem*, p. 25.

Incumbe à ciência processual moldar instrumentos adequados às necessidades e peculiaridades dos direitos materiais, criando técnicas aptas a solucionar a gama enorme de novos conflitos com características e consequências inconcebíveis até poucas décadas atrás.

Nesse contexto, a perene massificação e globalização das relações humanas e comerciais, dentro de um contingente populacional mundial de mais de seis bilhões de pessoas, exigem que o direito processual civil esteja preparado para enfrentar o fenômeno da litigância repetitiva<sup>645</sup>, que atualmente representa um dilema da processualística mundial.<sup>646</sup> O processo justo não pode ignorar as diferentes realidades litigiosas<sup>647</sup>, tal como a apresentada pelas demandas repetitivas.

Sem dúvida, conforme salientam Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra, a massificação das relações jurídicas é um dos fenômenos da atualidade “*que mais desafiam o direito processual em termos práticos e teóricos, instando-o a reinventar o modo de prestação jurisdicional*”.<sup>648</sup>

Dessarte, no atual cenário vivenciado pelo país, em que o Poder Judiciário se encontra assolado de demandas repetitivas, mostra-se imperiosa a recompreensão do sistema processual mediante uma releitura contextualizada do trinômio ação-processo-jurisdição, cujo significado modifica-se sensivelmente quando compreendido e aplicado para além do contexto restrito dos conflitos intersubjetivos, típicos da jurisdição singular, passando a instrumentalizar os megaconflitos que hoje se expandem pela sociedade civil.<sup>649</sup>

Ante a inegável realidade escancarada pela litigiosidade repetitiva, cujas principais causas e consequências foram abordadas no item anterior, combinada com as cláusulas de acesso à justiça e do devido processo legal, estampadas no art. 5º, XXXV e LIV, respectivamente, da Constituição, urge que processo civil (dado o seu caráter instrumental e considerando-o um sistema idealmente racional, organizado e eficiente) proponha-se a

---

<sup>645</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

<sup>646</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 330.

<sup>647</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 63-64.

<sup>648</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa* a. 52, n. 208, out./dez. 2015, p. 189.

<sup>649</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 327.

desenvolver novos e adequados procedimentos<sup>650</sup> e técnicas processuais<sup>651</sup> para lidar com as ações seriais envolvendo direitos individuais homogêneos, que corporificam a massificação dos litígios.

Em outros termos, a partir de uma releitura da ciência processual, com os olhos voltados para a realidade social e para as necessidades e particularidades dos novos direitos materiais, é preciso conceber mecanismos processuais específicos para o adequado enfrentamento das demandas repetitivas, principais causas da morosidade processual e do descrédito do Poder Judiciário, racionalizando a atividade jurisdicional, a fim de propiciar uma célere, adequada e uniforme resolução dos conflitos de massa, eis que a dogmática tradicional liberal do processo, como se sabe, não se revelou hábil o suficiente para cumprir esse desiderato.<sup>652</sup>

O processo civil clássico criado e aperfeiçoado pelos Estados liberais burgueses europeus ao longo dos séculos XVIII e XIX, impregnado de filosofia essencialmente individualista e marcadamente formalista<sup>653</sup>, era compreendido como um assunto privativo dos sujeitos litigantes e destinava-se tão somente a dirimir, de forma pontual, as suas controvérsias. Entendia-se ser suficiente, para alcançar a pacificação social, a solução atomizada ou individualizada dos litígios. Naquela época, não havia espaço para proteção de direitos que não se enquadrassem na moldura processual liberal, tais como direitos difusos *lato sensu*, pertencentes a um grupo, ao público em geral ou a determinados seguimentos do público.<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> Para os fins do presente trabalho, as noções e a relação entre processo e procedimento são bem sintetizadas por Carreira Alvim: “*O processo é esse conjunto ou complexo de atos praticados pelos sujeitos processuais, segundo uma disciplina imposta por lei, para assegurar a unidade do conjunto e o fim a que está coordenado, permitindo a solução jurisdicional da lide, mediante a atuação da lei material. [...] O procedimento é o modus operandi do processo, traduzindo o aspecto exterior do fenômeno processual. [...] O processo é, na substância, uma relação jurídica entre sujeitos processuais, que se exterioriza consoante determinado procedimento, que é a sua veste exterior; e que o acompanha ‘como a sombra acompanha o corpo’*”. CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 184.

<sup>651</sup> Técnica processual, por sua vez, pode ser compreendida como a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 266. Em relação à sua adequação aos seus objetivos, “*uma técnica é valorada segundo sua idoneidade para a realização de suas finalidades. Será uma boa ou má técnica, conforme seja hábil a cumprir os seus fins, ou conforme se revele ineficaz para esse objetivo*”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 148.

<sup>652</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, p. 143.

<sup>653</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução por: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 09.

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 51.

Mesmo ao longo do século XX, o direito processual civil brasileiro manteve-se fiel a esse paradigma liberal de solução de conflitos. As regras do CPC/1973 corporificaram esse perfil nitidamente individualista do processo civil no país. O Código Buzaid cingia-se a regular o processo individual, sendo suas técnicas todas estruturadas para solucionar os litígios entre duas partes.

Não tardou para que esse arcabouço tradicional do processo civil individual começasse a expor sinais de fragilidade e de inaptidão diante do gradual surgimento de novas demandas sociais, a exemplo da necessidade de propiciar tutela adequada e efetiva para a reparação de danos capazes de atingir um amplo espectro de pessoas de uma só vez.

Na realidade, observa Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a necessidade de se instituírem processos de cunho supraindividual não é algo novo, pois há muito tempo ocorrem danos que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença fundamental é que tanto na esfera pública quanto na privada, as relações de massa expandiram-se continuamente, multiplicando-se as lesões decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns sofridas pelas pessoas na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, dentre outros.<sup>655</sup>

Paulatinamente, coube ao legislador constituinte e ordinário reconhecer e positivar, no plano material, novas classes de direitos, como os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos e, em contrapartida, na esfera processual, ante o seu caráter instrumental, desenvolver técnicas e procedimentos adequados para sua tutela em juízo<sup>656</sup>,

---

<sup>655</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 27-28.

<sup>656</sup> O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos no Brasil, passou, em uma primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios. Em 1950, foi editada a Lei 1.134, cujo art. 1º facultava às associações de classes existentes, sem caráter político, de funcionários ou empregados de empresas da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas exercer “a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”. Outrossim, o parágrafo único do art. 1º do antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, instituído em 1963, pela Lei 4.215, dizia caber “à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão”. Antes mesmo do advento desses dois diplomas legais, a Constituição de 1934, em seu art. 113, n. 38, dispunha que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Criou-se, então, a ação popular, suprimida pela Carta de 1937, e reintroduzida em 1946, tendo, contudo, ganhado amplitude significativa em 1965, com a edição da Lei 4.717. Entretanto, somente a partir da década de 1980, já sob os ares do processo de redemocratização do país, é que se iniciou o processo de construção do atual sistema do direito processual coletivo, com a edição, em 1981, das Leis da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938)

adaptando institutos do processo civil individual clássico, como a competência, a legitimidade processual, a litispendência, a coisa julgada, os ônus da sucumbência, os recursos e os sucedâneos recursais à realidade imposta por esses novos direitos.

O campo de atuação do processo coletivo desenvolveu-se integrado por duas espécies de direitos: os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Os direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, sem titular determinado – por via de consequência, invariavelmente tutelados em juízo pelo regime de substituição processual – e materialmente indivisíveis, isto é, passíveis de lesão ou de satisfação necessariamente em sua globalidade, o que determina, necessariamente, a prestação de uma tutela jurisdicional universalizada. Os direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais com titulares claramente determinados e, por conseguinte, materialmente divisíveis, sendo passíveis de lesão e reparação isoladamente, o que lhes propicia tutela jurisdicional tanto de modo coletivo, por regime de substituição processual, como individual, por regime de representação.<sup>657</sup>

Conforme leciona Teori Albino Zavascki, são considerados homogêneos, os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta, nos quais é possível identificar elementos comuns, chamados de “núcleo de homogeneidade”, e em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares que os individualizam e os distinguem uns dos outros, que compõe sua “margem de heterogeneidade”. O “núcleo de homogeneidade” é formado por três elementos das normas jurídicas relacionados com: (a) a existência da obrigação (*an debeat*), (b) a natureza da prestação devida (*quid debeat*) e (c) o sujeito passivo (*quis debeat*) comum. Por seu turno, a identidade do sujeito ativo (*cui debeat*) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz

---

e Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar 40) e, em 1985, da Lei de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei 7.347). Em seguida, emergiu a Constituição de 1988, que, por meio de diversos dispositivos, deu nítida relevância para a tutela judicial de interesses coletivos. Após a Constituição, foram editados diversos diplomas normativos, para tutela coletiva de direitos de deficientes físicos, investidores do mercado de capitais, consumidores, crianças, idosos, torcedores, etc. Neste sentido, cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189-194.

<sup>657</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 34.

respeito ao valor devido (*quantum debeatur*), integram a “margem de heterogeneidade” dos direitos individuais homogêneos.<sup>658</sup>

A legislação constitucional-processual concebeu instrumentos específicos para a tutela desses dois grupos de direitos: de um lado, a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa, respectivamente previstas nos arts. 5º, LXXIII, 129, III e 37, §4º, da Constituição e disciplinadas pelas Leis 7.347/85, 4.717/65 e 8.429/92, constituem instrumentos típicos para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*; de outro, a ação civil coletiva, regida fundamentalmente pelos arts. 91 a 100 do CDC, e o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição e regulamentado pelos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/09, representam os veículos apropriados para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.<sup>659</sup>

Essas e outras regras esparsas de direito material e processual, presentes, por exemplo, nos Estatutos da Criança e Adolescente, das Cidades, do Torcedor, do Idoso e da Pessoa com Deficiência, instituídos, respectivamente, pelas Leis 8.069/90, 10.257/01, 10.671/03, 10.741/03 e 13.146/15, engendram um microsistema de tutela coletiva de direitos, cujas regras e princípios se intercomunicam, a fim de propiciar maior efetividade na proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como se observa, além do processo individual clássico para a tutela de direitos individuais e do processo coletivo para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a dogmática processual civil do país elaborou uma terceira concepção teórica para viabilizar a tutela (também coletiva) de determinados direitos individuais que comportam julgamento único por possuírem um mesmo “núcleo de homogeneidade”<sup>660</sup>, isto é, por serem decorrentes de relações jurídicas produzidas mais ou menos em série, marcadas por características fático-jurídicas substancialmente idênticas, que permitem considerá-las em conjunto para fins de proteção jurisdicional.<sup>661</sup>

---

<sup>658</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>660</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

<sup>661</sup> RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

Entretanto, a realidade não demorou a transparecer que os instrumentos processuais destinados à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos não lograram o êxito inicialmente esperado. As técnicas processuais criadas pelo legislador não foram idôneas para atingir o desiderato almejado, qual seja, o de conferir tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva aos direitos subjetivos substancialmente idênticos e reiteradamente violados em série. Como demonstram as estatísticas trazidas no item anterior, o assoberbamento do Poder Judiciário com processos repetitivos não foi atenuado pelos mecanismos até hoje desenvolvidos para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Diversos fatores contribuíram para o “parcial fracasso” do processo coletivo no enfrentamento das demandas repetitivas. A começar própria legislação que impôs algumas restrições materiais ao manejo de ações coletivas, minando-lhes, em boa dose, o alcance e a efetividade.

A expressa proibição da propositura de ações coletivas para tutela de pretensões relativas a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, e a delimitação territorial da eficácia *erga omnes* da sentença coletiva, positivados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1º, acrescido pela Medida Provisória 2.180-35/01, e no art. 16, na redação dada pela Lei 9.494/97, da Lei 7.347/85, são exemplos eloquentes disso.

Outrossim, ainda arraigado na tradição romana em que o autor era o único *dominus litis*<sup>662</sup>, o modelo de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos positivado na legislação brasileira, que elege, de um lado, a via coletiva sem necessariamente obstruir o ajuizamento de ações individuais – que não são obrigatoriamente suspensas – e, de outro, prevê a formação da coisa julgada material *erga omnes* somente nas hipóteses de procedência do pedido da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos (coisa julgada *secundum eventum litis* e transferência *in utilibus*), nos termos dos arts. 103, *caput*, III, e §§2º e 3º, e 104 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, é fator que contribui diretamente para a impotência do sistema processual em equacionar as demandas repetitivas.<sup>663</sup>

---

<sup>662</sup> FUX, Luiz. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27102>>. Acesso em 26 fev. 2016, p. 04.

<sup>663</sup> O STJ, em sede de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973, tentou, em alguma medida, contornar essa distorção do sistema processual coletivo, determinando a suspensão de todas as ações individuais até o julgamento de ação coletiva atinente à mesma “macrolide geradora de processos multitudinários”, que, no caso específico, tratava de discussão acerca da correção de saldos de cadernetas de poupança, a fim de evitar a proliferação de decisões contraditórias. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

A improcedência por falta de provas não impede a propositura de nova ação coletiva por outro legitimado e nem a de ações individuais, prolongando-se, assim, o estado de incerteza e indefinição jurídicas e inviabilizando, na prática, a pacificação social.

No ponto, cabe ainda ressaltar que não há regra legal expressa, no âmbito do microsistema de tutela coletiva dos direitos, dispondo sobre a suspensão ou interrupção do prazo prescricional em razão da propositura ou da citação na ação coletiva, o que, ante o estado de incerteza jurídica, por cautela, induz as pessoas, já acostumadas à cultura demandista individual, a moverem suas ações individualmente, para não correrem o risco de verem suas pretensões fulminadas pela prescrição, a ter que esperar o resultado incerto e moroso das ações coletivas.<sup>664</sup>

O procedimento inevitavelmente bifásico do processo de conhecimento é outra importante causa do insucesso do modelo adotado de solução conglobante de litígios individuais repetitivos. Na ação civil coletiva, a sentença é sempre genérica, ficando restrita, nos casos de procedência do pedido, a delimitar o aludido núcleo de homogeneidade dos direitos individuais. A tutela jurisdicional é sempre incompleta, definindo apenas o *an debeatur*, o *quis debeat* e o *quid debeatur*. Seus outros elementos – o *cui debeatur* e o *quantum debeatur* – não de ser objeto de aferição em outra sentença<sup>665</sup>, cabendo a cada parte lesada comprovar, por meio de ações individuais, a sua lesão, o nexo etiológico com o dano globalmente causado e o quantum do prejuízo particularmente sofrido.<sup>666</sup>

Além disso, após o exaurimento da fase individual, mediante a definição do *cui debeatur* e do *quantum debeatur*, os autores, nomeadamente em casos de pretensões indenizatórias ou ressarcitórias, devem ainda promover a execução de seus títulos executivos judiciais, para, então, efetivamente obterem a satisfação de seus direitos creditícios.

---

<sup>664</sup> No ponto, em verdade, cabe frisar que o STJ entende ser aplicável, por analogia, o prazo prescricional quinquenal previsto na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), nas execuções individuais de sentenças proferidas em ações coletivas. Nesse sentido, cf. REsp 1273643/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 04/04/2013; AgRg nos EREsp 995.995/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 09/04/2015; AgRg no REsp 1290138/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 24/09/2013

<sup>665</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

<sup>666</sup> RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

A princípio, portanto, devem ser propostas tantas ações individuais – chamadas pelo CDC de “liquidação” – quantos forem os interessados em obter a reparação dos danos que julgam ter amargado. Se, por exemplo, houver duzentos mil lesados, devem ser propostas duzentas mil ações individuais, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo facultativo, o que, entretanto, não desnatura o caráter essencialmente individualista das pretensões.

A pulverização de ações individuais, que se pretendia evitar por meio do processo coletivo, é, assim, apenas postergada na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, especialmente quando as pretensões particulares envolvem a reparação pecuniária por danos materiais ou morais.

A usual morosidade na tramitação processual, tanto nas fases de conhecimento coletiva e individuais quanto na de cumprimento de sentença, é fator de evidente desestímulo dos cidadãos, que preferem judicializar diretamente suas pretensões, o que, como visto, não é obstaculizado pelo CDC.

As ações coletivas, evidentemente, também não contribuem para o equacionamento de questões processuais controvertidas, que se replicam aos milhares em ações que podem veicular pretensões de direito material absolutamente diversas. Basta pensar nas inúmeras discussões sobre os pressupostos de admissibilidade dos recursos excepcionais ou de cabimento da ação rescisória, que frequentemente dão ensejo à edição de enunciados de súmulas de natureza estritamente processual.

Além disso, a legitimidade ativa para o manejo das ações coletivas envolve sérios problemas, de ordem teórica e prática, ligados à representatividade adequada dos substitutos processuais. Não raramente, entes que não estão tão próximos dos fatos ou que não mantêm contato direto e constate com os membros da comunidade ou com o grupo lesado, como as pessoas jurídicas de direito público e órgãos estatais como o Ministério Público e a Defensoria Pública, são autorizados por lei a postular em juízo em nome desse grupo ou da coletividade, sem que seja levado em consideração qualquer aspecto do caso concreto, como ocorre nas *class actions* norte-americanas, em que é aquilatada, na fase vestibular da *certification*, a intensidade da proximidade do postulante com o direito postulado.<sup>667</sup>

Some-se a isso a existência no Brasil de restrições à atuação judicial das associações – justamente os entes que, em tese, poderiam apresentar maior proximidade com

---

<sup>667</sup> CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo* n. 147, mai. 2007, p. 125-126.

os fatos e com a comunidade local –, como a que prevê a necessidade de anuência expressa dos associados para que se beneficiem dos efeitos da ação coletiva proposta pela respectiva associação, não bastando a previsão de autorização estatutária genérica.<sup>668</sup>

Nesse diapasão, a fim de evitar problemas teóricos e práticos como a falta de representatividade adequada dos legitimados extraordinários e a extensão ou o condicionamento da eficácia da coisa julgada, alguns Estados, como a Alemanha, a Inglaterra e a Áustria, têm procurado elaborar “procedimentos não representativos” voltados para a resolução coletiva de litígios. Esses países vêm buscando criar ou aprimorar métodos de decisões em bloco, para situações fáticas ou jurídicas semelhantes, a partir de um dado caso concreto – chamado de causa-piloto ou processo-teste –, mediante a cisão da cognição processual em duas etapas.<sup>669</sup>

A partir da instauração de um incidente coletivo no bojo de um processo individual, o tribunal decide questões de fato ou de direito anteriormente delimitadas comuns a todos os casos similares, que terão eficácia em relação a todas as ações individuais que versem sobre pretensões isomórficas, reservando-se, contudo, por meio de um procedimento aditivo posterior, uma atividade cognitiva complementar, que se volta à análise dos demais aspectos fático-jurídicos não abrangidos pelo incidente coletivo, preservando-se, assim, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e eventuais especificidades dos casos particulares. Cada pessoa, titular de direitos individuais homogêneos, caracteriza-se, do ponto de vista processual, como parte, e não como substituído processual.<sup>670</sup>

O *musterverfahren* alemão e o *group litigation order* inglês são conhecidos exemplos desses novos procedimentos, tendo sido o modelo tedesco fonte declarada de inspiração da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC/2015 para a criação de um novo mecanismo para o enfrentamento da litigiosidade de massa: o incidente de resolução de demandas repetitivas, positivado nos seus arts. 976 a 987.<sup>671</sup>

---

<sup>668</sup> Nesse sentido foi o entendimento firmado pelo STF acerca do alcance do art. 5º, XXI, da Constituição. Cf. RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014.

<sup>669</sup> CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo* n. 147, mai. 2007, p. 128-129.

<sup>670</sup> *Idem*.

<sup>671</sup> “[...] 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”. In: Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela

No Brasil, as técnicas de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais e de tramitação e julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra decisões das respectivas turmas recursais, previstas nos arts. 14 e 15 da Lei 10.259/01, representaram os primeiros mecanismos de solução de conflitos de massa por meio de "procedimentos não representativos". Ulteriormente, a sistemática de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, disciplinada pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, trilharam esse mesmo caminho, sem, contudo, abandonar os "procedimentos representativos" já delineados para a tutela coletiva de direitos individuais.

Com o passar do tempo, os entraves teóricos e práticos acima descritos deixaram transparecer que a dicotomia tutela individual vs. tutela coletiva mostrou-se manifestamente insuficiente para assegurar a efetividade dos direitos individuais homogêneos, para equacionar as divergências interpretativas das regras de natureza processual e para conferir atuação racional e eficiente ao Poder Judiciário no país.

A ciência processual passou, assim, a ventilar uma terceira modalidade de tutela jurisdicional: a denominada tutela pluri-individual, instrumentalizada por meio de técnicas de julgamento de casos e recursos repetitivos.<sup>672</sup>

Dessarte, com Dierle Nunes, pode-se afirmar que o sistema processual civil brasileiro tem como escopo central viabilizar, “mediante uma processualização constitucionalmente idônea”, o adequado dimensionamento da litigância individual, coletiva e repetitiva<sup>673</sup>, a fim de propiciar tutelas jurisdicionais efetivas e céleres para o enfrentamento de cada um desses três tipos característicos de litígios, conferindo, com isso, maior concreção à garantia constitucional do processo justo.

Atualmente, portanto, a tutela dos direitos individuais homogêneos pode ser vindicada tanto por meio do processo coletivo quanto através de processos individuais submetidos a certas técnicas de tutela pluri-individual, como a dos "procedimentos não representativos", destinadas primordialmente a construir uma tese jurídica, que, uma vez definida, implicará a prolação de tantas sentenças quantos forem os casos repetitivos

---

Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>, Acesso em: 08 mar. 2016, p. 21.

<sup>672</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

<sup>673</sup> NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 253.

judicializados, mediante a aplicação obrigatória da *ratio decidendi* estabelecida<sup>674</sup> nos casos pendentes e também futuros versando sobre a mesma macrolide.

Parcela da doutrina, aliás, fiando-se no sistema de precedentes judiciais instituído pelo CPC/2015 e, em especial, no seu art. 928, já alardeia a existência de um “microsistema de solução de casos repetitivos”<sup>675</sup> ou “microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos”<sup>676 677</sup>, integrado não só pelas regras do novo *Codex* disciplinadoras dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, respectivamente previstos nos arts. 976 a 987 e 1.036 a 1.041, mas também por outros dispositivos legais, como os arts. 896-B e 896-C da CLT, incluídos pela Lei 13.015/2014, cujas regras e princípios se comunicam e se complementam, devendo ser interpretados conjuntamente<sup>678</sup>, com o escopo de deferir a esse novo microsistema a máxima efetividade possível para que instrumentalize a concretização do processo justo.

A característica central desse novo microsistema processual é justamente a de promover a adequada e tempestiva tutela pluri-individual de questões repetitivas que veiculam a mesma controvérsia jurídica mediante a fixação (a partir de um processo-piloto selecionado que abranja, de forma satisfatória, os principais argumentos jurídicos que permeiam a matéria controvertida) de uma tese jurídica geral em matéria de direito material ou processual, a ser obrigatoriamente aplicada, pelos juízes e tribunais, nos demais processos pendentes e futuros nos quais seja travada a mesma discussão jurídica.

Objetivamente, o microsistema visa à edição de precedentes judiciais dotados de eficácia vinculante horizontal e vertical, cuja *ratio decidendi*, proclamada em bases

---

<sup>674</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 24.

<sup>675</sup> ZANETI JR, Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1334.

<sup>676</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590.

<sup>677</sup> Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, por sua vez, falam no delineamento, pela nova legislação processual, de um “sistema de litigiosidade repetitiva”, que “*deve vir acompanhado de uma visão mais panorâmica e dialógica com a participação de todos os envolvidos, e com a ampliação do conhecimento empírico do funcionamento da justiça brasileira*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 327-328.

<sup>678</sup> Nesse sentido, dispõem os enunciados 345 e 346 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *verbis*: Enunciado 345: “*O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.*”; Enunciado 346: “*A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos.*”

universais, deverá ser aplicada nos casos pendentes e futuros em que discutida a mesma controvérsia fático-jurídica de direito material ou processual, nos termos dos arts. 926 e 927, caput, III, do CPC/2015.

#### 4.3. A DIMENSÃO PUBLICÍSTICA E PROSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A positivização e a sistematização de um modelo de precedentes vinculantes, que reverencia a tutela dos direitos pluri-individuais, que idealiza novas técnicas para o enfrentamento das demandas repetitivas, que encara a litigiosidade de massa como um problema de espectro supraindividual e que não se destina apenas a corrigir problemas do passado, sintoniza o CPC/2015 com a inegável tendência de publicização do processo civil e de fortalecimento da função nomofilática dos tribunais superiores. Vislumbra-se uma nova fase metodológica do estudo da ciência processual no país: a do processo prospectivo.

Mais recentemente, salienta Danilo Knijnik, no Brasil e no estrangeiro, sobretudo por força dessa incontornável tendência de publicização do processo civil (ou da tutela jurisdicional clássica) impulsionada, dentre outros fatores, pelas técnicas legislativas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (que reservam à atividade interpretativa judicante um papel central no *iter* de construção, e não de mera revelação, das normas jurídicas, juntamente com os atos legislativos e os fatos concretos) e pela massificação dos litígios, o processo civil contemporâneo está caminhando para um “quarto momento metodológico”, chamado de “fase prospectiva do processo” ou de “processo prospectivo ou regulatório”, de cunho complementar ao “processo resolutivo” (voltado para a solução individualizada de conflitos, na linha do processo civil clássico), o que impõe a releitura e recompreensão de diversos institutos do sistema processual e de sua função no ordenamento jurídico.<sup>679</sup>

A massificação dos litígios e a característica intencionalmente aberta de muitas leis conduzem inexoravelmente a uma maior transcendência das decisões judiciais. Mesmo nas

---

<sup>679</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65-68.

ações individuais, especialmente nas causas repetitivas ou que envolvem grandes questões nacionais, o processo tem assumido uma dimensão coletiva, na medida em que se reconhece um inescindível interesse público subjacente à decisão do caso individual. O processo civil, antes exclusivamente vocacionado para solucionar problemas pretéritos, passa a operar não somente para ajustar o passado, mas também para orientar o futuro, no sentido de conferir, por meio do provimento judicial (do precedente), maior cognoscibilidade e previsibilidade ao direito em prol da sociedade em geral e não apenas das partes litigantes. A definição de um conflito individual, portanto, também se insere na conformação de comportamentos vindouros.<sup>680</sup>

Essa propensão à publicização do Direito Processual Civil (que, em verdade, é um novo atributo da dogmática jurídica em geral, inclusive de ramos do direito privado) é corolário da atual tendência de superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo, relativizando a oposição entre o interesse individual privado e o interesse público. Em uma sociedade na qual a massificação dos conflitos é uma realidade, a dicotomia público-privado deve ser abrandada, na medida em que o Estado, expressando grande preocupação social, passa a interferir na regulação das relações entre indivíduos, privilegiando soluções além daquelas meramente privatistas. Disso resulta que os efeitos do processo jurisdicional podem ultrapassar as partes fisicamente presentes no conflito.<sup>681</sup>

Outrossim, a tendência à transcendência dos efeitos das decisões judiciais, mormente dos tribunais superiores, está umbilicalmente imbricada à atribuição de um papel de absoluta reverência e supremacia conferidas pela ordem jurídica à Constituição.

Consoante adrede salientado, a dogmática processual, na sua fase instrumentalista, sem perder autonomia ou a própria cientificidade, reconheceu a íntima conexão entre o processo e o direito material, uma necessária relação de instrumento para objeto.<sup>682</sup>

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX, especialmente na Europa Continental e na América Latina, com o advento do modelo constitucional contemporâneo, alicerçado na filosofia pós-positivista, a dogmática instrumentalista, sem olvidar a interconexão

---

<sup>680</sup> KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65-68.

<sup>681</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 231.

<sup>682</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

entre o direito material e o processo, teve que ser remodelada para amoldar-se à força normativa da Constituição, sobretudo aos valores espriados dos direitos e garantias fundamentais.

A propósito, Araken de Assis consigna que

[...] cabe ao Poder Judiciário [...] defender a Constituição [...]. Essa é a razão por que todo o processo, nesse plano mais elevado e abstrato, transcende aos interesses concretos dos litigantes porventura individualizados em dado processo. Os órgãos judiciais não se encontram dispensados de também promover a devida proteção aos direitos subjetivos [...] Mas fundamentalmente os órgãos judiciais têm a missão precípua de realizar na prática as normas do *ius positum* – da defesa (desarmada) da Constituição à asseguaração da eficácia prática dos direitos fundamentais [...] Não se pode dizer que o conflito, uma vez trazido à apreciação do juiz, apresente cunho exclusivamente privado. Basta atentar ao fato de que o Estado somente reconhecerá como legítimo o interesse que se harmonizar com a ordem jurídica [...] o processo não interessa apenas às partes. Os objetivos da resolução da lide em causa individual transcendem à esfera privada. Em alguma medida, o conflito assume feição eminentemente pública ao se transformar em objeto do processo, abandonando os domínios privados.<sup>683</sup>

Na moderna dogmática do direito constitucional contemporâneo, os direitos fundamentais, para além de consubstanciarem direitos subjetivos destinados a proteger ou a realizar posições jurídicas individuais, possuem uma dimensão objetiva. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais constituem elementos objetivos fundamentais do Estado, que operam como princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional na condição de componentes estruturais básicos de toda a ordem jurídica.<sup>684</sup>

Assim, a efetividade dos direitos fundamentais não pode ser aferida apenas sob a perspectiva individualista. Esses direitos detêm uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), no sentido de que, na sua condição de direito objetivo, incorporam e expressam determinados valores fundamentais da comunidade e fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação de todo o direito constitucional e infraconstitucional. Por essas razões, conclui Sarlet, todos os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, também são sempre direitos transindividuais.<sup>685</sup>

Naturalmente, a eficácia irradiante dos direitos e garantias fundamentais alcança e modela o direito processual, na medida em que toda a ordem jurídica infraconstitucional

<sup>683</sup> ASSIS, Araken de. Processo Civil brasileiro. Volume 1. In: *Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

<sup>684</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141-143.

<sup>685</sup> *Ibidem*, p. 145-147.

*“deve passar por um processo de filtragem constitucional, isto é, deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”*.<sup>686</sup>

De fato, o processo, no Estado Democrático de Direito brasileiro, diz Humberto Theodoro Júnior, encontra-se, *“no campo de seus fundamentos e de sua macroestrutura, totalmente constitucionalizado”*.<sup>687</sup> Em outras palavras, as modernas concepções do Estado Democrático de Direito revelaram uma indissociável intimidade entre a Constituição e o processo, que perpassa a mera existência de um ramo processual positivado no texto constitucional.<sup>688</sup>

Assim sendo, assevera Cândido Rangel Dinamarco, impregnada de toda a carga axiológica difundida pelos valores inerentes aos direitos e garantias fundamentais de natureza material e processual *“a ideia de instrumentalidade processual apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”*.<sup>689</sup>

O direito processual-constitucional, prossegue Cândido Rangel Dinamarco, representa o produto da *“condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”*, cuja ideia-síntese por detrás dela repousa na preocupação *“pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente ligados à liberdade e igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça”*.<sup>690</sup>

Analisando-o sob a ótica constitucional, Humberto Ávila aduz que o processo é instrumento para a realização dos direitos fundamentais, do que decorre o direito a um processo justo ou adequado.<sup>691</sup> Esse direito a um processo adequado e justo é a explicitação da existência de um “direito à proteção de direitos”, consubstanciado na cláusula geral do devido processo legal, a partir da qual são deduzidas todas as demais garantias processuais, como as do juiz natural e imparcial, da ampla defesa, do contraditório, da proibição de utilização de provas

---

<sup>686</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

<sup>687</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coordenadores) *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 725.

<sup>688</sup> *Ibidem*, p. 721.

<sup>689</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>691</sup> ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo*. n. 163, set. 2008, p. 54.

ilícitas e da motivação e da publicidade das decisões.<sup>692</sup> <sup>693</sup> Theodoro Júnior, de forma semelhante, pontua que a tutela jurisdicional efetiva e justa é “*somente aquela disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição*”.<sup>694</sup>

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as garantias processuais de índole fundamental previstas na Constituição possuem dois vetores axiológicos centrais: a efetividade e a segurança jurídica, valores estes que instrumentalizam o escopo principal do processo, qual seja, a realização da justiça. Dentre os direitos fundamentais voltados para a busca de efetividade processual desponta essencialmente a garantia de acesso à jurisdição, estatuída no art. 5º, XXXV, da Constituição, que assegura, tanto quanto possível, uma tutela jurisdicional “*eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos*”.<sup>695</sup>

De outro lado, as próprias noções de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da República pelo art. 1º, *caput*, da Constituição, e de devido processo legal, estampada no 5º, LIV, do texto magno, constituem o substrato capital da segurança jurídica. Da ponderação desses dois valores axiológicos centrais – a efetividade e a segurança jurídica –, arremata Alvaro de Oliveira, é que se busca, idealmente, alcançar “*um processo tendencialmente justo*”.<sup>696</sup>

Essa compreensão publicística do processo civil, fundada, em última análise, na supremacia das garantias fundamentais processuais, chamada por Eduardo Cambi de “neoprocessualismo”, conduz a que os fins públicos colimados com o processo transcendam às pretensões meramente individuais das partes na solução do litígio de acordo com seus próprios interesses.<sup>697</sup>

<sup>692</sup> ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo*. n. 163, set. 2008, p. 57.

<sup>693</sup> Interessante observar que Humberto Ávila compreende o devido processo legal, simultaneamente, como um princípio e um sobreprincípio. “[...] o dispositivo relativo ao “devido processo legal” ainda que com caráter meramente expletivo e, por isso, com positivação expressa desnecessária, deve ser interpretado como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos. Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos”. *Ibidem*, p. 59.

<sup>694</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coordenadores) *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 721.

<sup>695</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. a. 29, n. 113, jan/fev. 2004, p. 18.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>697</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In*: Fredie Didier Jr. (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 253-254.

Nesse sentido, anota Daniel Mitidiero, desde a eclosão do Estado Constitucional, o processo civil passou a responder não apenas pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. O processo civil no Estado Constitucional passou a ter como função dar tutela aos direitos mediante a prolação de uma decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.<sup>698</sup>

Ainda de acordo com o escólio de Mitidiero, a dignidade da pessoa humana impõe, como finalidade do processo, a necessidade de se considerar a tutela dos direitos mediante uma decisão justa. Isto é, esse princípio garante aos jurisdicionados a entrega de uma decisão justa como meio particular de obtenção da tutela dos seus direitos. Tutela-se aqui, de forma imediata, o interesse das partes no processo. O princípio da segurança jurídica, por seu turno, traz consigo a exigência de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo. Essa imposição é concretizada por meio da formação e do respeito aos precedentes e cujo foco direto é a tutela da ordem jurídica e da sociedade civil como um todo.<sup>699</sup>

É preciso ressaltar, porém, que o fenômeno da publicização do processo não implica reconhecer que o interesse público se sobreponha ao particular. A nova “fase prospectiva do processo”, centrada na orientação presente e futura da sociedade sobre o conteúdo e o alcance do direito e externada por meio de precedentes judiciais, trazendo maior previsibilidade e segurança às condutas individuais e às relações jurídicas sociais, interage de forma complementar à clássica concepção instrumentalista do processo.

Isso quer dizer que a atividade jurisdicional dirigida à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais em sua dimensão subjetiva continuará a ter por objetivo oferecer uma tutela efetiva e tempestiva, por meio de técnicas e procedimentos adequados, aos jurisdicionados que batem às portas do Poder Judiciário interessados na satisfação de seus direitos individuais. O interesse subjetivo das partes – móvel, por excelência, do exercício do direito de ação – em buscar a solução de suas lides pessoais sempre será um dos objetivos de primeira ordem do sistema judiciário.

Nada obstante, a perspectiva objetiva-irradiante dos direitos fundamentais, igualmente constrange o legislador processual a buscar criar outras técnicas e procedimentos vocacionados não para a satisfação de pretensões individuais, mas sim para a construção e

---

<sup>698</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 15-16.

<sup>699</sup> *Ibidem*, p. 17-18.

subsequente aplicação de precedentes judiciais, que funcionam como vetores norteadores das condutas e relações jurídicas sociais.

Nesse contexto, destaca Francisco Rosito, a teoria dos precedentes judiciais guarda estreita relação com essa nova doutrina institucional do processo, pois permite “*conciliar esses dois objetivos que contrapõem o interesse privado, na justa solução do conflito, e o interesse público, na extração de uma orientação a ser seguida em casos similares*”.<sup>700</sup>

Mormente perante os tribunais superiores, o caráter publicístico da atividade jurisdicional é bastante mais acentuado do que nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Pela própria razão de ser da existência dessas Cortes Supremas, o interesse público na unificação do direito constitucional e infraconstitucional federal, mediante a edição de precedentes interpretativos autoritativos que funcionam como modelos decisórios obrigatórios para a solução judicial de outros casos pendentes e futuros, predomina sobre o interesse subjetivo das partes na satisfação pontual de suas pretensões, por mais legítimas que sejam.

Conforme amiúde estudado no segundo capítulo, a partir das concepções trabalhadas por doutrinadores como, por exemplo, Melvin Eisenberg, Jan Komárek, André Tunc, Eduardo Oteiza, Michele Taruffo<sup>701</sup>, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Francisco Rosito e Danilo Knijnik, a função nomofilática inerente às Cortes Supremas em geral e, no caso brasileiro, ao STF e ao STJ, deixa mais do que evidente a natureza eminentemente pública da atividade jurisdicional exercida por essas Cortes Supremas.

Correlatamente, exsurge inequívoca a prevalência do interesse público no julgamento dos respectivos recursos extraordinário e especial. Em face da preponderância da função de nomofilaquia interpretativa desempenhada pelo STF e pelo STJ, o direito de acesso

---

<sup>700</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 232.

<sup>701</sup> No ponto, na doutrina estrangeira, vale relembrar a contraposição feita por Melvin Eisenberg entre os modelos de jurisdição do *enrichment of the supply of legal rules* e do *resolution of disputes* e por Jan Komárek entre o *public-rights model* e o *dispute-resolution model*. Na mesma ordem de ideias, como visto, André Tunc asseverara que a função primordial das Cortes Supremas é velar pela correta interpretação das regras jurídicas (*veiller à la bonne application des règles juridiques*) e de assegurar ao Direito unidade, clareza e certeza (*d’assurer au droit unité, clarté, certitude*), tendo a decisão do conflito caráter assessório. Eduardo Oteiza, por sua vez, pondera que, nas atividades das cortes, pode haver o predomínio de uma finalidade pública ou de outra privada, segundo se privilegie, respectivamente, o interesse geral ou o particular, sendo imprescindível definir qual o papel principal de cada tribunal, das instâncias comuns e especiais, para que bem cumpram suas missões. Michele Taruffo, finalmente, anotara que função pública das Cortes Supremas decorre de sua atuação proativa no complexo processo de criação e desenvolvimento do direito, cuja atuação tem aptidão para produzir decisões de relevância jurídica supraindividual.

às instâncias extraordinárias do Poder Judiciário é conformado pelo *ius constitutionis*, isto é, pelo interesse na busca da promoção da unidade e coerência do direito, e não pelo *ius litigatoris*, ou seja, para a tutela do interesse individual do recorrente, centrada na rediscussão da “justiça subjetiva” do caso concreto.

Portanto, também no Brasil, encontra-se ultrapassada a concepção do processo como coisa privativa das partes. Na perspectiva do direito fundamental ao processo justo e efetivo, o respeito obrigatório aos precedentes dos tribunais superiores viabiliza uma tutela jurisdicional qualificada, “*pois os efeitos das decisões paradigmáticas transcendem o interesse individual para proteger o interesse transindividual, numa perspectiva de que o processo é um meio de formação do direito, seja material, seja processual*”.<sup>702</sup>

Conforme analisado no primeiro capítulo, por ocasião do estudo da teoria geral dos precedentes, a própria acepção clássica de precedente, a rigor, reveste-se necessariamente de uma projeção prospectiva, de uma conotação destinada a orientar, em especial, o Poder Judiciário no julgamento de novos processos versando sobre situações fático-jurídicas substancialmente idênticas e também orientar a sociedade em geral.

Oportuna, pois, a ponderação de Teresa Arruda Alvim Wambier de que a noção de precedente “*só tem razão de ser se se projeta no futuro a ideia de que este deve servir de parâmetro ou se isso efetivamente ocorre. Ou seja, só a perspectiva temporal, tanto no civil law como no common law, é que explica ver-se, na decisão, um precedente*”.<sup>703</sup>

Em síntese conclusiva, tem-se que a tutela dos direitos pelo processo apresenta duas dimensões correlatas: a) a dimensão particular e retroativa, que reclama a prolação de uma decisão justa e que é focada na solução de lides pretéritas entre as partes; b) a dimensão geral e prospectiva, que reivindica a formação e o respeito aos precedentes e que mira seu olhar para a sociedade em geral, orientando as condutas presentes e futuras de seus membros em conformidade com o direito objetivo.

Cabe agora, então, analisar a teoria dos precedentes tal como incorporada pelo CPC/2015. Em seguida, ao final do trabalho, em razão do corte metodológico adotado, discorrer-se-á sobre a disciplina procedimental e a técnica de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos cujo produto final almejado é o precedente vinculante.

---

<sup>702</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 233.

<sup>703</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadora) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

#### 4.4. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES INSTITUÍDO PELO CPC/2015

Os arts. 926 e 927 encontram-se situados dentro do Capítulo I, denominado “Disposições Gerais”, do Título I “Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais” do Livro III, intitulado “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, da Parte Especial do CPC/2015. Suas regras foram redigidas nos seguintes termos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Esses dois dispositivos positivaram, de forma absolutamente inédita no ordenamento jurídico pátrio, a disciplina normativa infraconstitucional básica de um sistema de precedentes formalmente vinculantes. Os arts. 926 e 927 do CPC/2015 incorporaram à legislação brasileira a disciplina fundamental atinente à teoria dos precedentes judiciais, cujas

disposições constituem o núcleo axiológico central desse novo sistema e que produzirá repercussões na interpretação e no funcionamento de todo o ordenamento jurídico-processual.

Esses dispositivos resgatam os precedentes judiciais como fontes normativas primárias do direito brasileiro e representam uma revolução metodológica, cujos impactos, vaticina Araken de Assis, serão logo sentidos.<sup>704</sup> Tamanha é a importância desses dois dispositivos legais que Fredie Didier Jr. os qualifica como verdadeiros pilares do novo sistema processual brasileiro, veiculadores de autênticas normas fundamentais do CPC/2015.<sup>705</sup> Hermes Zaneti Jr. afirma que os arts. 926 e 927, combinados ao art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, formam o núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro.<sup>706</sup>

A expressa positividade de um sistema de precedentes formalmente vinculantes representa, sem dúvida alguma, uma significativa mudança de paradigma no direito processual brasileiro, que, se bem compreendida e aplicada, afetar positivamente o funcionamento de todo o sistema de distribuição de justiça no país e não apenas do Poder Judiciário.<sup>707</sup> Daí decorre a grande importância do estudo da teoria geral dos precedentes levado a cabo no primeiro capítulo.

A adequada compreensão dogmática da teoria geral dos precedentes, no que toca à sua formação, identificação, aplicação e revogação – dirigida a viabilizar a escorreita interpretação das regras positivadas no CPC/2015 sobre a matéria – será fundamental para o sucesso do novo modelo e do próprio aparato judiciário na busca da concretização da garantia fundamental do processo justo, em suas dimensões individual e prospectiva.

---

<sup>704</sup> “O NCPC [...] resgatou o precedente obrigatório como fonte formal do direito. O ordenamento jurídico é único, mas composto tanto de normas gerais e abstratas, produzidas pelo Poder Legislativo, quanto de precedentes derivados de casos concretos, mas vocacionados à abstração e à generalidade em pé de igualdade. A linha obediência vertical dos órgãos judiciais inferiores é muito nítida no processo civil brasileiro e os impactos dessa revolução metodológica serão logo sentidos”. In: ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. Volume 1. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220-221.

<sup>705</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento. Vol.1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 62.

<sup>706</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 346.

<sup>707</sup> Nesse sentido, assiste razão a Hermes Zaneti Jr. ao asseverar que “os precedentes representam uma mudança paradigmática no novo CPC. Os precedentes vinculantes são sem dúvida uma das maiores mudanças da nova legislação [...] o Direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico”. ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.305.

Entretanto, é preciso registrar que a falta de traquejo jurídico com a matéria atinente à doutrina dos precedentes conduziu o legislador à infeliz opção de promover a inserção topográfica do presente capítulo dentro de um livro que trata “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, ao invés de situá-la na parte do CPC/2015 mais diretamente ligada à teoria da decisão judicial, campo mais adequado ao estudo dos precedentes.<sup>708</sup>

Além disso, os arts. 489, §1º, 926 e 927, do CPC/2015, principais componentes do núcleo dogmático no sistema de precedentes vinculantes, portam imprecisões terminológicas, também decorrentes da pouca familiaridade do legislador brasileiro e da própria dogmática nacional no trato de certas concepções teóricas clássicas relacionadas à doutrina dos precedentes.

Essas imprecisões, entretanto, não prejudicam, por si sós, a compreensão geral e a funcionalidade do modelo implantado. Incumbirá à doutrina e aos tribunais de cúpula do país corrigir os equívocos conceituais e as eventuais falhas, distorções ou lacunas operacionais, aperfeiçoando paulatinamente o modelo de precedentes vinculantes.

Por isso, prefacialmente, cabe elucidar o significado de alguns termos e expressões presentes sobretudo nos arts. 489, §1º, 926 e 927 do CPC/2015, empregados de uma forma um tanto quanto baralhada, despida do desejável rigor científico esperado para a escolha da terminologia adotada.

O arts. 489, §1º, 926 e 927 do CPC/2015, de forma relativamente acriteriosa, tomam como expressões sinônimas ou de significado próximo palavras cuja ideia se aproximação da noção geral de decisão, como “jurisprudência”, “jurisprudência dominante”, “jurisprudência pacificada”, “enunciado de súmula”, “precedentes”, “acórdãos” e “orientação”.

Particularmente, mostra-se importante distinguir precedente e jurisprudência. Classicamente, há um aspecto quantitativo e outro qualitativo que os diferenciam.

---

<sup>708</sup> A localização topográfica do presente capítulo na estrutura do CPC/2015 não é a mais adequada no ambiente da teoria geral dos precedentes. Estes, como visto, inserem-se no contexto da teoria da decisão judicial, porquanto hão de ser aplicados por todos os juízes e não apenas pelos tribunais. Em outros termos, apesar de os precedentes vinculantes serem criados por tribunais, precipuamente pelo STF e pelo STJ, a sua interpretação e aplicação serão realizadas por todos os órgãos do Poder Judiciário. Por isso, a rigor, mostra-se imprecisa sua colocação dentro do livro referente aos processos nos tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais. Sem dúvida, melhor era a localização deste capítulo tal como aprovada no Substitutivo da Câmara dos Deputados – PLC 8.046/2010. Neste substitutivo, os atuais arts. 926 a 928, que correspondiam aos arts. 520 a 522, estavam inseridos como Capítulo XV, intitulado “Do precedente judicial”, do Livro I – “Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, da Parte Especial, situando-se entre os capítulos XIV – “Da sentença e da coisa julgada”, e XVI – “Da liquidação de sentença”.

O precedente é uma decisão judicial que carrega em si uma regra jurídica universalizável, uma *ratio decidendi*, que tem aptidão para nortear o julgamento de futuros casos fática e juridicamente semelhantes. Remetendo a uma experiência pretérita, o precedente indica a maneira como uma determinada situação jurídica foi tratada no passado, servindo como orientação para comportamentos análogos praticados no presente.<sup>709</sup>

Os precedentes não equivalem a decisões judiciais, são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir da justificação das decisões judiciais exaradas exclusivamente por Cortes Supremas e que gozam sempre de força obrigatória.<sup>710</sup> Um só precedente, faticamente bem delimitado, é suficiente para fundamentar e orientar as decisões de casos futuros.<sup>711</sup>

A jurisprudência, por sua vez, é o produto de uma “*sucessão harmônica de decisões dos tribunais*”<sup>712</sup>, na qual a análise da questão fática dos casos que ela ajuda a solucionar é menos rigorosa e precisa do que na aplicação do precedente.<sup>713</sup> No emprego da jurisprudência, não se procede, ao menos na grande maioria das vezes, a uma efetiva análise comparativa dos fatos presentes nos casos julgados<sup>714</sup> que a compõem para subsidiar o julgamento do feito presente, o que é imprescindível na utilização de precedentes.

Tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei exercida pelas Cortes de Justiça para a solução de casos, cuja múltipla reiteração de julgados gera uniformidade suficiente para servir como parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante.<sup>715 716</sup>

---

<sup>709</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun. 2012, p. 133-134.

<sup>710</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 871.

<sup>711</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011, p. 143.

<sup>712</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

<sup>713</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 93.

<sup>714</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 143.

<sup>715</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 870.

<sup>716</sup> Araken de Assis, dissertando, já sobre a égide do CPC/2015, sobre o papel da jurisprudência, consigna que “*a jurisprudência caudalosa, firme e predominante, talvez expressa na súmula do tribunal, exhibia marcada influência sobre julgamentos posteriores. Não passava de simples exortação intelectual ao órgão judiciário. Ela é mais que um conselho, mas menos que uma ordem. Faltava-lhe o predicado expressivo da obrigatoriedade – o art. 927, IV e V imprimiu-lhe nova feição*”. ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro. Volume 1. In: Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216-217.

Por sua vez, em sua acepção clássica, as súmulas constituem um método de trabalho, resultante da reiteração de julgados, destinado a ordenar e a facilitar a atividade de controle da interpretação e aplicação do direito nos casos concretos, sendo igualmente despidas de força vinculante.<sup>717</sup> As súmulas, à luz de sua função tradicional, podem emanar de qualquer desses tribunais, ordinários ou superiores.<sup>718</sup>

O CPC/2015, ao menos em relação a determinadas decisões do STF e do STJ, promoveu a ressignificação das noções de jurisprudência e súmula, além de introduzir o conceito de precedente na legislação. Isso porque o art. 927, III, do CPC/2015, ao emprestar efeito vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e em incidente de assunção de competência, dispensou o requisito da múltipla reiteração de julgados para caracterização da jurisprudência, bastando a prolação de um único acórdão que gozará de eficácia obrigatória. O mesmo ocorreu com os enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, que por força do art. 927, IV, c.c. o art. 926, §2º, do CPC/2015 passaram a gozar de força obrigatória, condicionada, porém, ao dever de identificação e de congruência com os precedentes que motivaram sua criação.<sup>719 720</sup>

A rigor, portanto, apenas o STF e o STJ editam precedentes. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais dão ensejo ao surgimento da jurisprudência.

Outrossim, nos arts. 489, §1º, 926 e 927 do CPC/2015, ao referir-se à possibilidade de superação de precedentes (*overruling*), o legislador valeu-se de diferentes expressões, como “alteração de tese jurídica adotada”, “rediscussão da tese”, “alteração de jurisprudência dominante”, “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em caso de julgamentos repetitivos” e “superação do entendimento”. Para aludir à clássica ideia de *ratio decidendi* ou de *holding*, o legislador, nesses mesmos dispositivos legais, lançou mão de expressões como “tese”, “tese jurídica”, “questão jurídica decidida” e “fundamentos determinantes”.<sup>721</sup>

<sup>717</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 870.

<sup>718</sup> *Idem*.

<sup>719</sup> *Idem*.

<sup>720</sup> Segundo Misabel Derzi, “uma jurisprudência consolidada ou estável firmada pelo Supremo Tribunal Federal será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que deu resposta geral a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou se são repetidas, em série”. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 531.

<sup>721</sup> A expressão “fundamentos determinantes” aparece também no art. 979, §2º, do CPC/2015, que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas. No art. 966, §6º, do CPC/2015, incluído pela Lei 13.256/2016, o legislador usa ainda a expressão “padrão decisório” para referir-se à *ratio decidendi*.

De forma mais homogênea, em diversas passagens do CPC/2015, o legislador, ao reportar-se à técnica do *distinguishing*, adotou palavras ou expressões como “distinção”, “existência de distinção” e “situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.<sup>722 723</sup>

Em linhas gerais, desconsideradas as questões terminológicas e topográficas acima registradas, o tratamento legislativo conferido à teoria dos precedentes é satisfatório, havendo manifesta preocupação, expressada em diversos dispositivos do CPC/2015, em promover os valores constitucionais magnos da ordem jurídica: igualdade, segurança jurídica, proteção da confiança, legalidade etc.

O *caput* do art. 926 do CPC/2015 impõe a todos os tribunais do país o dever de uniformizar a sua “jurisprudência” e mantê-la estável, íntegra e coerente. Esse dispositivo carrega em si, as ideias de estabilidade, integridade e coerência dos precedentes judiciais, que

<sup>722</sup> Esta última expressão não se fazia presente no texto original do CPC/2015, tendo sido posteriormente incluída no art. 966, §7º, do CPC/2015 pela Lei 13.256/2016.

<sup>723</sup> No Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados (tratando a teoria dos precedentes de forma mais técnica e completa do que o fizera o Senado Federal), os §§ 7º, 8º e 9º do art. 521 dispunham expressamente sobre os fundamentos determinantes do precedente (*ratio decidendi*) e sobre o que *obiter dictum* e do *distinguishing*. Lamentavelmente esses parágrafos foram suprimidos da versão final do projeto de lei aprovado no Senado e que foi à sanção presidencial, dando origem ao CPC/2015. Contudo, como se verá mais adiante, a supressão desses parágrafos, em verdade, não afetou o microsistema de precedentes criado pelo CPC/2015, especialmente em face da permanência das regras previstas no seu art. 489, §§1º a 3º. O art. 521, *caput*, e os §§7º a 9º estipulavam o seguinte: Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão 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; IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional; V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem; VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.(...): § 7º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. § 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

são dotadas de forte carga axiológica no âmbito da teoria dos precedentes. O art. 926 do CPC/2015 visa, precipuamente, a propiciar a criação de “*um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo*”.<sup>724</sup>

As ideias de integridade e coerência, positivadas no *caput* do art. 926 do CPC/2015, estão umbilicalmente ligadas à concepção teórica de Ronald Dworkin, que preconizava que o tribunal deveria analisar o direito como um romance em cadeia, de modo a decidir um caso novo levando-se seriamente em conta os precedentes anteriores, tal como o novo capítulo do romance deve ser escrito levando em consideração os capítulos pretéritos.<sup>725</sup>

Em boa medida, as concepções de integridade e coerência delineadas por Dworkin aproximam-se das noções de consistência e coerência forjadas por Neil MacCormick.<sup>726</sup> A propósito, Hermes Zaneti Jr., fiando em doutrinadores internacionais de respeito, como Aarnio e Peczenick, explica que

A coerência (em sentido estrito), na linguagem do CPC/2015, quer dizer ‘consistência’, dever de não contradição, na linguagem de MacCormick. A consistência/coerência em sentido estrito é o dever de não contradição da decisão em relação a precedentes anteriores. A integridade/coerência é mais ampla, visa à integração da decisão com o ordenamento e a tradição jurídica como um todo (MacCormick), é mais que uma simples não contradição, revela a harmonia dos precedentes com os princípios mais gerais do direito em determinado ordenamento jurídico, extraídos dos precedentes anteriores, da unidade do ordenamento jurídico, da unidade da Constituição, no que poderíamos chamar de uma normatividade conglobante. Com a edição do CPC, parece-nos adequado usar a terminologia legal, apontando para a convergência teórica entre Neil MacCormick e Ronald Dworkin. Portanto, retomando, coerência do CPC deve ser compreendida, em seu sentido estrito, como coerência/consistência, não contradição, dos precedentes; integridade equipara-se à noção de coerência em sentido amplo, ou seja, a integridade/coerência volta-se à validade da norma estabelecida pelo tribunal diante da unidade da Constituição, dos princípios jurídicos, da tradição, na normatividade conglobante do ordenamento jurídico.<sup>727</sup>

Por sua vez, a noção de estabilidade, insculpida no art. 926, *caput*, associada à obrigação dos próprios tribunais de observarem “*a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*”, prescrita no art. 927, *caput*, V, do CPC/2015, exprime a positivação da eficácia vinculante horizontal dos precedentes. A combinação desses dois

<sup>724</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.487.

<sup>725</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-352.

<sup>726</sup> ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.316.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 1.317.

dispositivos legais representa o fundamento jurídico infraconstitucional do dever de vinculação dos tribunais aos seus próprios precedentes ou de autorrespeito ao precedente.

A eficácia vinculante horizontal goza de especial relevância no âmbito das Cortes Supremas, dado lhes ser confiada a sublime função de assegurar a uniformidade interpretativa das regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, tutelando e promovendo, concretamente, valores centrais do Estado de Direito, como a segurança jurídica e a igualdade. Especificamente no que tange à interpretação constitucional, a força normativa da própria Constituição está indissolúvelmente conectada à estabilidade das decisões do STF.<sup>728</sup>

Para que uma corte exija respeito aos seus precedentes é preciso, antes, que ela mesma os respeite. Um tribunal que não outorga a necessária deferência aos seus próprios precedentes, mudando-os constantemente ou criando subterfúgios para não aplicá-los, não goza do respeito e nem inspira a confiança necessária na sociedade e nos demais juízos inferiores, inviabilizando, na prática judiciária, o efetivo funcionamento do sistema de precedentes vinculantes.<sup>729</sup>

Uma Corte Suprema que não segue com considerável rigidez e seriedade seus próprios precedentes não logra cumprir a contento sua missão elementar de promover a segurança jurídica e a igualdade e nem de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário e a sociedade. Um sistema de precedentes obrigatórios tem, pois, como pressuposto básico que os tribunais se curvem aos seus próprios precedentes, ainda que, naturalmente, a vinculação não ocorra de forma excessivamente rígida ou incontornável.<sup>730</sup>

---

<sup>728</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abr. 2007, p. 13.

<sup>729</sup> Nesse sentido, diz Taruffo que “*uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do autoprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes*”. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011. p. 149.

<sup>730</sup> Há mais de 10 anos, antes do efetivo despertar do interesse de parcela da doutrina pelo estudo da dogmática dos precedentes vinculantes e da função nomofilática das Cortes Supremas no país, o Ministro Gomes de Barros, em acórdão emblemático proferido no ano de 2005, deixara consignado, de forma peremptória, a seguinte advertência: “*O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Seção – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.[...]*” (AgRg nos EREsp 593.309/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 23/11/2005, p. 154)

Assim sendo, há que se reconhecer que os precedentes do Plenário do STF vinculam as duas turmas da Corte, assim como os da Corte Especial do STJ obrigam às suas três seções e seis turmas. Igualmente, os precedentes das três seções do STJ operam eficácia vinculante em relação às turmas que lhes integram. Finalmente, os precedentes do Plenário do STF e da Corte Especial do STJ vinculam a si próprios.

A aplicação do *stare decisis* horizontal é, dentre outras coisas, imperativo de racionalização do sistema judicial em geral e, em particular, do funcionamento interno das Cortes Supremas. Não há racionalidade alguma em admitir que um precedente editado pelo Plenário do STF ou pela Corte Especial do STJ, possa ser solenemente ignorado ou derogado pelos seus órgãos fracionários menores.

Entretanto, pode-se dizer que enquanto não houver a fixação ou uniformização de determinado entendimento pelo Plenário do STF ou pela Corte Especial – ou pela seção competente do STJ em razão da matéria –, definindo o conteúdo e o alcance do direito constitucional ou federal, as turmas dessas Cortes editam simples “exemplos” ou decisões formadoras de jurisprudência, despidas de eficácia vinculante.

Por não haver hierarquia entre as turmas, os arestos de uma não podem obrigar às outras, que podem decidir de forma diversa. O *stare decisis* horizontal não opera entre as turmas. Porém, porque o exemplo de uma turma faz surgir, ainda que precariamente, a "fumaça do bom direito" perante a sociedade, na medida em que se visualiza, na decisão da turma, uma interpretação possível e razoável do texto legal, devem as outras manifestar-se expressamente sobre aquele “acórdão-exemplo”, cabendo-lhes o ônus de demonstrar que existem melhores razões jurídicas para tomar uma decisão em sentido diverso.<sup>731</sup>

Para que se possa conceber a confiança justificada nos precedentes do STF e do STJ e criar expectativas efetivamente legítimas nos cidadãos e nas empresas, antes de pretender vincular juízos e tribunais inferiores, é mister que essas Cortes Supremas, primeiramente, promovam a uniformização interna de sua jurisprudência, formando, sempre que possível, precedentes, a fim de propiciar um ambiente de unidade de sentido ao Direito e passando a zelar pela sua integridade, coerência e estabilidade.<sup>732</sup> Em uma nota, por imperativo de racionalidade

---

<sup>731</sup> Por isso, não parece correta a assertiva de Luiz Guilherme Marinoni de que as decisões proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário ou especial podem ter eficácia vinculante, o que abrangeria os recursos extremos julgados pelas suas turmas. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21-22.

<sup>732</sup> Foi o que aconteceu no exemplo trabalhado no capítulo anterior, referente à necessidade ou não de ratificação do recurso especial, quando interposto outro recurso perante as instâncias ordinárias para

do sistema, o *stare decisis* horizontal precede ao vertical, não havendo como a força vinculante vertical surgir antes da horizontal.

Noutro giro, o *caput* do art. 927 do CPC/2015 discrimina os provimentos judiciais aptos a operar efeitos vinculantes. O art. 927, *caput*, I e II, do CPC/2015, prevê que os tribunais observarão “*as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*” e “*os enunciados de súmula vinculante*”. Essas duas regras não representam inovação alguma ao sistema jurídico, porque o legislador ordinário cingiu-se a reproduzir na legislação ordinária regras de envergadura constitucional, notadamente as estatuídas no art. 102, §2º, e art. 103-A da Constituição.

A profunda mudança de paradigma reside, assim, nas regras insculpidas no art. 927, III a V, do CPC/2015. O art. 927, III, do CPC/2015 consagra a eficácia vinculante dos precedentes do STF e do STJ firmados a partir de determinados incidentes processuais, quais sejam, de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de processo e julgamento de recursos repetitivos. O art. 927, IV, do CPC/2015 confere força obrigatória aos enunciados de súmula do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional federal. O art. 927, V, do CPC/2015 impõe a obrigação de os tribunais seguirem “*a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*”, sendo um dos fundamentos positivados do *stare decisis* horizontal, conforme já frisado.

Entretanto, é preciso ressaltar, uma vez mais, que o sistema de precedentes, a despeito de ter sido disciplinado pelo CPC/2015 em boa hora, funda-se, na realidade, em valores, princípios e garantias decorrentes da própria Constituição, extraídos sobretudo dos direitos e garantias fundamentais, como a igualdade, a legalidade, a segurança jurídica, a boa-fé objetiva, a proteção da confiança, a não surpresa, o devido processo legal, a publicidade, o contraditório e o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais e tem por objetivo conferir maior racionalidade, estabilidade, integridade e coerência ao ordenamento jurídico em geral e à atividade jurisdicional em particular.

Vários desses princípios constitucionais estão expressamente positivados nos §§ do art. 927 do CPC/2015.<sup>733</sup> Aliás, conforme preconiza o art. 1º do CPC/2015, toda a legislação

---

outra parte. Depois de longa divergência jurisprudencial no STJ, a questão foi finalmente uniformizada pela Corte Especial, tendo a tese jurídica vencedora sido cristalizada no enunciado da súmula 418.

<sup>733</sup> No Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, o *caput* do art. 521, correspondente ao art. 927 do CPC/2015, fazia menção expressa aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia. Além disso, os §§ 7º, 8º e 9º do art. 521 do Substitutivo, que, respectivamente, tratavam, de forma expressa, dos fundamentos determinantes do precedente (*ratio decidendi*), da sua parte que é *obiter dictum* e do *distinguishing*, lamentavelmente foram suprimidos da versão final do projeto que foi aprovada no Senado e que foi à sanção presidencial,

processual civil, vale repetir, há que passar por uma filtragem constitucional, devendo as suas disposições ser ordenadas, disciplinadas e interpretadas de acordo com os valores e as normas fundamentais previstos na Constituição, ao passo que o seu art. 8º impõe ao juiz, ao aplicar o “ordenamento jurídico”, o dever de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando, dentre outros valores, a dignidade da pessoa humana e a legalidade.

As próprias noções de ordenamento jurídico e do princípio da legalidade, naturalmente, previstas no art. 8º do CPC/2015, carecem de ser revistas em um sistema de precedentes vinculantes ordenado, em última análise, pela Constituição.<sup>734</sup> A legalidade não se resume mais na noção de vinculação à lei, devendo ser compreendida de forma mais ampla, como vinculação à ordem jurídica conglobante, na qual se integram os precedentes.<sup>735</sup>

O art. 927, §1º, do CPC/2015, ao fazer remissão expressa aos seus arts. 10 e 489, §1º, importou para o centro do sistema de produção e aplicação de precedentes vinculantes, as garantias processuais constitucionais do contraditório e da fundamentação adequada.

Não há dúvida de que em um Estado Democrático de Direito a legitimação das decisões do Poder Judiciário decorre precipuamente da sua adequada fundamentação e da possibilidade de participação e efetiva influência das partes interessadas e da sociedade em geral no processo decisório e na construção da própria decisão.

A fundamentação adequada das decisões é ainda garantia de primeira ordem das partes e da sociedade contra o arbítrio judicial, sendo sua observância imprescindível para a integral realização do princípio constitucional do acesso à jurisdição, pois decisões arbitrárias equivalem à denegação da justiça.<sup>736</sup>

Sobretudo em um modelo de precedentes vinculantes editados por tribunais supremos no legítimo exercício de sua função nomofilática, a observância do contraditório

---

dando origem ao CPC/2015. Contudo, a supressão desses parágrafos, em verdade, não afetou o microsistema de precedentes criado pelo CPC/2015, especialmente em face do disposto no seu art. 489, §§1º a 3º.

<sup>734</sup> A propósito, o enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis apregoa que “A expressão ‘ordenamento jurídico, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

<sup>735</sup> Nesse sentido: “A legalidade há de ser compreendida à luz dos padrões dos nossos dias. Há muitas décadas, vem considerando-se o entendimento no sentido de que o juiz não está vinculado à lei, em sua literalidade. O juiz está vinculado ao sistema jurídico, que é composto de normas, interpretadas pela jurisprudência, à luz da doutrina. Esses elementos (a jurisprudência e a doutrina) funcionam como filtros em relação ao texto da lei. É o resultado desse filtro que o juiz está vinculado”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

<sup>736</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 287.

dinâmico, compreendido como a prerrogativa de que as partes e os interessados, potencialmente afetáveis pela decisão, possam efetivamente exercer influência no processo decisório, tendo seus argumentos efetivamente apreciados, torna-se uma das vigas-mestre do sistema jurídico.

Nesse contexto, a finalidade própria do processo no Estado Democrático de Direito, como procedimento desenvolvido em contraditório, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves, jaz na preparação participada da sentença.<sup>737</sup> A presença do contraditório no procedimento “*possibilita que as partes construam, com o juiz, autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença*”.<sup>738</sup>

A fundamentação das decisões judiciais, mormente aquelas proferidas pelo STF e pelo STJ que gozam do atributo da eficácia vinculante, cristalizam-se como o ponto culminante do procedimento em contraditório, caracterizando-se, nas palavras de Marcelo Pereira de Almeida, como “*a consagração do direito de consolidação do debate, realizado pelas partes em todas as fases do processo, ou seja, representa um momento de se externar que o contraditório se desenvolveu de modo dinâmico ou não*”.<sup>739</sup>

O princípio do *iura novit curiae* permanece hígido no sistema jurídico, mesmo que com certo temperamento imposto pelo contraditório dinâmico e pelo dever de fundamentação. O juiz pode decidir com base em fundamento jurídico não levantado pelas partes, no que se inserem os precedentes invocados de ofício, desde que lhes seja facultada oportunidade prévia de manifestação sobre o fundamento ainda não controvertido.<sup>740</sup>

Como se nota, o contraditório e o dever de fundamentação adequada são garantias constitucionais interconectadas e absolutamente primordiais para que as decisões judiciais, em geral, e os precedentes vinculantes, em particular, gozem de legitimidade constitucional em um Estado Democrático de Direito. O art. 927, §1º, do CPC/2015 traduz a consagração dessa conexão no plano infraconstitucional no âmbito da teoria dos precedentes.

Uma das principais preocupações da doutrina brasileira repousa justamente no campo da fundamentação das decisões judiciais, área em que a interpretação e a aplicação dos precedentes ocupa lugar de primeiro destaque.

---

<sup>737</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 165.

<sup>738</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>739</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 234.

<sup>740</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.318.

Nutre-se o receio de que as teses jurídicas firmadas nos precedentes sejam aplicadas de forma mecânica ou automatizada, mediante a singela citação de julgados e de suas ementas, sem que se atribua aos fatos relevantes a atenção devida e sem que se faça a reconstrução discursiva e dialética (em contraditório dinâmico) do precedente cuja aplicação se pretende fazer operar no caso presente, bem como o cotejo fático-jurídico entre ambos. A preocupação assenta-se na forma como os operadores do direito em geral, mas, sobretudo, os juízes e tribunais, irão lidar com decisões judiciais dotadas de força vinculante, que agora formalmente integram o ordenamento jurídico como uma de suas fontes primárias.<sup>741</sup>

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron trazem a seguinte advertência:

[...] falta aos nossos tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos precedentes. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual é o entendimento correto, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo. E essas assertivas devem valer também para os enunciados de súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem.<sup>742</sup>

De fato, como visto no primeiro capítulo, a aplicação dos precedentes deve pautar-se sempre na comparação entre os casos presente (*instant case*) e pretérito (*precedent case*). O precedente não pode jamais se autonomizar dos fatos que lhe deram origem, somente podendo ser compreendido a partir da situação concreta em que foi produzido.<sup>743</sup> A acurada identificação dos *material facts* verificados nos casos paradigma e sob julgamento é traço indelével do sistema de precedentes vinculantes.

Mais que isso, entretanto, é preciso lembrar que a vindicada comparação não se restringe aos aspectos fáticos relevantes constatados em ambos os casos, como costuma lembrar a doutrina. O cotejo analítico deve também abranger os argumentos jurídicos relevantes

---

<sup>741</sup> “O absurdo volume de trabalho, aliado à constante falta de estrutura adequada, vem fazendo com que os juízes se valham dos entendimentos consagrados nos tribunais superiores de forma mecânica, sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto como sujeitável a tais entendimentos, e muito menos na imprescindível correlação entre o caso concreto e o entendimento consolidado pelos tribunais superiores utilizado para resolvê-lo. E com a ampliação da eficácia vinculante teme-se, com razão, que os julgadores não compreendam que a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não meramente mecânico”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.487.

<sup>742</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 339.

<sup>743</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90.

abordados e debatidos no precedente cuja aplicação se pretende fazer incidir no caso atual em julgamento.

A moderna concepção da garantia do contraditório impõe que, ainda que verificada a mesma moldura fática, eventuais novos argumentos jurídicos relevantes sejam enfrentados pelo STF ou pelo STJ, podendo ocorrer a ampliação ou redução do campo gravitacional do precedente *a priori* aplicável ou mesmo a sua revogação. A decisão que não os enfrentar será considerada não fundamentada, nos termos do art. 489, §1º, V, do CPC/2015.<sup>744</sup>

Ademais, a fim de evitar-se a aplicação irrefletida e equivocada dos arestos vinculantes, deturpando o sistema de precedentes positivado pelo CPC/2015, é preciso ter sempre em mente que a *ratio decidendi*, ainda quando solenemente proclamada pelo STF ou pelo STJ em forma de um enunciado o mais direto, genérico e objetivo possível, à semelhança de um ato legislativo ou de uma súmula, é sempre um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido quando da análise de um caso concreto superveniente.

Por mais claras que sejam as suas *rationes decidendi*, a aplicação dos precedentes não dispensará a atividade interpretativa. Nesse sentido, Lênio Streck e Georges Abboud advogam que

[...] não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação. Isso porque não há um descobrir da norma, a partir de um significado já contido dentro de seu texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. Discutir precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes é, necessariamente, adentrar no delicado campo da hermenêutica.<sup>745</sup> [...] Há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o caso concreto. É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade, promovendo o surgimento de novas normas na medida em que novos casos forem decididos. Isso quer dizer que a norma que surge desse caso concreto é, no momento seguinte, também um texto, do qual exurgirá uma nova norma.<sup>746</sup>

<sup>744</sup> A propósito, Maurício Ramires adverte que “é preciso cuidado para não hiperintegrar o direito, usando um precedente como uma norma que vá além dos seus fatos e que extrapole o limite de seu campo gravitacional. É imprescindível estar atento às distinções e identificações exigidas pelas especificidades dos casos. Para se obter respostas corretas em direito, é necessário antes fazer as perguntas corretas em cada caso. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

<sup>745</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49.

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 54.

Registre-se, a propósito, que o CPC/2015 previu regra específica para a interpretação das decisões judiciais (e não das leis ou da Constituição), dentre as quais os precedentes. O art. 489, § 3º do CPC/2015 estatui que “*a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.*” Esse dispositivo legal combina o postulado da unidade interpretativa das decisões judiciais com o princípio da boa-fé, estabelecendo, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a obrigação de “*respeitar a sentença como uma unidade de sentido e interpretá-la dentro do quadro de expectativas legítimas geradas pelo debate judiciário*”.<sup>747</sup>

Demais disso, ao menos no campo legislativo, impende ressaltar que o *distinguishing* foi bem trabalhado pelo legislador do CPC/2015. A técnica da distinção foi prevista em diversos dispositivos legais e sua aplicação é oportunizada em diferentes estágios processuais.

Primeiramente, o art. 489, §1º, VI, do CPC/2015 toma como não fundamentada a decisão que “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. Não custa lembrar, uma vez mais, que o art. 489, §1º, do CPC/2015 também é aplicável aos tribunais superiores, no campo formação e aplicação de seus próprios precedentes vinculantes, por disposição expressa do art. 927, §1º, do CPC/2015.

Caso o juiz ou qualquer tribunal, inclusive os das instâncias extraordinárias, recuse aplicação a precedente sem demonstrar a ocorrência do *distinguishing* a decisão será considerada omissa, sendo impugnável por meio dos embargos de declaração, conforme estatui o art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC/2015. Evidentemente, caberá ao embargante demonstrar, analiticamente, a identidade fático-jurídica de seu caso com o precedente cuja aplicação fora recusada. Caso o órgão prolator da decisão embargada não reconheça a existência de omissão, a decisão será considerada nula por falta de fundamentação, devendo ser impugnada pelo recurso adequado.

Em se tratando de sentença de juiz de primeiro grau, o tribunal, ao apreciar a apelação, estando o processo em condições de imediato julgamento, poderá decretar a sua nulidade e decidir, desde logo, o mérito do recurso, nos termos do art. 1.013, §3º, IV, do CPC/2015. Poderá também ser suscitada, como preliminar da apelação, a ausência de

---

<sup>747</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 495.

fundamentação das decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento, que não tenha aplicado precedentes mediante a técnica estabelecida pelo art. 489, §1º, VI, do CPC.

Na hipótese de o tribunal de segundo grau não reconhecer a distinção entre os casos, mantendo a suspensão do feito, mesmo após a interposição de embargos de declaração, o art. 1.025 dispõe que “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*”, abrindo ensejo à interposição de recurso extraordinário ou especial, fundado em violação do disposto no art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC/2015 c.c. art. 93, IX, da Constituição.

As situações acima retratadas referem-se à possibilidade de realização do *distinguishing* em processos em curso em face de precedentes já existentes.

A técnica do *distinguishing* tem também disciplina específica no que toca à fase de afetação de recursos repetitivos, ou seja, durante o processamento do incidente de julgamento dos recursos repetitivos e, por conseguinte, antes mesmo da criação do precedente.

Conforme preconizam os §§ 9º a 13 do art. 1.037 do CPC/2015, após a decisão de afetação preferida pelo relator dos recursos-piloto, todos os demais feitos versando sobre a mesma questão controvertida repetitiva terão, em qualquer grau de jurisdição, seu trâmite suspenso por ato fundamentado do juízo no qual se encontrem, não sendo o sobrestamento automático, como já salientado. As decisões individualizadas de suspensão – de juiz singular ou de membro de tribunal – devem demonstrar, ainda que sucintamente, mas sempre com fundamentação adequada, que os casos sobrestados veiculam a mesma questão objeto da afetação. Se, porém, a parte interessada, por simples requerimento, demonstrar a existência da distinção, poderá pugnar pelo prosseguimento do feito. Reconhecida ou não a distinção, caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou agravo interno, se a decisão for de relator, seja ele ministro de uma corte superior ou desembargador de um tribunal de segunda instância.

Não bastasse isso, o legislador cuidou ainda de disciplinar o manuseio da técnica de distinção inclusive em situações em que a decisão final de mérito já tiver sido apanhada pelas notas da imutabilidade e da indiscutibilidade decorrentes da formação da coisa julgada material.

A demonstração da distinção pode abrir caminho à rescisão de decisão de mérito que “violou manifestamente norma jurídica”, hipótese na qual se ajusta a “*decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha*

*considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento*”, como prescreve o §5º do art. 966 do CPC/2015, incluído pela Lei 13.256/2016.

O CPC/2015 previa ainda mais duas hipóteses de distinção dirigidas especificamente aos tribunais superiores, destinadas a impedir-lhes a inadmissão de recursos excepcionais fundados em dissídio jurisprudencial e de embargos de divergência com base em argumentos genéricos de que as circunstâncias fáticas são diferentes. O art. 1.029, §2º, do CPC/2015 dispunha que *“quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”*. O art. 1.043, §5º, do CPC/2015 prescrevia que *“é vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”*.

Lamentavelmente, essas duas regras foram expressamente revogadas pelo art. 3º, II, da Lei 13.256/2016. Contudo, a despeito da sua revogação formal, a obrigação dos tribunais superiores em fazer a distinção fática entre o caso tratado no recurso sob análise e os fatos materiais do precedente *prima facie* aplicável permanece hígida a partir de uma interpretação teleológica do sistema de precedentes vinculantes, especialmente por força do art. 927, 1º, e art. 489, §1º, IV e VI, do CPC/2015. As decisões do STF e do STJ que inadmitirem recursos extraordinário ou especial e embargos de divergência sem demonstrarem a dessemelhança fático-jurídica entre os casos presente e paradigma é passível ainda de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC/2015, que faz remissão expressa ao art. 489, §1º.

De outro lado, em momento igualmente oportuno, o CPC/2015 atraiu, para o centro do sistema processual civil pátrio, regras de suma importância relacionadas à revogação de precedentes. Tratam-se dos §§2º a 4º do art. 927 do CPC/2015.

Consoante analisado no primeiro capítulo, os precedentes devem ser passíveis de revogação em determinadas circunstâncias, como diante de uma superveniente mudança legislativa ou da perda de sua congruência social ou da sua consistência sistêmica. Assim como as leis, os precedentes devem ser suscetíveis de alteração para não truncarem o desenvolvimento do direito e, conseqüentemente, atravancarem a própria evolução da sociedade. Atendidos certos pressupostos, o órgão judicial que cria o precedente tem a prerrogativa de revogá-lo, como que por força mesmo de um poder implícito (*implied power*).

Rememore-se, ademais, conforme discorrido no segundo capítulo, mormente à luz da função de nomofilaquia tendencial inerente aos Tribunais Supremos, que a modulação dos efeitos temporais da decisão que revoga precedente há que ser compreendida no contexto jurídico-dogmático em que se inserem as distinções jusfilosóficas entre os papéis das cortes de precedentes e de mera correção.<sup>748</sup>

Outrossim, como se viu no capítulo anterior, ao longo das últimas décadas, no âmbito legislativo, doutrinário e pretoriano, o Brasil trilhou o caminho da contínua valorização das decisões judiciais, especialmente das provindas do STF e do STJ. Contudo, em contrapartida à expressiva ascensão jurídica desses precedentes (se é fato que não se deve torná-los imutáveis) há que se impor a esses tribunais superiores maior deferência e cautela na sua superação.<sup>749</sup>

Não raramente, a mudança de entendimento decorre apenas da alteração parcial da composição do órgão julgador, quando então alguns ministros vislumbram a oportunidade de reabrir uma determinada discussão – via de regra já consolidada –, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista jurídico sobre essa questão controvertida, o que muitas vezes culmina na revogação do precedente. No mais das vezes, o fundamento para a alteração da orientação consolidada cinge-se à declaração de que o entendimento anterior não é o mais correto e que o equívoco interpretativo precisa ser corrigido.

O repositório jurisprudencial do STF é rico em registros de casos em que a Corte realizou guinadas bruscas e repentinas em sua jurisprudência dominante. Houve situações em que o Pretório Excelso, desde o advento da Constituição de 1988, por mais de uma vez, mudou radicalmente sua compreensão sobre a interpretação e o alcance de uma mesma cláusula constitucional. Em outros tantos casos, o STF abandonou entendimentos poucos anos depois de tê-los firmado. O apontamento de alguns exemplos dessas duas indesejáveis situações vem a calhar.

O Plenário do STF, em 17/02/2016, ao julgar o HC 126.192 – ainda pendente de publicação –, fixou o entendimento de que não fere a garantia da presunção de inocência, vazada no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, a execução provisória da pena imposta em sentença

---

<sup>748</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.078

<sup>749</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf)> Acesso em: 08 abr. 2016, p. 15.

condenatória, após o julgamento da apelação pelo tribunal de segunda instância, ainda que pendente recurso extraordinário ou especial. Esse novo precedente suplantou o entendimento fixado pelo próprio Plenário da Corte no HC 84.078<sup>750</sup>, julgado em 05/02/2009 – há apenas sete anos –, que vedava a execução provisória da pena, por entender somente ser possível, em caráter excepcional, antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, a prisão de natureza cautelar, cuja decretação deveria ser devidamente fundamentada em elementos concretos que a justificassem.

Outrossim, cabe registrar que o precedente firmado no aludido HC 84.078 houvera alterado a orientação pacífica da Corte sobre esse assunto desde a promulgação da Constituição de 1988. No HC 68.726<sup>751</sup>, julgado em 28/06/1991, o Plenário do STF assentara a mesma tese agora novamente sufragada pelo STF no HC 126.192.

Em 06/03/2008, discutindo sobre o alcance do art. 102, I, *j*, da Constituição, que fixa a competência da Corte para o julgamento de ações rescisórias, no julgamento dos RE 328.812 ED<sup>752</sup>, o Pleno do STF, por unanimidade de nove votos a zero, sob o fundamento de preservar a força normativa e de conferir máxima efetividade à Constituição, proclamou a não incidência da sua súmula 343<sup>753</sup> em matéria constitucional, consignando caber “*ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal*”.

Em 22/10/2014, pouco mais de seis anos depois da conclusão daquele importante julgamento, o Plenário do STF voltou a debater esse tema, dessa feita sob o regime da repercussão geral, por ocasião da apreciação do RE 590.809<sup>754</sup>, oportunidade em que assentou tese oposta à estatuída no RE 328.812 ED, no sentido da aplicabilidade da súmula 343 da Corte,

---

<sup>750</sup> HC: 84.078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010.

<sup>751</sup> HC 68726, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992. No meso sentido, cf.: HC 71.124, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 28/06/1994, DJ 23-09-1994; HC 74.983, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997, DJ 29-08-1997.

<sup>752</sup> RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008.

<sup>753</sup> Súmula 343: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

<sup>754</sup> RE 590.809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014.

até mesmo nos casos em que a decisão rescindenda fosse compatível com o entendimento da época do STF, posteriormente modificado.

Em 18/12/2002, por nove votos a um, o Pleno do STF, ao apreciar o RE 350.446<sup>755</sup>, analisando o alcance do princípio tributário da não cumulatividade previsto no art. 153, §3º, II, da Constituição, reconheceu o direito de os contribuintes realizarem o creditamento do IPI nos casos de aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, tal como sucedia, na época, com os insumos isentos. Menos de cinco anos depois, em 25/05/2007, no julgamento conjunto dos RREE 353.657<sup>756</sup> e 370.682<sup>757</sup>, o Plenário da Corte mudou completamente de posicionamento, não mais admitindo o creditamento aos contribuintes do IPI.

Os §§2º a 4º do CPC/2015 cuidam de aspectos procedimentais relacionados à possibilidade de realização do *overruling*, fazendo expressa alusão aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia e, ainda, à cláusula geral do “interesse social”, como valores norteadores da superação dos precedentes. Esses três parágrafos do art. 927 do CPC/2015 estabelecem limites mais rígidos e fixam determinados condicionamentos para a revogação de precedentes pelos tribunais superiores ou para a superação da jurisprudência pelos tribunais ordinários.

De plano, é preciso ressaltar que o dever de fundamentação adequada e de observância do contraditório dinâmico comporta uma importância ainda maior no campo da revogação de precedentes ou da mudança de jurisprudência dos tribunais, porque outros valores constitucionais como a segurança jurídica, a igualdade, a legalidade e a proteção da confiança entram em jogo.

Os §§2º a 4º do CPC/2015 são altamente salutares para mitigar a prática que ainda é relativamente comum e atual, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, de se promover bruscas modificações de entendimento, verdadeiras reviravoltas jurídicas (muitas vezes inesperadas), às vezes em curto intervalo temporal, sem apresentar justificativas efetivamente robustas para realizá-las e sem avaliar as consequências práticas e jurídicas dessas alterações, especialmente em face dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da

---

<sup>755</sup> RE 350.446, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2002, DJ 06-06-2003.

<sup>756</sup> RE 353.657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008.

<sup>757</sup> RE 370.682, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007.

proteção da confiança, conforme se viu dos exemplos supracitados de *overruling* promovidos pelo STF.<sup>758</sup>

Dispõe o § 4º do art. 927 do CPC/2015 que “*a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*”.

Já ficou sobejamente demonstrado que a modificação ou revogação de um precedente de um tribunal superior é, em tese, algo sempre possível e, em alguma medida, até mesmo desejável, quando necessário para evitar o engessamento do direito e, por consequência, a obstaculização do progresso social, político, econômico ou jurídico do Estado e da sociedade. Contudo, o STF e o STJ, para legitimamente promoverem o *overruling*, devem desincumbir-se de um ônus argumentativo elevado, bastante mais qualificado do que o necessário para a formação de um precedente inédito que solucione uma questão controvertida nunca antes apreciada por essas Cortes.

O CPC/2015, portanto, como não poderia deixar de ser, não impede o abandono dos precedentes. Estabelece, porém, balizas mais rígidas para que os tribunais em geral revoguem-nos, de sorte a evitar idas e vindas constantes ou mudanças de entendimento entre períodos relativamente curtos. *Mutatis mutandis*, pode-se afirmar que o CPC/2015, por meio dos seus art. 926, caput, e 927, §§2º a 4º, encampou a doutrina do *normally binding precedent* e não do *stricly binding precedent*, estudadas no capítulo primeiro.

O *stare decisis* horizontal, que carrega em si uma ideia de dever de autorrespeito aos precedentes, positivado nos arts. 926, caput, e 927, V, do CPC/2015, impõe aos tribunais o

---

<sup>758</sup> Ainda a propósito, Clara da Mota Santos assevera que: “*o Supremo Tribunal Federal é uma Corte que não titubeia em alterar os seus precedentes e que diverge de precedentes em vigor nos seus julgamentos, ignorando-os. Esse tipo de situação corriqueira desacredita o sistema de vinculação e não permite que se alastre uma cultura judicial de segurança jurídica pela fulminação das suas premissas básicas: coerência e confiabilidade. A título de exemplo, cito julgamento criminal sobre a incidência da causa de aumento da pena de uso de arma de fogo no crime de roubo. Para definir se o crime de roubo somente teria a sua pena aumentada se a arma fosse a apreendida e periciada, o STF teve diversas idas e vindas. Em 19.02.2009, o pleno decidiu que não era necessária a perícia (HC nº. 96099/RS), porém, em março do mesmo ano, após o precedente, continuaram sendo editadas decisões divergentes pela 2ª Turma da Corte (HC nº. 96865). De igual modo, no julgamento da AP nº. 470/MG, a acusação recorrente da defesa dos réus do caso do “Mensalão” foi a de injustificada alteração na jurisprudência do Tribunal*”. SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade a tese de sua objetivação*. Brasília: UnB, 2013. Dissertação (mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 47-48.

dever de manter a estabilidade, a integridade e a coerência de sua jurisprudência ou de seus precedentes.

Portanto, sob a batuta do CPC/2015, não basta que o tribunal sustente que o precedente está fiado em uma interpretação errada ou que é injusto como fundamento exclusivo para revogá-lo. O art. 927, §4º do CPC/2015 determina que a decisão que promove o *overruling* tenha fundamentação adequada e específica e, ainda, que realize a ponderação concreta das possíveis consequências da mudança do entendimento - que equivale à mudança do próprio direito na matéria específica objeto da decisão -, exigindo, de forma expressa, que sejam levados em consideração, no processo argumentativo decisório, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.<sup>759</sup>

O tribunal, ao pretender promover o *overruling*, tem a obrigação jurídica de demonstrar as vantagens decorrentes da modificação do entendimento, isto é, que a fixação do novo entendimento melhor atende ao interesse público do que a preservação do precedente anterior, notadamente porque a mudança de posição goza de expressivo potencial para violar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

O entendimento consubstanciado no precedente ou na jurisprudência dos tribunais superiores representa autêntica manifestação do direito, com expressivo grau de concretude, certeza e cognoscibilidade. Quanto mais antigo e mais consolidado for o seu precedente ou a sua jurisprudência, mais forte será a confiança nele depositada pela sociedade e, por conseguinte, maior será o ônus argumentativo imposto ao tribunal para superá-lo, pois, naturalmente, o *overruling*, nesses casos, provocará maior abalo na ordem jurídica, frustrando, ilegitimamente e com maior intensidade, o princípio da proteção da confiança justificada.

Noutro giro, há que se ter em mente que os precedentes emanados das mais altas cortes do país vieram paulatinamente ganhando, ao longo das últimas décadas, cada vez maior autoridade e respeito, atingindo seu ponto culminante com a edição do CPC/2015, funcionando como primorosos modelos normativos de conduta para as pessoas físicas e jurídicas. Por isso,

---

<sup>759</sup> Neste sentido, diz Luís Roberto Barroso: “*se a cada momento o Judiciário pudesse modificar o seu entendimento sobre a legislação em vigor e atribuísse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica. Nada do que ocorreu no passado poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares, já que, a qualquer momento, a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário. É evidente que uma construção nesse sentido seria totalmente incompatível com a ordem constitucional brasileira. A ‘boutade’ de que no Brasil até o passado é incerto não fornece boa doutrina*”. In: *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf)> Acesso em: 08 abr. 2016, p. 20.

a revogação dos precedentes não deve alcançar os atos e negócios celebrados no passado sob a égide do precedente então em vigor, porque a automática retroatividade do novo entendimento feriria de morte valores constitucionais centrais no Estado de Direito, como a segurança jurídica, a proteção da confiança e irretroatividade do direito.

Sobreleva então a importância monumental da regra insculpida no §3º do art. 927 do CPC/2015, que permite que o tribunal proceda à modulação dos efeitos da decisão que promove o *overruling*, levando em consideração o “*interesse social ou a segurança jurídica*”.

Esse dispositivo consubstancia uma expressiva mudança de paradigma, pois rompe com a concepção histórica de que a revogação de precedentes opera sempre com retroatividade plena, alcançando todas as relações jurídicas e eventos consumados antes da mudança de entendimento.<sup>760</sup>

Como já frisado no capítulo anterior, uma vez que a modificação do precedente implica mudança no ordenamento jurídico, isto é, no próprio direito vigente, a regra geral do sistema constitucional-processual deve ser a atribuição de efeito prospectivo à decisão revogadora, em deferência, inclusive, ao princípio da irretroatividade talhado no art. 5º, XXXVI, da Constituição, cujo campo de incidência não se restringe apenas à lei.<sup>761</sup>

O CPC/2015, como se nota, prevê a possibilidade do STF e do STJ promoverem a modulação dos efeitos de seus *overrulings*, permitindo a limitação da retroatividade ou a atribuição de efeitos prospectivos ao novo precedente. Além disso, o art. 927, §3º, do CPC/2015, acertadamente, não faz qualquer restrição à modulação em razão do conteúdo do precedente novo, ou seja, não leva em conta se o *overruling* envolve declaração incidental de inconstitucionalidade<sup>762</sup> ou mera reinterpretação de leis ou outros atos normativos federais, estaduais, distritais ou municipais, precisamente porque o fundamento constitucional primário da manipulação temporal consiste na tutela dos princípios da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé e da irretroatividade do Direito.

---

<sup>760</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. *Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: Alexandre Freire et al. (organizadores). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, p. 693.

<sup>761</sup> Nesse sentido, prescreve o Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que: “*Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto*”.

<sup>762</sup> Uma lei inicialmente declarada constitucional pelo STF, em controle difuso, pode ser posteriormente declarada inconstitucional. Neste caso, o STF promoverá, concomitantemente, a fiscalização incidental da constitucionalidade de dada lei e a revogação de um entendimento sedimentado, o *overruling* propriamente dito.

Finalmente, ainda quanto à disciplina processual relativa à modificação de precedentes, o art. 927, §2º, do CPC/2015 prescreve que “*a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*”

Essa regra estipula que o tribunal poderá realizar audiências públicas e ouvir *amicus curiae*, a fim de obter melhores subsídios para avaliar se a possível mudança do precedente é necessária e positiva para o sistema jurídico. Seguramente, a contribuição apresentada para a rediscussão da tese deve ser seriamente levada em consideração pelo órgão competente na fundamentação do processo decisório, sendo desimportante que o *overruling* venha ou não a ocorrer. Em qualquer caso, os argumentos dos terceiros convidados a colaborar devem ser abertamente tematizados e debatidos, pois, do contrário, mostrar-se-ia inútil a participação deles.<sup>763</sup> Esse dispositivo, portanto, complementa e reforça o dever de fundamentação adequada e de observância do contraditório dinâmico previsto no art. 927, §1º, do CPC/2015.

A realização de audiências públicas e a autorização de participação de *amicus curiae* representam novos mecanismos destinados a promover a participação popular direta no processo decisório perante os tribunais superiores.<sup>764</sup> A propósito desses novos instrumentos processuais de democratização do acesso ao Poder Judiciário, José Rodrigo Rodriguez pondera que

[...] ainda que esses mecanismos de participação direta sejam incipientes, por meio deles pode-se ampliar a quantidade de opiniões que influem sobre a decisão final, garantindo-se que a votação que culmina na decisão não resulte apenas da opinião de

<sup>763</sup> A propósito, o CNJ, em pesquisa empírica referente à prática de se seguirem precedentes judiciais no país, realizada em parceria com a Faculdade de Direito da UFMG, verificou que o STJ, sob o regime do CPC/1973, raramente utilizava os argumentos trazidos por terceiros, como os *amicus curiae*, na fundamentação de seus julgamentos. Ou seja, apesar de instados a se manifestar com base no art. 543-C, §4º, do CPC/1973, a manifestação de terceiros (e mesmo do Ministério Público), reiteradamente, não era levada em consideração no processo decisório, tendo tido pouca influência no *iter* de formação dos precedentes da Corte. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação de sua autoridade no Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante. [et al.]; Alice Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves [et at.]. Brasília/2015, p. 95.

<sup>764</sup> No âmbito do processo administrativo federal, a democratização da participação popular já é viável há mais de 15 anos e pode ocorrer por meio de consultas e audiências públicas, podendo, ainda, ser estabelecidos pelos órgãos ou entidades da Administração Pública federal “*outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas*” – algo análogo ao *amicus curiae* -, conforme preconizam os arts. 31 a 35 da Lei 9.784/1999.

um pequeno grupo de pessoas. No registro de um modelo centrado na fundamentação das decisões, a participação da sociedade se dá pela via da fundamentação mesma. Diante de uma decisão em concreto, trata-se de saber se o Judiciário levou em consideração todos os argumentos relevantes que estejam em debate naquele momento na esfera pública e, portanto, que podem vir a afetar a decisão final. A decisão deve ser fundamentada de forma complexa e rica, sendo capaz de examinar, acatar ou refutar a maior quantidade possível de interesses e argumentos.<sup>765</sup>

No CPC/2015, a participação dos “amigos da Corte” no processo, disciplinada pelo seu art. 138, é classificada como modalidade de intervenção de terceiro. Porém, ao contrário do que sucede nas modalidades clássicas de intervenção de terceiros, como na assistência, na denúncia da lide ou no chamamento ao processo, a atuação do *amicus curiae* prescinde da demonstração de interesse jurídico direto.<sup>766</sup> A decisão a ser tomada no processo em que o *amicus* intervém não repercute na sua esfera jurídica, não criando, modificando ou extinguindo direitos seus.

Ao invés da existência de interesse jurídico, a participação do *amicus curiae* reclama a aferição da representatividade adequada da pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, considerando-se a relevância, a especificidade da matéria controvertida ou a repercussão social subjacente à controvérsia. A representatividade adequada do *amicus* deve ser aquilatada em cada caso concreto, ou seja, o relator do recurso excepcional repetitivo deve verificar se o interveniente tem efetivas condições de representar o interesse de certo grupo ou categoria.<sup>767 768</sup>

Historicamente, a intervenção do *amicus curiae* baseou-se na necessidade de se levar ao conhecimento do juízo informações úteis ou até mesmo indispensáveis não apresentadas pelas partes, mas que poderiam conduzir o processo a um resultado mais satisfatório.<sup>769</sup> A sua atuação visa, pois, a contribuir para o aperfeiçoamento da decisão judicial,

<sup>765</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 109.

<sup>766</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: JÚNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 436.

<sup>767</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

<sup>768</sup> Por isso, os *amici* não são necessariamente agentes imparciais ou neutros, podendo suas manifestações, mormente nos casos envolvendo litigantes habituais, serem feitas de forma estratégica, de modo a impactar a construção dos padrões decisórios benéficos a seus interesses. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 360-361.

<sup>769</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 238.

subsidiando o tribunal com argumentos e considerações mais profundas, de modo a propiciar uma solução mais adequada para o litígio.<sup>770</sup>

Pela interpretação sistemática e teleológica dos arts. 926 e 927, §§2º a 4º, do CPC/2015, pode-se afirmar que o STF e o STJ, ao realizar o *overruling* de sua jurisprudência consolidada, têm o dever inafastável de deliberar sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão revogadora, limitando a sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos a partir da publicação do novo entendimento (efeito *ex nunc*) ou de outra data que for estabelecida pela Corte (efeito pró-futuro). Não podem esses tribunais simplesmente calar-se sobre a viabilidade ou não de efetuarem o *prospective overruling*. A ponderação de valores, a justificar ou não a modulação temporal, há sempre que ser feita quando se revoga um precedente.

Outro aspecto de colossal relevância para o sucesso de um sistema de precedentes, mormente no que tange à sua criação e aplicação futura, relaciona-se às rotinas de organização e de divulgação das decisões.

A ampla publicidade do procedimento de tramitação e julgamento de recursos repetitivos é também fator imprescindível para o sucesso do modelo de precedentes vinculantes, mormente no que tange à sua criação e aplicação futura. As rotinas de organização e de divulgação dos precedentes são de colossal relevância para o adequado funcionamento do sistema jurídico.

No ponto, é mister resgatar que a teoria dos precedentes vinculantes, como frisado no primeiro capítulo, somente se consolidou na Inglaterra, a partir da segunda metade do século XIX, quando os tribunais começaram a registrar e organizar, de forma fidedigna e célere, seus principais julgados, os quais passaram a ser divulgados e publicados por meio de repositórios de precedentes feitos por profissionais (*the reporters*). Esses repositórios, com o passar do tempo, tornaram-se preciosa fonte de consulta de juízes e advogados, imprescindível para o funcionamento do modelo de precedentes, inclusive por contribuírem decisivamente para que a sua aplicação não afetasse a integridade do sistema jurídico inglês como um todo.

Por isso, o art. 926, §5º, dispõe que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Entretanto, a garantia da ampla publicidade não se restringe à divulgação dos precedentes já formados, devendo abranger também o próprio procedimento de sua formação.

---

<sup>770</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

O art. 979 do CPC/2015, que dispõe sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas – aplicável à sistemática dos recursos repetitivos não só por força da existência de um microsistema de causas repetitivas, mas também por força da regra expressa do seu §3º – que prevê “*a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.*” O art. 979, §2º, a fim de facilitar o acesso e a identificação dos precedentes, determina que os tribunais criem uma espécie de *cadastro eletrônico das teses jurídicas* ou de *repositório virtual de precedentes*, que deverá conter “*no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados*”.

Além disso, o sucesso da gestão processual da litigância de massa pressupõe a adequada organização e publicidade do procedimento para solução das demandas repetitivas. A publicidade é essencial para dar ciência aos juízes de instâncias inferiores, a fim de que determinem a suspensão dos processos em curso até o julgamento do mérito do recurso repetitivo e de que possam, quando for o caso, realizar o *distinguishing*.

À guisa de conclusão do presente tópico, todo órgão judiciário que pretenda aplicar ou deixar de aplicar um precedente próprio ou de um tribunal superior, distinguindo-o, superando-o (modulando ou não os efeitos do overruling nesse último caso), deverá fazê-lo sempre de maneira adequadamente fundamentada e observando o contraditório dinâmico, nos moldes do art. 927, §1º c.c. art. 10 e 499, §1º, do CPC/2015, de sorte que o risco de padronização decisória dentro do sistema judicial, alardeado por doutrinadores de escol, ao menos do ponto de vista legislativo, foi formalmente contornado pelo legislador ordinário por meio da introdução de técnicas processuais adequadas.

Dentro do universo jurídico talhado pelo novo modelo brasileiro de precedentes vinculantes, se bem compreendida a nova dogmática jurídica positivada pelo CPC/2015 pelos operadores do direito, especialmente pelos membros do Poder Judiciário, será o correto e criterioso manejo dos acórdãos vinculantes, mediante a efetiva e particularizada análise das circunstâncias fático-jurídicas relevantes presentes nos precedentes, que poderá expurgar, no plano material, o risco de padronização decisória, assegurando-se a realização da justiça no caso concreto.

#### 4.5. A CONSTRUÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

Os recursos excepcionais podem aportar no STF e no STJ veiculando questões jurídicas repetitivas ou não repetitivas, de direito material ou processual. Em qualquer caso, tratando ou não de matéria repetitiva, o conhecimento e o julgamento desses recursos devem atender a requisitos comuns, como, por exemplo, a tempestividade, o cabimento, o prequestionamento, o preparo e a comprovação da divergência jurisprudencial. A formulação de preliminar de repercussão geral, igualmente, deve estar sempre presente nas razões de todos os recursos extraordinários, repetitivos ou não, sob pena de inadmissão.

Assim, além de traçar a disciplina normativa infraconstitucional geral dos recursos extraordinário e especial em seus arts. 1.029 a 1.035, o CPC/2015 prescreve regras específicas para o processo e julgamento dos apelos excepcionais representativos de controvérsia, que estão contidas nos arts. 1.036 a 1.041<sup>771</sup>. Esses dispositivos legais devem também ser interpretados e aplicados em consonância com os arts. 926 a 928 do CPC/2015, pois integram o microsistema de processo e julgamento de casos repetitivos destinados à formação de precedentes vinculantes.

O art. 928 do CPC/2015, apesar de estar formalmente inserido no mesmo capítulo que os arts. 926 e 927, não guarda relação direta com a teoria dos precedentes. Esse dispositivo explicita o que o legislador entende por “julgamento de casos repetitivos”, compreendendo nessa expressão todas as decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos, seja em questões de direito material ou processual.

O art. 928 do CPC/2015 goza de relevância para a adequada compreensão e tutela dos direitos pluri-individuais, porquanto, em sendo uma das regras que dá substrato normativo ao microsistema de solução de casos repetitivos instituído pelo CPC/2015, funciona como vetor interpretativo que instrumentaliza a comunicabilidade e a interpenetração entre

---

<sup>771</sup> No CPC/2015, a disciplina normativa dos recursos extraordinário e especial repetitivos foi unificada. No CPC/1973, os recursos extraordinários repetitivos eram regidos pelo art. 543-B, acrescentado pela Lei 11.418/2006, e os recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C, incluído pela Lei 11.672/2008.

todas as disposições legais relativas à tutela desses direitos pluri-individuais, a fim de conferir-lhes o máximo de efetividade possível.<sup>772</sup>

Não é objeto do presente trabalho discorrer pormenorizadamente sobre todos os aspectos inerentes ao incidente de processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. A simples leitura dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, por si só, já viabiliza uma razoável compreensão da sistemática de tramitação e de decisão desses recursos excepcionais.

Interessa agora proceder à análise dos aspectos processuais inerentes à tramitação e ao julgamento dos recursos excepcionais repetitivos que guardam relação mais estreita com a teoria dos precedentes vinculantes e com a função nomofilática do STF e do STJ, cujas linhas mestras foram estudadas nos capítulos anteriores. Nesta parte final do presente trabalho, cabe tratar dos aspectos fundamentais relacionados à criação dos precedentes obrigatórios pelo STF e pelo STJ em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como a sua aplicação, nos casos já em curso e vindouros, por todos os juízos e tribunais, inclusive pelas Cortes Supremas responsáveis pela sua edição.

Antes de analisar o rito propriamente dito dos recursos repetitivos, cumpre tecer considerações sobre a competência para processá-los e julgá-los.

A competência para processar e julgar os recursos extraordinários e especial repetitivos não é fixada diretamente pelo CPC/2015, devendo ser estabelecida pelos regimentos internos do STF e do STJ, conforme prescreve a parte final do *caput* do seu art. 1.036.<sup>773</sup> Contudo, há certas diretivas interpretativas que defluem diretamente da Constituição e que devem ser observadas pelos regimentos internos desses tribunais.

---

<sup>772</sup> O dispositivo merece uma crítica quanto à terminologia adotada pelo legislador. O mais adequado seria falar em julgamento de questões repetitivas e não de casos repetitivos. Casos repetitivos, causas repetitivas ou demandas repetitivas (art. 976), referem-se a ações – em que há pretensão resistida, gerando, pois, o surgimento de pontos controvertidos –, envolvendo direitos substanciais pluri-individuais invocados em juízo, em que se alega a sua violação ou ameaça de lesão. Não abrange, assim, as questões ou pontos de natureza processual, cuja controvérsia a respeito da interpretação e do alcance de regras ou princípios processuais também tem o condão de gerar insegurança jurídica e situações anti-isonômicas. O parágrafo único do art. 928 deixa claro que o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos versam sobre *questões* de direito material ou processual.

<sup>773</sup> O art. 927 do CPC/2015, que trata dos precedentes vinculantes, dentre os quais os formados em sede de recursos repetitivos, também não dispõe sobre órgão competente para julgá-los. O art. 543-B do CPC/1973, que cuidava dos recursos extraordinários repetitivos não dispunha sobre o órgão do STF competente para apreciá-los. Por sua vez, o art. 543-C, §6º, do CPC/1973 fixava, expressamente, a competência da Corte Especial ou das Seções do STJ para o julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Vale lembrar que, no STF e no STJ, as decisões de uma turma não vinculam outras, funcionando apenas como exemplos. Igualmente, ante a ausência de hierarquia, as decisões de uma seção do STJ também não obrigam as outras duas seções e nem a Corte Especial.

No caso específico do STF, os recursos extraordinários, repetitivos ou não, só serão admitidos se for reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional neles ventilada. A repercussão geral não é um mero pressuposto processual de admissibilidade recursal destinado a viabilizar a automática inadmissão de todos os recursos extraordinários na qual não reconhecida sua existência pelo STF.

Dada a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos da causa, as teses jurídicas fixadas no julgamento do mérito dos recursos extraordinário processado sob o rito da repercussão geral têm por escopo guiar, com a nota da obrigatoriedade, a aplicação da tese firmada por todos os tribunais inferiores e pelo próprio STF. Não haveria, assim, sentido algum em admitir que uma turma do STF pudesse julgar um recurso extraordinário com repercussão geral, cujos efeitos não poderiam incidir sobre a outra por falta de ascendência entre elas.

Já foi assinalado que, por imperativo de racionalidade do próprio sistema judiciário, o *stare decisis* horizontal deve preceder ao *stare decisis* vertical. Enquanto não surgir a vinculação horizontal, não há como cogitar de plena estabilidade e integridade das decisões dos tribunais superiores, não se podendo, por conseguinte, exigir dos tribunais e juízos inferiores deferência irrestrita aos julgados dos órgãos fracionários menores do STF e do STJ.

Por isso, todas as decisões vinculantes previstas no art. 927 do CPC/2015 devem ser sempre proferidas pelo Plenário do STF, ou, no âmbito do STJ, pela Corte Especial ou por suas Seções especializadas.

Fundamentalmente, a tramitação e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos seguem cinco etapas distintas e consecutivas: a) a seleção de dois recursos múltiplos (recursos-pilotos) fundados “em idêntica questão de direito”; b) a afetação, por decisão monocrática do ministro relator, dos recursos representativos da controvérsia selecionados e remetidos pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem ou escolhidos pelos próprios ministros do STF ou do STJ, necessariamente dentre aqueles que possuam “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”; c) a adoção de providências preparatórias para o julgamento, como a possibilidade de participação de *amicus curiae*, da realização de audiências públicas e da solicitação de informações aos tribunais de

origem, seguida da oitiva, sempre obrigatória, do Ministério Público, visando a propiciar uma maior qualificação e legitimação da decisão final, por intermédio da ampliação do debate sobre o ponto controvertido; d) o julgamento propriamente dito do recurso, mediante a solução da questão de direito repetitiva controvertida, ensejando a criação do precedente vinculante com a proclamação solene da tese jurídica estabelecida (*ratio decidendi*); e, por fim, e) a aplicação do precedente criado, operando-se a irradiação dos seus efeitos em relação aos casos repetitivos pendentes e também aos futuros.

A etapa inicial de escolha dos recursos-piloto representativos da controvérsia é absolutamente fundamental para a legitimação da sistemática de processo e julgamento dos recursos repetitivos, mormente porque a tese que vier a ser fixada, revestida de eficácia vinculante, deverá ser aplicada a todos os demais casos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica. No ponto, o §6º do art. 1.036 do CPC/2015 estipula que “*somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida*”.

Evidentemente, a compreensão do que venha a ser um recurso dotado de “abrangente argumentação e discussão” envolve certa margem de discricionariedade, posto que essa expressão porta um conceito indeterminado, que depende de um juízo de valor a complementar-lhe o sentido e alcance.

Ciente da enorme importância da seleção adequada – e fiada em critérios os mais objetivos possíveis – dos recursos representativos de controvérsia e do gerenciamento dos processos sobrestados na origem, o CNJ editou a Resolução 160, de 19/10/2012, determinando que todos os Tribunais Superiores (exceto o STF), Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do país criassem, em caráter permanente, no âmbito de suas estruturas administrativas, um Núcleo de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivos – NURER, composto de, pelo menos, quatro servidores do seu quadro efetivo, destinado a subsidiar os presidentes ou vice-presidentes dos tribunais *a quo* e os ministros dos tribunais superiores na identificação das questões repetitivas na seleção dos recursos representativos da controvérsia e no monitoramento dos recursos extraordinários ou especial repetitivos encaminhados ao STF e ao STJ e também dos feitos sobrestados na origem.<sup>774</sup>

---

<sup>774</sup> As funções do NURER constam do *caput* do art. 2º da Resolução CNJ 160/2012, valendo destacar, por oportuno, as previstas nos seus incisos II a IV, *verbis*:

Art. 2º O NURER terá como principais atribuições:

II – uniformizar o gerenciamento dos processos submetidos à sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos;

O *caput* do art. 1.036 do CPC/2015, exige, para a aplicação da sistemática de trâmite e julgamento dos recursos repetitivos, que haja “*multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito*”.

A noção de multiplicidade de recursos também não é objetiva, devendo ser aferida a partir da constatação da mera potencialidade de multiplicação aritmética de ações e recursos versando sobre questões repetitivas com aptidão para comprometer a celeridade da prestação jurisdicional.<sup>775</sup>

Em relação à expressão “idêntica questão de direito”, é preciso compreendê-la como os pontos fático-jurídicos substancialmente idênticos, que compõe os *material facts* do recurso a ser julgado pelo STF e pelo STJ. Como visto, nenhum caso é rigorosamente igual a outro. Entretanto, há determinados fatos ou circunstâncias ou, ainda, certas características ou qualificações pessoais dos litigantes que são substancialmente irrelevantes, ou seja, que não justificam distinguir os processos do ponto de vista fático-jurídico, de sorte que todos os casos mereçam a mesma solução jurídica, em obséquio ao princípio da igualdade (*treating like cases alike*).

Nesse diapasão, é importantíssima a etapa seguinte, relativa à decisão de afetação. A regra vazada no art. 1.037, I, do CPC/2015, preconiza que o ministro relator do STF ou do STJ, ao proferir decisão de afetação, depois de verificar a presença dos requisitos previstos no *caput* do art. 1.036 do CPC/2015, “*identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento*”.

A acurada identificação da questão controvertida repetitiva a ser dirimida é crucial para viabilizar, por ocasião do julgamento do mérito do recurso extraordinário ou especial, a proclamação solene da tese jurídica estabelecida, ou seja, da *ratio decidendi* do precedente, além de facilitar, quando for o caso, a ulterior demonstração do distinguishing.

A acurada delimitação dos fatos materialmente relevantes presentes no caso e dos argumentos jurídicos a serem discutidos pelo colegiado são essenciais para viabilizar a formação de um precedente. “*A prévia definição do objeto do julgamento tem importância*

---

III – monitorar os recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de identificar controvérsias e subsidiar a seleção, pelo órgão competente, de 1 (um) ou mais recursos representativos da controvérsia;

IV – manter e disponibilizar dados atualizados sobre os recursos sobrestados no Tribunal, identificando o acervo a partir do tema e do recurso paradigma conforme a classificação realizada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça;

<sup>775</sup> SOUZA, Artur César. *Resolução de demandas repetitivas: comunicação de demanda individual, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 175-176.

*quando se almeja uma ratio decidendi precisa, com o conseqüente afastamento das decisões paradoxais e de obter dicta”.*<sup>776</sup>

A afetação do recurso representativo da controvérsia produz importantes efeitos jurídicos. Ao proferir decisão de afetação, incumbe ao ministro relator, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015, determinar a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em trâmite no território nacional, em qualquer fase ou instância, em que discutida a questão repetitiva afetada.

A suspensão dos processos, em todos os graus de jurisdição, visa a evitar a prolação de decisões contrárias à orientação que vier a prevalecer após o julgamento do recurso repetitivo afetado, assegurando, assim, que o resultado dos recursos afetados seja efetivamente útil em relação aos feitos sobrestados. A finalidade da sistemática dos recursos repetitivos não se resume a promover a redução do número de recursos que aportam nos tribunais superiores, sendo o seu escopo principal o de homogeneizar as decisões, assegurando solução igual para casos iguais e de racionalizar a atividade judicial como um todo.<sup>777</sup>

Na dicção original do CPC/2015, a suspensão dos processos dar-se-ia pelo prazo máximo de um ano. Findo esse prazo, e não tendo sido julgado o recurso afetado, cessaria automaticamente tanto a afetação em si quanto a suspensão dos processos. O §4º do art. 1.037, que estipulara essa regra, foi revogado pela Lei 13.256/2016. Assim, todos os processos envolvendo a questão jurídica repetitiva afetada no recurso representativo de controvérsia deverão permanecer suspensos até o julgamento final do mérito. Essa modificação legislativa se, de um lado, é positiva, porque busca evitar decisões contraditórias, de outro, pode tomar uma feição negativa, violando o princípio da razoável duração do processo, caso haja demora excessiva na conclusão do julgamento do incidente. É importante, portanto, que os tribunais superiores confirmem a necessária celeridade na tramitação e julgamento dos recursos repetitivos.

A suspensão dos processos em razão da decisão de afetação não é automática. Afetado o recurso pelo ministro relator, compete ao juízo no qual se encontram os processos versando sobre a questão repetitiva afetada determinar, caso a caso, a suspensão dos respectivos feitos, intimando-se, em seguida, as partes.

---

<sup>776</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.

<sup>777</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, a. 36, n. 191, jan. 2011, p. 190-191.

A intimação das partes, permite-lhes, se for o caso, realizar o *distinguishing*, demonstrando, de forma fundamentada, que a situação fático-jurídica debatida no seu processo é diversa daquela retratada no recurso extraordinário ou especial repetitivo afetado.

Demonstrada a distinção pela parte interessada, por decisão do juízo competente deve cessar a suspensão e o processo, até então sobrestado, retomará normalmente a sua marcha. Reconhecida ou não a distinção, caberá agravo de instrumento ou interno, conforme a decisão tenha sido proferida por um juiz de primeiro grau ou pelo relator de um tribunal. Conforme amiúde destacado no item anterior, a decisão judicial acerca do *distinguishing* deverá ser sempre fundamentada, nos moldes do art. 499, §1º, do CPC/2015.

Após a prolação da decisão de afetação, com todos os seus possíveis consectários, tem lugar a terceira etapa do trâmite dos recursos repetitivos, consistente na adoção de providências preparatórias para o julgamento, disciplinadas pelo art. 1.038, *caput*, I a III, e §§ 1º e 2º do CPC/2015.

O relator do recurso extraordinário ou especial repetitivo poderá, a seu prudente critério, adotar as medidas previstas no *caput* do art. 1.038 do CPC/2015, quais sejam: a) solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria, na forma prevista no regimento interno; b) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria; e c) requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia.

As duas primeiras medidas traduzem regras nitidamente concretizadoras do modelo constitucional de processo democrático e almejam conferir maior legitimidade às decisões proferidas em sede de recursos repetitivos, enquanto que a terceira fomenta o diálogo institucional entre os tribunais superiores e os tribunais de origem.<sup>778</sup>

A intimação do Ministério Público é sempre obrigatória, nos termos da parte final do art. 1.038, *caput*, III, do CPC/2015. Tendo em vista o evidente interesse público subjacente à decisão dos recursos extraordinário e especial repetitivos, que se destinam a formar precedentes formalmente vinculantes, a manifestação fundamentada e abrangente do Ministério Público, na condição de fiscal da ordem jurídica, sobre a questão controvertida é de rigor, de acordo com o estipulado no art. 127, *caput*, da Constituição c.c. art. 176 e 178, I, do CPC/2015.

---

<sup>778</sup> FREIRE, Alexandre. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.533.

Findo o prazo para manifestação do Ministério Público, o relator remeterá cópia do relatório aos demais ministros, devendo, em seguida, o recurso repetitivo ser incluído em pauta pelo presidente do órgão colegiado competente para julgá-lo.

Ato contínuo, apregoado o processo e facultadas as sustentações orais, o tribunal adentrará na etapa do julgamento da questão controvertida afetada, objeto do recurso extraordinário ou especial repetitivos, que deverá ocorrer com preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réus presos ou os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.038, §2º, do CPC/2015). Cuida-se do momento da prolação do acórdão e, portanto, da criação do precedente.

Inicialmente, no ponto, cabe frisar que é de suma importância que o relatório encaminhado aos demais ministros seja redigido de forma bastante clara e minuciosa, a fim de que sua simples leitura permita aos demais julgados, em particular, e à sociedade, em geral, terem ampla visão do litígio, obtendo a exata compreensão dos aspectos fáticos e jurídicos relevantes presentes e discutidos no recurso excepcional representativo da controvérsia, pois, não custa lembrar novamente, a futura aplicação do precedente a ser editado é delimitada justamente por esses aspectos.

Nos termos do art. 1.038, §3º, do CPC/2015, na redação dada pela Lei 13.256/2016, “*o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida*”.

Esse dispositivo há que ser interpretado em consonância com o art. 927, §1º, do CPC/2015, o qual remete aos seus arts. 10 e 489. Assim, na fundamentação do acórdão, incumbe ao tribunal deliberar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, levantados pelos *amicus curiae*, pelo Ministério Público, por pessoas ou entidades ouvidas em audiência pública ou suscitados de ofício pela própria corte. Nesses dois últimos casos, o tribunal não deve olvidar do princípio contraditório, sob a faceta da proibição da decisão surpresa, permitindo-se às partes que poderão ter suas esferas jurídicas afetadas pelo julgamento manifestarem-se previamente sobre os argumentos não invocados por elas próprias em suas razões e contrarrazões recursais.<sup>779</sup>

---

<sup>779</sup> Em sua redação original, mais consentânea com o princípio do contraditório e com o dever de fundamentação adequada – mais precisamente com o disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC/2015 –, o §3º do art. 1.038 dispunha que “*o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários*”. De sorte que, a partir da interpretação teleológica do sistema processual, levando-se em conta o disposto nos art. 1º e 1.036, §6º, do CPC/2015, a alteração legislativa, no particular, não deve ser compreendida como uma mudança no alcance da regra originária contida no art. 1.038, §3º, do CPC/2015.

Todo o debate realizado pelo STF e pelo STJ deve ocorrer dentro das balizas fixadas pelos argumentos e fundamentos jurídicos diretamente relacionados ao ponto controvertido precisamente delimitado na anterior decisão de afetação, conforme dispõe o art. 1.038, I, do CPC/2015. Isto quer dizer que a *ratio decidendi* do precedente a ser editado deverá ficar invariavelmente adstrita e vinculada aos fatos e fundamentos jurídicos presentes na questão repetitiva controvertida objeto da decisão de afetação.

Vale rememorar que a abrangente e adequada fundamentação do acórdão em sede de recursos repetitivos é absolutamente crucial não só para viabilizar a correta compreensão e aplicação dos precedentes criados pelo STF e pelo STJ, como também para conferir legitimidade aos seus julgamentos, mormente porque seus precedentes vinculantes integrarão o ordenamento jurídico com força de fonte primária do sistema normativo, sendo obrigatoriamente aplicáveis aos casos presentes e futuros submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

Concluído o julgamento do recurso extraordinário ou especial repetitivo, o órgão prolator da decisão deve, solenemente, proclamar o resultado do julgamento e, sempre que possível, a sua *ratio decidendi*. A proclamação do resultado do julgamento tem por objetivo apontar a solução concreta conferida ao recurso, ao passo que a proclamação da *ratio decidendi* visa a definir o fundamento ou os fundamentos determinantes que conduziram ao resultado e, ainda, quantos julgadores adotaram os mesmos fundamentos.<sup>780 781</sup>

Tratando-se o STF e o STJ de Cortes de precedentes, cuja função precípua é conferir unidade de sentido ao direito pela via interpretativa, suas decisões visam muito mais a proclamar a tese jurídica firmada do que dirimir um conflito. Ou seja, importa muito mais conhecer os motivos determinantes da decisão, que servirão de modelos decisórios vinculantes

---

<sup>780</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

<sup>781</sup> “O precedente, em regra, contém uma norma jurídica (*ratio decidendi*) e uma norma individual (decisão do caso concreto contida no dispositivo) [...] no estágio atual do direito brasileiro, pode-se concluir que a *ratio decidendi* (norma jurídica) dos precedentes dos tribunais superiores tem forte carga normativa e tende a ser aplicada a inúmeros outros casos, já que tais decisões, pelo seu caráter paradigmático, ultrapassam os interesses subjetivos das causas em que foram produzidas [...] pode-se afirmar que dos precedentes dos tribunais superiores, geralmente, deriva uma norma jurídica geral e irretroativa, que deve repercutir sobre o julgamento de inúmeros outros casos, e uma norma individual, concreta e retroativa, já que deve regular os atos e fatos do caso em questão”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 175-176.

para casos pendentes e futuros, do que solucionar uma demanda específica e concreta.<sup>782</sup> Oportuno repisar, uma vez mais, que a função nomofilática desses tribunais sempre prevalece sobre a dikelógica; o interesse público na criação do precedente invariavelmente sobrepõe-se ao particular na solução individualizada do litígio.

Essa, aliás, é a interpretação a ser dada ao o *caput* do art. 941 do CPC/2015 a fim de compatibilizá-lo com as regras gerais positivadas sobre a teoria dos precedentes vinculantes ditadas pelos seus arts. 926 e 927 e que é consentânea com a preponderância da natureza eminentemente pública da atividade jurisdicional a cargo dos tribunais de vértice do país.

Também consentâneo com tendência da publicização do processo, da transcendência dos precedentes e do fortalecimento da função nomofilática dos tribunais superiores, linhas mestras da teoria dos precedentes vinculantes, é o parágrafo único do art. 998 do CPC/2015, que estatui que “*a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos*”.

A eventual desistência do recurso excepcional não obsta, pois, a que o STF ou o STJ apreciem a questão jurídica repetitiva controvertida com o propósito único de fixar uma *ratio decidendi* destinada a orientar, com força vinculante, os demais casos pendentes e futuros que versem sobre a mesma controvérsia fático-jurídica tratada no precedente, mas que, entretanto, não será aplicável ao caso concreto.<sup>783</sup> O tribunal proclamará, como resultado do julgamento, o acolhimento do pedido de desistência, e, ainda, a tese jurídica firmada para fins de incidência do efeito vinculante previsto no art. 927, III, do CPC/2015.

Contudo, é preciso novamente ressaltar que, a despeito da fiel observância do procedimento de tramitação e julgamento previsto nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015 pelo

---

<sup>782</sup> “*Não basta saber se a decisão é favorável ou contrária ao recorrente, mas é preciso compreender o entendimento da Corte, ou melhor, as razões que levaram a Corte a decidir a favor ou contra o recorrente, escolhendo uma interpretação em detrimento de outra ou de outras. Se a Corte Suprema não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, não basta mais saber apenas a sua conclusão, sendo imprescindível conhecer as razões que justificam a sua decisão e a sua escolha interpretativa. São essas razões que dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 20.

<sup>783</sup> Essa mesma solução deve ser adotada, por exemplo, quando as partes celebrarem um acordo quando o feito já se encontra nas instâncias extraordinárias. O STF ou o STF poderá, a um só tempo, homologar a composição amigável e editar uma *ratio decidendi* a respeito da questão controvertida afetada no recurso repetitivo.

STF e pelo STJ, nem todo acórdão proferido por essas cortes em sede de recurso repetitivo terá aptidão para formar um precedente vinculante. Isso se dará especialmente quando uma decisão colegiada plural for proferida pelo STF ou o STJ.

Decisão plural é aquela tomada por maioria de votos, mas na qual nenhum dos fundamentos determinantes levantados e debatidos é endossado pela maioria dos membros do órgão colegiado. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, trata-se de uma decisão “*majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar ratio decidendi, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria*”.<sup>784</sup>

A título de ilustração, em um colegiado como o pleno do STF, composto por onze membros, sendo o resultado do julgamento proclamado por seis votos a cinco ou por sete votos a quatro, só haverá *ratio decidendi* se ao menos seis dos votos vencedores – mínimo de votos necessário para formar maioria simples – hastearam o mesmo fundamento. Do contrário, apesar de haver quórum para decidir o caso, não há possibilidade de formação de precedente.

No ponto, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que a prolação de uma decisão plural – despida de uma *ratio decidendi* – não é o ideal no funcionamento de uma Corte de Precedentes, porque “*fundamentos não sustentados pela maioria do colegiado são inócuos para evidenciar uma razão dotada de universalidade, destinada a servir de guia para o comportamento social e para os juízes e tribunais decidirem os casos*”.<sup>785</sup>

Assim, apesar do procedimento dos recursos repetitivos previsto no CPC/2015 ter sido intencionalmente engendrado para instrumentalizar a criação de um precedente vinculante, isso nem sempre ocorrerá, sobretudo quando houver falta de consenso da maioria do órgão colegiado sobre os fundamentos determinantes a serem adotados no acórdão. Nesses casos, o recurso especial ou extraordinário será concretamente decidido, solucionando-se o litígio entre recorrente e recorrido, sendo que o dispositivo do acórdão formará coisa julgada material. Não haverá, contudo, a proclamação de uma *ratio decidendi*.

No regime do CPC/2015, o acórdão destinado a formar precedentes não pode mais ser compreendido como a simples contagem de votos isolados ou como uma compilação de opiniões individuais dos julgadores – costume nocivo que até hoje é bastante recorrente nos tribunais, inclusive no STF e no STJ – pois essa prática, quando não inviabiliza, dificulta a acurada identificação da sua *ratio decidendi*.

---

<sup>784</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

<sup>785</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 59-60.

As decisões desses tribunais supremos não podem mais ser encaradas, na visão de Oscar Vilhena Vieira, como uma somatória aritmética de votos díspares, porque o sistema jurídico necessita de “*decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte*”.<sup>786</sup> Além disso, a simples agregação de votos pode dar ensejo a prolação de decisões arbitrárias, no sentido de não serem reconstruíveis racionalmente.<sup>787 788</sup>

Ao decidir por agregação de opiniões, os tribunais não se comprometem com nenhum fundamento substantivo, mas tão somente com o resultado final<sup>789</sup>, não havendo preocupação em consolidar, de forma harmônica, em um único texto escrito, as razões que informaram a conclusão da maioria vencedora no julgamento<sup>790</sup>, ou seja, em proclamar, de forma clara, os fundamentos determinantes do precedente.

Como decorrência do sistema *seriatim*<sup>791</sup>, ou de votação por mera agregação, tal como empregado pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo STF e pelo STJ, o mero

<sup>786</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista *Direito GV/SP*, jul-dez. 2008, 458.

<sup>787</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 70.

<sup>788</sup> Sobre a ausência de um claro padrão decisório nos julgamentos dos tribunais brasileiros, José Rodrigo Rodrigues observa que: “*O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião. O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos, etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstruir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível par o julgamento da corte tomada como um todo. Tal padrão, de fato, é desnecessário, pois a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação. (...) em casos em que há divergência, os fundamentos para a decisão variam, de juiz a juiz, em especial nos casos de maior repercussão. É comum que cada um dos juízes, mesmo para concordar com o relator, ofereça um fundamento específico para a decisão em jogo, sem que o tribunal seja capaz de reconstruir um texto coerente para amarrar todos esses argumentos*”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 82-83.

<sup>789</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>790</sup> SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 325.

<sup>791</sup> Conforme discorre Guilherme Jales Sokal, predominam, basicamente, dois modelos gerais de deliberação e redação dos acórdãos nos tribunais: os agregativos e os deliberativos. O modelo agregativo ou *seriatim* promove a simples soma de pontos de vista individuais dos membros do tribunal. Os votos são proferidos em série, sucessivamente, sendo que cada membro do colegiado elabora sua manifestação de forma absolutamente independente de seus pares. Esse sistema *seriatim* vigora no Brasil, na Inglaterra e vigeu nos Estados Unidos até a gestão do *Chief Justice* John Marshall. Já o modelo deliberativo, presente nos Estados Unidos e na Itália, realça o princípio da colegialidade dos tribunais e pauta-se pela efetiva interação entre os julgadores, fazendo com que cada um dos membros do tribunal conheça e considere a visão dos outros no curso do processo de formação do texto final da decisão, que representa, assim, o produto de acordos e compromissos firmados entre os julgadores. SOKAL, Guilherme Jales. *O*

acoplamento de votos convergentes e divergentes, despido do cuidado dos julgadores em discernir a fundamentação dos votos da fundamentação do acórdão, conduz a que seja mais apropriado cogitar-se, no país, de redação de votos do que de acórdãos.<sup>792</sup>

Por isso, sob a égide do sistema de precedentes vinculantes positivado pelo CPC/2015, é de todo recomendável, a despeito de disposição legal expressa na legislação processual, que nos julgamentos proferidos em incidente de julgamento de casos repetitivos o relator submeta, eletronicamente, a proposta de redação do acórdão para o órgão que proferiu a decisão, devendo o regimento interno tribunal estabelecer um prazo para manifestação dos julgadores, considerando-se o silêncio como concordância tácita com a proposta apresentada.<sup>793</sup>

De sorte que, ao contrário do que sucedia sob a égide do CPC/1973, em que o acórdão era lavrado pelo relator sempre que a sua conclusão fosse unânime, ainda que ele ficasse vencido na fundamentação, no regime de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/2015, a relatoria do acórdão, ainda que sua conclusão seja proclamada à unanimidade, deve ser atribuída a quem conduziu a fundamentação prevalecente.<sup>794</sup>

Proclamado o resultado do julgamento e sua eventual *ratio decidendi*, e publicada a ementa do respectivo acórdão, inicia-se a última etapa do incidente de tramitação e julgamento dos recursos repetitivos: a aplicação obrigatória da tese jurídica criada aos casos pendentes e também aos futuros que versem sobre a mesma questão controvertida verificada no precedente. Essa etapa é fundamentalmente disciplinada pelos arts. 1.039 a 1.041 do CPC/2015.

Do ponto de vista dogmático, é nesse momento que sobressai a importância da interpretação, aplicação, distinção e superação dos precedentes, aspectos analisados a fundo por ocasião do estudo da teoria dos precedentes.

O art. 1.039 do CPC/2015 disciplina as medidas a serem adotadas em relação aos recursos excepcionais que já se encontram pendentes de apreciação pelo STF e pelo STJ, enquanto que o seu art. 1.040 veicula determinações a serem observadas pelos juízes e tribunais de segunda instância.

---

*julgamento colegiado nos tribunais*: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. São Paulo: Método, 2012, p. 325.

<sup>792</sup> Idem.

<sup>793</sup> Nesse sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 41.

<sup>794</sup> Ibidem, p. 44.

Decidido o mérito do recurso repetitivo e publicado o respectivo acórdão, duas situações mostram-se passíveis de verificação, segundo a dicção literal do art. 1.039, *caput*, do CPC/2015. Os órgãos colegiados do STF e do STJ deverão: declarar prejudicados os recursos extraordinários ou especiais interpostos “versando sobre idêntica controvérsia” ou decidi-los “aplicando a tese firmada”. Em outros termos, os órgãos colegiados do STF e do STJ, obrigatoriamente, terão que declarar prejudicados os recursos extraordinários ou especiais fundados em tese jurídica diversa da firmada no recurso repetitivo ou aplicá-la quando o acórdão recorrido a tiver contrariado.

O art. 1.039, *caput*, do CPC/2015 disciplina, pois, a eficácia horizontal dos precedentes vinculantes oriundos de recursos repetitivos, estatuída pelo art. 926, *caput*, c.c art. 927, V, do CPC/2015.

Por sua vez, com a publicação do precedente forjado sob a sistemática dos recursos repetitivos, três situações podem vir a ocorrer perante as instâncias ordinárias. O art. 1.040, I a III, do CPC/2015 determina que, após a publicação do “acórdão paradigma”:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.

Como se nota, o art. 1.040, I a III, do CPC/2015 concretiza e detalha a forma como deve ser instrumentalizada a eficácia vinculante vertical dos precedentes formados em recursos repetitivos, expressamente positivada no art. 927, III, do CPC/2015, perante as instâncias ordinárias da Justiça comum.

O art. 1.040, II, do CPC/2015 encerra uma interessante exceção à preclusão *pro iudicato*, porquanto determina que o tribunal de origem rejulgue a causa, proferindo novo acórdão, sempre que o aresto anterior estiver em dissonância com a tese firmada no recurso repetitivo.

É interessante registrar a posição de Bruno Dantas, obra em sua tese de doutorado, no sentido de que a técnica legislativa adotada para a tutela recursal pluri-individual, por meio do julgamento dos recursos-piloto repetitivos, caracteriza-se como um misto de um juízo típico de revisão – em que o STF e o STJ, após definir em abstrato, na primeira fase do julgamento, a tese jurídica que se projetará com eficácia vinculante sobre todos os demais

recursos e ações sobrestadas, já a aplica, desde logo, na segunda etapa do iter, para a solução dos recursos-piloto afetados – e de um juízo de cassação seguido de reenvio, assemelhado aos modelos francês e italiano – na medida em que os demais acórdãos sobrestados têm seu espectro cognitivo devolvido aos tribunais de origem, que deverão se retratar, rejuizando a causa e aplicando a tese estabelecida pela Corte Suprema, quando tiverem sustentado entendimento diverso do fixado no bojo do recurso excepcional repetitivo.<sup>795</sup>

Por seu turno, o art. 1.040, IV, do CPC/2015, dispõe que

[...]publicado o acórdão paradigma: IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Essa regra, diversamente dos incisos I a III do art. 1.041 do CPC/2015, não trata da operacionalização do efeito vinculante dos precedentes na esfera interna das instâncias comuns do Poder Judiciário.

Tal dispositivo veicula um comando audacioso e inédito no ordenamento jurídico brasileiro que potencializa a eficácia vinculante dos precedentes para além do âmbito do Poder Judiciário, porquanto impõe a órgãos da Administração Pública direta ou indireta, responsáveis pela concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, que fiscalizem o cumprimento da tese assentada pelo STF ou pelo STJ em sede de recurso repetitivo pelos entes sujeitos à sua regulação.

A propósito, Elpídio Donizetti afirma que, guardadas das devidas proporções, a decisão proferida goza de verdadeira força de lei no que se refere aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados, na hipótese de a questão jurídica com eles guardar pertinência; aquilo que *“restar decidido no incidente deve ser observado nas relações futuras com os usuários de tais serviços, cuja fiscalização caberá à agência reguladora competente”*.<sup>796</sup>

A *mens legis* dessa regra, sintetiza Elpídio Donizetti, é possibilitar a comunicação e conciliação entre o Poder Judiciário e o Executivo, na tentativa de conferir maior eficácia às decisões judiciais, atendendo, assim, aos princípios da legalidade e da eficiência na Administração Pública.<sup>797</sup>

<sup>795</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123-126.

<sup>796</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 750.

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 810.

O art. 1.041, *caput*, do CPC/2015, prescreve que “*mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º*”.

Essa regra, certamente, não pode ser compreendida com fulcro na literalidade de seus termos, pois isso daria azo à equivocada suposição de que os tribunais de origem teriam a prerrogativa de manter os seus acórdãos divergentes, não exercendo obrigatoriamente juízo de retratação, na hipótese do art. 1.040, II, do CPC/2015. A interpretação literal e isolada do art. 1.041, *caput*, do CPC/2015 desvirtuaria todo o sistema de precedentes vinculantes, afrontando diretamente os arts. 926, *caput*, e 927, III, do CPC/2015.

Além disso, esse “acórdão divergente” seria nulo, por faltar-lhe fundamentação adequada, nos termos do art. 489, §1º, VI, do CPC/2015, sendo ainda passível de correção por meio de embargos de declaração fundados em omissão, como reza o art. 1.022, §1º, II, do CPC/2015.<sup>798</sup>

A única interpretação possível da expressão “*mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem*” há que ser compreendida como a possibilidade de o tribunal de origem realizar, fundamentadamente, a distinção fática ou jurídica entre o caso versado no seu acórdão e a questão objeto do recurso-piloto repetitivo.

Como é cediço, recusar aplicação de um precedente vinculante do STF e do STJ assemelha-se à negação de submissão ao próprio ordenamento jurídico conglobantemente considerado. Decisões tomadas à revelia dos precedentes dos tribunais superiores escapam ao campo do livre convencimento e penetram na seara da arbitrariedade judicial. A invocação do princípio do livre convencimento motivado não é motivo legítimo para que juízes e tribunais se furtem a observar os precedentes dos tribunais superiores.

O livre convencimento está intimamente atrelado à produção e à valoração da prova, esfera em que os juízes e tribunais ordinários têm ampla margem de liberdade para formar seu convencimento sobre a ocorrência dos fatos, o que não lhes autoriza aplicar as normas jurídicas como bem lhes aprouver, de acordo com suas próprias convicções ou ideias<sup>799</sup>, como se os precedentes representassem meros conselhos ou convites à livre reflexão dos juízes.

---

<sup>798</sup> Nesse sentido, cf. DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 813; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 500-501; DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 130.

<sup>799</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 75-76.

A eficácia vinculante dos precedentes recai apenas sobre o produto da atividade interpretativa dos tribunais supremos, ou seja, sobre os fundamentos determinantes dos precedentes solenemente declarados em termos universais e não sobre a reapreciação dos fatos concretos verificados na causa. Por isso, o modelo de precedentes vinculantes é plenamente compatível com o sistema de livre convencimento motivado.<sup>800</sup> As Cortes de Justiça são soberanas na produção das provas e na avaliação do acervo probatório produzido e, por conseguinte, na busca da reconstrução fática da verdade; as Cortes Supremas são soberanas na atividade de interpretação e unificação do direito e, portanto, na edição de precedentes.

Nos termos do §1º do art. 1.041 do CPC/2015, se o juízo de retratação implicar alteração do acórdão original, o tribunal de origem analisará, se for o caso, as demais questões pendentes que não foram objeto do recurso repetitivo afetado, procedendo a uma espécie de “julgamento complementar” da causa. Essa situação poderá dar ensejo à interposição de recurso excepcional, repetitivo ou não, fundado em ponto controvertido diverso do objeto do recurso-piloto, isto é, que impugne outro capítulo do acórdão *a quo*.

Havendo juízo de retratação, na forma do art. 1.040, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei 13.256/2016, preconiza o §2º do art. 1.041 do CPC/2015 que o recurso extraordinário ou especial que verse sobre outras questões deverá ser submetido a juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, independentemente de ratificação.

Com o objetivo de otimizar a eficácia vinculante dos precedentes, o CPC/2015 traçou algumas técnicas processuais destinadas a dar maior efetividade às decisões do STF e do STJ em recursos repetitivos e de conferir mais racionalidade no enfrentamento da litigiosidade em série.

Algumas dessas regras já se faziam presentes no CPC/1973, tendo recebido aperfeiçoamentos ou ajustes, como, por exemplo: o art. 332, II, que determina que o juiz de 1º grau profira julgamento de improcedência liminar do pedido que contrariar tese firmada em

---

<sup>800</sup> “De início, pode-se pensar que o NCPC está afastando a independência dos juízes e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se de seu conhecimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei e a aplicação do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela [...] A vinculação, entretanto, se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos do precedente (art. 489, NCPP)”. DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 697-698.

recurso excepcional repetitivo; o art. 496, §4º, II, que elimina do reexame necessário as sentenças alicerçadas em precedente consolidado em recursos repetitivos; o art. 932, IV, *b* e V, *b*, que permite ao relator, no tribunal, negar provimento a recurso que for contrário à orientação firmada pelo STF ou STJ em recurso repetitivo, ou dar-lhe provimento quando a decisão recorrida não observá-la; o art. 955, parágrafo único, II, que confere ao relator poderes para julgar, de plano, conflito de competência, quando sua decisão se fundar em tese cunhada em recurso extraordinário ou especial repetitivo.

Há ainda outras técnicas inovadoras criadas pelo CPC/2015. Dentre as quais se destacam as seguintes: o art. 311, II, autoriza o deferimento de tutela antecipada da evidência, independentemente da demonstração do perigo da demora, se, comprovadas as alegações de plano, já houver tese firmada em recursos repetitivos; o art. 521, IV, dispensa a apresentação de caução, na execução provisória de sentença, para o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, se o título judicial exequendo estiver em conformidade com acórdão proferido em sede de recurso repetitivo; o art. 966, V, c.c. §5º, permite a propositura de ação rescisória, com base em manifesta violação de norma jurídica, contra acórdão proferido em sede de recurso repetitivo “*que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento*”; o art. 979, §3º, determina que seja dada ampla publicidade, inclusive com a formação de banco eletrônico pelo STF e STJ, contendo informações sobre as teses estabelecidas nos recursos repetitivos; o art. 988, IV, estipula o cabimento de reclamação para garantir a observância de entendimentos ditados em recursos repetitivos, depois de esgotadas as instâncias ordinárias; o art. 1.022, parágrafo único, I, permite a interposição de embargos de declaração, fundados em alegação de omissão, contra decisão que não se manifesta sobre tese firmada em recurso repetitivo.

De toda a análise acima delineada, o que particulariza o novo modelo de processo e julgamento dos recursos repetitivos é o fato de que o CPC/2015 lançou mão de uma técnica em que o seu produto final, o precedente, possui duplo objetivo: a um só tempo, volta sua preocupação para o passado, preocupando-se com a solução das causas repetitivas que assolam a Justiça, e mira os casos futuros, objetivando conferir tutela à previsibilidade do direito<sup>801</sup>.

---

<sup>801</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, n. 249, nov. 2015, p. 414.

Vislumbra-se a incorporação de um duplo discurso jurídico sobre a decisão judicial: o discurso do caso e o discurso do precedente. A decisão que estabelece a tese jurídica aplica-se a todos os processos em tramitação sobrestados em razão da decisão de afetação, sendo essa eficácia vinculante decorrente da técnica de solução de litígios agregados: trata-se da eficácia da decisão, incidível sobre os casos repetitivos atuais. Por meio do segundo discurso, a tese jurídica forma um precedente apto a dirimir todos os casos futuros, que vierem a ser propostos: cuida-se da eficácia do precedente.<sup>802</sup>

Os precedentes clássicos do *common law* enquadram-se apenas nessa segunda moldura, na medida em que “*constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores*”.<sup>803</sup>

É justamente nesse segundo discurso (da eficácia do precedente) que se situa a grande novidade introduzida no CPC/2015, sobretudo porque fora positivado em meio a um manancial teórico relativamente estranho à tradição jurídica brasileira de matiz romano-canônica.<sup>804 805</sup>

---

<sup>802</sup> ZANETI JR, Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.336.

<sup>803</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63.

<sup>804</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. a. 37. Vol. 206, abr./2012, p. 69.

<sup>805</sup> Segundo relata Daniel Mitidiero, quando se trabalha na perspectiva do discurso do caso, comumente fala-se em causa de pedir, fatos essenciais e não essenciais, em fundamentação, dispositivo e coisa julgada. Quando se obra na dimensão do discurso do precedente, cogita-se de expressões como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, distinções, superações, transformações e sinalizações. *Ibidem*, p. 75.

## CONCLUSÃO

Seja qual for a tradição jurídica adotada, *common law* ou *civil law*, todos os sistemas jurídicos têm como pilares centrais a segurança jurídica e a igualdade. A ideia de Estado de Direito erige-se sobre esses dois princípios básicos.<sup>806</sup>

A segurança jurídica é elemento integrante da própria definição de Direito e, assim, é condição estrutural de qualquer ordem jurídica. De sorte que um ordenamento jurídico privado de certeza não pode, por definição, ser considerado “jurídico”.<sup>807</sup> O princípio da igualdade, a seu turno, é o vetor axiológico nuclear das ideias de justiça e de liberdade.<sup>808</sup>

Nada obstante a inegável constatação desse ponto de convergência dos sistemas jurídicos de *civil law* e de *common law*, a maneira pela qual os Estados buscam tutelar e concretizar a segurança jurídica e a igualdade é relativamente variável em virtude de diferentes possíveis concepções jusfilosóficas e históricas predominantes em cada época.

No Brasil e em outros países da tradição do *civil law*, a resistência ao reconhecimento da força vinculante dos precedentes é reminiscência da forte influência da clássica e rígida concepção francesa da separação dos poderes e da doutrina da escola da exegese, delineadas no final do século XVIII e ao longo do século XIX, que, dentre outras coisas, buscaram a todo custo limitar as atividades do Poder Judiciário com vistas a impedir que juízes e tribunais pudessem, direta ou indiretamente, criar direito, missão confiada exclusivamente ao Poder Legislativo.

---

<sup>806</sup> “O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade”. BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, Direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 90, 2004, p. 35. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/3/2>> Acesso em: 10 jul. 2014.

<sup>807</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

<sup>808</sup> “O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com essa compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 376.

A noção de supremacia do parlamento na França, que reverberou na Europa Continental e na América Latina, conduziu ao dogma da extrema veneração à lei, tida com única e legítima fonte produtora do direito. A codificação do direito foi um importante consectário dessa pretensão desmesurada de impor limites e controles à atividade judicante.

Historicamente, nos modelos jurídicos da família do *civil law* buscou-se realizar a segurança jurídica e a igualdade por meio da lei, em geral, e dos códigos, em especial, cujas regras deveriam ser conhecidas e cumpridas por todos.

A proibição de os juízes criarem direito operava em prol da certeza e da previsibilidade, vetores centrais da segurança jurídica. Para atingir a contento esse desiderato, os códigos e as leis deveriam ser dotados de racionalidade, clareza, completude e inteligibilidade, sendo bastantes, por si sós, para atender aos reclamos da sociedade por segurança jurídica.

De modo semelhante, acreditava-se que a igualdade – manifestação sublime do ideal de justiça – poderia ser concretizada por obra privativa do legislador. As leis a todos seriam aplicáveis de forma indistinta, sem distinções de qualquer natureza. Contentava-se com a igualdade meramente formal, que seria assegurada pela “aplicação mecânica” das leis pelos juízes mediante a revelação do seu sentido único e pré-existente à atividade judicial, resguardando-se a sociedade e o próprio Estado do arbítrio judicial, o qual poderia gerar situações anti-isonômicas e discriminatórias entre as pessoas.

Demais disso, uma das formas de expressão da supremacia do parlamento, explicam John Henry Marrayman e Rogelio Pérez-Perdomo, consistia na exigência de que somente a lei fosse usada para decidir os casos, o que significava que os juízes e tribunais não podiam basear suas decisões em julgados pretéritos, com o que a doutrina do *stare decisis* foi praticamente rejeitada.<sup>809</sup> Nutria-se a utópica crença de ser a lei suficiente para promover tanto a segurança jurídica quanto a igualdade, não se reconhecendo à jurisdição qualquer relevo para a concretização desses valores no plano material.

Diversamente, na Inglaterra, a proclamação da *supremacy of the Parliament*, produto da Revolução Gloriosa, não pretendeu pregar a onipotência da lei perante a monarquia e, menos ainda, em face do Poder Judiciário. Seu objetivo não foi simplesmente sujeitar o rei às leis editadas pelo parlamento, mas, sim, submetê-lo ao *common law* inglês – produzido primariamente pela atividade dos tribunais ingleses – para, assim, limitar o poder real. Nunca

---

<sup>809</sup> MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 65.

se pretendia subtrair dos juízes o poder de criação do direito ou ocultar a existência do *judge-made law*.

Na tradição do *common law* inglês, o direito evoluiu juntamente com as decisões judiciais, sendo que os limites impostos à discricionariedade dos juízes deram-se não pela imposição de códigos, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual os magistrados ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores.<sup>810</sup> O *common law* edificou-se sobre bases jusfilosóficas completamente distintas, notadamente no que diz respeito à maneira de realização da segurança jurídica e da igualdade.

A segurança jurídica era concretizada por meio dos precedentes, apresentando feição dinâmica e não meramente estática como se dá com a lei. Os precedentes progressivamente aumentavam o grau de certeza, de objetividade, de cognoscibilidade e de previsibilidade do direito, na medida em que as suas *rationes decidendi* eram proclamadas em enunciados universalizáveis, porém muito mais concretos e determinados do que os das leis em que se basearam.<sup>811</sup>

Outrossim, o princípio da igualdade escorava-se na pretensão de conferir tratamento igual a situações iguais (*like cases must be treated alike*). O sistema intentava promover a igualdade no plano material – e não na dimensão meramente formal – mediante a aplicação de precedentes, assegurando tratamento isonômico a todos que se encontrassem em situação fático-jurídica semelhante.

Na dogmática contemporânea, sob o império da doutrina constitucionalista de matriz filosófica pós-positivista e das modernas teorias da interpretação jurídica, o direito não pode mais ser resumido às declarações de vontade do legislador. Os precedentes não de ser reconhecidos como fontes formais do direito, que criam, em maior ou menor grau, normas judiciais que não se confundem com os textos legislativos interpretados.

A interpretação judicial não se adstringe à mera revelação do único, pré-determinado e inequívoco sentido da lei. A função jurisdicional não detém natureza meramente declaratória. A norma é o produto final da atividade interpretativa desempenhada pelos juízes, enquanto que o texto legal, associado aos fatos da causa, é o seu ponto de partida.<sup>812</sup>

---

<sup>810</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

<sup>811</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009. p. 531.

<sup>812</sup> Parafraseando Amílcar de Castro, Sálvio de Figueiredo Teixeira aduz que “nas leis, se encontram os mandamentos políticos, e só da decisão jurisdicional emerge o direito propriamente dito”, como vem pondo em evidência a doutrina moderna. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 24, out/1981, p. 107.

A realidade encarregou-se de demonstrar que a segurança jurídica e a igualdade não podem ser satisfatoriamente protegidas apenas por obra do legislador. Toca à doutrina do *stare decisis* concretizar materialmente esses valores magnos, independentemente da tradição jurídica.

A doutrina do *stare decisis* é, pois, crucial para a consagração do próprio Estado de Direito, porquanto promove seus dois valores mais caros, funcionando ainda como um importante instrumento de contenção da discricionariedade e do arbítrio judicial, com o que finda por contribuir na harmonização entre os poderes estatais.

Por força do *stare decisis*, a unidade do direito constrói-se a partir de uma perspectiva dinâmica e *a posteriori*, e não de forma estática e apriorística, como sucede com as leis. O precedente porta um valor em si mesmo, encarna um componente ético ligado ao valor da igualdade; é um instrumento indispensável para a promoção da unidade e da coerência da ordem jurídica, pressupostos fundamentais para a racionalidade de qualquer sistema normativo.<sup>813</sup>

Por isso, assiste plena razão a Daniel Henry Chamberlain, ao declamar, há mais de cento e trinta anos, que o *stare decisis* é muito mais do que uma doutrina do *common law*, sendo um princípio de todos os ordenamentos jurídicos. *O stare decisis* retrata uma necessidade inerente à constituição de qualquer sociedade civil e, por consequência, apropriada a qualquer sistema jurídico, seja de *common law* ou de *civil law*.<sup>814</sup> O direito, concluía Chamberlain, para ser observado (*obeyed*), precisa ser conhecido (*known*); para ser conhecido, deve ser certo e determinado (*fixed*); para ser determinado, o que é decidido hoje deve ser seguido amanhã, sendo o *stare decisis* tão somente uma pomposa expressão dessas verdades.<sup>815</sup>

Entretanto, lembra Edward Re, a doutrina do *stare decisis* “*não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo*”.<sup>816</sup> A força vinculante, diz Charles Cole, não significa que o “*precedente de um caso esteja escrito em pedras*”.<sup>817</sup> O precedente poderá ser modificado ou abandonado sempre que o legislador alterar a lei sobre a qual ele se baseia,

---

<sup>813</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

<sup>814</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extents*. Reproduction from Harvard Law School Library. New York: Baker, Voorhis & Co. Publishers, 1885, p. 21-24.

<sup>815</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>816</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 122, mai-jul/1994, p. 285.

<sup>817</sup> COLE, Charles. *O Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do common law*. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun/1998, p. 21.

quando o tempo ou a evolução cultural o requererem e, ainda, quando o entendimento ou a filosofia da maioria da corte investida de autoridade para modificá-lo mudar.<sup>818</sup>

Sendo assim, o *stare decisis* convive harmoniosamente com os *judicial departures*, especialmente com as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, cuja aplicação parcimoniosa é essencial para o desenvolvimento do direito e para a adoção de soluções mais justas para os casos concretos à vista de eventuais peculiaridades fático-jurídicas.

A doutrina intermediária do *normally binding precedent*, ao pregar um vínculo relativamente rígido (mas não absoluto) ao precedente, confere estabilidade, continuidade e previsibilidade ao sistema jurídico, sem, contudo, obstar a evolução do direito e nem perpetuar injustiças.

Os tribunais superiores devem ter certo grau de autoridade para revogar, modificar ou se afastar dos seus precedentes. Mas, geralmente, não é suficiente para a realização de um afastamento que o tribunal demonstre que, se tivesse editado o precedente original, o teria feito de forma diversa.<sup>819</sup> É preciso que o tribunal justifique as suas escolhas.

A narrativa histórica projetada no primeiro capítulo revelou que a doutrina do *stare decisis* não é algo conatural ao *common law*. Essa tradição jurídica surgiu e desenvolveu-se lentamente entre os séculos XI e XX, a partir da centralização e fortalecimento do poder e da unificação do “direito comum” pelos Tribunais de *Westminster*.

A doutrina do precedente vinculante somente foi sistematizada e consolidada muito tempo depois, já no final do século XIX, em razão da soma de três fatores principais: da circunstância de as decisões judiciais terem passado a ser fundamentadas; do gradual aperfeiçoamento e ampliação dos *law reports*; e da criação de uma hierarquia judicial clara entre os tribunais.

Constatou-se que alguns sistemas jurídicos da Europa Continental, da tradição do *civil law*, especialmente entre os séculos XII e XVIII, deferiam enorme importância à unificação do direito por intermédio da jurisprudência, havendo, aliás, registros de que alguns Estados incorporaram regras de vinculação aos precedentes tão fortes quanto a *strictly binding precedent doctrine*, avalizada pela *House of Lords* entre os anos de 1898 e 1966.

---

<sup>818</sup> COLE, Charles. O *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun/1998, p. 21.

<sup>819</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from Precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 525.

Dessarte, o *stare decisis* nunca foi um instituto estranho ou incompatível com o *civil law* clássico. Sua importância, entretanto, foi bastante mitigada após a profusão dos principais dogmas da Revolução Francesa, tendo sido a doutrina do *stare decisis* praticamente descartada em diversos países da tradição romano-germânica, como na França e na Itália.

Especialmente a partir do início do século XX, pontos de convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law* têm sido identificados. A doutrina tem demonstrado que essas tradições, gradual e reciprocamente, incorporaram e desenvolveram elementos e características antes predominantes na outra.

A propósito, modernamente, salientam Neil MacCormick e Robert Summers, os precedentes, assim como as leis, possuem um importante valor no processo de criação e de evolução do direito em ambas as tradições<sup>820</sup>, o que não implica dizer que os tribunais tenham um poder ilimitado para criar direito.

Michele Taruffo assevera que, mesmo nos sistemas do *civil law*, cada vez mais, a interpretação das leis é amplamente baseada em precedentes que já as interpretaram anteriormente<sup>821</sup>, numa espécie de *reasoning case by case*. Em diversos sistemas jurídicos, os precedentes tornaram-se mecanismos inevitáveis para a concretização de regras e princípios legais.<sup>822</sup>

Por sua vez, no *common law*, especialmente na Inglaterra, viu-se que a produção legislativa aumentou bastante a partir do início do século XX em virtude da maior intervenção econômica e social do Estado. Paulatinamente, as leis (*statutory law*) passaram a exercer um papel mais perceptível e intenso na ordem jurídica ao lado dos precedentes (*judge made-law*).

Ademais, a possibilidade de revisão dos atos legislativos emanados do parlamento inglês em face dos princípios e regras elaborados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, engendrou uma espécie de *judicial review* (apesar de não haver na Inglaterra uma Constituição escrita e formalmente promulgada), mitigando-se, com isso, a *supremacy of the English Parliament*.

Na tradição do *civil law* da Europa Continental, especialmente a partir da segunda metade do século XX, o reconhecimento de força normativa da Constituição e a

---

<sup>820</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 531-535.

<sup>821</sup> TARUFFO, Michele. Institutional Factor Influencing Precedents. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 459.

<sup>822</sup> Idem.

introdução de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade abrandou, igualmente, o postulado da supremacia do parlamento e, por conseguinte, afetou o então rígido princípio da separação dos poderes face a possibilidade de um Tribunal Constitucional anular atos oriundos do Poder Legislativo, por considerá-los inconstitucionais.

Noutro giro, conforme estudado no segundo capítulo, a função precípua das Cortes Supremas consiste em promover a uniformização e a defesa da ordem jurídica objetivamente, outorgando unidade de sentido ao direito por intermédio de escolhas justificadas resultantes de complexos processos argumentativo-interpretativos realizados, sob o crivo do contraditório, com base em regras e princípios jurídicos e à luz das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto.

Os precedentes vinculantes são o produto final do processo decisório dialeticamente realizado pelas Cortes Supremas no cumprimento de sua função nomofilática, provendo o ordenamento jurídico de maior unidade, coerência, estabilidade, previsibilidade e cognoscibilidade.

A nomofilaquia, típica das Cortes Supremas, não se confunde com a função corretiva e reativa caracterizada pelo controle casuístico das decisões das instâncias judiciais inferiores, tal qual se verifica no modelo de Cortes Superiores, como a Corte de Cassação francesa.

As Cortes Supremas, por meio da nomofilaquia, executam função jurisdicional de feição predominantemente pública e prospectiva, em que, para além de resolver um litígio concreto (*resolution of disputes*), o objetivo primário é produzir precedentes que corporifiquem teses em bases universais (*ratio decidendi*) destinadas a contribuir para a construção do direito e para a orientação da sociedade sobre a correta compreensão e alcance da ordem jurídica, permitindo que pessoas físicas e jurídicas possam conduzir-se e planejar suas atividades (com maior grau de certeza e previsibilidade) em conformidade com o ordenamento jurídico.

Por força da doutrina do *stare decisis*, esses precedentes devem ser necessariamente aplicados, em casos futuros fático-juridicamente semelhantes, pelo tribunal de cúpula que o concebeu (eficácia horizontal), bem como pelos demais órgãos judiciários inferiores (eficácia vertical).

A propósito, há que se reconhecer que a divisão dos órgãos jurisdicionais em instâncias ordinárias e de sobreposição atende a critérios racionais e lógicos orientados para a otimização da prestação jurisdicional, dando-lhe maior efetividade e tempestividade. A cada espécie de tribunal são confiados papéis complementares, mas necessariamente diversos.

As instâncias extraordinárias realizam função eminentemente pública, de tutela da ordem jurídica objetiva por meio da edição de precedentes vinculantes. Suas decisões têm aptidão para transcender ao caso concreto lhes é levado pelas partes, repercutindo para além da esfera endoprocessual. As instâncias ordinárias, ao contrário, centram sua atenção na solução individualizada dos conflitos e buscam reconstruir os fatos controvertidos para, então, preferirem a decisão mais justa possível para o caso.

As Cortes de Justiça são soberanas na análise da matéria fática, mas devem curvar-se às teses jurídicas solenemente proclamadas pelas Cortes de Precedentes. Não se pode conceber que uma Corte de Justiça contrarie ou recuse aplicação a um precedente de uma Corte Suprema, por não concordar com a sua *ratio decidendi*, pois isso seria o mesmo que supor inexistir ordem e organização na estrutura interna do Poder Judiciário e que todos os tribunais desempenham a mesma função dentro do sistema de distribuição de justiça.<sup>823</sup>

Dessarte, o *stare decisis* também é uma consequência lógica e necessária da existência de uma clara estrutura organizacional e hierarquizada dos órgãos do Poder Judiciário.<sup>824</sup>

Como se nota, o *stare decisis* imiscui-se com a doutrina dos precedentes, a qual está incontornavelmente atrelada à teoria das Cortes Supremas. *Stare decisis*, precedentes e as Cortes Supremas são ideias fortemente inter-relacionadas nos domínios da filosofia do direito.

Sem olvidar das dificuldades – mencionadas nos dois primeiros capítulos – em projetar-se uma teoria geral e uníssona dos precedentes e das Cortes Supremas, em virtude da complexidade, da diversidade e das peculiaridades inerentes aos mais diversos sistemas jurídicos dos países da tradição do *civil law* e do *common law* (inclusive no que concerne às possíveis variações sobre a própria concepção do direito e de seus valores e princípios fundamentais), as considerações acima tecidas, *mutatis mutandis*, são consentâneas com a realidade jurídico-constitucional brasileira.

A posição da doutrina nacional clássica sobre o caráter secundário da jurisprudência no universo das fontes do direito, contaminada pelo legalismo exacerbado e pelo dogma da rígida separação dos poderes que foram disseminados por diversos países da tradição do *civil law*<sup>825</sup>, não mais ecoa no constitucionalismo contemporâneo de viés pós-positivista.

---

<sup>823</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

<sup>824</sup> Lembre-se que a promulgação dos *Judicature acts* ente 1873-1875 contribuiu, de forma decisiva, para a consolidação da teoria do precedente no *common law* inglês.

<sup>825</sup> Hermes Zaneti Jr. sustenta que a tradição jurídica brasileira, desde a instauração da República, não pode ser enquadrada pura e simplesmente como um sistema jurídico de *civil law*. A Constituição de

A vetusta visão então dominante na doutrina e na própria jurisprudência – inclusive do STF – de que os juízes e tribunais deviam obediência exclusivamente à lei e de que eram livres para julgar, desde que o fizessem de forma motivada e com lastro nas leis, foi gradualmente abandonada. A ideia de que o dever de seguir a jurisprudência seria, se tanto, uma obrigação de cunho estritamente moral, e não jurídico, não mais se sustenta sob as luzes das modernas teorias da interpretação jurídica e das funções das Cortes Supremas.

Ao menos desde o advento do Estado Constitucional de Direito no Brasil inaugurado pela Constituição de 1988, a criatividade judicial no ordenamento jurídico brasileiro não pode mais ser ocultada. Os precedentes não podem mais ser ignorados como fontes primárias do direito nacional. Diversos fatores concorreram para isto.

O reconhecimento de força normativa à Constituição impele a uma releitura do princípio da legalidade, devendo-lhe ser conferida uma dimensão material complementar à sua clássica acepção formal. A lei, cuja validade dependia tão somente da aferição da autoridade que a editou, passou a depender também da análise de sua conformidade com as regras e princípios constitucionais, sobretudo com os direitos e garantias fundamentais, impregnados de forte carga axiológica e valorativa que se espraia por todo o ordenamento jurídico.

Outrossim, a Constituição, permeada de enunciados normativos de textura aberta, pode ser diretamente aplicável por todos os juízes. Mesmo o legislador infraconstitucional, ciente da impossibilidade ou de sua impotência em prever, regular ou oferecer, *a priori*, uma solução justa para todas as situações do complexo mundo globalizado, adota técnicas de legislar por meio de cláusulas gerais. As regras e princípios constitucionais ou legais, redigidas mediante o emprego de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos

---

1891, fortemente influenciada pelo direito constitucional norte-americano, introduziu no país o *judicial review*, instituindo um modelo de controle de constitucionalidade, difuso e incidental, das leis e dos atos administrativos, fundado em um sistema uno de jurisdição, além de um forjar um sistema de freios e contrapesos objetivando equilibrar as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judicial, o que resultou em uma “revolução copérnica” nas instituições jurídicas nacionais. De outro lado, o Brasil manteve-se firme, desde os primórdios da República, à tradição romano-germânica, predominante na Europa Continental, tendo dela recepcionado o direito privado, o direito público infraconstitucional, o direito penal e o direito processual penal. Daí a tradição jurídica brasileira, desde o seu nascedouro da República, ser considerada por Zaneti Jr. peculiar e híbrida, mesclando traços típicos do *civil law* europeu continental e do *common law* norte-americano. In: ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323-325. Esse “paradoxo metodológica da Justiça brasileira”, arremata Zaneti, que tinha sua matriz constitucional fortemente influenciada pelo *common law* norte-americano e a infraconstitucional pelo *civil law* da Europa Continental, foi definitivamente suplantado pelo CPC/2015. *Ibidem*, p. 363.

indeterminados, imprescindem da ulterior intervenção judicial para integrar-lhes o sentido e permitir-lhes concreta aplicação.

Nesse ambiente, o princípio da legalidade há que ser compreendido como imperativo do dever de vinculação à ordem jurídica, ou ao direito, o que inclui os precedentes judiciais – e não apenas à lei. Nessa linha de raciocínio, redefinido o conteúdo do princípio da legalidade, também o princípio da irretroatividade há que ser revisitado. A noção de irretroatividade refere-se à não retroatividade do próprio direito e não apenas da lei.

Esses fatores reforçam sobremaneira a importância da interpretação judicial e deixam evidente sua função integrativa ou coparticipativa no complexo processo de criação e aplicação do direito, sobretudo quando o STF e o STJ atuam.

Outrossim, a legislação processual civil, especialmente a partir de 1994, galgou uma ascendente e perene trajetória de valorização dos precedentes e da jurisprudência dos tribunais, notadamente do STF e do STJ. O ápice dessa tendência é o CPC/2015, que, em seus arts. 926 e 927, I a V, expressamente prevê o dever dos juízes de sujeitarem-se a determinados precedentes.

Na seara acadêmica, anteriormente ao advento do CPC/2015, parcela da doutrina, com maior ou menor ênfase, já defendia o reconhecimento de força vinculante a determinados precedentes do STF e do STJ.

Paulatinamente, a eficácia obrigatória dos precedentes fora também advogada em sede pretoriana antes do CPC/2015, principalmente pelo STF – ainda que sem empreender uma adequada e robusta análise dogmática da teoria dos precedentes à luz da Constituição de 1988 e das modernas teorias da hermenêutica jurídica.

Exemplo primoroso do reconhecimento de eficácia vinculante e expansiva dos precedentes é retratado pela objetivização dos recursos extraordinário e especial. Malgrado tal fenômeno tenha sido mais facilmente assimilado, inclusive pela doutrina, no âmbito da jurisdição constitucional – no controle difuso de constitucionalidade das leis e na aplicação direta da Constituição –, a objetivização dos recursos excepcionais é produto da recompreensão das próprias concepções do direito, da jurisdição, do processo, da função dos tribunais de vértice e do papel da hermenêutica moderna.

No âmbito da jurisdição constitucional, modernas técnicas decisórias, estranhas à declaração ortodoxa de inconstitucionalidade da lei, como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a declaração de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição evidenciam a incontornável necessidade de

recompreensão do sistema jurídico-constitucional brasileiro em relação ao controle difuso e incidental de constitucionalidade, a reclamar o reconhecimento de eficácia vinculante às decisões do STF e a releitura do papel do Senado Federal nessa matéria.

A aplicação da técnica de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes ou de jurisprudência consolidada – o *prospective overruling* –, verificada com alguma frequência em julgados do STF e, de forma bem mais incipiente, em arestos do STJ, é outra robusta demonstração da natureza criativa da atividade jurisdicional e da necessidade de ressignificar a garantia constitucional da irretroatividade, cuja cláusula geral consta do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Nesse contexto, no plano dogmático, o princípio do *stare decisis*, mais do que ser compatível com o texto constitucional, brota diretamente da Constituição de 1988. O *stare decisis* é haurido de valores basilares do Estado de Direito brasileiro, como a segurança jurídica, a proteção da confiança, a legalidade, a igualdade, que operam com a eficácia irradiante inerente aos direitos fundamentais, e que são “o oxigênio das Constituições democráticas”.<sup>826</sup>

O *stare decisis* eflui também da própria estrutura organizacional hierarquizada do Poder Judiciário brasileiro. É imperativo de racionalidade interna de ordenamento jurídico pátrio, pressuposto necessário para que a ordem jurídica nacional possa permanecer estável, íntegra e coerente.

A Constituição, em linhas gerais, promoveu uma nítida cisão funcional dos órgãos do Poder Judiciário nacional, segmentado-os em dois níveis: as instâncias ordinárias e extraordinárias. A distribuição de competências jurisdicionais levada a efeito pela Constituição aponta nesse sentido.

Às instâncias ordinárias da Justiça Comum, integradas pelos juízes federais e de direito e pelos Tribunais Regionais Federais e de Justiça, a Constituição reservou a função de formular juízos soberanos e definitivos sobre matéria fática. Cabe-lhes a missão de tentar reconstruir a verdade dos fatos com base nos elementos probatórios carreados aos autos.

Para desincumbir-se de seu mister, os órgãos das instâncias ordinárias têm a prerrogativa de determinar, de ofício ou por provocação, a produção de provas e ampla liberdade para avaliá-las e valorá-las, a fim de lograr cumprir sua tarefa imediata de promover a justiça do caso concreto (função dikelógica).

Aos tribunais das instâncias extraordinárias a Constituição confiou papel diverso do afiançado aos juízes e tribunais ordinários. Ressalvadas algumas de suas competências

---

<sup>826</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 375.

originária e recursal ordinária, a função primordial do STF e do STJ, instrumentalizada sobretudo por meio dos recursos extraordinário e especial, é a de nomofilaquia, isto é, de defesa da ordem jurídica nacional, objetivamente considerada.

Em outros termos, dentro do organograma funcional do Poder Judiciário traçado pela Carta de 1988, a missão sublime do STF e do STJ traduz-se em conferir unidade, certeza e previsibilidade à Constituição e às leis federais, complementando-lhes e outorgando-lhes maior concreção de sentido em razão da redução da equivocidade dos seus enunciados linguísticos.

Na realidade brasileira, o encargo de defesa da ordem jurídica, delegado pela Constituição ao STF e ao STJ, merece relevo ainda maior, eis que o âmbito da jurisdição no Brasil é mais amplo do que, por exemplo, na Europa Continental.

Uma vez que a ordem constitucional brasileira foi inspirada no modelo norte-americano e não no europeu-continental, a jurisdição não se registre tão somente à concretização “*da ordem jurídica privada, como ocorre no Direito italiano e alemão, estendendo-se também à tutela do direito público, sendo admitida, inclusive, a possibilidade de controle dos atos da administração pública pela Justiça comum*”.<sup>827</sup>

Os precedentes vinculantes são o produto da atividade nomofilática do STF e do STJ, operacionalizada precipuamente – porém não exclusivamente – por intermédio dos recursos extraordinário e especial. Dos precedentes dessas Cortes Supremas são extraídas *rationes decidendi* que devem ser necessariamente aplicadas por todos os órgãos jurisdicionais inferiores (*stare decisis* vertical) e pelo tribunal de vértice que o editou (*stare decisis* horizontal). A *ratio decidendi* funciona, pois, como o DNA do caso concreto, aplicável a casos futuros, que vem a ser um elemento integrante do DNA do próprio direito.<sup>828</sup>

O STF e o STJ formulam juízos soberanos e definitivos sobre matéria exclusivamente de direito, não se preocupando, senão mediatamente, com o substrato fático presente no recurso excepcional. Esses tribunais não funcionam como órgãos judiciais de revisão da “justiça” das decisões das instâncias ordinárias. Ou seja, o STF e o STJ centram esforços na fixação da tese jurídica a ser aplicável nos casos futuros, tomando os fatos do caso tal como admitidos pelas instâncias ordinárias. Não lhes compete reconstruir a verdade dos fatos, mas tão somente definir as consequências jurídicas decorrentes da interação entre esses

---

<sup>827</sup> ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 255.

<sup>828</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

fatos e os textos normativos correlatos, precisando, assim, o conteúdo do direito e conferindo-lhe unidade de sentido.

É nesse contexto que devem ser compreendidos a finalidade e o alcance dos recursos extraordinário e especial, principais instrumentos confiados ao STF e ao STJ para conferir unidade e certeza ao direito.

Esses recursos tem feição eminentemente pública e prospectiva, e não de tutela de posições subjetivas individualizadas. O direito de acesso ao STF e ao STJ, pela via estreita dos recursos excepcionais, é pautado no *ius constitutionis* e não no *ius litigatoris*, pelo que é plenamente compreensível a necessidade de instituição de filtros recursais para limitar o acesso a essas Cortes.

De outro lado, considerando-se que o *stare decisis* tem matriz na própria Constituição de 1988, sendo imperativo de racionalidade do ordenamento jurídico pátrio, e que o STF e o STJ – também por imposição constitucional – se enquadram como autênticas Cortes Supremas, aflora a reflexão sobre o papel reservado à legislação processual civil ordinária dentro de um modelo constitucional de precedentes vinculantes, particularmente no âmbito do enfrentamento da litigiosidade de massa, principal causa da falta de efetividade do Poder Judiciário.<sup>829</sup>

---

<sup>829</sup> Como se nota, a eficácia vinculante dos precedentes do STF e do STJ emana da própria Constituição, cabendo à legislação processual civil ordinária delinear as balizas procedimentais necessárias para a criação, interpretação e aplicação dos precedentes. Por isso, parecem equivocadas as ponderações, tecidas por alguns processualistas de escol, quanto à possível inconstitucionalidade do art. 927, III e IV, do CPC/2015. Nesse sentido, cf.: “O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados [...] O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado [...] Saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional”. (NERY JR. Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.837). “É duvidosa a constitucionalidade do art. 927, III e IV, do NCPC e, conseqüentemente, do art. 988, IV, do NCPC. Como já assinalado, o instituto da súmula vinculante, largamente controvertido, decorreu de emenda à Constituição de 1988. E a Constituição garante, senão diretamente, ao menos indiretamente a independência jurídica dos órgãos judiciais. Dependia de emenda constitucional mudança metodológica tão radical em um país cujo ordenamento compõe-se de normas gerais e abstratas e, não, de precedentes judiciais com tendência à universalidade”. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. Volume 1. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222). “Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” – os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: JUNIOR, Freddie Didier;

O processo civil não porta um fim em si, sendo instrumento de realização de direitos materiais, de natureza constitucional ou infraconstitucional. A instrumentalidade do processo reclama que os institutos e as técnicas processuais sejam talhados de forma a viabilizar a adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos materiais. O processo deve ser construído a partir das demandas inerentes às variadas espécies de direito material, a fim de propiciar meios efetivos para solucioná-las.

Assim sendo, ao processo civil compete criar mecanismos idôneos para enfrentar os problemas advindos da litigância repetitiva, equacionando-os no tempo e modo devidos. Os principais males decorrentes da litigiosidade de massa são a morosidade judicial, a dispersão jurisprudencial e a falta de efetividade da tutela jurisdicional, que, a seu turno, espelham o descrédito da sociedade no Poder Judiciário.

O CPC/1973, produto da dogmática processual clássica, de cunho liberal e individualista, não se mostrou suficiente para lidar com a litigância de massa. Igualmente, em virtude de diversos fatores, os instrumentos ulteriormente pensados para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, como as ações coletivas e o mandado de segurança coletivo, também não lograram êxito no enfrentamento dos problemas decorrentes da explosão da litigiosidade.

O tempo não tardou a demonstrar que a dicotomia tutela individual vs. tutela coletiva de direitos era manifestamente insuficiente para assegurar a efetividade dos direitos individuais homogêneos, para eliminar as divergências interpretativas das regras de natureza processual (que também possuem enorme efeito multiplicador) e para conferir atuação racional e eficiente ao Poder Judiciário nacional.

A realidade exposta pela explosão da litigiosidade fez com que a dogmática contemporânea concebesse uma terceira modalidade de tutela jurisdicional: a tutela pluri-individual, instrumentalizada pelas técnicas de julgamento de casos e recursos repetitivos, que são espécies de procedimentos não representativos – em contraposição aos procedimentos representativos típicos da tutela coletiva.

As técnicas de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais e de tramitação e julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra decisões das respectivas turmas recursais, prescritas nos arts. 14 e 15 da Lei 10.259/01, representaram o primeiro modelo de procedimento não representativo positivado no processo civil brasileiro.

---

CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Burril de; JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde. (Orgs.) *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 454.

Um pouco depois, nos anos de 2006 e 2008, o legislador instituiu outra técnica não representativa: o incidente de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973.

O CPC/2015, por meio dos arts. 1.036 a 1.041, aperfeiçoou o incidente de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos e criou um novo procedimento não representativo: o incidente de resolução de demandas repetitivas, disciplinado nos arts. 976 a 987. Esses dois procedimentos não repetitivos, além de encerrarem técnicas diretamente voltadas para o enfrentamento de questões repetitivas, foram delineados a partir do novo modelo de precedentes judiciais vinculantes positivado pelo CPC/2015.

O CPC/2015, a partir do seu art. 928, estabeleceu um “microssistema de solução de casos repetitivos”, que tem por objetivo derradeiro editar precedentes judiciais dotados de eficácia vinculante horizontal e vertical, cuja *ratio decidendi*, proclamada em termos universais, deve ser aplicada nos demais casos pendentes e nos futuros em que discutida a mesma controvérsia fático-jurídica de direito material ou processual, nos termos dos arts. 926 e 927, *caput*, III, do CPC/2015.

Esse novo microssistema é composto pelas normas regentes dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos estatuídas pelo CPC/2015 e também pelos arts. 896-B e 896-C da CLT, nela incluídos pela Lei 13.015/2014, cujas regras e princípios se comunicam e se complementam, a fim de conferir-lhe a máxima efetividade possível na concretização da garantia constitucional do processo justo.

A positivação de um modelo de precedentes vinculantes, que confere primazia à tutela dos direitos pluri-individuais, que concebe novas técnicas para o enfrentamento das demandas repetitivas, que enxerga a litigiosidade de massa como um problema de abrangência supraindividual e que não se orienta apenas à solução de conflitos pretéritos, coloca o CPC/2015 em sintonia fina com a inegável tendência de publicização do processo civil e de fortalecimento da função nomofilática e paradigmática dos tribunais superiores.

O país entra de vez em uma nova fase metodológica do estudo da ciência processual no país: a do processo prospectivo (ou regulatório), instrumentalizado por meio dos precedentes e focado na orientação presente e futura da sociedade sobre o conteúdo e o alcance do direito, visando a propiciar um ambiente normativo de maior previsibilidade e segurança em relação aos possíveis efeitos ou consequências das condutas e das relações jurídicas travadas no seio social. Esse ambiente normativo interage de modo complementar ao processo resolutivo clássico destinado a solucionar litígios passados.

O processo, cada vez mais, vem ganhando uma conotação transindividual, no sentido de se reconhecer a existência de inquestionável interesse público por detrás da solução do litígio particular. Há uma inegável tendência dos efeitos das decisões judiciais do STF e do STJ transcenderem às partes formalmente presentes na lide.

A concepção dogmática do processo prospectivo deita raízes, em última análise, no modelo constitucional de processo idealizado pela Carta Política de 1988, que se funda primordialmente na supremacia dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta a garantia ao processo justo, que é um “direito à proteção de direitos” extraído da cláusula geral do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da Constituição.

Nesse contexto, o processo civil no Estado Constitucional de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 possui duas funções nitidamente distintas, porém complementares: proporcionar proteção aos direitos mediante a prolação de uma decisão justa para o caso concreto e promover a unidade, a coerência e a previsibilidade do direito mediante a formação de precedentes destinados a guiar juridicamente a sociedade.

Nesse novo ambiente dogmático-constitucional, que aos poucos vem sendo assimilado pela doutrina, veio a lume o CPC/2015 sistematizando, de forma absolutamente pioneira na ordem jurídica brasileira, um modelo de precedentes que, de um lado, atribui especial destaque ao papel nomofilático e paradigmático do STF e do STJ e que, de outro, se preocupou em forjar técnicas mais adequadas para o enfrentamento da litigiosidade de massa.

O legislador ordinário, dentro da margem de discricionariedade que lhe delegou a Constituição, positivou os principais aspectos da teoria geral dos precedentes, tendo delineado a sua disciplina fundamental nos arts. 926 e 927 do CPC/2015. Esses dispositivos gozam de colossal importância dentro do processo civil brasileiro, na medida em que albergam regras e princípios que repercutirão diretamente sobre o funcionamento de todo sistema processual civil brasileiro.

Os arts. 926 e 927 do CPC/2015 referendam os precedentes como fonte primária do direito, outorgam-lhes força vinculante (horizontal e vertical) e prescrevem regras sobre a sua interpretação e aplicação, no que se incluem as técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*).

O sistema, notadamente quanto aos aspectos concernentes à criação e aplicação de precedentes, alicerça-se nas garantias fundamentais processuais, sobretudo no contraditório e no dever de fundamentação adequada, o que fica claro à vista das remissões feitas pelo art. 927, §1º, aos arts. 10 e 489, §1º, todos do CPC/2015.

No campo do *overruling*, o CPC/2015 incorporou à legislação regras de suma importância dentro da teoria dos precedentes. Os §§2º a 3º do art. 927 do CPC/2015 preveem a possibilidade de realização de audiências públicas, de oitiva de *amicus curiae* e de modulação temporal dos efeitos da decisão revogadora, ao passo que seu §4º impõe ao tribunal que pretende realizar o *overruling* um ônus argumentativo deveras qualificado, mediante a ponderação de valores como a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia.

Trata-se, de fato, de uma verdadeira mudança de paradigma, possivelmente a mais inovadora, ousada e importante produzida pelo novo *Codex*.

O CPC/2015 estabeleceu, nos arts. 1.036 a 1.041, um procedimento específico para a tramitação e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, fracionado em cinco etapas consecutivas distintas – seleção dos recursos repetitivos; afetação dos recursos repetitivos selecionados; providências preparatórias do julgamento; criação do precedente; e aplicação do precedente criado.

Esse procedimento pentapartido visa à formação de precedentes vinculantes, nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, mediante a proclamação solene das teses jurídicas estabelecidas em enunciados os mais claros e objetivos possíveis. Não obstante ser essa a intenção do legislador, nem sempre o julgamento dos recursos repetitivos ensejará a formação de um precedente, o que poderá ocorrer quando não houver, no âmbito do órgão colegiado julgador, formação de maioria simples em relação a um mesmo fundamento jurídico, ou seja, quando o STF ou o STJ proferir uma decisão plural.

Porém, uma vez editado, o precedente deve ser obrigatoriamente aplicado em todos os processos pendentes versando sobre a mesma questão repetitiva dirimida no bojo do recurso extraordinário ou especial – até então suspensos pela decisão de afetação – e também às demandas futuras por todos os juízos e tribunais, inclusive pelo tribunal de vértice que os criaram, salvo demonstração de distinção.

Como notas de encerramento, cumpre tecer algumas advertências e prognósticos.

Primeiramente, a despeito da relevância da criação de técnicas voltadas para o equacionamento das demandas de massa, como a dos recursos extraordinário e especial representativos de controvérsias, vale frisar que, em obséquio à dogmática moderna atinente à teoria dos precedentes e à missão confiada ao STF e ao STJ, não são apenas as decisões proferidas em casos repetitivos que têm aptidão para formar precedentes com eficácia vinculante. Não há base constitucional para supor que a função do STF e do STJ seja

precipuaamente a de resolver litígios que se repetem em massa para, assim, otimizar a administração da Justiça.<sup>830</sup> Um recurso extraordinário julgado pelo Pleno do STF sob o rito especial dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015 não goza de maior autoridade do que outro apelo excepcional proferido por esse mesmo órgão plenário fora da sistemática dos recursos repetitivos.

Em segundo lugar, por mais significativa e necessária que seja a mudança de paradigma que o CPC/2015 intente implementar, é preciso ter consciência de que um sistema de precedentes, com todas as repercussões que pretende produzir nos campos da interpretação e da aplicação do direito, não se impõe automaticamente por meio de uma decisão legislativa. As leis, por si sós, não têm o condão de transformar a realidade.

Conforme salienta Thomas da Rosa de Bustamante, uma cultura jurídica não se modifica por meio de um “golpe legislativo”. O CPC/2015 representa um paradigma ainda em formação. Para a implementação de uma prática argumentativa de seguir precedentes é preciso, porém, muito mais do que um novo código de processo.<sup>831</sup>

Portanto, sob os ares do promissor modelo metodológico inaugurado pelo CPC/2015, a questão que ora se põe consiste em saber se os operadores do direito “*estarão afeiçoados a lidar, em modo efetivo, seguro e proveitoso, com esse novo paradigma, que tende a alçar o precedente judiciário ao status de uma fonte do direito*”.<sup>832</sup> O sucesso do novo sistema também depende de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito.<sup>833</sup>

A construção e a aplicação discursiva e dialética dos precedentes, invariavelmente permeadas pelas garantias constitucionais processuais, mormente as do contraditório e do dever de fundamentação adequada, são cruciais para a legitimidade e o sucesso do modelo talhado pelo CPC/2015.

É preciso rememorar que não existe atividade jurídica sem interpretação. Tanto quanto as leis as *rationes decidendi* dos precedentes são textos normativos que, por mais claros e objetivos que sejam, carecem de interpretação. Ainda que solenemente proclamada em termos

---

<sup>830</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

<sup>831</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: JUNIOR, Freddie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Burril de; JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde. (Orgs). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 297.

<sup>832</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: *natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 433.

<sup>833</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.506.

universais, após a observância de um procedimento específico prescrito pelo CPC/2015, a *ratio decidendi* se expressa por meio de enunciados linguísticos potencialmente equívocos e conectados aos fatos materiais do caso.

De todo precedente emana um texto escrito que está indelevelmente imbricado com os fatos materiais relevantes que ensejaram sua edição. O sentido e o alcance desse texto podem vir a ser, em alguma medida, revelados ou ressignificados no momento de sua ulterior aplicação. Não há margem para a aplicação mecânica e irrefletida dos precedentes. As garantias do contraditório e do dever de fundamentação adequada expurgam, no plano teórico, essa possibilidade.

Não se pode apostar na busca da perfeição do modelo de precedentes – ou na impecável enunciação de seus fundamentos determinantes pelo STF e pelo STJ – como fórmula ideal para a promoção e a concretização da segurança jurídica e da igualdade, alicerces do Estado de Direito brasileiro, e menos ainda para dotar o sistema jurídico do país dos desejáveis atributos da racionalidade, da integridade, da coerência e da estabilidade. Crer na perfeição do modelo de precedentes é incidir no mesmo erro daqueles que acreditaram no dogma da onipotência da lei.<sup>834</sup>

Portanto, nesse momento em que as decisões judiciais assumem um papel de proeminência no ordenamento jurídico ao lado das leis, o juiz “boca-da-lei” (dos tempos dos exegetas franceses) não pode ser simplesmente substituído pelo juiz “boca-da-jurisprudência”, que se limita a repetir, de forma automatizada ou irrefletida, ementas ou trechos de acórdãos descontextualizados dos fatos e do histórico decisório do tribunal.<sup>835</sup>

Daí a pertinente ponderação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, no sentido de que

a aplicação dos precedentes, portanto, obviamente não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e de comparação entre casos. Vale

---

<sup>834</sup> A propósito, calha a advertência de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron: “nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas perfeitas, gerais e abstratas, de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, v.g., por detrás de toda a pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava). Agora, em fins do século XX e início deste, apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas, apenas que agora o seu autor não é mais (só) o legislador, mas (também) o tribunal”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 348.

<sup>835</sup> *Ibidem*, p. 352.

dizer: um papel nada autômato e certamente decisivo para a promoção da tutela dos direitos.<sup>836</sup>

Toda mudança de paradigma é objeto de compreensível resistência, ainda que, a princípio, seja encarada como dogmaticamente positiva e bem-vinda. A maturação do novo paradigma demandará certo tempo até que resultados práticos satisfatórios sejam alcançados. A assimilação dos fundamentos centrais do novo modelo ocorrerá paulatinamente, seu eventual sucesso dar-se-á de forma gradual, sem açoitamento.

Até que os operadores do direito absorvam o espírito do novo modelo de precedentes, dando-se conta da importância de atuar dentro da moldura normativa idealizada pelo legislador do CPC/2015, decorrerá certo tempo, talvez alguns anos.

Pode vir a ser necessário vencer a resistência de juízes e tribunais em atribuir espontânea deferência aos precedentes do STF e do STJ. Será preciso que os próprios ministros do STF e do STJ levem a sério a relevante missão de construir precedentes e, depois disso, de observá-los, dando o exemplo aos demais juízes e tribunais. Quanto maior for a maturidade institucional do Poder Judiciário, maior será a tendência de obedecer aos precedentes vinculantes.<sup>837</sup>

Será a prática judiciária diuturna e reiterada (com o aperfeiçoamento gradual dos métodos de argumentação e fundamentação dos pleitos e contrapleitos formulados pelas partes, somada ao modo como os tribunais, especialmente o STF e o STJ, irão lidar com esse novo paradigma) que determinará o êxito, ou não, do sistema de precedentes vinculantes posto à prova pelo novo *Codex*.

O CPC/2015 coloca-se, assim, “como um sopro de esperança”, na medida em que consagra na legislação brasileira as principais exigências da racionalidade do modelo de precedentes existentes nos sistemas de *common law* e das teorias mais importantes sobre a argumentação jurídica e sobre a fundamentação das decisões judiciais<sup>838</sup>, buscando

---

<sup>836</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 874.

<sup>837</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 318.

<sup>838</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: JUNIOR, Freddie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Burril de; JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde. (Orgs). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 296.

*“dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do direito jurisprudencial no Brasil”*.<sup>839</sup>

Dentro de suas possibilidades e limitações, o legislador fez a sua parte. O CPC/2015 lançou as bases de um novo modelo de interpretação e aplicação do direito no âmbito do processo fundado nos precedentes do STF e do STJ. Cabe agora à doutrina, aos advogados públicos e privados, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e aos magistrados desenvolvê-lo a partir do aprofundamento dos estudos sobre a teoria dos precedentes e da aprendizagem inerente à práxis forense, da observação empírica dos erros e acertos perpetrados pelos tribunais e, ainda, da análise das suas consequências e repercussões concretas.

Por fim, cumpre ressaltar que o problema da litigiosidade de massa também não será resolvido pelo CPC/2015. Por melhor que seja o sistema de resolução de demandas repetitivas instituído pela nova legislação processual, é certo que nenhuma lei irá solucionar um problema estrutural do Estado brasileiro, em geral, e do Poder Judiciário, em particular.

O CPC/1973 é prova disso. Conforme revelam as estatísticas oficiais, as dezenas de alterações legislativas nele promovidas com o objetivo de equacionar os problemas inerentes à explosão de litigiosidade não surtiram o efeito desejado. Não houve diminuição no número de ações repetitivas ajuizadas e nem ganho de efetividade e de celeridade na prestação jurisdicional. Os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, introduzidos na Constituição pela EC 45/04, também não lograram refrear a crise do STF e nem o crescente volume de processos repetitivos que assoberbam anualmente os juízes das instâncias ordinárias.

Espera-se que a efetiva implementação da cultura do precedente no país – caso venha mesmo a vingar, na linha do que foi logo acima exposto – possa contribuir, de modo decisivo e eficaz, no equacionamento dos sérios problemas decorrentes da litigiosidade de massa, notadamente no que tange à efetividade da prestação jurisdicional.

É possível que, quando o Poder Judiciário, o Estado e a sociedade começarem a assimilar o alvissareiro sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, colocando-o concretamente em prática, a litigiosidade de massa comece, igualmente, a arrefecer. A constatação prática de que o STF e o STJ levam a sério os seus próprios precedentes, respeitando-os e seguindo-os, será de fundamental importância para o sucesso do incidente de processo e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

---

<sup>839</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 354.

Se, com o passar do tempo, o modelo de precedentes vinculantes vier a consolidar-se, por intermédio de sua utilização racional, legítima e responsável (sobretudo pelo Poder Judiciário), os mecanismos de solução de casos repetitivos paulatinamente produzirão os resultados práticos almejados.

Será a concreta e palpável criação de um ambiente jurídico envolto de segurança, previsibilidade, estabilidade, coerência, integridade que irá inspirar confiança na sociedade, levando-a acreditar cada vez mais nas instituições estatais, particularmente no Poder Judiciário. A gradual concretização desse universo jurídico-institucional conduzirá o sistema processual a resultados significativamente mais satisfatórios no enfrentamento da litigiosidade de massa e, por conseguinte, propiciará ao Poder Judiciário melhores condições para entregar a todos uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva dos direitos pluri-individuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 17-64.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. a. 29, n. 113, jan./fev.2004, p. 09-21.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Revisão de tradução por: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424-438.

ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, a. 24, n. 96, out./dez.1999, p. 37-44.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo Civil brasileiro*. Volume 1. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo*. n. 163, set. 2008, p. 50-59.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. Tese apresentada no Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1968). Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=074>> Acesso em: 03 mai. 2015, p. 115-143.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 315-354.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, ano VI, mai/jun. 2005, p. 05-16.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS MONTEIRO, Washington. Da jurisprudência. *Revista Forense*, vol. 202, abr/mai/jun. 1963, p. 373-374.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, Direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 90, 2004, p.33-67. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/3/2>> Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf)> Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, a. 34, n. 172, jun. 2009, p. 09-23.

BENDITT, Theodor M. The rule of precedent. In: Goldstein, Laurence (Ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89-105.

BINENBOJN, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Tradução por: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: *Precedentes*. JUNIOR, Freddie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Burril de; JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde. (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 275-297.

BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355>>, p. 327-372. Acesso em: 24 fev. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, São Paulo, Maio/2007, p. 123-146.

CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile: disegno generale dell'istituto*. Vol. II. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920.

CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*. Ano XIII, Vol. 85, Jan/Fev. 1999, p. 279-295.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abr. 2001, p. 108-128.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: Freddie Didier Jr. (Org). *Leituras complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 235-267.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução por: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução por: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. *In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 33-73.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO FILHO, José S. *Repercussão Geral: Balanços e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extents*. Reproduction from Harvard Law School Library. New York: Baker, Voorhis & Co. Publishers, 1885.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In: Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225-243.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. Tradução por: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1942.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. Tradução por: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1943.

COLE, Charles. O *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun/1998, p. 11-21.

Comentários à nova lei do Mandado de Segurança. Napoleão Nunes Maia Filho *et al* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Comentários ao novo Código de Processo Civil. Coordenação Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. Brasília: CNJ, 2011, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em: 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Justiça em Números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação de sua autoridade no Poder Judiciário*. In: Thomas da Rosa de Bustamante. [et al.]; Alice Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves [et at.] (Coord.). Brasília, 2015.

COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Tradução por: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: *Precedentes*. JUNIOR, Freddie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Burril de; JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde. (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 445-458.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, p. 139-174.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução por: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia erga omnes: o art. 52, X, da CF. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 126, set. 2013, p. 94-123.

DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese. In: VINCENTI, Umberto (Org.). *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p.167-234.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009.

\_\_\_\_\_; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?* In: FREIRE, Alexandre et. al. (org.) *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 333-362.

DIDIER JR. Freddie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento*. Vol.1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOLEZALEK, Gero. Precedenti giudiziari nello ius comune. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 55-80.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EINSENBURG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENG, Svein. *The doctrine of precedent in English and Norway: some common and specific features*. 39 Scandinavian Stud. L. 275, 2000, p. 275-324.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 35-72.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política* n. 17. Madrid, 2001, p. 31-45.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 01-32.

FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. *Revista de Processo*, a. 35, n. 181, mar. 2010, p. 09-37.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DIREITO GV (São Paulo). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. Daniela Monteiro Gabbay; Luciana Gross Cunha (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. DIREITO GV (São Paulo). Relatório ICJBrasil 1º TRIMESTRE / 2014 – 4º TRIMESTRE / 2014: ANO 06. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

FUX, Luiz. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27102>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

GOODHART, Arth L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, n.2, dec. 1930). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 22 fev. 2011, p. 161-183.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Modificações de competência no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2012, p. 121-145.

\_\_\_\_\_; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, n. 208, out./dez. 2015, p. 189-202.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. O Supremo como Corte Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.) *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 606-622.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HARRIS, J.W. Towards principles of overruling – When should a final court of appeal second guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, 10/135-199, 1990.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_; SANTOS, Marina França. A superação do duplo grau de jurisdição como princípio. *Revista de Processo*. Vol. 214, dez. 2012, p. 147-172.

KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOMÁREK, Jan. Judicial law making and precedent in Supreme Courts. In: *Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts*. LSE - Legal Studies Working Paper n. 4/2011, mar. 2011, p. 12. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1793219>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Recurso Extraordinário e Repercussão Geral. In: *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 722-748.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 531-550.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução por: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. *Revista dos Tribunais*, v. 858, abr./2007, p. 11-19.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Vol. 2*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista do TST*. Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 223-248.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, n. 249, nov. 2015, p. 399-419.

MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição do Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 503-517.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire et al. (Orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 679-702.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41, n. 162, abr/jun. 2004, p. 149-168.

\_\_\_\_\_. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. *In: Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305-378.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. a. 37. Vol. 206, abr./2012, p. 61-78.

\_\_\_\_\_. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. *In: Séries Monografias do CEJ* n. 14. Brasília: CJF, 2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 05, n. 18, jan./mar. 1997, p. 269-288.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. *In: Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1083-1126.

NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. *In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 75-107.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 246-276.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, vol. 187/2010, set. 2010, p. 181-230.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. *In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). Interpreting Precedents – A comparative study.* London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 461-479.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law.* 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

PUGSLEY, David F. Origine della regola dello stare decisis. *In: VINCENTI, Umberto (Org.). Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea.* Padova: Cedam, 1998, p. 235-252.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. *Stare decisis.* *Revista de Informação Legislativa.* n. 122, mai-jul. 1994, p. 281-287.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro).* Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. Da "objetivação do recurso extraordinário" à valorização da jurisprudência: *common law* à brasileira? *In: FUX, Luiz (Coord.). Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 405-463.

ROSAS, Roberto. Do assento e do prejulgado à súmula do S.T.F. *Revista dos Tribunais.* vol. 404, a. 58, jun. 1969, p. 19-21.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade a tese de sua objetivação.* Brasília: UnB, 2013. Dissertação (mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *39 Stan. L. Rev.* 571 1986-1987, p. 570-605.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.* São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, Artur César. *Resolução de demandas repetitivas: comunicação de demanda individual, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos*. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de julho, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. *O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from Precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 519-530.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.) *Direito Constitucional Brasileiro: Vol. II. Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 669-705.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione. In: *Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991.

\_\_\_\_\_. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè Editore, Ano XLVIII – N. 2, jun. 1994, p. 411-430.

\_\_\_\_\_. Institutional Factor Influencing Precedents. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 437-460.

\_\_\_\_\_; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 141-188.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011, p. 139-155.

\_\_\_\_\_. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano VIII, n. 46, Jan-Fev. 2012, p. 93-115.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*. a. 43. n. 171, jul/set. 2006, p. 19-46.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 24, out. 1981, p. 99-109.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_; Processo Constitucional. In: *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 2. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 720-782.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYR, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 103- 140.

TUNC, André. La Cour Suprême Idéale. In: *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978, p. 433-471.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV/SP*, jul-dez. 2008, p. 441-464.

WALDRON, Jeremy J. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. In: *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* 2011, Paper 314, p. 01-35. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/314/](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/314/)>. Acesso em: 22 dez. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, a. 36, n. 191, jan. 2011, p. 187-197.

\_\_\_\_\_. Precedentes e evolução do direito. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

\_\_\_\_\_; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*. In: Laurence Goldstein (Org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 73-87.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, justicia*. Tradução por: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota, 2011.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-38.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.