XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

PRECEDENTES JUDICIAIS E JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

PRECEDENTES JUDICIALES Y JUZGAMIENTOS DE CASOS REPETITIVOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO

Daniel Polignano Godoy

Resumo

A vinculação a precedentes no Brasil tem sido defendida sob a justificativa de tornar mais célere o julgamento de demandas repetitivas, o que contribuiria para uma melhoria da situação do Poder Judiciário e, consequentemente, para o incremento da celeridade e efetividade processuais, atendendo ao princípio constitucional da razoável duração do processo. O Novo Código de Processo Civil seguiu esta tendência e está reforçando o papel dos precedentes para a solução de casos repetitivos. Diante deste contexto, o presente artigo se propõe, primeiramente, a analisar as finalidades buscadas pelo reforço do papel dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Na sequência, são feitas algumas considerações acerca do tratamento do precedente judicial no Novo Código de Processo Civil brasileiro, examinando à luz da teoria do stare decisis alguns dos institutos nele tratados, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Em seguida, realiza uma comparação entre estes mecanismos de julgamento de casos repetitivos e dois outros objetos de estudo do Direito Processual, para verificar de qual destes institutos se aproximam mais: da teoria do precedente judicial ou as tutelas coletivas. Ao final, conclui que a aceleração de julgamentos não é um efeito automático ou direto da vinculação a precedentes.

Palavras-chave: Precedente judicial, Julgamentos de casos repetitivos, Novo código de processo civil brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

La vinculación de los precedentes en Brasil ha sido defendida con el argumento de hacer más rápido el juzgamiento de demandas repetitivas, lo que contribuiría a mejorar la situación del poder judicial y, en consecuencia, para aumentar la velocidad y la eficacia del procedimiento, atendiendo al principio constitucional la duración razonable del proceso. El nuevo Código de Procedimiento Civil siguió esta tendencia y está reforzando el papel de los precedentes para la solución de los casos repetitivos. Dado este contexto, el presente artículo tiene como objetivo, en primer lugar, examinar las finalidades perseguidos por el fortalecimiento del papel de los precedentes en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. A continuación se presentan algunas consideraciones sobre el tratamiento del precedente judicial en el Nuevo Código de Procedimiento Civil de Brasil, examinando la luz de la teoría de stare decisis algunos de los institutos en él tratados, como el incidente de resolución de demandas

repetitivas y el juicio de recursos especiales y extraordinarios repetitivos. En secuencia, realiza una comparación entre estos mecanismos de juzgamiento de casos repetitivos y otros dos objetos de estudio del Derecho Procesal, para verificar de cual destes institutos están más cerca: de la teoría del precedente judicial o de la tutela colectiva. Al final, se llega a la conclusión de que la aceleración de los juicios no es un efecto automático o directo de la vinculación a precedentes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedente judicial, Juzgamientos de casos repetitivos, Nuevo código de procedimiento civil brasileño

1. Introdução

As reformas levadas a cabo na legislação processual brasileira nas últimas décadas demonstram uma clara tendência de valorização da jurisprudência, atribuindo efeitos vinculantes ou quase vinculantes, conforme classificação proposta por Thomas da Rosa de Bustamante[1] (2007), ao entendimento firmado pelos tribunais pátrios. Esta tendência foi confirmada e enfatizada no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, de agora em diante denominado NCPC no presente texto), que contém diversas menções expressas ao precedente judicial.

A tendência de vinculação à jurisprudência dos tribunais faz o sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente classificado como um sistema de *civil law*, receber maiores influxos do *common law*, num movimento de convergência. Segundo Mario Losano (2007, p. 345), *o Common Law anglo-americano e o direito europeu continental* [...] *tendem a se aproximar*, uma vez que *o* Common Law *está passando por uma extensão dos* statutes *e das* consolidations *em detrimento do puro "judge made law", enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de* Civil Law.

Ocorre que a atribuição de efeitos vinculantes aos "precedentes judiciais" no Brasil está sendo feita de maneira bastante peculiar e carrega as expectativas de parte da comunidade jurídica e da sociedade em torno da concretização de algumas finalidades que podem não guardar relação direta com os resultados que podem ser obtidos pela incorporação de uma teoria semelhante ao *stare decisis* no Direito Processual pátrio.

---

[1] *Consolidated precedents from both the Supreme Federal Court and the Higher Court of Justiciary, either explicitly formulated through "súmulas" or merely reiterated by the conjoined panels of the Courts, have a "quasi-binding" (or binding in a week sense) effect that finds support both in constitutional principles and in ordinary statutes that recently introduced new provisions on the Brazilian Code of Civil Procedures. Their force lies in the argument from universalizability and the requirement of rational justification of legal decisions. (…) Even though those statutory provisions do not make the precedents of the two most important courts of Brazil binding in the strong sense (which would include the possibility of enforcing the decision via the writ from article 102, I, "l", of the Brazilian Constitution), they certainly have raised the status of those precedents to a "binding in a week sense" level or, in the nomeclature of the Bielefelder Kreis, to the status of a precedent "not formally binding but which have a force or provide further support.* "Precedentes consolidados tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, explicitamente formulados através de súmulas, ou meramente reiterados pelos órgãos dos Tribunais, tem um efeito "quase-vinculante" (ou vinculante em um sentido frágil) que encontra suporte nos princípios constitucionais e nas leis ordinárias recentemente introduzidas no Código de Processo Civil brasileiro. Sua força baseia-se no argumento de universalização e do requerimento de justificação racional das decisões. (…) Mesmo que essas provisões legais não transformem os procedentes dos dois tribunais mais importantes do Brasil em vinculantes no sentido estrito (o que incluiria a possibilidade de exigir o respeito à decisão via o *writ* do artigo 102, I, "l" da Constituição brasileira), ele certamente alcançou o *status* destes procedentes vinculantes em um sentido frágil ou, na nomenclatura do Bielefelder Kreis, ao *status* de um precedente 'não formalmente vinculante, mas que tem alguma força ou fornece um apoio adicional para decisões posteriores'." *(*BUSTAMANTE, 2007).

A vinculação a precedentes tem sido defendida sob a justificativa de facilitar o julgamento de demandas repetitivas, o que contribuiria para o "desafogamento" do Poder Judiciário e, consequentemente, para o incremento da celeridade e efetividade processuais, atendendo ao princípio constitucional da razoável duração do processo. Estes, basicamente, são os objetivos primordiais de todas as reformas processuais empreendidas nas últimas décadas. O Novo Código de Processo Civil não destoou desta tendência.

A versão do Novo Código de Processo Civil aprovada na Câmara dos Deputados chegou a conter capítulo (artigos 520 a 522) que pretendia regulamentar expressamente a formação, aplicação e vinculação ao precedente judicial no Brasil.

Embora este capítulo tenha sido retirado da redação final do Novo Código (Lei nº 13.105), existem diversas menções ao precedente judicial no texto aprovado, notadamente quando há referência ao julgamento de recursos repetitivos e ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em que pese ser indubitável a tendência mundial de aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, reconhecida e retratada nas lições de diversos doutrinadores; e em que pese ser salutar extrair de outros sistemas jurídicos soluções tidas como exitosas para problemas em comum, adaptando-as, no que for preciso, à realidade pátria (FERREIRA DE ALMEIDA, 1998); é preciso, antes de aderir à crença nas técnicas de vinculação a precedentes judiciais como soluções para as mazelas do Poder Judiciário brasileiro, refletir se há uma adequação entre os fins perseguidos e os meios propostos.

Tal reflexão se faz importante porque, a partir de uma análise da teoria do *stare decisis*, é possível suspeitar-se de que os fins buscados com o incremento das técnicas de vinculação a precedentes podem não se concretizar perfeitamente pelos meios propostos. A uma, porque nem todos os institutos classificados no Novo CPC como "precedentes judiciais" parecem caber no conceito de precedente, ao menos em um sentido estrito do termo; a duas, porque os institutos que realmente estabelecem uma vinculação a precedentes judiciais no Novo CPC talvez não possam, num contexto de respeito aos direitos e garantias fundamentais, e dentro da concepção de um processo constitucionalmente adequado, ser aplicados da forma simplista como seria necessário para "acelerar" o julgamento dos processos por meio do estabelecimento de decisões-modelo.

Assim, o presente artigo se propõe, primeiramente, a analisar as finalidades buscadas pela atribuição de efeitos vinculantes a precedentes no Novo Código de Processo Civil, que, naturalmente, ocupa o centro dos debates processualistas pátrios na atualidade. Na sequência, o trabalho pretende tecer algumas considerações acerca do tratamento do precedente judicial

no Novo Código de Processo Civil brasileiro, examinando à luz da teoria do *stare decisis* alguns dos institutos nele tratados, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Em seguida, pretende-se realizar uma comparação entre o incidente de julgamento de demandas/recursos repetitivos no Novo CPC e dois outros objetos de estudo do Direito Processual, para verificar de qual deles estes institutos se aproximam mais: a teoria do precedente judicial ou as tutelas coletivas. Ao final, pretende-se extrair algumas conclusões com base na análise empreendida ao longo do texto.

2. As finalidades buscadas pela aplicação de precedentes no Brasil

A vinculação a precedentes judiciais vem sendo apregoada no Brasil como solução para vários males. Existem aqueles que advogam que a teoria do *stare decisis*, caso aplicada no Brasil, com as adaptações que se façam necessárias, poderia contribuir para equacionar questões de isonomia no trato de litigantes que se encontrem em situações idênticas (BASTOS, 2014, p. 85), para conferir maior estabilidade decisória ao sistema, maior uniformidade jurisprudencial, maior segurança jurídica (BASTOS, 2014, p. 85.), e que ainda poderia conduzir ao "desafogamento" do Poder Judiciário (por permitir o julgamento mais ágil de demandas repetitivas), proporcionando maior celeridade e efetividade ao processo civil.

De fato, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo CPC, o objetivo de obter um processo civil mais célere por meio de institutos comumente associados ao precedente judicial foi expressamente assumido:

> Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência.
>
> Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos "tempos mortos" (= períodos em que nada acontece no processo).
>
> **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 intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. (BRASIL, 2010, p. 13) (negrito nosso)

Do trecho da Exposição de Motivos acima transcrito, pode-se ver que a preocupação com a celeridade aparece em primeiro lugar quando o assunto é o *julgamento de demandas repetitivas*. A segurança jurídica e a isonomia aparecem apenas de forma colateral (veja-se que estes objetivos são mencionados no trecho acima com o uso da expressão "por outro lado").

As notícias que foram divulgadas durante a tramitação do Projeto do Novo CPC no Congresso Nacional reforçam esta afirmação. A título de exemplo, vale citar notícia publicada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, após a aprovação do Projeto do Novo CPC naquela casa legislativa:

> A principal novidade do novo Código de Processo Civil (PL 8046/10), aprovado pelo Plenário nesta quarta-feira, é a criação de uma ferramenta para dar a mesma decisão a milhares de ações iguais que enchem as prateleiras do Judiciário. A promessa é dar uma solução judicial mais rápida a ações sobre planos econômicos, Previdência ou questionamento de contratos com empresas de telefonia, água e esgoto, os chamados contratos de adesão.
>
> Por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, as ações iguais serão congeladas na primeira instância até que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal decida a questão e mande aplicar, a todos os casos, a mesma decisão.
>
> Hoje, cada caso tramita de maneira autônoma e recebe decisões diferentes – como cada juiz decide de uma maneira, há quem ganhe e quem perca mesmo se tratando de pedidos iguais. Com isso, ninguém consegue resolver a questão na primeira instância, já que as decisões divergentes levam a vários recursos.
>
> O incidente pode economizar tempo para os cidadãos e gerar jurisprudência para os novos casos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também poderá ser chamado para que a decisão do incidente de um TJ ou TRF seja aplicada a todas as ações do País.
>
> Para o deputado Miro Teixeira (Pros-RJ), a nova ferramenta pode encurtar o caminho que um cidadão percorre até conseguir uma decisão final. "Aquelas ações iguais ficam tramitando em separado, às vezes tendo decisões absolutamente diversas uma da outra, para depois se encontrarem em instâncias superiores. O incidente de resolução de demandas repetitivas vai prevenir isso", explicou.

> O pedido de instauração do incidente poderá ser feito pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associações. (BRASIL, 2014)

Assim, existe uma explícita tendência de se atribuir à vinculação a precedentes o aprimoramento do trato das demandas repetitivas, além de proporcionar maior segurança jurídica e isonomia aos julgamentos.

Os autores que vinham se debruçando sobre o estudo do Projeto do Novo CPC já identificavam esta tendência de se confiar na vinculação a decisões judiciais para o trato de litígios repetitivos. Para ilustrar esta afirmação, cita-se:

> No entanto, como se vem advertindo há algum tempo, necessitamos tematizar o uso destas técnicas, especialmente quando se vislumbra que no atual CPC Projetado, cujo relatório foi apresentado (pelos ilustres Deputados Sérgio Barradas Carneiro, Fábio Trad e Paulo Teixeira) e discutido na Câmara dos Deputados, se aposta com muita veemência na utilização destes padrões decisórios para dimensionar os litígios repetitivos, inclusive viabilizando a criação de "precedentes" pelos Tribunais de segundo Grau. (NUNES; PATRUS, 2013).

Mesmo antes das discussões específicas sobre o Novo CPC, parte da doutrina já exaltava técnicas de julgamento por amostragem (comumente associadas com a teoria do *stare decisis*) com a diminuição do número de demandas. A título de exemplo, transcrevemos trecho de autoria de Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 1-9):

> A grande massa de processos que afluem aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas.
>
> (...)
>
> O legislador brasileiro avançou, no plano constitucional e infraconstitucional, apresentando soluções por intermédio de técnicas de tratamento dos processos repetitivos, que são as seguintes: a – criação da súmula vinculante do STF; b – aferição, por amostragem, da repercussão geral da questão constitucional perante o STF, aplicando-se a decisão da Corte aos demais processos; c – julgamento de recursos especiais por amostragem, objetivando negar seguimento a recursos sobre a mesma tese de direito; d – súmulas de jurisprudência dominante, impeditivas de recurso; e – julgamento de mérito pelo juiz de primeiro grau, antes mesmo da citação do réu.

Feitos estes apontamentos, passe-se à análise do tratamento conferido pelo Novo CPC ao precedente judicial.

3. O tratamento do precedente judicial no Novo Código de Processo Civil

Na versão do Novo Código de Processo Civil aprovada na Câmara dos Deputados, o precedente judicial recebia tratamento expresso nos artigos 520 a 522. Basicamente, o que ali estava disposto eram diretrizes para o Poder Judiciário (art. 520), princípios a serem concretizados pela aplicação dos precedentes (art. 521, *caput*), definição de quais seriam os precedentes dotados de efeitos vinculantes (art. 521, incisos I a IV), disposições sobre a formação, aplicação e modificação dos precedentes (art. 521, §§ 1º a 11) e definição do que se consideram julgamentos de casos repetitivos para aquele Código (art. 522)[2].

---

[2] Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.
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, os acórdãos e os precedentes 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 e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:
a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;
b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.
§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.
§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
§ 3º 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.
§ 4º 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.
§ 5º 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.
§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:
I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;
II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;
III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.
§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.
§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 10. Na hipótese de alteração

Na versão final do Novo Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 13.105, foi suprimido o capítulo específico sobre os precedentes, mas existem diversas menções expressas a ele[3], podendo-se afirmar que os precedentes continuam tendo papel de destaque na nova legislação.

As menções legislativas ao precedente que mais importam para o presente trabalho são:

> 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.
>
> [...]
>
> § 5º Os tribunais darão publicidade a seus **precedentes**, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
>
> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> [...]

---

de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.
§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;
II – recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

[3] Art. 498.
[...]
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
[...]
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - 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.

> IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de **precedente** proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.
>
> Art. 1.104.
>
> [...]
>
> § 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:
>
> [...]
>
> II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:
> a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;
> b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Além dos dispositivos supra citados, pode-se considerar que comporiam o tratamento dado ao precedente judicial no Novo Código as disposições específicas sobre os *julgamentos de casos repetitivos*[4], quais sejam, o incidente de resolução de demandas repetitivas (previsto nos arts. 976 a 987 do NCPC) e o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do NCPC), já que referidas técnicas de julgamento vêm sendo frequentemente associadas ao precedente judicial, conforme visto acima.

As análises que vinham sendo feitas sobre o precedente judicial no Projeto do Novo Código, que ainda tramitava no Congresso Nacional, dividiam-se quanto à adequação do precedente judicial para reduzir a carga de trabalho do Poder Judiciário. Parte da doutrina, como visto no tópico acima, parece admitir como válido o pressuposto de que as técnicas de vinculação a precedentes são adequadas à persecução das finalidades estabelecidas no NCPC. Outras, encaram com ceticismo o emprego dos precedentes com efeitos vinculantes para a finalidade de se desafogar o Poder Judiciário, como, por exemplo, Nelson Nery e Georges Abboud (2013, p. 488), em obra conjunta:

> Toda análise sobre precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão-piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, posto que, somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o *status* de precedente.

[4] Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

> Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto, ele nunca pretende nascer desde sempre como precedente. Assim, a aptidão dele para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação.

Segundo a ótica que considera a vinculação a precedentes como mecanismo de "desafogamento" do Poder Judiciário, procedimentos previstos no Novo Código de Processo Civil – como o julgamento de recursos especiais e extraordinário repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas – seriam capazes de produzir padrões decisórios (NUNES; LACERDA, 2014, p. 343.) facilmente aplicáveis a casos semelhantes.

Referidas técnicas de julgamento por amostragem (diz-se técnicas de julgamento por amostragem por selecionarem alguns exemplos de recursos/causas representativas da controvérsia para que um padrão de julgamento seja estabelecido a partir desta "amostra") originam-se do *procedimento-modelo* tedesco – instituto criado na Alemanha, originalmente para equacionar causas originadas de um mesmo contexto fático, que desaguaram nos tribunais alemães de forma abrupta e numerosa.

Como se pode perceber, referidas técnicas **não** foram criadas, originalmente, dentro de uma teoria de *stare decisis* e, de fato, não são precedentes judiciais em sentido estrito, conforme se demonstrará a seguir.

O *procedimento-modelo* foi criado num sistema de *civil law* – Alemanha –, em caráter experimental, por meio de uma lei com prazo de vigência determinado.

Segundo noticiam Dierle Nunes e Rafael Dilly Patrus (NUNES; PATRUS, 2013), o procedimento foi concebido para resolver o caso de cerca de 15 mil investidores que teriam sido lesados em razão da veiculação de informações equivocadas a respeito do patrimônio da empresa *Deutsche Telekom (DT)* em duas circulares de ofertas de ações. Os investidores supostamente lesados estavam sendo representados por aproximadamente 750 (setecentos e cinquenta) advogados diferentes, em ações propostas perante a corte distrital de Frankfurt.

A técnica processual conjecturada pelo legislador alemão tinha como elemento vinculante *erga omnes* ou "padronizável", a **solução** de um conflito que versava sobre direitos que, segundo a classificação adotada no microssistema de tutela coletiva no Brasil (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), poderia ser enquadrado como relativo a *direitos individuais homogêneos*[5]. Tratava-se, portanto, de declarar uma norma jurídica genérica

[5] Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
[...]

(espécie de *sentença genérica* em relação aos diversos litigantes que se diziam lesados pela circulares da empresa ré), mas individualizável a cada um dos processos em trâmite, a partir da aplicação concreta do modelo pré-determinado na decisão genérica, equacionando um conflito que, apesar de tratar de direito individuais, *acidentalmente*, ganhou dimensão coletiva.

Afirma-se que se tratava do julgamento de um caso afeto aos *direitos individuais homogêneos* porque os indivíduos estariam defendendo direitos *decorrentes de origem comum* (incorreta divulgação de informações nas circulares da *Deutsche Telekom*), de natureza individual (isto é, de titularidade de cada um dos investidores lesados), mas que, por decorrerem de uma origem comum e envolverem uma quantidade grande de indivíduos, mereceram tratamento processual coletivo ou *molecularizado*, devido a questões de política legislativa e economia processual. E são estas as características usualmente reconhecidas no Brasil para a identificação dos *direitos invididuais homogêneos*. Senão, veja-se:

> Quando, porém, se cogita de direitos individuais homogêneos, desde a origem se pode identificar a titularidade do direito pelo indivíduo, sem conotação alguma com o grupo que posteriormente se confirmou apenas para efeito de atuação em juízo. São em realidade direitos individuais aos quais se dá tratamento processual coletivo. Ou seja, o direito subjetivo material é individual, a ele se dispensando, por razões de política legislativa, o uso de técnica processual coletiva para sua defesa. Trata-se, assim, de uma ficção jurídica criada para ampliar a defesa de direitos individuais de origem comum. HERMES ZANETI JÚNIOR destaca a importância dessa categoria:
>
> "La importância de esta categoria es cristalina. Sin su creación por el derecho positivo nacional, no existiria posibilidad de tutela colectiva de derechos com natural dimensión colectiva, resultantes de la masificación/estandarización de las relaciones jurídicas y de los daños de ahí resultantes. Así, tal categoria de derechos representa una ficción creada por el derecho positivo brasileño con la finalidad única y exclusiva de posibilitar la protección colectiva (molecular) de derechos individuales con dimensión colectiva (masiva). Sin esta expresa previsión legal, la posibilidad de defensa colectiva de derechos individuales estaria vedada".
>
> O fato de se dar um tratamento processual coletivo não subverte a essência do direito que é INDIVIDUAL. Trata-se apenas de criar mais um instrumento para facilitar a tutela dos direitos individuais sendo assim complementar e não substitutiva da Ação Individual. Nesse sentido e invocando as lições de MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL.
>
> "existe um legitimado ordinário que puede proponer em acción propia la protección de esse derecho, si así lo desea. Por situaciones sociales y políticas que no son objeto de este ensayo, tuvo a bien el legislador posibilitar el enjuiciamiento de acciones que solucionen la cuestión de mérito de un expresivo numero de potenciales autores individuales, por que existen notas de identidad que justifican ese tratamiento colectivo." (FARIA; THEDORO JÚNIOR, 2008, p. 498-499.)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Talvez a criação deste incidente tenha sido necessária no ordenamento alemão ante a falta de instrumentos adequados para o tratamento de demandas coletivas (em sentido amplo, no qual, segundo a concepção adotada no presente trabalho se consideram incluídas as demandas difusas, coletivas *strictu sensu* e individuais homogêneas), como informam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 58-59) em obra conjunta:

> 7.2. Modelo da *Verbandsklage* (tradicional da Europa-Continental)
>
> Esse modelo adota a etiqueta alemã das ações sobre normas gerais de contratação, da Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Negócios, também denominadas "ações associativas", que, naquele país, primeiro tratou da tutela de interesses coletivos dos consumidores (1976). [...] Mesmo que não fique clara a motivação dessa tutela coletiva, extremamente fragmentada, parece-nos correto afirmar que ela pretende atender a *demandas materiais* decorrentes dos novos direitos do consumidor, do meio ambiente etc., não tendo sede em uma filosofia comum que oriente uma mudança da perspectiva individual do litígio para a perspectiva coletiva, ao contrário das *class actions*, onde essa filosofia está bem presente.
>
> [...]
>
> Outra questão refere ao tipo de tutela: *d)* a tutela predominantemente permitida em juízo é somente aquela em que o pedido contém uma tutela inibitória ou injuncional, tutelas voltadas para as obrigações de fazer e não-fazer. No caso de poluição, como bem se sabe, a lesão ao meio ambiente é *pluriofensiva*, atingindo tanto ao bem coletivo (macrobem ambiental), quanto ao bem individual (microbem ambiental). Cria-se assim uma situação absolutamente desconfortante já que "ou bem o titular do direito individual faz valer o seu direito ao ressarcimento do dano na via absolutamente individual com uma ação individual, ou não obtém nenhuma tutela". A tutela das *Verbandsklage* é portanto deficitária também nessa medida.
>
> Assim, extrai-se que os danos coletivos não são reconhecidos neste modelo italo-francês-alemão, modelo prevalente, mesmo que não de maneira absoluta, na Europa-continental.

Portanto, o procedimento-modelo alemão (*musterverfahren*) – fonte de inspiração para técnicas de julgamento que, no Brasil, vêm sendo associadas à teoria do precedente judicial – visava a uma solução coletiva (em sentido amplo) para litígios relacionados a direitos individuais homogêneos, cuja resposta poderia ser dada pelo Poder Judiciário de forma molecular por haver uma *origem comum* do direito dos litigantes, o que seria objetivamente aferível no processo, por meio de, provavelmente, prova exclusivamente *documental*.

A solução construída neste incidente – norma jurídica genérica, mas individualizável – seria, posteriormente, aplicada aos processos individuais, cuja identificação também podia ser feita de forma direta, imediata – processos de investidores lesados pela divulgação de

informações inadequadas nas circulares de ações da *Deutsche Telekom* – por meio de um raciocínio *dedutivo*.

Não há notícias de que houvesse a pretensão de se criar uma norma jurídica *universalizável* e com efeitos *prospectivos* (isto é, perenes no ordenamento jurídico) neste incidente, mas apenas de resolver os processos que versavam sobre os direitos individuais homogêneos decorrentes do suposto dano coletivo (em sentido amplo) causado pela empresa ré.

O elemento vinculante dotado de efeitos *erga omnes* do julgamento paradigma era a solução dada pelo Poder Judiciário à causa – algo que se poderia dizer muito mais próximo a uma *coisa julgada erga omnes* (uma vez que determinava a extensão do *dispositivo* da decisão a todos os processos individuais), do que a uma *norma jurídica não escrita, com pretensão de universalidade*.

No caso da teoria do *stare decisis* adotada nos sistemas de *common law*, o elemento vinculante de um precedente não é a solução judicial dada ao caso concreto – isto é, não é o dispositivo da decisão judicial –, mas a tese jurídica adotada – *ratio decidendi* – que conduziu o julgamento para tal ou qual desfecho, com base em fatos relevantes identificados naquela causa – *material facts*. Não há a pretensão, como se pode ver, de replicar soluções a casos concretos (dispositivos de decisões), mas de se extrair, de um julgamento anterior, uma norma jurídica não escrita – decorrente da *ratio decidendi* – que, aplicada a um certo caso, conduza a certa conclusão. Trata-se, portanto, de raciocínio *indutivo*.

Para sua aplicação em outro caso, seria preciso construir uma outra operação jurídica – possivelmente um silogismo (BUSTAMANTE, 2012, p. 468-471) [6] – utilizando a norma jurídica extraída da *ratio decidendi* como a premissa normativa da operação.

---

[6] "A técnica do precedente judicial apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma ratio decidendi do tipo regra que seja capaz de elevar o grau de objetivação do Direito. São os precedentes com uma estrutura hipotético-condicional, com uma estrutura de regra, que cumprem sua função de produzir certeza e objetividade para o Direito. Sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento em face de um caso concreto deixam de ser atingíveis. Se a ratio decidendi é uma norma do tipo regra, então, segue-se que a operação básica necessária para sua aplicação em um caso futuro será a subsunção. Esse tipo de ratio decidendi pode ser visualizado com clareza ao adotarmos o método silogístico desenvolvido no n. 3.2 do capítulo anterior. É através da subsunção dos fatos do caso concreto a uma norma universal previamente existente que são aplicados os precedentes judiciais. É claro que a subsunção pode apresentar dificuldades substanciais no raciocínio jurídico em geral. Como explica MacCormick [2005:61], "o problema de se enquadrar premissas maiores e menores em um silogismo normativo é o problema de se assegurar a identidade de sentido dos predicados empregados em ambas [as premissas]". Normalmente a premissa normativa em um silogismo judicial pode ser apresentada como uma regra estruturada segundo um esquema simples do tipo "sempre que OF, então NC" – onde OF representa os fatos operativos (operative facts) e NC as respectivas consequências normativas (normative consequences) [idem:43]. Há pelo menos quatro espécies de problemas que podem gerar dificuldades nesse procedimento: "(a) problemas de relevância – existem dúvidas sobre qual é a norma aplicável ao caso; (b) problemas de interpretação – há dúvidas sobre como se deve entender a norma aplicável ao caso; (c) problemas de prova – há dúvidas sobre se um determinado fato realmente aconteceu; (d) problemas de

Por isso, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos não são, **originalmente**, mecanismos de formação ou aplicação de precedentes judiciais, mas mecanismos de tutela coletiva.

A identificação desta inexorável relação dos incidentes de julgamento de demandas/recursos repetitivos com a *coletivização de demandas* pode contribuir para uma melhor classificação e compreensão destes institutos, já que o elemento vinculante neles criado costuma ser a solução propriamente dita. Assim, sua aplicação deveria ser orientada também pelos princípios do processo coletivo – principalmente os princípios da adequada representação, da adequada certificação da ação coletiva, da informação, da flexibilização procedimental e da publicidade adequadas –, invocando a aplicação de instrumentos do *common law apenas* naquilo em que couberem (como, por exemplo: utilização da técnica do *distinguishing* para demonstrar a existência de diferenças substanciais entre o caso paradigma e o caso paragonado; *overruling* de decisão formada por meio destes julgamentos, a ser guiada pelas mesmas balizas que guiariam a superação de precedentes em sentido estrito etc.).

Além do que já foi dito acima, é preciso abordar, também, uma peculiaridade introduzida no Brasil em relação aos incidentes de julgamento de demandas/recursos repetitivos: referidas ferramentas são admitidas não para julgamento de causas (compreendidas como a aplicação de normas jurídicas a casos concretos), mas para fixação de *teses jurídicas* diante de divergências jurisprudenciais acerca da interpretação de normas.

Este conteúdo extrapola a concepção original do *musterverfahren* e implica na seguinte consequência: como dito acima, no procedimento-modelo alemão, o que vincula é o dispositivo da decisão – a solução dada ao caso concreto –, que estaria pronta para ser "transposta" para outros casos, bastando ser individualizada casuisticamente; nos incidentes previstos no Novo CPC, é possível que os tribunais decidam *teses jurídicas* que, ao invés de terem caráter similar ao de uma *sentença coletiva genérica*, irão se tornar a *premissa* normativa de julgamentos posteriores, compondo o raciocínio jurídico para solução de outros casos concretos.

Esta vertente não abarcada no procedimento tedesco que inspira o instituto brasileiro, é que poderia se aproximar, em tese, da teoria do *stare decisis*.

---

qualificação – têm lugar quando existem dúvidas sobre se um fato que não se discute pode ou não ser reduzido ao suposto de fato da norma jurídica" [ibidem]. (...) Já tive oportunidade de demonstrar que há uma interconexão entre fatos e regras que faz com que as regras adscritas de um precedente judicial estejam indissociavelmente ligadas aos fatos que lhe deram origem. Citando novamente a passagem de Wróblewski já transcrita acima, "os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas conexões com as regras" [Wróblewski 1988:29-30]." (BUSTAMANTE, 2012, p. 468-471).

Ocorre que a teoria do *stare decisis*, em sua origem, não visa, primordialmente, à solução de conflitos coletivos, mas sim a garantir a isonomia e a segurança jurídica nos julgamentos. As normas extraídas da *ratio decidendi* dependem de um aprofundado estudo do precedente e de um intenso debate entre os sujeitos do processo para serem aplicadas, e, portanto, seu principal ganho para o sistema de *common law* não é a aceleração do procedimento, mas o atendimento à isonomia e à segurança jurídica. Para a tutela de direitos coletivos, o *common law* norte-americano acabou por desenvolver as *class actions*, este sim um mecanismo de resolução de conflitos de massa, cuja *decisão* produz *coisa julgada erga omnes*.

Reforçando a afirmação de que, no *common law*, a teoria do *stare decisis* não se destina a uma simplificação decisória por meio da padronização de decisões ou do fechamento argumentativo, cita-se:

> A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que explicam-na: a *estrita* e a *atenuada*. Ronald Dworkin explica que a corrente estrita "***obriga*** *os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões forem erradas*." O professor norte-americano anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: "*é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos*".
>
> A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, estatuindo que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor, conforme anota Dworkin.
>
> [...]
>
> Pode-se afirmar que enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes através de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio. (DANTAS, 2013, p. 130-131)

Não há, portanto, no *stare decisis* pretensão de padronização do *dispositivo* da decisão, para a aplicação de modelos em casos supervenientes; há, sim, a tematização da necessidade de respeito às *razões de decidir* determinantes para aquele julgado, com as quais as decisões vindouras deverão guardar coerência, a fim de preservar a integridade do ordenamento jurídico e proteger a confiança dos jurisdicionados nas normas jurídicas aplicadas pelo Poder Judiciário.

É de se notar, ainda, que um dos motes principais do procedimento modelo-alemão é a solução dos casos *em trâmite ao tempo da afetação do processo-piloto*. Há uma clara

orientação *retrospectiva* – casos pendentes de julgamento no Poder Judiciário –, enquanto a orientação da norma jurídica que se extrai de um precedente costuma ter caráter *prospectivo* – isto é, pretende aplicar-se a demandas vindouras.

Visto que a legislação brasileira, inclusive o Novo CPC, está dando um novo uso ao procedimento-modelo alemão, permitindo que seja utilizado para fixar *teses jurídicas* acerca de questões de direito divergentes nos tribunais, o que acaba por estabelecer *premissas normativas* para julgamentos subsequentes, passa-se ao estudo do conteúdo vinculante do procedente judicial no *stare decisis*.

4. Conteúdo vinculante do precedente. *Ratio decidendi*

Na teoria do *stare decisis*, o elemento vinculante de um precedente é a norma jurídica extraída da *ratio decidendi*, que costuma ser investigada a partir dos fundamentos determinantes para a conclusão do julgamento.

Contudo, mesmo na tradição jurídica do *common law*, que reconhece a eficácia vinculante dos precedentes há séculos e, consequentemente, pratica cotidianamente o exercício de perquirir a *ratio decidendi* dos precedentes emanados por seus respectivos tribunais, foram desenvolvidas várias teorias para se identificar qual seria a norma jurídica que conduziu àquele julgamento. Esta identificação não é tarefa banal, e exige intensos esforços interpretativos e debates entre as partes e o tribunal. A *ratio decidendi* não está estampada no precedente de forma literal, mas contida nos argumentos que conduziram o julgamento àquele desfecho. Não se confunde, portanto, com a solução jurídica dada àquele caso concreto.

A esse respeito, vale destacar a lição de Mário G. Losano (2007, p. 338):

> Em qualquer nível, deve-se buscar a obrigatoriedade do precedente na *ratio decidendi*. A estrutura de uma sentença anglo-saxônica é constituída geralmente de uma sucinta exposição do fato, da decisão e do motivo que levou o juiz a decidir naquele sentido (*ratio decidenti*). É evocando aquela *ratio* que os juízes sucessivos decidirão se aquele precedente se adequa ou não ao caso concreto a ser decidido. Um mesmo caso pode gerar vários precedentes, se sua decisão é ilustrada por uma pluralidade de razões. Até a opinião discordante pode constituir precedente, mas as observações incidentais do juiz (*obter dicta*) não podem ser levadas em consideração.

Por isso é que a capacidade de o "precedente judicial" servir para o equacionamento de demandas repetitivas e para a "aceleração" dos processos, com o almejado "desafogamento" do poder Judiciário pode ser posta em cheque.

De acordo com Dierle Nunes (2011, p. 105-140), o que se tem buscado no Brasil é uma espécie de padronização decisória, com a replicação de decisões modelo em vários casos que sejam similares. Em obra conjunta, Rafael Dilly Patrus e Dierle Nunes (NUNES; PATRUS, 2013) afirmam que a utilização de precedentes, tal como concebida atualmente, vem promovendo um verdadeiro fechamento argumentativo, como se as questões assentadas nos tribunais estivesse definitivamente encerradas.

Esta também é uma falácia na qual incorreu o *common law*, quando a teoria do *stare decisis* foi levada ao extremo. Contudo, mesmo naquele sistema surgiram mitigações à vinculação estrita, vez que este posicionamento também conduziu a resultados indesejáveis, como o engessamento do ordenamento jurídico.

Vê-se, portanto, que existem três questões sensíveis na crença da vinculação a precedentes judiciais como método de "aceleração" dos julgamentos:

> a) o elemento vinculante de um precedente não é tão claro e cristalino como se poderia desejar, exigindo intenso esforço interpretativo e debate entre as partes e o tribunal que pretenda aplicá-lo. Portanto, não é porque há tese fixada em determinado tribunal que os demais órgãos do Poder Judiciário terão um padrão decisório à mão para aplicar de maneira simplória. E nem mesmo a enunciação pelo tribunal do que se pretenda ser o elemento vinculante do julgamento (súmulas, teses fixadas nos incidentes de julgamento de demandas/recursos repetitivos etc.) resolve a questão, eis que (i) também o enunciado abstrato e genérico depende de interpretação, e que (ii) o enunciado pode expressar um conteúdo falho, mais amplo ou mais restrito do que a *ratio decidendi* do(s) julgado(s) paradigma(s) permitia concluir, não merecendo prevalecer sobre este conteúdo;
>
> b) a tendência nos mecanismos previstos no NCPC é a fixação de teses jurídicas utilizáveis como *premissas normativas* em julgamentos posteriores. No mínimo, o novo caso exigirá do julgador a análise das circunstâncias fáticas, de modo a determinar ou afastar a incidência da premissa normativa. Novamente se demonstra, portanto, que muitas vezes a *solução* do caso não estará posta, mas apenas uma *premissa* do raciocínio jurídico a ser desenvolvido pelo julgador;

c) nem mesmo nos sistemas tradicionais de *common law* a vinculação a precedentes é absoluta. O direito, por ser um fenômeno dialético e complexo, influenciado por fatores históricos, culturais, sociais e econômicos está em constante transformação. Assim, é preciso que o ordenamento jurídico possua *abertura* para estas transformações, de modo a tentar acompanhar o ritmo das transformações históricas, culturais, sociais e econômicas. Portanto, métodos que conduzam ao engessamento extremado do sistema, em nome da segurança jurídica, acabam conduzindo ao distanciamento do direito da realidade fática. Por estas razões, os sistemas de *common law* admitem a superação (*overruling*) de precedentes judiciais, para atender às exigências de arejamento do ordenamento jurídico.

5. Conclusão

Considerando que o julgamento de demandas/recursos repetitivos previsto no NCPC pode servir à *coletivização de demandas* ou à fixação de *entendimentos jurisprudenciais* sobre questões jurídicas controversas, podem existir situações distintas: no caso da primeira (coletivização de demandas), pode ser admitido que a solução dada pelo tribunal seja uma decisão *genérica*, que ofereça suporte para sua individualização em casos concretos posteriores, à semelhança da sentença genérica que julga ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos; no segundo caso (fixação de *entendimentos jurisprudenciais* sobre questões jurídicas controversas), o entendimento fixado funcionará como *premissa normativa* para outros julgamentos.

No entanto, afirmar que a tese fixada funcionará como *premissa normativa* não dispensa o julgador de (a) lançar um olhar crítico para a norma que se pretende vinculante a partir daquele precedente, (b) analisar o substrato fático do caso que será julgado, de modo a verificar a aplicabilidade daquela norma extraída do precedente ao caso *sub judice* e (c) verificar se existem motivos para se propor a superação do entendimento anteriormente sedimentado.

Estas constatações permitem concluir que o potencial de "aceleração" de julgamentos é maior no primeiro caso, quando o incidente funcionar como mecanismo de *coletivização de demandas* – embora, neste caso, possam ser feitas as mesmas críticas que são dirigidas à sentença genérica em ação coletiva que trate de direitos individuais homogêneos. No segundo caso, contudo, este potencial é limitado, tendo em vista que a aplicação de

precedentes judiciais, num contexto de respeito aos direitos e garantias fundamentais, e dentro da concepção de um processo constitucionalmente adequado, não pode ser feito da forma mecânica ou simplista que seria necessária para "acelerar" o julgamento. Prova disso, é a profundidade e complexidade das teorias desenvolvidas nos sistemas de *common law* para identificar o elemento vinculante em um precedente e aplicá-lo corretamente.

Portanto, é preciso encarar com moderação a crença de que a atribuição de efeitos vinculantes a precedentes no Brasil poderia contribuir direta e imediatamente para o desafogamento do Poder Judiciário. A vinculação a precedentes relaciona-se, em primeiro lugar, com o equacionamento de questões de isonomia no trato de litigantes que se encontrem em situações idênticas, com a concessão de maior estabilidade decisória ao sistema, maior uniformidade jurisprudencial e maior segurança jurídica. Ganhos de agilidade nos julgamentos seriam um efeito indireto da vinculação a precedentes, decorrentes da consolidação de um sistema jurídico mais coeso, e não efeito direto da incorporação da teoria dos precedentes judiciais ao direito brasileiro.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (*overruling*) no Novo CPC – ou do repúdio a uma nova Escola da Exegese. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2014.

BASTOS, Antônio Adonias A. O precedente sobre questão fática no Projeto do Novo CPC. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Para dar rapidez à Justiça, novo CPC prevê uma decisão para várias ações iguais**. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464598-PARA-DAR-RAPIDEZ-A-JUSTICA,-NOVO-CPC-PREVE-UMA-DECISAO-PARA-VARIAS-ACOES-IGUAIS.html. Publicado em 26/03/2014. Acessado em 05/04/2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Precedent in Brazil. Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law. Edited by Ewoud Hondius**. Bruxilant: Bruxeles, 2007.

_____. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In.: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras complementares de processo civil**. 9ª ed. Salvador: JusPodium, 2011, p. 29-49.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no Novo CPC. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2014.

DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC Projetado. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodium, 2013, p. 130-131.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 2.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2013, v. 4.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEDORO JÚNIOR, Humberto. A ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de direitos individuais homogêneos e a sentença genérica: a problemática da execução coletiva. In.: **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do Novo CPC. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS,

Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 2. Salvador: JusPodium, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In.: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no Projeto do CPC. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo (Repro).** 211/191. São Paulo: Ed. RT, set 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodium, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. In.: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). **Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 105-140.

_____; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2014.

_____; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In.:

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodium, 2013.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo (RePro)** 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Tese de Doutorado: UFRGS, novembro de 2005.