

THAÍS CRUVINEL MORETTI

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
PELO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

THAÍS CRUVINEL MORETTI

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
PELO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. José Carlos Baptista Puoli.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

Banca Examinadora

Ao meu amado marido, DANIEL, cujo amor e apoio me possibilitaram superar limites na busca por meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor JOSÉ CARLOS BATISTA PUOLI, pela confiança em mim depositada ao assumir a orientação da presente dissertação e pelos profundos ensinamentos e considerações feitas ao longo de sua elaboração.

Aos Professores RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO e SUSANA HENRIQUES DA COSTA, pelas importantes considerações e sugestões feitas durante o exame de qualificação, que muito contribuíram para elaboração deste estudo.

Ao Professor SIDNEI AMENDOEIRA JR., à PEDRO DINAMARCO, e ao querido amigo, MAURÍCIO GIANNICO, pelo importante incentivo na fase de ingresso no curso.

Aos meus pais, MARIA LUIZA e MARCOS, por estarem sempre presentes, auxiliando-me em todos os momentos da minha vida, e ao meu irmão, PEDRO HENRIQUE, maior presente que os meus pais poderiam me dar.

Por fim, um agradecimento mais que especial ao meu amado marido, DANIEL VITOR BELLAN, que nesses dez anos em que estamos juntos, sempre foi meu exemplo de perseverança, disciplina e dedicação ao estudo. Obrigada por você estar em minha vida.

RESUMO

Nessa dissertação, pretendemos analisar a valorização dos precedentes judiciais pelo Direito Processual Civil brasileiro.

Para tanto, no primeiro capítulo faremos algumas considerações gerais sobre os sistemas de *common* e *civil law*, principalmente no tocante ao tema desta pesquisa: os precedentes judiciais. Diante da comparação entre os dois sistemas, poderemos demonstrar que há uma inegável aproximação entre eles, principalmente no que concerne aos precedentes judiciais. Com relação ao Direito brasileiro, muito embora a valorização dos precedentes seja alternativa eficaz para propiciar segurança jurídica e igualdade ao jurisdicionado, e imprimir celeridade à marcha processual, as técnicas de operação com precedentes já existentes, recentemente inseridas e aquelas que se pretende inserir, devem ser pensadas à luz dos referidos princípios constitucionais e de acordo com a nossa realidade.

Nesse contexto, estudaremos, no segundo capítulo, os princípios que orientam o tema da presente pesquisa, para que possamos, no terceiro capítulo, analisar individualmente cada técnica processual relacionada ao nosso tema, de forma a verificar a contribuição que cada uma trouxe ao ordenamento jurídico, bem como ao ideal de concretização dos princípios relacionados no capítulo anterior.

Por fim, no quarto capítulo abordaremos o Projeto do novo Código de Processo Civil, que, conforme será demonstrado, dá continuidade ao movimento de valorização dos precedentes judiciais pelo Direito Processual Civil brasileiro, na medida em que estabelece normas para vinculação dos Juízes e Tribunais ao entendimento dos Tribunais superiores, bem como cria novos mecanismos de operação com precedentes judiciais.

ABSTRACT

In this work, we intend to analyze the enhancement of judicial precedents by the Brazilian Civil Procedure Law.

In this end, in the first chapter, we will make some general remarks on the *common law* and *civil law* systems, especially regarding the topic of this research: judicial precedents. Following the comparison of these two systems, we will be able to demonstrate that there is an undeniable closeness between them, especially with regard to judicial precedents. With respect to Brazilian Law, although the contemporary tendency towards increasing the significance of precedent is an effective alternative that provides legal certainty and equality to all citizens, and to expedite Court proceedings, the procedural techniques regarding precedents should be analyzed in light of the constitutional principles listed above and in accordance with our reality.

In this context, in the second chapter, we study the principles that guide the focus of this research, so that, in the third chapter, we can individually analyze each procedural technique related to our topic, in order to verify the contribution that they make to the legal system, as well as to the ideal of embodiment of the principles listed in the previous chapter.

Finally, in the fourth chapter, we will discuss the project of the new Code of Civil Procedure, which, as will be shown, continues the movement towards increasing the value of judicial precedents by Brazilian Civil Procedure Law, extending the standards for binding lower court judges to the understandings of the higher courts and creating new mechanisms for operating with judicial precedents.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	12
CAP. I: OS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS FAMÍLIAS JURÍDICAS OCIDENTAIS	17
1. <i>Civil Law</i> x <i>Common law</i>	17
1.1. Considerações introdutórias	17
1.2. A Lei escrita nos países de <i>civil law</i> e o papel dos precedentes	20
1.3. O precedente judicial no sistema de <i>common law</i>	27
1.3.1. A forma de utilização do precedente: <i>ratio decidendi</i> e <i>stare decisis</i>	27
1.3.2. A não incidência do precedente: <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	31
2. Aproximação das famílias no âmbito processual	34
2.1. Considerações introdutórias	34
2.2. Sobre os países de <i>common law</i>	36
2.3. Sobre os países de <i>civil law</i>	40
2.3.1. Sobre o Direito brasileiro: a paulatina valorização dos precedentes judiciais	48
2.4. Sugestões a respeito de um sistema de operação com precedentes	55
2.4.1. Impossibilidade de mera importação de institutos do <i>common law</i>	55
2.4.2. Adaptações necessárias no sistema para operação com precedentes	67
CAP. II: PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	71
1. O princípio da segurança jurídica	71
2. O princípio da igualdade e a uniformidade das decisões judiciais	76

3. A celeridade processual e a garantia da razoável duração do processo	80
CAP. III: TÉCNICAS DE DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA OPERAÇÃO COM PRECEDENTES	83
1. Técnicas de uniformização de jurisprudência por meio da fixação da tese jurídica	83
1.1. O controle concentrado de constitucionalidade	83
1.1.1. Considerações gerais sobre o controle de constitucionalidade	83
1.1.2. Breve histórico da regulamentação	84
1.1.3. Efeitos da decisão no controle concentrado e precedente vinculante	88
1.1.3.1. Modulação de efeitos e revogação do precedente	95
1.2. Recursos excepcionais	98
1.2.1. Considerações introdutórias	98
1.2.2. Funções nomofilática e uniformizadora de jurisprudência	98
1.2.3. Embargos de divergência	104
1.2.4. Recurso extraordinário	106
1.2.4.1. Brevíssimo histórico e hipóteses de cabimento	106
1.2.4.2. Tendência de objetivação do recurso extraordinário	110
1.2.4.3. O requisito da repercussão geral: tratamento uniforme sobre a existência ou não do requisito de admissibilidade	113
1.2.4.3.1. Conceito, origem e finalidade	114
1.2.4.3.2. Procedimento e efeitos da decisão sobre a existência ou não de repercussão geral	122
1.2.5. Recurso especial	132
1.2.5.1. A “crise do Supremo” e a criação do Superior Tribunal de Justiça	132
1.2.5.2. Hipóteses de cabimento	136
1.2.5.3. A Proposta de Emenda Constitucional nº 209/2012	141

1.3. Técnicas de uniformização interna de jurisprudência previstas no CPC	142
1.3.1. O incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476 a 479).....	144
1.3.2. A assunção de competência (CPC, art. 555, §1º)	151
1.4. Súmula	155
1.4.1. Súmula vinculante.....	160
1.4.1.1. Considerações introdutórias	160
1.4.1.2. Objeto e requisitos	163
1.4.1.3. Procedimento de edição, revisão e cancelamento	167
1.4.1.4. Eficácia e efeito vinculante	171
1.4.1.5. Não aplicação ou aplicação indevida	175
1.4.1.6. Resposta às principais críticas	180
2. Técnicas de utilização de precedentes no julgamento de casos concretos	183
2.1. Poderes do Relator	183
2.1.1. Artigo 557, <i>caput</i> e §1º-A, do Código de Processo Civil	185
2.1.2. Artigo 544, §4º, alíneas “b” e “c”, do Código de Processo Civil	191
2.1.3. Artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil	192
2.2. Poderes do Juiz de primeiro grau	193
2.2.1. Artigo 285-A, do Código de Processo Civil	194
2.2.1.1. Pressupostos de incidência	194
2.2.1.2. A constitucionalidade do dispositivo	196
2.2.2. Artigo 518, §1º do Código de Processo Civil	199
3. Técnica de julgamento por amostragem	203
3.1. O julgamento por amostragem no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário	203
3.1.1. Considerações introdutórias	203

3.1.2. Procedimento de julgamento por amostragem no Recurso Extraordinário	204
3.1.3. Procedimento de julgamento por amostragem no Recurso Especial	209
CAP. IV: O ATUAL ESTÁGIO DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	216
1. Princípios norteadores do novo Código de Processo Civil e o objeto desta pesquisa	216
2. Novas técnicas de operação com precedentes judiciais	220
2.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas: procedimento para formação acelerada de precedente vinculativo	220
2.1.1. Considerações introdutórias	220
2.1.2. Fonte de inspiração: o <i>Musterverfahren</i>	221
2.1.3. Procedimento	224
CONCLUSÕES	228
1. Conclusões gerais	228
2. Conclusões específicas	229
BIBLIOGRAFIA	236

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o Direito Processual brasileiro vem passando por reformas legislativas, com o objetivo de imprimir celeridade à marcha processual e efetividade à prestação da tutela a ser concedida pelo Estado-Juiz.

No plano constitucional, as alterações foram realizadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outras alterações, introduziu no ordenamento jurídico o instituto da súmula vinculante, bem como o filtro da repercussão geral para os recursos extraordinários. Já na esfera infraconstitucional, foram realizadas diversas alterações em vários aspectos do processo civil, que abrangeram as tutelas de urgência, a execução e, principalmente, os recursos.

Nesse sentido, ainda com o mesmo objetivo de propiciar meios de concretização da garantia da razoável duração do processo e, principalmente, conferir uniformidade às decisões judiciais, encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, para elaboração de um novo Código de Processo Civil.¹

Referido Projeto, dentre outras alterações relacionadas com o tema da presente dissertação, traz um capítulo específico sobre os precedentes judiciais (capítulo XV, denominado “Dos precedentes judiciais”), de forma a estabelecer regras para observância da jurisprudência e de precedentes no julgamento de casos concretos que envolvam uma mesma questão jurídica. Além disso, preocupa-se o Projeto com técnicas usualmente atribuídas aos países de *common law*, como a distinção dos casos (*distinguishing*) e a superação do entendimento anteriormente adotado (*overruling*).

O núcleo comum dessas reformas e que consiste no tema da presente dissertação é a valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência pelo Direito Processual civil brasileiro, como forma de tornar o processo judicial mais célere e isonômico,

¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

garantindo-se, ainda, a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. Ou seja, além de visar combater os crônicos problemas da morosidade processual e da sobrecarga dos Tribunais, as técnicas processuais recentemente inseridas (e aquelas que se pretende inserir) exteriorizam a preocupação do legislador com a divergência jurisprudencial, constante e imotivada, que não mais pode ser considerada uma inevitável consequência do sistema de *civil law*, que tem a lei como principal fonte de Direito.

Como se vê, na medida em que o Projeto para elaboração de um novo Código de Processo Civil e as recentes reformas processuais experimentadas pelo Direito Processual brasileiro ampliam o papel exercido pelos precedentes judiciais, pode-se perceber uma clara tendência de aproximação do ordenamento pátrio ao sistema adotado em países de *common law*.

Ademais, interessante notar que, conforme será demonstrado, esse fenômeno não ocorre de forma isolada. Enquanto alguns países de *common law* vêm sofrendo alterações de forma a atenuar as características comumente atribuídas à tradição anglo-saxônica, países de tradição civilista também experimentam transformações em seus ordenamentos, aproximando-se cada vez mais do modelo historicamente atribuído aos países de língua inglesa. Assim, apenas com objetivos ilustrativos, a metodologia do presente trabalho envolve também uma brevíssima análise do movimento observado em outros países, no sentido de aproximação dos sistemas de *civil* e *common law*.

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA “é como se assistíssemos a progressiva aproximação de dois círculos, a princípio separados por largo espaço. Chega a hora em que eles se tangenciam, ou mesmo se tornam secantes. Haverá uma área comum; mas também haverá, num e noutro círculo, grandes arcos para os quais subsistirá a separação”.²

Nesse contexto, resta claro que temas como a valorização dos precedentes judiciais, e, em especial, a valorização desses precedentes pelo ordenamento pátrio, de tradição civilista, cuja tarefa de garantir igualdade e segurança jurídica sempre foi atribuída à própria legislação, ganham enorme importância prática e acadêmica.

² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, p. 84.

Seguindo essa linha de raciocínio, a presente dissertação divide-se em quatro capítulos.

O primeiro capítulo destina-se a estabelecer considerações gerais sobre os sistemas de *common law* e *civil law*, principalmente no tocante ao papel exercido pelos precedentes judiciais, historicamente e nos dias atuais.

Conforme será demonstrado, a história da formação do *civil law* demonstra uma constante preocupação de rompimento com o passado, motivo pelo qual foi atribuído à legislação o papel de impedir o arbítrio dos magistrados, conferindo-se igualdade aos jurisdicionados. De forma diversa, a formação do *common law* se deu de forma contínua e ininterrupta ao longo dos tempos, o que propiciou o surgimento de uma cultura de respeito aos costumes e às prévias decisões judiciais.

Não obstante, conforme mencionado, há um crescente movimento de aproximação entre os sistemas e, por isso, países de *civil law*, como é o caso do Brasil, vêm experimentando importantes alterações legislativas, principalmente no sentido de conferir maior importância aos precedentes judiciais.

Sob este enfoque, para o bom funcionamento dessas recentes técnicas processuais, faz-se necessário não somente a boa compreensão dos mecanismos e institutos de países de *common law*, mas, principalmente, a implementação de uma cultura própria de respeito aos precedentes. Na via inversa, há que se pensar em eficazes modelos de superação de entendimentos anteriormente fixados.

Vale dizer, não há que se pretender simplesmente *importar* técnicas de países de *common law*, por meio de reformas legislativas desconectadas de nosso sistema processual. Mais do que a simples imposição do respeito aos precedentes, faz-se necessário um esforço conjunto de toda a comunidade jurídica, para compreender as referidas técnicas processuais de acordo com a nossa realidade e para ela, estabelecendo-se, ainda, condições para a correta operação com precedentes judiciais.

No segundo capítulo, faremos uma análise dos princípios que orientam o objeto dessa pesquisa (segurança jurídica, igualdade e celeridade processual), de forma a demonstrar

que o respeito aos precedentes e à jurisprudência, mesmo em países de *civil law*, consistem em meio eficaz de proporcionar unidade e estabilidade do Direito, propiciar igualdade aos jurisdicionados, bem como imprimir celeridade à marcha processual.

No terceiro capítulo, analisaremos as técnicas processuais propriamente ditas, relacionadas ao tema da presente dissertação, que, para fins metodológicos e didáticos, foram subdivididas em três grupos: técnicas de uniformização de jurisprudência por meio da fixação da tese jurídica; técnicas de utilização de precedentes no julgamento de casos concretos; e o manejo por amostragem dos recursos especial e extraordinário.

No primeiro grupo inserem-se (i) o controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os recursos excepcionais; e (iii) as técnicas de uniformização interna de jurisprudência previstas no Código de Processo Civil. No segundo, (iv) o art. 557, *caput* e §1º-A do Código de Processo Civil, que possibilita ao Relator negar seguimento ou dar provimento a recurso, com base em súmula ou jurisprudência dominante; (v) o artigo 544, §4º, alíneas “b” e “c” do Código de Processo Civil, permitindo-se ao Relator, no âmbito dos Tribunais superiores, conhecer do agravo para negar seguimento ao próprio recurso excepcional, ou dar-lhe provimento, com fundamento em súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; (vi) o parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil, que possibilita ao Relator o julgamento imediato do conflito de competência, quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre o tema; (vii) o artigo 285-A do Código de Processo Civil, que trata do julgamento liminar de improcedência, com base em sentença do próprio juízo; e (viii) a súmula impeditiva de recurso, disposta no artigo 518, §1º do Código de Processo Civil. No terceiro, (ix) o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais previsto nos artigos 543-B e 543-C (e respectivos parágrafos) do Código de Processo Civil.

Esses mecanismos serão analisados de acordo com as premissas fixadas nos dois primeiros capítulos deste estudo, de modo a verificar a real contribuição que cada um trouxe ao ordenamento jurídico, bem como ao ideal de se conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, por meio do respeito aos precedentes judiciais.

Por fim, no quarto capítulo, analisaremos o Projeto do novo Código de Processo Civil. Conforme será demonstrado, entre outras alterações, pretende-se inserir no ordenamento

brasileiro o incidente de resolução de demandas repetitivas, expressamente inspirado no *Mustaverfahren* alemão, que consiste em procedimento para formação acelerada de precedente judicial vinculativo. Tal instituto, conforme se verá, também se insere no movimento processual de busca pela segurança jurídica e pela efetividade.

Com essas etapas, busca-se demonstrar, sem a pretensão de construir conclusões definitivas ou mesmo esgotar completamente o assunto, que o respeito aos precedentes judiciais, bem como a boa utilização das técnicas processuais previstas no Direito Processual brasileiro tendem a minimizar os efeitos nefastos da chamada jurisprudência lotérica, de forma a possibilitar a unidade, previsibilidade e estabilidade do Direito e o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

CAP. I: OS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS FAMÍLIAS JURÍDICAS OCIDENTAIS

1. *Civil Law* x *Common law*

1.1. Considerações gerais

O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais substancialmente distintas, o que levou à formação de tradições jurídicas diversas, cada qual com institutos e conceitos próprios. Enquanto o *civil law* sempre teve uma preocupação de rompimento com o passado, o *common law* se desenvolveu de forma natural e ininterrupta, sem qualquer ruptura que pudesse gerar uma era pré e uma pós-revolucionária.³

O historiador belga VAN CAENEGEM, em obra que combina historiografia jurídica com análise social e política das instituições, explica que muito embora o desenvolvimento do direito inglês, berço do *common law*, tenha ocorrido de forma contínua, sem qualquer ruptura com o passado, isso não significa que não tenha havido períodos de mudança. Segundo o autor, “a história jurídica inglesa não é um conto de estagnação absoluta”, mas nenhuma relevante inovação legislativa teve a intenção de romper sistematicamente com o passado.⁴

Conforme observa CRUZ E TUCCI, o período compreendido entre o ano de 1.066 e o início da dinastia TUDOR, em 1485, é apontado como a época de formação do *common law*. Nesse período, firmou-se na Inglaterra um sistema jurídico baseado nos costumes locais.⁵ O autor observa, ainda, que desde o início da formação do novo sistema jurídico, já havia uma preocupação com possíveis julgamentos contraditórios,⁶ ou seja, com o valor da segurança jurídica.

Contudo, conforme observa o autor inglês, NEIL DUXBURY, o sistema do *common law*, até o século XVIII, ainda não se baseava numa doutrina de precedentes vinculantes. Os precedentes eram considerados relevantes para a argumentação jurídica, mas a doutrina

³ Cf. VAN CAENEGEM, R.C. *Judges, legislators & professors: chapters in European legal history*, pp. 7-8.

⁴ Cf. VAN CAENEGEM R.C. *Judges, legislators & professors...*, *Cit.*, pp. 8-9 (tradução livre).

⁵ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 150.

⁶ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 153.

do *stare decisis*, como entendida atualmente, é relativamente moderna. Por tal motivo, explica o autor que o *common law* não depende de uma doutrina de precedentes vinculantes para funcionar e qualquer tentativa de explicar a natureza do modelo por meio da moderna teoria do *stare decisis*, ou seja, por meio da eficácia vinculante dos precedentes judiciais, se mostrará insatisfatória.⁷

Ao contrário do ocorrido com o *common law*, a formação do modelo jurídico romano-germânico não se deu de forma natural e ininterrupta. O direito que hoje existe nos países de *civil law* é fruto de dois momentos históricos cujas consequências ainda hoje são percebidas: o descobrimento, no século XI, de textos jurídicos romanos que foram conservados durante a Idade Média e o momento em que os privilégios excessivos dos nobres e do clero, somados com a vulnerabilidade dos juízes acabou por desencadear a Revolução Francesa no século XVIII.⁸

O trabalho dos estudiosos para entender e atribuir coerência aos textos esparsos encontrados no século XI, relativos aos julgamentos de casos pelo juiz romano — que, como se sabe, procurava resolver do mesmo modo casos iguais⁹ — acabou por conferir, a partir deste momento, enorme importância à doutrina produzida em países de *civil law*, pois o direito desses países nasceu de “refinado trabalho intelectual e não do pensamento do homem comum”.¹⁰

O próprio *Corpus Juris Civilis*, elaborado no século VI sob o Império de JUSTINIANO, não era propriamente um código, mas sim uma coleção de textos, recentes e antigos, atos legislativos e comentários de juristas.¹¹ Aliás, a elaboração do *Corpus Juris Civilis* também representou um rompimento com o passado, pois após sua publicação, JUSTINIANO proibiu toda e qualquer referência a trabalhos dos juristas produzidos

⁷ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, pp. 34-35.

⁸ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil e common law*, pp. 35-36.

⁹ Conforme observa WAMBIER, “de certo modo, e paradoxalmente, já que o cimento que une e dá firmeza aos sistemas de *common law* é a regra do precedente vinculante, o modo de pensar inglês aproxima-se mais ao romano, do que o estilo de decidir de países cujo direito diz-se de origem romano-germânica” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes...*, *cit.*, p. 37).

¹⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes...*, *cit.*, p.35.

¹¹ Cf. VAN CAENEGEN R.C. *Judges, legislators & professors...*, *cit.*, p. 41.

anteriormente, tendo inclusive feito queimar alguns manuscritos colecionados por TRIBONIAN.¹²

O segundo momento histórico cujos reflexos ainda são percebidos no direito de países de *civil law* foi o advento do pensamento liberal — inspirado pela teoria de MONTESQUIEU, no sentido de que o poder executivo e legislativo deve ser separado do poder Judiciário¹³; e pelo pensamento de ROUSSEAU, no sentido de que somente a lei é capaz de expressar a vontade da Nação¹⁴, — que acabou por desembocar na Revolução Francesa. Dessa forma, a lei passou a ser vista como uma forma de conter abusos e o único modo de expressar a vontade do povo.

No âmbito processual, tratava-se, nas palavras de CHIOVENDA, de uma garantia de liberdade das partes contra a possibilidade de arbítrio do juiz.¹⁵ Acreditava-se que reduzindo o poder de atuação do juiz por meio de rígidas formas processuais, garantia-se ao litigante a certeza de um processo judicial direcionado nos exatos termos da lei.

Em razão de tais ideais, o *civil law* carrega, a partir da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar determinados conceitos e institutos, que, embora não pertençam à sua tradição jurídica, se mostram indispensáveis diante da realidade forense desses países, que se formaram a partir de uma doutrina de estrita separação entre poderes e da mera declaração da lei pelo juiz.¹⁶

Assim, a ausência de respeito aos precedentes judiciais em países de *civil law* está fundada numa falsa suposição, advinda dos ideais trazidos pela Revolução Francesa, de que somente a lei positivada poderia ser considerada suficientemente clara e apta a garantir a igualdade entre os cidadãos e, conseqüentemente, conferir segurança jurídica.

Como se vê, em ambos os sistemas sempre houve a preocupação com o valor da segurança jurídica, mas, enquanto no *civil law* acreditava-se que tal valor seria derivado

¹² Cf. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America*, p. 7.

¹³ Cf. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *The civil law tradition...*, *cit.*, pp. 16-17.

¹⁴ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes...*, *cit.*, p. 36.

¹⁵ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901.

¹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, p. 176.

da estrita aplicação da lei pelos juízes, no *common law* enxergou-se na força vinculante dos próprios precedentes judiciais o instrumento capaz de garantir a previsibilidade necessária para desenvolvimento da sociedade.¹⁷

Ao contrário da crença ainda prevalente em países de *civil law*, de que à legislação cabe a tarefa de garantir segurança e igualdade aos jurisdicionados, em países de *common law* acredita-se que os cidadãos não podem ser surpreendidos com decisões judiciais inesperadas e contrárias a outras já proferidas em casos semelhantes. Ambos os sistemas, portanto, aceitam a previsibilidade como inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, mas enquanto no *civil law* pretende-se que essa previsibilidade seja decorrente da própria legislação, no *common law* entende-se que esta deriva do respeito aos precedentes judiciais.¹⁸

O respeito aos precedentes em países de *common law*, além dos motivos históricos mencionados, decorre da crença de que é direito de todo cidadão saber e, principalmente, entender as leis, seus direitos e obrigações, pois “as pessoas não são como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge o seu nariz”.¹⁹

Por meio de tal analogia, é fácil perceber que num sistema em que são toleradas várias interpretações para uma mesma norma, e que decisões judiciais diametralmente opostas não são tratadas como patologia, ao jurisdicionado resta somente aguardar o julgamento final do caso concreto, para efetivamente conhecer a lei, e, conseqüentemente, seus direitos e obrigações.

1.2. A Lei escrita nos países de *civil law* e o papel dos precedentes

Com o passar do tempo, o ideal de certeza da Revolução Francesa — obtida por meio da legislação clara e coerente, restando ao juiz apenas o papel de “boca da lei” — não

¹⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica..., *cit.*, p. 230.

¹⁸ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito — *civil law* e *common law*, p. 56.

¹⁹ Do original: “everyone now agrees that is the obvious right of all citizens to know and understand the law and their rights and duties. People are not, or should not be — to use Bentham’s well known image — like dogs who only discover that something is forbidden when the stick hits their noses”. (Cf. VAN CAENEGEN, R. C. *Judges, legislators & professor...*, *cit.*, pp. 160-161).

resistiu aos acontecimentos históricos, pois percebeu-se que a própria lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses do povo.

Assim, as tradições do *civil law*, ancoradas nos ideais de certeza trazidos pela Revolução Francesa, foram descaracterizadas, de modo que o papel do juiz moderno, e especialmente do juiz brasileiro — a quem é deferido o poder de controle de constitucionalidade da lei —, não se mostra compatível com o ideal de juiz “boca da lei”, subordinado aos estritos termos da legislação posta.

Há muito, portanto, já se reconheceu que o ideal de juiz do *civil law* não mais é aquele a que DINAMARCO se refere como *juiz-Pilatos*, “que só observa e não interfere”, ou como *juiz mudo*, “extremamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejudgamentos”.²⁰

Diante da percepção de que a lei poderia não ser suficiente para trazer igualdade e segurança aos jurisdicionados, vivenciou-se a necessidade de subordinar a lei à Constituição. Ou seja, a lei não mais vale por si só, devendo se adequar aos direitos fundamentais previstos na Carta magna. Como ensina BARROSO, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”.²¹

Fácil perceber, portanto, que, neste contexto, caberá à jurisprudência a tarefa de interpretar a norma, à luz dos preceitos constitucionais.²² Não há como se negar, portanto, a influência do constitucionalismo no fenômeno de se conferir maior importância ao papel do juiz e, conseqüentemente, aos precedentes judiciais em países de *civil law*, pois se o direito não está apenas na lei, mas também (e principalmente) na Constituição, a função do juiz deve ser a de adequar a lei aos direitos e garantias previstos em tal diploma legal.²³

²⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 240.

²¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, p. 9.

²² Conforme ensina MANCUSO, uma vez que as decisões judiciais pressupõem a existência de uma norma de regência, a interpretação a ser feita pelo aplicador do direito deve ser *secundum legem*, respaldada na própria norma, ou, no máximo, *praeter legem*, na hipótese de lacuna, defasagem da norma ou quando a própria lei autoriza a elaboração de regra para o caso concreto (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea*, pp. 529-530).

²³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica...*, *cit.*, p. 210.

Porém, mesmo depois de aceitar que ao julgador não cabe apenas uma postura estática de mero aplicador dos preceitos da lei, devendo antes de tudo interpretá-la à luz dos preceitos constitucionais; e, mais do que isso, que as diferentes interpretações da lei acabam por acarretar decisões judiciais diametralmente opostas, ainda assim a doutrina do *civil law* continuou a aceitar que a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ocorre que, nas palavras de CALMON DE PASSOS, “o 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”.²⁴

Este paradoxo não deixou de ser observado pela doutrina estrangeira de países de *common law*. Em obra dedicada especificamente ao sistema do *civil law*, observou-se que muito embora atualmente seja admitido que o juiz possui a função de interpretar a lei, o legislador ainda ocupa a posição dominante. Assim, mesmo reconhecendo a função interpretativa dos julgadores, o sistema jurídico dos países de tradição romano-germânica ainda mantém a *ficção*²⁵ de que o juiz não cria o direito, mas apenas busca a intenção do legislador.²⁶

Todavia, conforme advertem os autores, não é necessária muita imaginação para perceber que cláusulas abertas, como a de boa-fé, atribuem ao juiz enorme poder equitativo, deixando a seu cargo a solução que lhe parecer mais adequada para o caso.²⁷

²⁴ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante, p. 61.

²⁵ Essa *ficção* também é apontada por WAMBIER, para quem o juiz cria o direito “ao interpretar conceito vago, ao reconhecer situações que se encaixam em cláusulas gerais ou ao decidir com base em princípios na ausência de previsão legal expressa” (Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência..., *cit.*, p. 62).

²⁶ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, *cit.*, p. 56 (tradução livre).

²⁷ Preocupando-se com a interpretação dos chamados conceitos indeterminados e com a possibilidade de diversas interpretações sobre uma mesma questão jurídica, o atual estágio do Projeto do novo Código de Processo Civil determina, em seu artigo 499, §1º, inciso II, que qualquer decisão judicial não será considerada fundamentada se “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de

Muito embora a lei tenha incidência ao caso concreto, os limites são tão amplos que o juiz não se mostra restringido pela formulação legislativa.^{28 29} Ou seja, nas palavras de CHIOVENDA, “juridicamente a vontade concreta da lei é o que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”.³⁰

Em relação ao Direito brasileiro, LIMONGI FRANÇA aponta serem cinco as funções da jurisprudência: (i) interpretar a lei, que por ser um preceito geral precisa ser interpretada antes de ser aplicada ao caso concreto; (ii) vivificar a lei, na medida em que interpreta “os preceitos jurídicos relacionados com o caso concreto” e, consequentemente “empresta-lhes o dinamismo que os torna vivos e atuantes”; (iii) humanizar a lei, ao adaptar “a rigidez de seus mandamentos às anfractuosidades naturais de cada espécie”, sem tampouco, desvirtuar-lhe as feições; (iv) suplementar a lei, diante de suas inevitáveis lacunas; e (v) rejuvenescer a lei, adaptando seus preceitos “à realidade social e às transmutações da vida cotidiana”, bem como fornecendo aos juristas e ao Poder Legislativo “os elementos de reelaboração constante do sistema jurídico”.³¹

Diante dessas cinco funções da jurisprudência, conclui o jurista que, ao interpretar conceito vago e abstrato, “o magistrado, entre nós, não deixa, de certa forma, de elaborar uma nova regra, muito embora o seu poder não seja discricionário, mas se encontre balizado por limites de ordem legal”.^{32 33}

Ocorre que mesmo encontrando limites de ordem legal, a ampla liberdade de interpretação do comando legal acarreta, inevitavelmente, decisões judiciais opostas para casos que deveriam receber a mesma solução jurídica. Por tal motivo, na opinião de

Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

²⁸ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 53.

²⁹ No sistema do *common law*, ao contrário, “the law giver is the last person to whom to turn in order to understand the true meaning of the law”. (Cf. VAN CAENEGEN, R. C. *Judges, legislators & professor...*, cit., p. 18).

³⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 39 (tradução livre).

³¹ Cf. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, pp. 199 e ss.

³² Cf. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O Direito, a Lei...*, cit., p. 204.

³³ Na lição de GRAU, “as normas resultam de interpretação, dizendo o que os intérpretes dizem que elas dizem. O intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas jurídicas é o juiz” (Cf. GRAU, Eros Roberto. *Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante*, p. 68). Por tal motivo, conforme sustenta MANCUSO “a interpretação que os Tribunais fazem do Direito Positivo resulta, na ordem jurídica prática, tão ou mais importante do que a própria norma legal em si” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 52).

MARINONI “a doutrina de *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada”.³⁴

De fato, as decisões judiciais opostas, causadas pela possibilidade de diferentes formas de interpretação da Lei e pela ausência de instrumento apto a garantir o respeito aos precedentes judiciais, devem ser tratadas como uma patologia do sistema do *civil law* e não como simples consequência de um sistema em que é permitido ao julgador a liberdade para julgar de acordo com o seu livre convencimento.

DINAMARCO ressalta que a imensa fragmentação dos julgados presente na realidade brasileira acarreta situações capazes de comprometer sobremaneira os ideais da boa justiça. Neste sentido, somente os que conseguirem levar seus pleitos às Cortes superiores poderão afastar de si os julgados desfavoráveis, de modo que reinará entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios. Além disso, o Poder Judiciário continuará envolvido em trabalho inútil e repetitivo, ao invés de dedicar-se, com eficiência e celeridade, a outros casos.³⁵

Assim, como observa MARINONI, “imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às decisões dos Tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isto, que ele não serve a ele, porém ao povo”.³⁶ No mesmo sentido é a opinião de WAMBIER, para quem a liberdade de interpretar conceitos trazidos pela legislação deve ser destinada ao Judiciário como um todo, e não ao juiz individualmente considerado.³⁷

Diante da necessária uniformidade das interpretações dos preceitos legais, MANCUSO sustenta que, nos Estados de Direito, dentre outras funções, tais como operar como diretriz para o Poder Judiciário e complementar a formação da convicção do magistrado, cabe à jurisprudência o papel de contribuir para “a consecução da ordem

³⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica..., *cit.*, p. 206.

³⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes, p. 168.

³⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica..., *cit.*, p. 207.

³⁷ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência..., *cit.*, p. 60.

jurídica justa, ou isonômica, ensejando que casos semelhantes recebam respostas judiciárias qualitativamente uniformes”.³⁸

Assim, muito embora nos países de tradição romano-germânica a lei escrita ainda seja considerada a principal fonte de direito, não se pode negar, que “à luz da dogmática moderna, que a atividade dos juízes, e por via de consequência, os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito”³⁹, tendo em vista que o comando normativo geral e abstrato obviamente necessita de interpretação para ser aplicado ao caso concreto.⁴⁰ E esta interpretação deverá ser, na medida do possível, uniforme, sob pena de grave insegurança jurídica e violação da isonomia entre os jurisdicionados (cf. cap. II, itens 1 e 2, *infra*).

Sob este enfoque, enquanto no ordenamento jurídico dos países de tradição anglo-saxônica — sistema que opera com base no *case-law*⁴¹ (cf. cap. I, item 1.3.1, *infra*) — o precedente judicial é considerado fonte primária de direito, em países de *civil law*, resta ao Direito judicado o papel de conferir a correta interpretação aos comandos normativos gerais e abstratos à luz dos preceitos constitucionais. Vale dizer, no sistema de *civil law*, caberá aos precedentes — “não apenas individualmente, mas também em conjunto, para neles identificar a tese jurídica estabelecida pelo tribunal”⁴² — a tarefa de fixar a correta interpretação a ser atribuída à legislação positivada.

³⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 57.

³⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 18. Conforme ensina MANCUSO, “quando a jurisprudência assente nos Tribunais vem a operar como precedente genérico para solução de casos concretos, não há como negar que ela passa a atuar, na prática, como *fonte criadora do Direito* ou ao menos como uma de suas formas de expressão, já que dotadas dos quesitos de abstração, generalidade e impessoalidade, assim oponível aos jurisdicionados como ao próprio Estado (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 105).

⁴⁰ Sobre o tema, esclarece RENÉ DAVID que a crença de que, em países de *civil law* o Direito escrito ocuparia posição dominante e, como consequência, as outras fontes ocupariam posição subordinada e teriam importância limitada está muito distante da realidade. Isso porque, tal pensamento, proveniente de uma certa escola de pensamento dominante na França do século XIX, nunca foi plenamente aceito na prática. Como observa o autor, “ver na lei a fonte exclusiva do direito é contrário a toda a tradição romano-germânica” (Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, p. 107).

⁴¹ Conforme ensina RUPERT CROSS e J. W. HARRIS, o *case-law* consiste nas regras e princípios afirmados e aplicadas pelo julgador em suas decisões judiciais. No sistema baseado neste modelo, o julgador de um caso subsequente *deve* levar em consideração o caso anterior (Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, p. 3-4).

⁴² Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p. 126

Neste contexto, conforme será demonstrado ao longo do presente estudo, o *civil law*, e, especialmente, o ordenamento jurídico processual brasileiro, vem paulatinamente assimilando a necessidade de observância aos precedentes judiciais, de modo a impor barreiras à proliferação de decisões judiciais opostas, em razão de interpretações diversas de uma mesma lei.⁴³

Esse movimento, contudo, não significa que os países de *civil law* estão se rendendo a uma suposta supremacia do *common law*, pois também nesses países observa-se modificações no sentido de introduzir institutos e conceitos próprios de países de *civil law*. Observa-se, portanto, uma inevitável aproximação entre os sistemas (cf. cap. I, item 2, *infra*).

Conforme alerta MICHELE TARUFFO “o melhor modo de conhecer nosso próprio ordenamento é conhecer também os outros ordenamentos”. Essa afirmação se encaixa perfeitamente no objeto do presente estudo, pois para entender as modificações introduzidas no direito processual civil brasileiro, que, como se verá, visam a introduzir mecanismos de julgamento com base em precedentes judiciais — de modo a concretizar o valor da segurança jurídica também por meio dos precedentes e não apenas da legislação, — faz-se necessário o estudo “do efetivo funcionamento dos sistemas e dos institutos, das opções subjacentes de política jurídica, das orientações da prática e dos princípios jurídicos que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados”⁴⁴, qual seja, os ordenamentos dos países de *common law*.

⁴³ Conforme menciona LIMA, a inércia do legislador em incluir a jurisprudência como fonte de direito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (denominação conferida pela Lei nº 12.376/2010) não pode servir para diminuir a importância do Direito jurisprudencial em nosso país. Na opinião do autor, não obstante a omissão do legislador, o papel da jurisprudência como fonte de direito pode ser evidenciado nos “inúmeros julgamentos, especialmente do Supremo Tribunal Federal, em que as teses jurídicas por ele estabelecidas, além de serem fruto de criação jurisprudencial, são posteriormente invocadas, não só em termos judiciais, mas também no âmbito da Administração Pública e até entre particulares, inclusive para fins de afastamento de um mandamento legal” (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 126).

⁴⁴ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*, p. 142.

1.3. O precedente judicial no sistema de *common law*

1.3.1 A forma de utilização do precedente: *ratio decidendi* e *stare decisis*

Antes de adentrarmos na questão da forma de utilização dos precedentes judiciais como meio de conferir lógica e coerência ao ordenamento jurídico, faz-se necessária a compreensão do significado do termo *precedente* em países de *common law*.

Muito embora sejam frequentemente utilizados como sinônimos, em países de *common law*, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente. Isso porque somente fará sentido falar-se em precedente se a decisão proferida, acerca de matéria de direito tiver a potencialidade de se tornar um paradigma para orientação dos jurisdicionados e de magistrados em futuros julgamentos.⁴⁵

Além disso, para que possa ser considerada um precedente, não basta que a decisão tenha sido a primeira a interpretar a norma (ou a criá-la), pois o precedente requer a análise dos principais argumentos das questões de direito. Assim, MARINONI define o precedente, em países de *common law*, como “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.⁴⁶

Nesse contexto, também não há que se confundir o termo precedente judicial com jurisprudência. Na lição de MICHELE TARUFFO, o precedente judicial pode ser diferenciado da jurisprudência por critério quantitativo e qualitativo.

A distinção pela noção de quantidade passa pelo entendimento de que enquanto o precedente refere-se a uma única decisão judicial proferida em caso específico, a jurisprudência consiste em diversas decisões proferidas em vários casos concretos, vale dizer, vários precedentes no mesmo sentido. Ou seja, quando se fala em precedente judicial, identifica-se uma única decisão, que poderá servir de fundamento para futuros julgamentos.

⁴⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 215.

⁴⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, p. 216.

O autor também faz uma distinção qualitativa. O precedente pode ser aplicado para fundamentar uma decisão posterior a partir da análise da semelhança dos fatos substanciais da demanda, reproduzindo-se para a decisão posterior a *ratio decidendi*. Já a jurisprudência não passa necessariamente pela análise comparativa dos fatos substanciais; ela forma uma regra jurídica relacionada ao texto normativo que foi interpretado.⁴⁷

Dependendo do sistema judicial em que estejam inseridos, os precedentes judiciais podem ser considerados persuasivos (*persuasive authority*) ou vinculantes (*binding authority*). O efeito persuasivo decorre da adesão do julgador ao argumento, sem que seja devida obediência ao quanto decidido no caso paradigma. Já a eficácia vinculante de um precedente judicial, ou *stare decisis*⁴⁸, pressupõe que ao decidir um caso envolvendo a mesma questão jurídica e os mesmo fatos substanciais, o julgador encontra-se vinculado às decisões da mesma corte e às decisões de tribunais superiores.

Como regra, em países de *civil law*, os precedentes judiciais são revestidos apenas de eficácia persuasiva, enquanto nos países de *common law* eles possuem força vinculante e constituem importante fonte de direito. Por tal motivo, nesses países foi desenvolvido todo um aparato para regulamentar a utilização dos precedentes judiciais, conhecidos como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, etc.⁴⁹

Conforme explica CRUZ E TUCCI, o precedente judicial é composto por duas partes distintas: (i) as circunstâncias fáticas que geraram a controvérsia; e (ii) o argumento, tese ou princípio jurídico que justificam a decisão, ou seja, a *ratio decidendi*.⁵⁰ Portanto, segundo o autor, a *ratio decidendi* é “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)” — a regra de direito (e não o fato) vincularia os futuros provimentos judiciais.⁵¹

⁴⁷ Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*, p. 712.

⁴⁸ Abreviação da expressão “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste pontos decididos”. (Cf. BRANTING, L. Karl. A computational model of *ratio decidendi*. Disponível em <<http://karlbranting.net>>. Acesso em 13 jul. 2012).

⁴⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 12.

⁵⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 12.

⁵¹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 175.

Assim, o significado de um precedente está nas razões pelas quais se decidiu de certa forma. A *ratio* não se confunde com fundamentação, mas nela está contida.⁵² Tais assertivas, contudo, não significam que a *ratio* seria um raciocínio jurídico, pois no interior de um precedente judicial pode haver raciocínios que não necessariamente levaram à solução do caso concreto, chamados de *obiter dicta*.⁵³

Em países de *common law*, o conceito de *ratio decidendi* gerou diferentes proposições doutrinárias. Duas são as principais abordagens acerca do conceito: (i) a primeira enxerga na *ratio decidendi* de um precedente uma norma geral ou princípio contido na linguagem da decisão judicial; e (ii) a segunda defende que a *ratio decidendi* de um precedente está nos fatos substanciais da demanda.⁵⁴ Assim, a identificação da *ratio decidendi* em países de *common law* sempre foi buscada sob dois enfoques, um preocupado com as razões que embasaram a conclusão, e outro, com os fatos materiais e significantes do caso.⁵⁵

Esta última abordagem preconiza que a identificação da *ratio decidendi* deve se dar por meio da observação dos fatos essenciais da demanda (corrente realista). Tal posição decorre do ceticismo de alguns autores diante das razões adotadas no fundamento das decisões judiciais, pois, nem sempre o julgamento decorreria integralmente da justificação contida na decisão. Dessa forma, a *ratio decidendi* do precedente seria extraída dos fatos substanciais da demanda, e não das regras jurídicas gerais contidas na decisão judicial.⁵⁶ Em uma vertente mais radical dessa corrente doutrinária, as justificações contidas nas decisões judiciais não teriam qualquer relevância, pois representariam tão-somente um estímulo causado pelos fatos.⁵⁷

Em posição mais atenuada sobre o assunto, GOODHART propõe que a *ratio* deve ser identificada mediante a consideração dos fatos tratados pelo julgador como materiais ou

⁵² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit. p. 222.

⁵³ Os raciocínios que não são necessários aos resultados, que não são conectados com os fatos ou que são dirigidos a pontos não suscitados pelas partes são considerados *obiter dicta* e, portanto, não vinculam julgamentos posteriores (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., pp. 67-68).

⁵⁴ Cf. BRANTING, L. Karl. A computational model of *ratio decidendi*. Disponível em <<http://www.karlbranting.net>>. Acesso em 13 jul. 2012.

⁵⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., pp. 228-229.

⁵⁶ Cf. BRANTING, L. Karl. A computational model of *ratio decidendi*. Disponível em <<http://www.karlbranting.net>>. Acesso em 13 jul. 2012.

⁵⁷ Cf. COLLIER, Charles W. *Precedent and legal authority: a critical history*, p. 773.

fundamentais para a decisão neles justificadas. Como se vê, o autor filia-se ao entendimento da corrente realista de que a *ratio decidendi* não deverá ser extraída das regras jurídicas anunciadas na *opinion*, mas afasta-se de tal corrente ao defender ser possível a identificação da *ratio* pelos fatos elencados como materiais pela própria decisão judicial. Ou seja, além de não argumentar que as razões judiciais seriam irrelevantes, a doutrina de GOODHART ainda enfatiza que as razões seriam extremamente importantes na identificação dos fatos considerados materiais pelo julgador.⁵⁸

Assim, ao propor que a *ratio decidendi* seria composta dos fatos considerados substanciais para o julgador, mais a decisão baseada em tais fatos, tal doutrina enfatiza que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.⁵⁹

Outra posição doutrinária que merece destaque — no sentido oposto ao método fático — é a proposta por WAMBOUGH. Para o autor a *ratio decidendi* inserta no precedente judicial é a regra jurídica cuja ausência fará com que o caso concreto seja decidido de outra forma. Assim, pelo teste proposto por WAMBOUGH, invertendo-se o sentido da proposição tida como a *ratio* do precedente, a decisão não poderá ser a mesma.⁶⁰

Ainda no sentido de buscar a *ratio* as razões que embasaram a solução do caso concreto, RUPERT CROSS propõe que a *ratio decidendi* de um precedente é qualquer regra de direito tratada pelo juiz, expressa ou implicitamente, como fundamental para a solução encontrada no caso concreto, tendo em vista o raciocínio por ele adotado.⁶¹

Para NEIL DUXBURY, contudo, a solução encontrado por CROSS é muito abrangente, pois “quando, por exemplo, um juiz interpreta a lei no processo de proferir uma decisão, a *ratio* é o que o juiz crê ser a melhor interpretação da lei — a decisão do juiz, em outras palavras, ao invés da regra geral”.⁶²

⁵⁸ Cf. GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case, pp. 1 e ss.

⁵⁹ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., pp. 82-83.

⁶⁰ Cf. WAMBOUGH, Eugene. *The study of a case: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*, p. 17 e ss.

⁶¹ Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*. p. 72.

⁶² Do original: “Cross assumption — that the ratio is ‘the rule of law’ that a judge treats as necessary to a decision — does not seem quite correct. When, for example, a judge interprets a statute in the

Como se vê, o método fático — tomado como auxiliar para possibilitar o enquadramento do caso *sub judice* (*instant case*) no caso tratado como paradigma (*precedent case*) —, combinado com a identificação das razões jurídicas necessárias para solução do precedente, tais como interpretadas pelo julgador (*ratio decidendi*), constituem o raciocínio analógico que possibilitam a utilização dos precedentes como fonte de direito.

Assim, como o precedente, em países de *common law*, tem a função precípua de regular casos futuros, a função central da teoria dos precedentes é determinar a *ratio decidendi* a ser aplicada aos casos análogos.

1.3.2. A não incidência do precedente: *distinguishing* e *overruling*

Como exposto no item anterior, a utilização do precedente deve passar pelo enquadramento fático do caso *sub judice* (*instant case*) no caso tratado como paradigma (*precedent case*), determinando-se a *ratio decidendi* que será reproduzida no caso subsequente. Este processo de identificação dos fatos que conduzem a Corte a determinada conclusão exarada no precedente é denominado, em países de *common law*, *distinguishing*.

Conforme explica DUXBURY, tal processo é “o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro”.⁶³ Este processo deve ser realizado com prudência pelos juízes e, por óbvio, não deve significar livre autorização para desobediência dos precedentes que não lhe pareçam convenientes. Além disso, os fatos que devem ser considerados no processo do *distinguishing* são aqueles tidos como fundamentais para a solução do caso concreto. Cabe ao juiz, desse modo, demonstrar que a distinção é material e, portanto, não há motivo para aplicação do precedente ao novo caso a ser julgado pela Corte.⁶⁴

process reaching a decision, the *ratio* is what the judge believes to be the best interpretation of the statute — the judge’s ruling, in other words, rather than the legal rule” (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature..., cit.*, p. 78).

⁶³ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature..., cit.*, p. 113.

⁶⁴ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature..., cit.*, p. 114.

Como se vê, a não adoção do precedente pela Corte em função do *distinguishing* não significa dizer que o precedente esteja equivocado ou revogado, mas apenas que, em virtude das circunstâncias fáticas dos casos analisados, ele não poderá ser adotado como paradigma para o caso *sub judice*. Nas palavras de DUXBURY, não se trata de *bad law*, mas somente *inaplicable law*.⁶⁵

Deve-se ressaltar, contudo, que em virtude de os casos variarem naturalmente, embora em princípio possa parecer que se está diante das mesmas circunstâncias fáticas e da mesma tese jurídica, será sempre possível argumentar-se que o novo caso requer o enfrentamento de outras questões ou que o caso possui particularidades fáticas que o diferenciam do precedente. Na via oposta, um novo caso poderá não se enquadrar perfeitamente às circunstâncias fáticas tratadas no precedente, ainda que este caso, diante de suas particularidades, mereça a mesma solução considerada nas razões do anterior. Assim, tal sistema, visto sob a técnica de distinção, mostra-se flexível, pois muito embora o precedente seja conservado, garantindo-se estabilidade, novas realidades e situações não são desconsideradas.⁶⁶

Nos Estados Unidos, podem ser apontadas algumas técnicas que se enquadram num meio termo entre o *distinguishing* — técnica de distinção de casos conforme anteriormente exposto — e o *overruling*, em que o precedente judicial é expressamente revogado pela Corte.

Uma dessas técnicas consiste na *technique of signaling*. Conforme explica EISENBERG, no julgamento de um novo caso o tribunal não ignora que o precedente está equivocado e não mais deve subsistir, mas entende que tal precedente deve ser mantido unicamente em virtude da segurança jurídica — os litigantes não serão surpreendidos já que a nova situação será tutelada com base na *ratio decidendi* anterior — e para tutelar situações jurídicas que se formaram com base no precedente. Nesse caso, a Corte pavimenta o caminho para o *overruling* do precedente que acredita deva ainda ser preservado apenas em função da confiança nele depositada.⁶⁷ Ocorre que o mesmo efeito poderia ser

⁶⁵ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, *cit.*, p. 114.

⁶⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, p. 331 e 333.

⁶⁷ Cf. EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, p. 122.

obtido “com um *overruling* dotado de efeitos plenamente prospectivos, que não atingissem situações passadas e o próprio caso em julgamento”.⁶⁸

Outra técnica para não incidência de um precedente judicial ao caso em julgamento, adotada nos Estados Unidos, é a *transformation*. Tal mecanismo consiste na transformação ou a reconfiguração do precedente. A *transformation* desconstrói o precedente, por meio da individualização de pontos que não foram considerados como substanciais no julgamento anterior.⁶⁹ Assim, tanto a *transformation* quanto a *overruling* admitem equívoco no raciocínio, mas apenas a *overruling* admite ter havido um erro de julgamento e que a decisão deveria ter sido favorável a uma das partes e não à outra.⁷⁰

No mais, a técnica do *overriding* é utilizada no sistema norte-americano, para limitar ou restringir a incidência do precedente, em favor de um entendimento posteriormente formado.⁷¹ Assim, a distinção feita no *overriding* supõe que, com base nas razões utilizadas pelo próprio precedente, se o litígio anterior fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução.⁷² Muito embora o *overriding* não revogue, nem anuncie a revogação do precedente, seu efeito prático pode ser bem semelhante à *overruling*, silenciando, em sua totalidade, o entendimento anterior. Fala-se, portanto, em revogação implícita ou *implied overruling*.⁷³

Conforme explica DUXBURY, um sistema que desenvolve uma estratégia para vinculação da Corte aos seus próprios precedentes, para se resguardar de injustiças, ineficiências e outras fraquezas que atingiram todo o processo judicante caso cada juiz pudesse livremente decidir sobre questões de direito já decididas, também deve prever um sistema para que esta vinculação não se dê de forma absoluta, pois não raras vezes, a reprodução das razões do precedente significará a replicação de erros.⁷⁴ E é neste

⁶⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 342.

⁶⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 345.

⁷⁰ Cf. EISENBERG, Melvin. *The nature...*, cit., p. 133.

⁷¹ Cf. EISENBERG, Melvin. *The nature...*, cit., p. 135.

⁷² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., pp. 348-349.

⁷³ Cf. EISENBERG, Melvin. *The nature...*, cit., p. 136.

⁷⁴ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., p. 116. O autor menciona, ainda, que o *common law* não demanda uma irrefutável, mas sim uma forte, porém refutável, presunção de que as decisões anteriores devem ser seguidas. Os eventos passados devem ser respeitados como guias para ações presentes, mas não no limite em que os juízes tenham que repetir decisões ultrapassadas e/ou repetir os erros de seus antecessores. Do original: “for the common law requires not an unassailable but a strong rebuttable presumption that earlier decisions be followed. It requires that

contexto que se insere a técnica do *overruling*. Segundo o autor, ao realizar a *overruling* de um precedente, a Corte declara que para circunstâncias fáticas materialmente idênticas, outra solução deverá ser seguida.⁷⁵

Ocorre que o poder de revogação de seus próprios precedentes, ou de precedentes de Cortes de igual hierarquia, não significa que tal poder possa ser exercido de forma arbitrária. Assim, de acordo com a lição de EISENBERG, um precedente deverá ser revogado se (i) falhou em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica e se (ii) os valores que sustentam a estabilidade jurisprudencial e o princípio do *stare decisis* forem melhor preservados com a revogação do precedente do que com sua preservação.⁷⁶

Além disso, deve-se admitir a revogação do precedente judicial diante de uma nova concepção de direito, ou seja, a partir da alteração daquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico. Tal alteração, contudo, não deve ser individualizada, mas sim expressar a visão geral da comunidade jurídica.⁷⁷

Como se vê, o sistema do *overruling*, assim como o *distinguishing*, ao invés de significar a negação ou diminuição da amplitude da doutrina do *stare decisis*, complementa o sistema de adoção de precedentes, na medida em que permite a gradual construção do Direito de acordo com valores sociais e noções jurídicas contemporâneas.

2. Aproximação das famílias no âmbito processual

2.1. Considerações introdutórias

Para o estudo das transformações introduzidas no Direito Processual Brasileiro no sentido de valorização dos precedentes judiciais, não se pretende realizar uma rígida e

past events be respected as guides for present actions, but not to the extent that judges maintain outdated attitudes and a commitment to repeating their predecessor's mistakes" (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., p. 183).

⁷⁵ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., pp. 116-117.

⁷⁶ Cf. EISENBERG, Melvin. *The nature...*, cit., p. 105.

⁷⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 402.

estaque comparação entre os modelos de *civil law* e *common law*⁷⁸, pois, nas palavras de BARBOSA MOREIRA “jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual “quimicamente puro: todos combinam em variável dosagem, elementos de ambos os tipos”.⁷⁹

Tal fato, porém, não elimina a existência de linhas limítrofes, ainda que demonstre a impossibilidade de rigorosa comparação entre os dois sistemas. Ademais, como adverte o jurista “os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução — nos dias que correm, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempos”.⁸⁰

Enquanto alguns países de *common law* vêm sofrendo alterações de forma a atenuar as características comumente atribuídas à tradição anglo-saxônica, e, inclusive, para incorporar institutos e diretrizes processuais originariamente atribuídas à tradição civilista, estes países também vêm sofrendo transformações em seus ordenamentos, aproximando-se cada vez mais do modelo historicamente atribuído aos países de língua inglesa. Nas palavras de MANCUSO, há um “lento, gradual, mas, ao que tudo indica, irreversível movimento de aproximação entre os dois sistemas, por modo que o direito escrito cada vez mais se avanta nos países de *common law*, tanto quanto o papel da jurisprudência vai se agigantando nos países de *civil law*”.⁸¹

Com relação à importância conferida aos precedentes judiciais, observa CRUZ E TUCCI que “enquanto naqueles países que seguem o modelo do *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável e difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*”.⁸²

Na lição de MICHELE TARUFFO, os esquemas fundados na contraposição das diferenças frequentemente apontadas entre os sistemas pela doutrina — oralidade/escritura e

⁷⁸ Até porque “à medida que se desfaz a aparente clareza dos dois modelos e da respectiva diferenciação, o panorama dos atuais ordenamentos processuais muda também por causa da emersão e da crescente importância de tendências que já não podem ser confinadas na estática classificação de cada um dos sistemas processuais como *common law*, de *civil law* ou misto” (Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais..., *cit.*, p. 152).

⁷⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo..., *cit.*, p. 67.

⁸⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo..., *cit.*, p. 75.

⁸¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumulada..., *cit.*, p. 520.

⁸² Cf. CRUZ E TUCCI. José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 26.

adversarial/inquisitivo — “estão envelhecidos e já não servem para assinalar os aspectos mais relevantes dos atuais sistemas processuais”. Assim, “se não se quer manter a realidade, a todo custo, fora da ciência jurídica, é necessário levar em conta as numerosas e importantes transformações — operadas e ainda em curso — em muitos ordenamentos processuais de *common law* e de *civil law*”.⁸³

2.2. Sobre os países de *common law*

MICHELLE TARUFFO ressalta que o modelo tradicional e historicamente difuso do processo de *common law* vem perdendo algumas de suas características tradicionais e adquirindo novas feições, que devem ser levadas em consideração em qualquer estudo comparatístico. Como exemplo das transformações das “notas tradicionais” do modelo historicamente difuso do *common law*, o autor destaca três aspectos importantes: (i) a transformação do papel do juiz; (ii) a função do *pre-trial*; e (iii) o papel do júri.⁸⁴

Na tradicional visão de modelo adversarial atribuído ao modelo de *common law*, o juiz era apenas um “árbitro passivo”, cuja função consistia apenas em assistir o livre duelo entre as partes, devendo apenas sancionar comportamentos injustos ou ilícitos.⁸⁵ Essa visão tradicional do papel do juiz, contudo, vem gradativamente sendo substituída por uma imagem de um julgador mais ativo e preocupado com os rumos do processo.⁸⁶

VAN CAENEGEM menciona que um exemplo do aumento do poder dos juízes nesses países pode ser encontrado na evolução do direito de prova. Enquanto inicialmente aos juízes cabia apenas assistir o combate entre as partes e anotar o resultado deste combate, sendo irrelevante sua convicção sobre o caso, atualmente o outro extremo foi alcançado, ou seja, cabe ao juiz decidir de acordo com seu próprio convencimento, após examinar

⁸³ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais..., *cit.*, p. 146.

⁸⁴ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais..., *cit.*, p. 146.

⁸⁵ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, p. 146.

⁸⁶ Note-se que, conforme já mencionado neste estudo, também ao juiz civilista já foi atribuída uma função passiva, decorrente da ultrapassada visão privatista do processo, em que ao juiz cabia a função de mero aplicador da lei e o processo era visto como *cosa das partes*. A expressão é de CAPPELLETTI; ao comentar os poderes instrutórios do juiz, o autor menciona que o processo deixou de ser *cosa das partes*, pois foi abolido o monopólio dos litigantes em matéria probatória. Deixou-se, a critério das partes, “o direito exclusivo de escolher entre pedir e não pedir a tutela jurisdicional e de determinar os limites essenciais da ação”. Instaurado o processo, contudo, as partes estão sujeitas ao poder de direção do juiz, que deverá ditar o modo, o ritmo e o impulso do processo (Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, pp. 122-123).

cuidadosamente as provas trazidas aos autos. Neste regime, tudo depende da própria convicção do julgador.⁸⁷

Na Inglaterra, essa transformação foi operada pelas *Rules of Civil Procedure* de 1999. Além de modificar o papel do julgador no direito inglês, o advento das *Rules of Civil Procedure* marcou o início de um processo de codificação do direito daquele país. De acordo com NEIL ANDREWS, o advento das *Rules of Civil Procedure* representou verdadeira revolução no direito processual civil desde 1870, ou “*the greatest shake-up in civil procedure since the 1870, when the common law and equity jurisdictions were fused*”.⁸⁸

O advento das *Civil Procedure Rules* inglesas teve como principal objetivo retirar dos litigantes e transferir para o órgão judicial o controle do andamento do pleito. Conforme observa BARBOSA MOREIRA, “é interessante notar que a guinada ocorre num dos dois principais ordenamentos do universo do *common law* ao mesmo tempo em que se assiste, em países da família romano-germânica, à emergência (ou à ressurreição) de certa tendência antipublicística”.⁸⁹

O diploma prevê que, depois de apresentadas as razões dos litigantes, o juiz inglês passa a ter o controle da tramitação do processo, e determina o envio às partes de um questionário (*allocation questionnaire* — R. 26.3) — a partir deste momento processual, inicia-se a fase do *case management*. Diante das informações recebidas, o tribunal poderá adequar o procedimento a ser seguido no caso concreto (R. 3.1). O juiz não chega a ter poderes instrutórios para determinar produção de provas, mas as *Rules of Civil Procedure* outorgam poderes ao julgador para controlar toda a atividade probatória. O juiz pode, por exemplo, especificar as questões para as quais deseja a prova, bem como a forma como ela deverá ser apresentada em juízo (R.32.1). Poderá, ainda, ordenar à parte, a qualquer momento, que esclareça questão discutida no processo, ou forneça informação adicional sobre o assunto (R. 18.1(10)). As *Rules of Civil Procedure* também colocam o perito como auxiliar imparcial do juiz, destacando-se seu dever para com o tribunal e não com a pessoa da parte (R.35.3).

⁸⁷ Cf. VAN CAENEGEN, R. C. *Judges, legislators & professors...*, cit., p. 144.

⁸⁸ Cf. ANDREWS, Neil. *A new Civil Procedure Code for England: party-control “going, going, gone”*. Civil litigation in comparative context, p. 246.

⁸⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil contemporâneo...*, cit., p. 84.

Nos Estados Unidos essa transformação resulta de vários fatores, verificados a partir da década de 1970, como as *Federal Rules of Evidence*, de 1975⁹⁰, a reforma contínua das *Federal Rules of Civil Procedure*, o *Civil Justice Reform Act* de 1990 — que abriu caminho para diversas reformas descentralizadas — e a própria prática judiciária.⁹¹

As *Federal Rules of Evidence* já possibilitavam ao juiz norte-americano, desde 1975, determinar *ex officio* a oitiva de determinada testemunha. Todavia, MICHELE TARUFFO argumenta que, muito embora as *Federal Rules of Evidence* prevejam poderes instrutórios ao juiz, mais amplos do que aqueles previstos em alguns países de *civil law*, esse poder não é verdadeiramente utilizado pelos juízes, no intento de não interferir no livre jogo competitivo das partes. Dessa forma, conclui o autor que o processo norte-americano não é realmente orientado em direção à verdade.⁹²

Isso porque, conforme ressalta BARBOSA MOREIRA, não agrada aos advogados americanos a ideia de que o juiz possa participar ativamente da colheita das provas orais, o que induz “numerosos magistrados a timbrar na autocontenção, notadamente nos Estados em que os juízes são eleitos: aqueles que se candidatam à reeleição não se dispõem com facilidade a alienar a simpatia da classe dos advogados, cuja influência eleitoral costuma ser apreciável”.⁹³

Outro equívoco apontado por MICHELE TARUFFO no estudo do processo de países de *common law* é em relação ao procedimento concentrado em duas fases: uma fase preliminar (*pre-trial*) — introduzida no início do século XX tanto no processo inglês quanto no processo norte-americano —, destinada ao preparo das partes para o debate, especialmente por meio da *discovery* das provas em poder do adversário; e a audiência de debate (*trial*), em que se colhem as provas testemunhais, os advogados discutem oralmente a causa e, desde logo, o juiz profere a sentença. Conforme aponta o autor, a maioria das causas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, são resolvidas ainda na fase preliminar (*pre-trial*), seja porque as partes celebraram um acordo, seja porque o

⁹⁰ Cf. TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*, p. 171-172.

⁹¹ Cf. TARUFFO, Michele Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, p. 147.

⁹² Cf. TARUFFO, Michele Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, p. 147.

⁹³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil contemporâneo...*, *cit.*, p. 71.

juiz determina a tentativa de conciliação por um terceiro, ou em razão de julgamentos sumários.⁹⁴

Essa realidade fática, segundo o autor, traz duas importantes consequências: toda a comparação entre os modelos de *civil law* e *common law* com base na contraposição adversarial-inquisitiva perde toda a relevância, pois no âmbito do *pre-trial* não há efetivo contraditório, mas apenas “compacta dialética entre os advogados”. A outra consequência é que o modelo fundamental de processo de *common law* já não pode ser formulado segundo o critério bifásico, tendo em vista que a fase do *trial* não se realiza na grande maioria das causas levadas ao Judiciário.⁹⁵

Com relação ao júri civil, historicamente apontado como característico dos processos de países de *common law*, esclarece o autor que este desapareceu há decênios do ordenamento jurídico inglês, enquanto nos Estados Unidos o júri civil somente continua presente em percentual minoritário dos casos. Dessa forma, mostra-se impróprio configurar o júri como elemento essencial do modelo de processo civil de países de *common law*.⁹⁶

Esta, contudo, não é a opinião de BARBOSA MOREIRA, para quem a outorga de competência ao júri para julgar casos civis ainda permanece com um traço distintivo de países de *common law*. Nesse sentido, o autor ressalta que o julgamento pelo tribunal popular é garantia prevista na Constituição, no art. III, seção 2, n.3, e pela 6ª Emenda.⁹⁷

Além das transformações acima mencionadas, são também observadas em países de *common law* alterações no sentido de incorporar institutos e diretrizes processuais historicamente atribuídas à tradição civilista. Como exemplo, pode-se citar a tendência de codificação observada em alguns países de *common law*, tais como Austrália, Inglaterra e Estados Unidos.⁹⁸

⁹⁴ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, pp. 147-148.

⁹⁵ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, p. 149.

⁹⁶ Cf. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais ..., *cit.*, p. 150..

⁹⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil contemporâneo..., *Cit.*, p. 70.

⁹⁸ Cf. FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012, pp. 26-27.

Com relação a este último país, pode-se citar o Código Tributário Americano (*Internal Revenue Code*), o Código Comercial Uniforme Americano (*American Uniform Commercial Code*), bem como o complexo Código Civil do Estado da Califórnia. No direito inglês, pode-se citar o advento das *Civil Procedure Rules*, em vigor desde abril de 1999.⁹⁹

Além disso, alguns países de *common law* acabaram por importar determinadas disposições normativas de países mais desenvolvidos, visando a melhoria de seu próprio ordenamento jurídico. A adoção pela Etiópia de códigos europeus, incluindo um Código Civil baseado integralmente no Código Napoleônico é exemplo deste comportamento.

100

Como justificativas das alterações observadas em países de *common law*, KATJA FUNKEN observa que um sistema baseado em precedentes judiciais pode ser inacessível e difícil de pesquisar, o que acabaria por encarecer o processo judicial como um todo. Em contraposição, o *civil law* seria fácil de pesquisar, vez que as fontes de Direito seriam óbvias e acessíveis.¹⁰¹

A autora afirma, ainda, que pelo fato de serem fruto de enorme trabalho intelectual, de modo a refletir o panorama social e o pensamento contemporâneo, os códigos seriam menos suscetíveis a interferências políticas. Assim, somente uma grande transformação social poderia justificar uma reforma legislativa. Não obstante, os códigos permitiriam alterações céleres, de forma a adequá-los aos parâmetros sociais, ao contrário do que ocorre no *common law*, em que a alteração deverá se dar caso a caso.¹⁰²

2.3. Sobre os países de *civil law*

Com relação às alterações observadas em países de tradição romano-germânica deve-se ressaltar, inicialmente, que, muito embora estejam presentes grandes semelhanças entre

⁹⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Revolução processual inglesa, p.83.

¹⁰⁰ Cf. FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012, p. 5.

¹⁰¹ Cf. FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012, p. 26.

¹⁰² Cf. FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012, p. 27.

os ordenamentos que nela se incluem, de forma a justificar a distinção com o ordenamento dos países de língua inglesa¹⁰³, nunca houve um único modelo comum a todos os países *civil law*. As recentes alterações observadas em alguns desses países também confirmam essa diversidade: enquanto na França e Alemanha as alterações legislativas reforçam os poderes instrutórios do órgão judicial, Espanha e Itália caminham no sentido inverso.¹⁰⁴

Não há como se negar o impacto do constitucionalismo na transformação do modelo tradicional de *civil law* e no aumento do papel do juiz nos países de tradição romano-germânica.

Conforme anteriormente mencionado (cf. cap. I, item 1.2, supra), o ideal de igualdade e certeza jurídica proporcionado pela subordinação do juiz aos termos da lei não sobreviveu aos acontecimentos históricos, pois percebeu-se que a própria lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses do povo. Assim, tornou-se necessário regatar “a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação com os princípios de justiça”.¹⁰⁵

O instrumento encontrado pelos países de *civil law* a partir da Segunda Guerra Mundial foi uma Constituição rígida, não passível de revisões legislativas ordinárias, nos moldes daquela encontrada nos Estados Unidos da América. Todavia, os métodos adotados por

¹⁰³ Em texto dedicado ao estudo comparado entre os sistemas de *common law* e *civil law*, BARBOSA MOREIRA conclui que ainda persistem algumas diferenças que permitem dizer que “o ordenamento inglês — no campo do processo e fora dele — continua a parecer-se mais com o norte-americano que com qualquer dos vigentes na Europa continental e na América Latina, assim como o ordenamento espanhol ou italiano continua a parecer-se mais com o alemão ou com o francês que com os do mundo anglo-saxão”. Essas diferenças são: (i) a forma de recrutamento dos juizes: em regra, nos países de *civil law* o ingresso na carreira se dá por concurso público, enquanto nos países de *common law* a nomeação se dá por critérios de índole política; (ii) a existência de uma carreira judiciária nos países de *civil law*, enquanto nos países de *common law* o juiz é nomeado para determinado cargo e nele permanece; (iii) a outorga de competência ao júri para julgar casos não penais em países de *common law*; (iv) o interrogatório das testemunhas pelos próprios advogados em países de *common law*, pois, como se sabe, em países de *civil law* as perguntas são formuladas pelo juiz; e (v) o valor do precedente judicial, normalmente vinculativos em países de *common law*, para a fundamentação das decisões judiciais. (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil contemporâneo..., *cit.*, pp. 81-84).

¹⁰⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil contemporâneo..., *cit.*, p. 80.

¹⁰⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica..., *cit.*, p. 209.

alguns países de *civil law* para revisão constitucional de determinada lei diferem do modelo norte-americano.^{106 107}

A tendência observada nos países de *civil law*, como consequência da crença de que não se poderia atribuir força de lei às decisões judiciais — ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, em que todas as Cortes, em todos os níveis de jurisdição, podem decidir questões constitucionais com efeito *erga omnes* — foi a de concentrar o poder de reexame da legislação pelo Poder Judiciário em Cortes Supremas, ao invés de outorgar tal poder a todos os níveis do sistema judicial. Como exemplo, pode-se citar os modelos adotados pela Áustria, Alemanha, Itália, Espanha, Venezuela e Chile.¹⁰⁸

Ocorre que, nesses países, e também na Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México e Peru, a exemplo do que também ocorre no Brasil e diferentemente do modelo adotado nos Estados Unidos — em que a questão constitucional somente poderá ser discutida no âmbito de um caso concreto —, o exame de validade da lei poderá ser feito de forma direta.¹⁰⁹

É o que no Brasil se denomina controle concentrado da legislação. Tal possibilidade faz com que alguns doutrinadores de países de *common law* entendam que o sistema de controle judicial de legalidade nos países de *civil law*, embora tenha surgido muito depois do sistema norte-americano, poderá ser mais amplo do que os mecanismos encontrados nos Estados Unidos da América.¹¹⁰

O ordenamento jurídico brasileiro, como é cediço, prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade mediante ação direta, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ou no

¹⁰⁶ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 136-137.

¹⁰⁷ A base da teoria norte-americana de revisão judicial da lei foi estabelecida no caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803 pela Corte Suprema daquele país: a lei que conflita com a norma constitucional não deve ser considerada uma lei válida, tendo em vista que exorbita os poderes legislativos (Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 140).

¹⁰⁸ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 140. Com relação ao controle de constitucionalidade no direito italiano, observa MICHELE TARUFFO que o julgamento que declara a inconstitucionalidade de determinada norma não pode ser considerado um precedente propriamente dito. Ao invés disso, teria o mesmo efeito que uma revogação, vez que a norma objeto do julgamento será considerada inexistente no ordenamento jurídico (Cf. TARUFFO, Michele. *Precedent in Italy*, pp. 154-155).

¹⁰⁹ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 141.

¹¹⁰ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *The civil law tradition...*, cit., p. 142.

curso de qualquer demanda voltada à solução de um caso concreto. Ou seja, o controle de constitucionalidade — ao contrário do que ocorre na maioria dos países de *civil law* — pode ser realizado não apenas pela Corte Suprema do país, mas também por qualquer juiz ou tribunal.

Porém, a introdução do método norte-americano de controle de constitucionalidade em países que ignoram o precedente constitucional obrigatório acaba por possibilitar a não aplicação de uma lei por determinado juiz ou tribunal, que a entendessem inconstitucional, enquanto esta mesma lei é aplicada por outro juiz ou tribunal, que entendem pela constitucionalidade da mesma norma. Aliás, como bem adverte CAPPELLETTI, nada impediria que um juiz que aplicasse determinada lei a considerasse inconstitucional no dia seguinte, ou vice-versa. Essa situação, portanto, poderia gerar grave insegurança jurídica.¹¹¹

Muito embora ainda precisem ser aperfeiçoadas, a possibilidade de revisão da legislação pelo Poder Judiciário em países de *civil law* representou um grande processo de transformação nas concepções de direito e jurisdição. Isso porque, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a adequá-la aos direitos previstos na Constituição e a suprimir omissões legislativas que invalidam direitos fundamentais. O juiz do *civil law*, portanto, passou a exercer papel inconcebível para os ideais liberais trazidos pela Revolução Francesa e cada vez mais parecido com a função exercida pelo juiz de *common law*.¹¹²

No mais, a exemplo dos países de *common law*, parte significativa das experiências jurídicas de alguns países de *civil law* também visam aumentar a força atribuída aos precedentes judiciais.

Na Espanha, muito embora a regra seja a de que os precedentes judiciais não possuem eficácia vinculante, a situação é inversa no que concerne os julgamentos do Tribunal Constitucional, que se revestem de caráter obrigatório para todos os demais órgãos jurisdicionais¹¹³. Nesse sentido, o artigo 5.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário

¹¹¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 62.

¹¹² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica...*, cit., p. 210.

¹¹³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, cit., pp. 251 a 254.

espanhol dispõe que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e vinculante para todos os Juízes e Cortes, de acordo com a interpretação estabelecida pelo Tribunal Constitucional no julgamentos dos casos”.¹¹⁴

No que concerne à vinculação horizontal dos precedentes judiciais — obrigatoriedade de uma Corte seguir seus próprios precedentes —, duas normas presentes no ordenamento jurídico espanhol devem ser citadas. No tocante ao Tribunal Constitucional, prevê o artigo 13 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que o precedente judicial emanado de um órgão do Tribunal deve ser seguido por aquele mesmo órgão, salvo se forem levantadas razões suficientes para alteração dos critérios adotados no julgamento anterior. No âmbito ordinário, o artigo 264 da Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol dispõe que os juízes de diferentes sessões de uma mesma câmara devem promover encontros com vista à unificação de critérios e coordenação de práticas procedimentais.¹¹⁵

A relativização das diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law* também pode ser observada, naquele país, em razão do instituto processual denominado *recurso en el interés de la ley*, cuja decisão tem efeito vinculante para as instâncias inferiores. Tal recurso, que pode abranger questões civis e administrativas, é interposto perante a Suprema Corte nas hipóteses em que as decisões de Cortes inferiores sejam consideradas prejudiciais ao interesse geral da lei. Note-se que o julgamento da Suprema Corte não produzirá quaisquer efeitos no caso concreto, servindo apenas para modificação de um precedente anterior, o que constitui um “genuíno *prospective overruling*”¹¹⁶

Cumprido ressaltar, ainda, que o artigo 50.1.d da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol atribui à Corte o poder de rejeitar qualquer recurso se uma sessão, composta

¹¹⁴ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain, p. 272. Os autores advertem, no entanto, que embora a influência das decisões do Tribunal Constitucional seja, na prática, muito efetiva e raramente questionada pelas autoridades públicas, ainda não há consenso na doutrina sobre a eficácia vinculante dos precedentes judiciais do Tribunal. Todavia, como mencionam os autores, o próprio Tribunal Constitucional, em pelos menos uma ocasião, já interpretou tal disposição normativa como atributiva de eficácia vinculante aos seus julgamentos.

¹¹⁵ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent..., *cit.*, p. 272-273. Conforme ressaltam os autores, essa vinculação horizontal é enfraquecida pelo entendimento de que duas sessões de uma mesma Corte não são o mesmo órgão e pela possibilidade de refusa do precedente com base em meras razões implícitas.

¹¹⁶ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent..., *cit.*, p. 286.

por três julgadores, considerar, unanimemente, que, entre outros casos, existe um precedente que poderia ser motivo para negar provimento ao recurso. O objetivo de tal prerrogativa não se presta a atribuir poder à Corte de selecionar casos, mas sim de rejeitar pleitos infundados, de forma a confirmar uma linha de precedentes.¹¹⁷

A exemplo do que ocorre na Espanha, também na Alemanha, além de a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) se destinarem ao controle de constitucionalidade das leis e à aplicação uniforme da legislação infraconstitucional, respectivamente, o julgamento declaratório de inconstitucionalidade — no âmbito do controle preventivo (*Vorlageverfahren*) ou na esfera do controle difuso — passa a ter eficácia de lei, vinculando não somente o julgador do caso concreto, que terá de proferir nova decisão de mérito, como também todos os julgamentos futuros envolvendo a mesma questão.¹¹⁸

Muito embora não possa ser considerada uma técnica de utilização de precedentes judiciais para o julgamento do caso concreto, como ocorre em países de *common law*, mas sim de coletivização de demandas individuais com vistas à uniformização de jurisprudência e aceleração do julgamento, deve-se também aqui fazer uma breve menção ao Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*), instituído em 16 de agosto de 2005, por meio da Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren — KapMuG*). Tal procedimento tinha por escopo fixar posicionamento judicial sobre pontos litigiosos, de fato e de direito, comuns nos vários processos, expressamente indicados pelo requerente.¹¹⁹

¹¹⁷ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent..., *cit.*, p. 263.

¹¹⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 251 a 254. De acordo com o artigo 31(1) da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* or *BVerfGG*), as decisões da Corte são vinculantes para as instituições constitucionais federais, nos estados e em todos os tribunais (Cf. FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012, p. 11).

¹¹⁹ Cf. GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany, p. 6. Conforme será estudado no capítulo IV, item 2.1.2, *infra*, ao contrário do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil, o instituto alemão possuía aplicação restrita — demandas que versem sobre o ressarcimento de danos causados por falsas, enganosas ou omissas informações destinadas ao público, relativas ao mercado de capitais — e prazo determinado.

Ocorre que, muito embora a decisão proferida *Musterverfahren* fizesse coisa julgada para as partes e intervenientes, o regime alemão também previa expressamente que os autores futuros não seriam atingidos pela decisão coletiva, pois para que a decisão do incidente pudesse ser aplicada, a Lei exigia a litispendência dos processos individuais no momento em que for proferida a decisão do Tribunal.¹²⁰

Na França, após a Revolução Francesa, ao juiz cabia apenas aplicar os termos da lei, de modo que o Poder Legislativo tornou-se o único legitimado a traduzir a vontade geral (*volonté générale*).

Nesse sentido, no ano de 1790, foi instituída a Corte de Cassação francesa, órgão que não fazia parte do Poder Judiciário e tinha como objetivo limitar as decisões judiciais em desacordo com o Direito positivado. De início, a função da *Cour de Cassation* era somente “a de cassar a interpretação incorreta e não estabelecer a interpretação correta” ou “decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário”.¹²¹

Com o passar do tempo, percebeu-se que não era mais suficiente apenas cassar decisões em desconformidade com a norma positivada, de modo que à Corte de Cassação francesa, agora tendo assumido função judicante como órgão de cúpula do sistema judicial francês, caberia também afirmar a correta interpretação do texto legal.¹²² Hoje em dia, as decisões da *Assemblée Plénière* vinculam todos os Tribunais inferiores no julgamento de casos análogos.¹²³

No Direito italiano, o artigo 65, 1, do Real Decreto 12, do ano de 1941, o qual regula a Organização Judiciária daquele país, determina que cabe à Corte Suprema de Cassação assegurar a uniformidade na interpretação da lei. Diante de tal regra, a doutrina italiana, com o tempo, passou a construir a tese de que “dada a referida função nomofilática da Corte de Cassação, as suas respectivas decisões projetam eficácia vinculante a todos os juízes inferiores”.¹²⁴

¹²⁰ Cf. GOTTWALD, Peter. About the extension..., *cit.*, p. 7.

¹²¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, pp. 60-61.

¹²² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, p. 61.

¹²³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 251.

¹²⁴ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 257.

Sobre o tema, TARUFFO defende que a função uniformizadora da Suprema Corte realmente seria melhor exercida se fosse atribuída aos seus precedentes eficácia vinculante, mas, de qualquer forma, a função do referido dispositivo legal não seria a de atribuir esta vinculação aos precedentes da Suprema Corte italiana.¹²⁵

Por fim, cabe ressaltar que, na Europa, há consenso entre os professores, advogados e magistrados no sentido de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia — criado com objetivo de (i) fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; (ii) assegurar o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos Tratados; e (iii) interpretar o direito da União a pedido dos juízes nacionais¹²⁶ — possui força vinculante. Ou seja, os magistrados de cada Estado-Membro devem resolver os casos concretos baseados na interpretação do Direito comunitário fixado por tal Tribunal.¹²⁷

Diante da crescente valorização dos precedentes judiciais por ordenamentos jurídicos de países de *civil law*, a conclusão de um estudo comparativo entre diversos países de *civil* e *common law* foi a de que, atualmente, o modo que os juízes de ambos os sistemas legais tratam os precedentes é muito similar. Isso porque, muito embora na maioria dos países da Europa continental os precedentes não sejam formalmente vinculantes, estes são regularmente respeitados pelas Cortes, tal como ocorre nos países de tradição anglo-saxônica.¹²⁸

Como se vê, conquanto as modificações não sejam uniformemente observadas nos ordenamentos de cada país membro das famílias de *civil* e *common law*, resta evidente a diminuição das linhas distintivas entre cada sistema.

¹²⁵ Cf. TARUFFO, Michele. Precedent in Italy, p. 157.

¹²⁶ O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio de seu sítio eletrônico, ressalta o efeito vinculante de suas decisões. Neste sentido, “os juízes nacionais podem, e por vezes devem, dirigir-se ao Tribunal de Justiça a fim de lhe pedir que esclareça um ponto de interpretação do direito da União, para poderem, por exemplo, verificar a conformidade da respectiva legislação nacional com este direito. O pedido de decisão prejudicial pode igualmente ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um ato de direito da União. O Tribunal de Justiça responde não através de um simples parecer mas mediante acórdão ou despacho fundamentado. O tribunal nacional destinatário fica vinculado pela interpretação dada. O acórdão do Tribunal de Justiça vincula também os outros órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido um problema idêntico” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em 17 jun. 2013).

¹²⁷ Cf. FERRERES COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia, p. 59.

¹²⁸ Cf. PECZENIK, Aleksancer. The binding force of precedent, p. 461.

2.3.1. Sobre o Direito brasileiro: a paulatina valorização dos precedentes judiciais

Em 1850, com o advento do Regulamento 737, o Brasil passou a ter leis próprias em matéria de organização do sistema judiciário e de processo civil. Como não havia um acervo jurisprudencial próprio, o Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875 determinou que os *assentos* pré-existentes em Portugal e também no Brasil teriam força de lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Referido diploma processual também determinou, em seu art. 2º, que a antiga Casa de Suplicação do Brasil deveria “tomar assentos para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que couberem na sua alçada”.¹²⁹

O instituto dos assentos com eficácia vinculante perdurou até a República, momento em que, com o advento da primeira Constituição republicana, em 1891, foi instalado o Supremo Tribunal Federal e instituído o recurso extraordinário, inspirado no *writ of error* do Direito norte-americano (cf. cap. III, item 1.2.4.1 infra). A introdução de mencionado instituto teve como finalidade “exercer o controle nomofilático sobre a distribuição da justiça pelos órgãos inferiores”¹³⁰, por meio da uniformização da aplicação do Direito pátrio.¹³¹

À época, tal recurso era cabível quando se questionasse “a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; ou quando se contestasse “a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.¹³² A denominação “recurso extraordinário”,

¹²⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*, p. 55.

¹³⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência..., cit.*, p. 58.

¹³¹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do Direito brasileiro, pp. 44-45.

¹³² Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2013.

contudo, só foi introduzida pelo primeiro Regimento interno do Superior Tribunal Federal”.¹³³

Atualmente, com o advento da Constituição de 1988 e posteriores Emendas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, causas decididas em última instância, quando a decisão recorrida (i) contrariar dispositivo da Constituição Federal; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; ou (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (cf. cap. III, item 1.2.4.1, *infra*).¹³⁴

Ainda com a primeira Constituição Republicana de 1891, foi adotado no Brasil o controle difuso de constitucionalidade das leis, também inspirado no modelo norte-americano. A partir da Constituição de 1934, passou-se a admitir o controle concentrado direto, por via principal, ainda que de forma bastante limitada. Com o advento da Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, o âmbito do controle de constitucionalidade foi ampliado: além de ter sido mantida a ação direta interventiva, foi introduzida no sistema a chamada representação de constitucionalidade, que deu origem à ação declaratória de inconstitucionalidade genérica.

A Constituição de 1988 manteve essa orientação, tendo sido introduzida mais recentemente em nosso ordenamento, por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a denominada ação declaratória de constitucionalidade, com efeito vinculante. Dessa forma, atualmente o nosso sistema jurídico contempla um controle misto de constitucionalidade, ou seja, o difuso e o concentrado.

¹³³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 579-580. Com a reforma constitucional de 1926, a hipótese de incidência do referido recurso foi ampliada, permitindo-se sua interposição com fundamento na divergência de interpretação da mesma lei federal por dois ou mais Tribunais (art. 60, §1º, letra *c*). Todas as outras Constituições subsequentes, antes da atual Constituição promulgada em 1988, também trataram do recurso extraordinário, sem alterações substanciais (Constituição de 1934, art. 76, nº 2, III; de 1937, art. 101, nº III; de 1946, art. 101, nº III; de 1967, art. 114, nº III; Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 119, nº III). Com a promulgação da Constituição de 1988, criou-se o Superior Tribunal de Justiça e ao recurso extraordinário ficou reservada a suscitação de questões referentes à própria Constituição (art. 102, inc. III, letras *a*, *b* e *c*). A Emenda Constitucional nº 45, além de instituir o requisito de admissibilidade da repercussão geral (cf. cap. III, item 1.2.4.3, *infra*), também incluiu uma outra hipótese de cabimento do recurso extraordinário, (art. 102, inc. III, letra *d*), matéria, antes, reservada ao recurso especial: “causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013).

¹³⁴ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

Também na tentativa de uniformizar a interpretação e aplicação das normas jurídicas, o Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, criou o mecanismo do *prejulgado*, então restrito à Corte do Distrito Federal e dirigido ao plenário do Tribunal, na hipótese de divergência, no âmbito dos órgãos fracionários, sobre uma questão jurídica. O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo também adotou referido instituto, em seu art. 1126 e, em 25 de novembro de 1936, por meio da Lei 319, o instituto passou a vigorar em todo o território nacional.¹³⁵

Referida técnica processual tinha como finalidade prevenir a divergência jurisprudencial no âmbito dos Tribunais¹³⁶ e seu “grau de persuasão do julgamento uniformizador, para solução de litígios análogos futuros, era de ordem eminente ética”. Contudo, como observa CRUZ E TUCCI, no âmbito horizontal, ou seja, no próprio Tribunal, o mecanismo, sob a égide da Lei 319 de 1936, possuía efeito vinculante, vez que caso uma das turmas contrariasse a interpretação fixada pelo pleno, era cabível recurso de revista (art. 1º, letra *b* da). Tal recurso não foi previsto no Código de Processo Civil de 1939, restando ao prejulgado apenas a eficácia persuasiva.¹³⁷

Merece destaque, também, a Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963, a qual abriu a possibilidade para que o Supremo Tribunal Federal instituísse a chamada *súmula da jurisprudência predominante*, por meio de seu Regimento interno: os enunciados sumulares, desprovidos de efeito vinculante, seriam editados como resultado do julgamento composto pela maioria dos membros da Corte.

Além disso, na tentativa de introduzir no ordenamento mecanismos que atribuíssem eficácia vinculante aos precedentes judiciais, o Anteprojeto do atual Código de Processo Civil previa, em seus artigos 516 a 520, um instrumento uniformizador de jurisprudência, perante o Supremo Tribunal Federal, que seria encerrado com um *assento* com força de lei em todo o território nacional.

¹³⁵ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., p. 58.

¹³⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlo. *Comentários...*, cit., p. 5.

¹³⁷ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., pp. 60-63.

O Anteprojeto atribuía, ainda, a mesma faculdade aos Tribunais, no limite das Constituições e leis estaduais. Tal orientação, contudo, foi de todo modificada na versão definitiva do atual Código de Processo Civil, de modo que o incidente de uniformização de jurisprudência, regulado pelos artigos 476 a 479 do atual Código (cf. cap. III, item 1.3.1, infra) tem por escopo constituir um precedente desprovido de eficácia vinculante.¹³⁸

Conforme observa CRUZ E TUCCI, embora não seja de hoje a discussão sobre a eficácia vinculante de precedentes judiciais, “a tradição histórica do direito brasileiro repele o sistema dos *precedentes vinculantes*, não podendo o Poder Judiciário, salvo sob expressa autorização constitucional, estabelecer regras genéricas e abstratas, aplicáveis a caso futuro”.¹³⁹

Contudo, recentemente, mesmo antes da introdução no ordenamento jurídico da súmula de efeito vinculante¹⁴⁰, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o ordenamento jurídico brasileiro, e especificamente o ordenamento jurídico processual, objeto deste estudo, tem passado por diversas reformas legislativas, de modo a conferir maior importância aos precedentes judiciais.

Conforme lição do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em trecho doutrinário sobre a então recém-editada Lei 9.756 de 1998, tais inovações tinham como objetivo tornar mais ágil o sistema recursal, dar maior eficácia às decisões dos Tribunais superiores e simplificar o controle de constitucionalidade das leis, conferindo-se, inclusive, eficácia vinculante, de forma indireta, às decisões do Supremo Tribunal Federal (Código de Processo Civil, artigo 481, parágrafo único).¹⁴¹

¹³⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., p. 65.

¹³⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., p. 61.

¹⁴⁰ Conforme explica BARBOSA MOREIRA, o instituto introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi impropriamente chamado de “súmula vinculante”. Isso porque, a palavra “súmula” designa “o conjunto das preposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo, p. 185). Não obstante, por força da referida Emenda, a expressão atualmente consta no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal, para designar cada uma daquelas preposições. Dessa forma, embora não se desconheça a impropriedade da expressão “súmula vinculante”, ela será, por vezes, utilizada no presente trabalho, uma vez que consta do texto constitucional.

¹⁴¹ Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações, p. 544.

Assim, as recentes reformas que reconheceram as funções uniformizadoras da jurisprudência sumulada ou dominante foram “pavimentando o caminho para a inserção (*rectius*: ampliação), dentre nós, das súmulas com efeito vinculante”.¹⁴²

Ao comentar a discussão que se travava, à época, a respeito da adoção ou não da mencionada súmula de efeito vinculante, BARBOSA MOREIRA menciona que “o mingau está sendo comido pelas beiradas”, pois “sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos”.¹⁴³

Neste sentido, além do controle de constitucionalidade, dos institutos dos recursos extraordinário e especial, previstos constitucionalmente, e do incidente de uniformização de jurisprudência, previsto originalmente no Código de Processo Civil de 1973, o fenômeno de conferir-se maior relevância aos precedentes judiciais foi observado, recentemente, em 1995, com a edição da lei n. 9.138/95 (“reforma”), a qual alterou o artigo 557 do Código de Processo Civil, para possibilitar ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Posteriormente, a lei n. 9.756 de 1998 (“reforma da reforma”), alterou novamente o mencionado dispositivo legal para atribuir ao relator competência para dar provimento ao recurso, na hipótese em que a decisão recorrida afrontar súmula ou jurisprudência dos tribunais de superposição (art. 557, § 1º-A – cf. cap. III, item 2.1.1, *infra*).

A essas inovações soma-se o artigo 285-A, inserido no Código de Processo Civil por meio da Lei 11.277/06 (cf. cap. III, item 2.2.1, *infra*). Mencionado dispositivo legal permite ao juiz proferir sentença de improcedência, antes da citação do réu, na hipótese em que a questão trazida pelo autor for unicamente de direito e já houver sido proferida sentença em outros casos idênticos. Como se vê, o artigo 285-A não fala em acórdãos,

¹⁴² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumulada..., *cit.*, p. 529. Essa também foi a opinião de DINAMARCO quando do advento da Lei 9.756/98: “(...) a também crescente valorização dos precedentes indica uma caminhada que se endereça a passos firmes e um resultado inevitável — que é a adoção do sistema de súmulas vinculantes” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos, p. 131).

¹⁴³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis, p. 329.

mas sim em sentenças. Ou seja, para fins de aplicação desta sistemática de julgamento, em princípio, não importa que essas sentenças tenham sido objeto de recurso de apelação ou mesmo que essas decisões tenham sido eventualmente reformadas pelos Tribunais, o que denota extrema valorização dos precedentes jurisprudenciais, inclusive de primeira instância.

A referida Lei 11.277/06 também foi responsável por introduzir o §1º ao artigo 518 do Código de Processo Civil, por meio do qual o juiz poderá negar seguimento ao recurso de apelação, caso a sentença esteja em conformidade com súmula dos Tribunais superiores (cf. cap. III, item 2.2.2, *infra*).

Outra técnica inserida no ordenamento jurídico brasileiro, e que denota a crescente valorização dos precedentes judiciais foi a súmula vinculante, instituída por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (cf. cap. III, item 1.4.1, *infra*). Após a promulgação da referida emenda constitucional, o art. 103-A da Constituição Federal passou a possibilitar ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Como se vê, tal mecanismo representa não somente valorização de precedentes judiciais, mas também verdadeiro poder normativo conferido ao Supremo Tribunal Federal.

Deve-se ressaltar, ainda, o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais (cf. cap. III, item 2.3, *infra*), como forma de tratamento das demandas repetitivas, o que acaba por conceder maior força às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

A breve menção a tais alterações no Direito processual brasileiro, que serão estudadas no capítulo III, demonstra que, muito embora o Direito brasileiro, de origem romano-germânica (*civil law*), tenha como fonte primária de Direito a lei (cf. cap. I, item 1.2, *supra*), cada vez mais são implementadas reformas legislativas para se conferir maior relevância ao precedente judicial na resolução do caso concreto, como forma de uniformização da aplicação do Direito pátrio, tendo-lhe sido atribuído eficácia vinculante em determinados casos.

Ademais, caso seja aprovado o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 8.046), cujo texto-base foi recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados, essa tendência de valorização dos precedentes judiciais poderá ser novamente observada.

Isso porque, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho, e em capítulo específico (cf. cap. IV infra), há diversas disposições no Projeto que determinam a observância de enunciados sumulares e de determinados precedentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Locais. Há, inclusive, um capítulo do Novo Código denominado “Do Precedente Judicial” (Capítulo XV, artigos 520 a 522), em que são dispostas regras sobre como e quando os precedentes devem ser observados pelos juízes e Tribunais, bem como sobre a forma de alteração do entendimento até então sedimentado.

Como se vê, há uma inegável valorização dos precedentes judiciais, de modo a possibilitar decisões não divergentes entre si sobre uma mesma questão jurídica. Todavia, muito embora entenda-se que tais reformas caminham no sentido de se conferir uma imprescindível maior unicidade à jurisprudência, há que se analisar a forma de utilização desses precedentes judiciais em solo pátrio.

Isso porque, no Brasil ainda predomina, nas palavras de HUMBERTO THEODORO, um “*common law* à brasileira”. Ou seja, “a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente — diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *stare decisis*.”¹⁴⁴

Por tal motivo, entende-se necessária a análise dos recentes mecanismos processuais introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da práxis e princípios de países cujo direito advém do *common law*, mas sempre levando-se em consideração a realidade fática e jurídica brasileira e o papel que os precedentes devem desempenhar em nosso ordenamento jurídico, de modo que as reformas processuais possam trazer

¹⁴⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro — Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 41.

efetiva contribuição à concretização dos princípios de segurança jurídica, celeridade e igualdade.

2.4. Sugestões a respeito de um sistema de operação com precedentes

2.4.1. Impossibilidade de mera importação de institutos do *common law*

Conforme demonstrado em item anterior, nos países de *common law* o precedente judicial é considerado importante fonte de Direito e, portanto, a ciência jurídica desses países acabou por desenvolver técnicas para interpretação e utilização (ou não) desses precedentes nas decisões judiciais futuras a serem proferidas em casos semelhantes.

Além disso, mais do que desenvolver técnicas para utilização do precedente judicial em decisões futuras, os países de *common law* estão habituados a pensar na decisão judicial não somente como um meio de pacificação do litígio posto, mas também como um guia para futuros casos semelhantes. É o que DUXBURY denomina de “forward looking activity”, ou seja, criar precedentes, ou mesmo seguir precedentes, significa estabelecer um guia de conduta para a sociedade¹⁴⁵

Ocorre que para se implementar uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no direito pátrio, não há que se pretender simplesmente *importar* as técnicas desenvolvidas pelo sistema jurídico dos países de *common law*, nem tampouco meramente adaptá-las à nossa realidade, por meio de reformas legislativas desconectadas do nosso sistema processual.

Ao contrário, “o precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade e para ela”. Não há que se falar, portanto, em uma mera “tropicalização de uma teoria jurídica” pensada para a realidade dos países de *common law*, até mesmo porque sequer há uma única visão anglo-americana definida a respeito do tema.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, *cit.*, p. 4.

¹⁴⁶ Cf. SANTOS, este Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, p. 137. No mesmo sentido: ABOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante, p. 493. O autor observa, contudo, que, enquanto nos países de *common law* o respeito aos precedentes judiciais prescinde de legislação específica e advém de peculiaridades históricas, no Brasil, “no afã de implementar os sistema de precedentes em nosso ordenamento”, as recentes

Neste sentido, conforme ensina CALMON DE PASSOS, o sistema dos países de *common law* advêm de peculiaridades históricas e culturais, que, por si só, obstam “o ‘transplante’, que se pretende ou que se propugna deva ser feito, salvo se fôssemos capazes de refazer a nossa História (impossível objetivamente) ou milagrosamente, independente disso, remodelarmo-nos e remodelar a nossa sociedade (pouco provável subjetivamente)”.¹⁴⁷

Como é cediço, na realidade jurídica brasileira, as decisões judiciais ainda são proferidas levando-se em consideração apenas seus destinatários diretos: as partes. Porém, conforme ensina CRUZ E TUCCI, “toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito”. Por tal motivo, para o autor, ao Judiciário não cabe apenas a tarefa de decidir casos concretos, mas também cuidar para que suas decisões possam servir de orientação para casos futuros análogos.¹⁴⁸

Muito embora os precedentes judiciais, no ordenamento jurídico brasileiro, em sua maioria, sejam dotados apenas de força persuasiva (e não vinculantes), a necessidade de observância dos precedentes judiciais advindos dos Tribunais Superiores decorre de nosso próprio sistema jurídico, que não deve permitir, como regra, decisões contrárias ao posicionamento das mais altas cortes, justamente encarregadas do controle de constitucionalidade e da legalidade infraconstitucional.¹⁴⁹ A mesma premissa, ademais, se aplica aos Tribunais Superiores: cabe a estes Tribunais respeitar suas próprias decisões, atribuindo-lhes autoridade.

Neste sentido, fácil concluir que o Judiciário Brasileiro ainda não opera como um “guia da sociedade”, com vistas a tornar “o sistema jurídico um corpo coerente e

reformas legislativas acabam por suprimir direitos e garantias individuais do cidadão. O autor se refere, especificamente, à atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos moldes do julgamento dos processos repetitivos contidos no art. 543-B e 543-C (Cf. ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência...*, *cit.*, p. 535).

¹⁴⁷ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Súmula vinculante*, p. 12.

¹⁴⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 25.

¹⁴⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, p. 113.

harmônico”.¹⁵⁰ Aliás, se estivesse o Judiciário consciente de sua função de não somente resolver o caso concreto, mas também de esclarecer aos jurisdicionados qual a correta interpretação da norma a ser aplicada ao caso concreto¹⁵¹, não teriam sido necessárias algumas recentes reformas legislativas — que serão tratadas individualmente no capítulo III deste estudo —, e outras que ainda estão por vir (cf. capítulo IV, *infra*), no sentido de valorizar precedentes e a jurisprudência dominante, como forma de conferir unicidade às decisões judiciais.¹⁵²

Conforme observa SANTOS, mais do que pretender deixar ao legislador a tarefa de *impor* respeito aos precedentes, a implementação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais entre nós, e mais do que isso, de consciência de que determinada decisão judicial servirá não apenas para regular o litígio posto, mas também (e principalmente) poderá servir como pauta de conduta para a sociedade e para o próprio Judiciário¹⁵³, passa por um “radical ajuste foco”.¹⁵⁴¹⁵⁵

¹⁵⁰ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 149.

¹⁵¹ Segundo SANTOS, “ao decidir, o juiz deve ter a percepção de que não o faz apenas para as partes, mas também para a sociedade”, tendo em vista que “sua decisão poderá servir de inspiração para a solução de outros casos semelhantes posteriores.” É o que o autor denomina “visão prospectiva da atividade decisória”. Segundo o autor, “mais do que mero xerife dos conflitos interpessoais, num regime que respeita o precedente judicial ao Judiciário cabe o papel de fixar as pautas de como a sociedade deve se conduzir diante do texto escrito da lei” (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 136).

¹⁵² Para SANTOS, essas novas técnicas inseridas no ordenamento jurídico que visam a propiciar alguma forma de padronização decisória seriam uma “reação natural de nosso sistema” ou “uma reação imunológica” (...), “que como tal, se manifesta de maneira intensa e nem sempre livre de efeitos colaterais” (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial, p. 46).

¹⁵³ Ao falar da função da jurisprudência, especificamente quando sumulada, e não especificamente de uma determinada decisão judicial tida como precedente, MANCUSO menciona que esta “opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como importante subsídio para a subsunção dos fatos ao direito, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 57).

¹⁵⁴ Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 195. Em relação ao ordenamento jurídico espanhol, COMELLA menciona que a tarefa de conferir efeito vinculante aos precedentes judiciais dependeria muito mais de uma mudança cultural e institucional do que propriamente de reformas legislativas (Cf. COMELLA, Victor Ferreres. Sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia, pp. 75-79).

¹⁵⁵ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 196. O autor compara o sistema jurídico a uma orquestra sinfônica — em que os Tribunais seriam os maestros que fixam “a interpretação da partitura” —, para concluir que “parece faltar-nos justamente essa percepção de conjunto: somos como músicos tocando juntos, mas em constrangedora desarmonia”. Para o autor, não há entre nós uma cultura de respeito aos precedentes judiciais não porque somos descendentes da família do *civil law*, mas sim porque a decisão judicial ainda é vista como uma manifestação pessoal do magistrado (mesmo se proferida por órgãos colegiados, já que poderia haver mudança do posicionamento de tal órgão com uma simples alteração de sua composição) e com alcance limitado ao caso concreto (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos... *cit.*, p. 49).

Como se vê, há que se pensar numa forma correta de compreensão e análise dos precedentes judiciais e, principalmente, das recentes técnicas introduzidas no sistema processual brasileiro (cf. capítulo III, *infra*). Vale dizer, a formação, compreensão e superação¹⁵⁶ do precedente judicial devem levar em conta a necessidade da implementação de uma cultura de observância dos precedentes judiciais (cf. cap. I, item 2.4, *infra*) em solo pátrio.

Sob este enfoque, o desafio para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Direito Processual brasileiro passa pela análise do que se deve entender por precedente judicial e como deve ser formada esta específica decisão judicial, que servirá de guia para decisões futuras em casos semelhantes e para os jurisdicionados.¹⁵⁷

Para implementação de um sistema de precedentes, seja em países de *common law*, seja em países de *civil law*, deve haver, inicialmente, uma preocupação do julgador na correta fundamentação das decisões judiciais¹⁵⁸, de modo que possa ser facilmente extraída sua *ratio decidendi*. Somente assim, tal decisão poderá se prestar a produzir efeitos não somente no litígio posto, mas também em decisões futuras de casos análogos.¹⁵⁹

Vale notar que, em países de *civil law*, tendo em vista que os precedentes não adquirem, em princípio, autoridade vinculante, ainda não há uma real preocupação dos julgadores em distinguir os motivos determinantes da decisão (*ratio*) daquilo que constitui mero

¹⁵⁶ A expressão “superção do precedente judicial” será utilizada neste tópico para designar mecanismo a ser utilizado para superção de um entendimento fixado por determinado Tribunal, sem que isso gere insegurança jurídica ou violação à isonomia.

¹⁵⁷ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito..., *cit.*, p. 147. O autor entende insuficiente a definição de precedente judicial como a decisão com potencial para servir de paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, pp. 215-216). Segundo o autor, o precedente, em sua acepção estrita, deve ser mais do que apenas o núcleo da decisão capaz de servir de diretriz para o julgamento de casos análogos, pois, em princípio, toda decisão teria essa potencialidade. E, como observa o autor, são comuns decisões judiciais divergentes para um mesmo tema.

¹⁵⁸ Conforme ressalta BARBOSA MOREIRA “cumpre evitar qualquer confusão entre fundamentos *do voto* e fundamentos do julgado”. Segundo o autor, “a fundamentação há de indicar os motivos efetivamente adotados pela maioria, que podem não coincidir, no todo ou em parte, com os apontados no voto do Relator do acórdão. Nada impede, porém, que este, em declaração pessoal, faça referência às razões específicas do seu próprio convencimento” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Distinção entre fundamentos do acórdão e fundamentos do voto, p. 303).

¹⁵⁹ Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 171.

exercício doutrinário ou discussão de assuntos laterais não relacionados diretamente com a decisão (*dicta*). Tal fato pode dificultar a correta utilização da *ratio* daquela decisão judicial no julgamento de casos futuros.¹⁶⁰

Neste sentido, EVARISTO ARAGÃO SANTOS sugere “a formação dinâmica” do precedente judicial, com vistas a buscar “o melhor entendimento possível naquele momento histórico e social a respeito de determinada questão jurídica”, por meio dos mecanismos já presentes em nosso sistema. Segundo o autor, alterações pontuais nas técnicas hoje já existentes no sistema processual, como por exemplo no incidente de uniformização de jurisprudência, já seriam suficientes para adaptá-las às novas exigências. No entendimento de SANTOS, portanto, não há necessidade de novas reformas legislativas ou criação de novos institutos, como por exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil (cf. capítulo IV, *infra*), mas sim uma correta compreensão e utilização das técnicas já existentes em nosso sistema.¹⁶¹

A “formação dinâmica” do precedente judicial, de acordo com SANTOS, passaria por três etapas.

A primeira etapa de formação do precedente judicial teria início no primeiro grau de jurisdição: cada magistrado buscaria exteriorizar e respeitar seu próprio entendimento sobre determinada questão jurídica, desde que o Tribunal a que esteja vinculado ainda não o tivesse feito. Em princípio, até o pronunciamento do Tribunal sobre tal questão, outros juízes de mesmo nível hierárquico poderiam firmar diferentes entendimentos sobre o mesmo assunto, o que não significaria uma desordem do sistema, mas sim um natural estágio de maturação do assunto.^{162 163}

¹⁶⁰ Cf. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent, p. 507.

¹⁶¹ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 172.

¹⁶² Embora neste primeiro momento o precedente judicial possa ser considerado frágil, aponta o autor que o “princípio motriz do precedente” teria sido respeitado, na medida em que o magistrado não somente respeitará seus próprios precedentes, como também proferirá a decisão levando em consideração toda a sociedade e não somente as partes (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 159).

¹⁶³ Conforme observa PARENTE, a divergência jurisprudencial tem uma “face positiva”, na medida em que desenvolve o Direito; e uma “face negativa”, que não deve continuar a ser tratada como inevitável (Cf. PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 35)

A segunda etapa seria a formação do precedente judicial pelos Tribunais intermediários regionais. No momento inicial, assim como no primeiro grau de jurisdição, poderiam surgir “salutares e aceitáveis” divergências entre os órgãos fracionários do Tribunal, o que, segundo o autor, poderia dar ensejo à instauração, de plano, do incidente de uniformização de jurisprudência, para que seu resultado fosse considerado o precedente judicial deste Tribunal.¹⁶⁴

A partir deste momento, caberia ao Tribunal “fomentar o respeito às suas próprias decisões, respeitando-as e fazendo-as valer nos seus próprios julgamentos a autoridade que delas se espera”.¹⁶⁵

Por fim, caberia aos Tribunais superiores fixar, respeitar¹⁶⁶ e divulgar o entendimento da questão jurídica para todo o território nacional, “exercendo sua função primordial de regência do sistema jurídico”.^{167 168}

Sobre o tema, em estudo comparativo sobre fatores institucionais de países de *civil law* que influenciam no tema dos precedentes judiciais, observa TARUFFO que a hierarquia entre os Tribunais determinará (i) qual corte criará o precedente; (ii) como o precedente será criado; (iii) o que será considerado precedente judicial; e (iv) como o precedente será utilizado pelas cortes, pelos jurisdicionados e pelos operadores do Direito.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, pp. 161-163.

¹⁶⁵ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, pp. 166-167.

¹⁶⁶ A uniformização da jurisprudência no plano dos Tribunais superiores mostra-se salutar, na medida em que as divergências impedem que suas “decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Judiciário” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito, p. 36).

¹⁶⁷ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 173.

¹⁶⁸ Em sentido semelhante, LIMA defende que nem todo ato emanado do órgão judicial reúne as condições necessárias para se tornar um precedente judicial, pois “o precedente pressupõe um mínimo de eficácia persuasiva sobre situações equivalentes e futuras”. Assim, somente as decisões em sentido estrito, ou seja, com alguma carga decisória, poderão se tornar precedentes judiciais. Com relação à formação e autoridade do precedente, o autor defende que há uma “escalada de força/eficácia entre as decisões judiciais”. Esta “escalada” aumentará proporcionalmente com o grau de hierarquia do Tribunal. Para o autor, “a escalada de força de um entendimento jurisprudencial no âmbito de um tribunal confere um *status* superior à decisão. Trata-se de um *plus* ao julgado”. A escalada de força, segundo o autor, termina “quando essa orientação vem a ser considerada integrante da súmula do respectivo tribunal” (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, pp. 183-184).

¹⁶⁹ Cf. TARUFFO, Michelle. Institutional factors influencing precedents, p. 437.

Em sentido contrário ao de SANTOS, ABOUD defende que o precedente judicial não pode ser visto como “uma decisão piloto” sobre o tema, ou seja, ao julgar um *leading case*, não caberia ao Tribunal Superior determinar que aquela decisão terá o valor de precedente judicial. O valor de precedente somente será atribuído àquela decisão, caso esta venha a ser utilizada em outros julgamentos posteriores.¹⁷⁰

Ocorre que, no Direito brasileiro, esses Tribunais Superiores têm como função constitucional o controle de constitucionalidade e da legalidade infraconstitucional, de modo que mostra-se de todo aconselhável que tais decisões sejam observadas não somente pelos magistrados e Tribunais Regionais, como também pelos próprios Tribunais Superiores, sob pena de incongruência do sistema e grave insegurança jurídica.

Assim, muito embora os Tribunais Superiores não determinem que suas decisões constituem precedentes judiciais, estas já devem nascer como precedentes, e, como tal, devem ser observadas no julgamento do caso concreto pelos próprios Tribunais Superiores e pelos órgãos jurisdicionais inferiores.¹⁷¹ Entende-se, portanto, que o ponto ideal de maturação de divergência sobre um determinado assunto é o efetivo pronunciamento dos Tribunais superiores sobre o tema.¹⁷²

¹⁷⁰ Cf. ABOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência..., *cit.*, p. 514

¹⁷¹ Conforme defende SANTOS, uma vez fixado o entendimento de determinada questão jurídica pelo Tribunal Superior, este deveria “ganhar *status* de precedente obrigatório tanto para a Corte que o formou quanto e principalmente, para o restante do sistema. A diferença é que por questões hierárquicas, fica vedada a opção de discordar da orientação fixada pela Corte Superior” (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 173). Em posição mais extrema, há quem defenda que em nosso sistema processual já existe “eficácia normativa em todos os precedentes judiciais que estejam na linha de competência funcional vertical dos Tribunais”. Essa eficácia normativa decorreria de uma constatação empírica — raramente os juízes se distanciam dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça — e da própria Constituição: “concretização do princípio da igualdade ou universalidade, conjugado com o dever de coerência dos tribunais e com a necessidade de se manter a coerência do ordenamento jurídico”. Além disso, todas as alterações legislativas infraconstitucionais indicariam o aumento do valor do precedente, de modo que seria “de todo desnecessária a mudança legislativa, para produzir mudança social” (BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias*, p. 128).

¹⁷² Não pretendemos, contudo, defender que as decisões dos Tribunais superiores devem ser eternas e absolutas, nem que não será permitido ao litigante a demonstração de eventuais peculiaridades do caso concreto em relação ao precedente (*distinguishing*); mas sim que, para alteração de tal entendimento, deve haver a demonstração de que este não mais se coaduna com as atuais circunstâncias históricas de determinada sociedade.

Também discorrendo sobre a possibilidade de introdução de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no Direito pátrio, WAMBIER menciona que a doutrina não diverge sobre a assertiva de que “o direito deva dar a cada um o que é seu”, mas sim sobre “o que é de cada um e o que torna os casos iguais, de modo a levar a que devam ser tratados (=solucionados) da mesma forma”.¹⁷³

Para WAMBIER, o método a ser utilizado entre nós para conferir-se previsibilidade às decisões judiciais seria a correta interpretação das decisões que serão utilizadas como precedentes, extraindo-lhes “o *core*, como fazem os povos de *common law*”.^{174 175}

Essa correta verificação do “*core*” da decisão, conforme mencionado por WAMBIER mostra-se de extrema relevância para a adoção de um sistema de precedentes (ou mesmo para utilização das recentes técnicas introduzidas no Direito processual), pois, como é cediço, no Direito brasileiro, a análise dos fatos do caso concreto ainda é relegada a um segundo plano, tanto que os próprios recursos aos Tribunais superiores, principais responsáveis pela fixação da correta interpretação da norma, são denominados recursos de estrito direito, ou seja, veda-se o reexame de provas e fatos.

Conforme observa MARINONI, a tradição de não atribuir aos fatos maior relevância é facilmente explicada na tradição do *civil law* de acreditar “que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o direito jurídico almejado pelo autor”.¹⁷⁶

¹⁷³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Precedentes e evolução...*, *cit.*, p. 57.

¹⁷⁴ A autora observa que “parâmetros nublados” comprometem a própria ideia do direito como um sistema. Como exemplo de “parâmetros nublados”, a autora cita eventuais decisões contraditórias em ações de indenização que, em princípio, não teriam entre si fatos *substancialmente* semelhantes, mas apenas um “núcleo pequeno”. Em uma delas poderia ser concedida indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e, na outra, cinquenta mil reais em função da perda de um dedo. (Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução...*, *cit.*, p. 58).

¹⁷⁵ Conforme expõe LIMA, a técnica de confrontação de casos no Brasil (*distinguishing*) é realizada em inúmeras situações, como por exemplo, na aplicação dos artigos. 518, §1º e 557, caput e §1º-A, mas ainda de forma inconsciente e desprovida de cientificidade (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 212).

¹⁷⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, pp. 254-255.

Fácil perceber, portanto, que tal tradição acabou por influenciar na forma de utilização dos precedentes judiciais, que não raramente é feita “de forma atabalhoada e sem critério algum pela maior parte dos operadores do direito”.¹⁷⁷

Conforme observa TARUFFO, a forma de utilização dos precedentes judiciais pelos operadores de direito em países de *civil law* difere substancialmente daquela adotada em países de *common law*. Enquanto nestes, a *ratio decidendi* do caso adotado como paradigma é analisada em todos os seus principais aspectos, os operadores de direito de países de *civil law*, como por exemplo, Itália, Espanha, Noruega, Suécia, Alemanha e Polônia, ainda citam meramente os precedentes, sem considerá-los individual e analiticamente. Conforme observa o autor, não raramente os precedentes são apenas reproduzidos como exemplos, sem o desenvolvimento de qualquer argumento baseado no caso tido como paradigma.¹⁷⁸

Ademais, mostra-se relativamente comum que um magistrado, ao fundamentar sua decisão, limite-se a citar um determinado dispositivo legal e/ou simplesmente a ementa de um precedente judicial, sem atentar para o exame de seu inteiro teor. Fácil perceber que tal prática não se mostra suficiente para extrair a exata *ratio decidendi* do *decisum* anterior e, portanto, não constitui a forma correta e precisa de operação com precedentes judiciais.¹⁷⁹

Tal situação, apesar das recentes técnicas introduzidas no Direito processual para observância dos precedentes judiciais para resolução do caso concreto (cf. capítulo III, *infra*), ainda ocorre no Brasil.

Diante disso, WAMBIER argumenta que a forma de utilização e criação do precedente pelo ordenamento jurídico brasileiro deve levar em conta o “ambiente decisional” em que a decisão será proferida. A expressão “ambiente decisional”, utilizada pela autora,

¹⁷⁷ Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 180.

¹⁷⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *Institutional factors...* *cit.*, p. 455.

¹⁷⁹ Segundo LIMA, cabe ao julgador, “avaliar (i) se o precedente judicial invocado pela parte (ou aquele que pretenda utilizar no corpo de sua decisão é atual ou não (já que pode ter sido superado no âmbito do próprio tribunal); (ii) se foi reformado pela instância superior ou não; (iii) se é pacífico na corte e nos demais tribunais de mesma hierarquia e nos que lhe são superiores; (iv) se a *ratio decidendi* pode ou não ser aplicada ao caso presente; (v) se existem razões para reexaminá-lo à luz de uma nova ordem jurídica, econômica, social, política ou cultural que se impôs, por exemplo” (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 440).

“seria a área do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido”.¹⁸⁰

Assim, se a decisão for proferida em um “ambiente decisional frouxo” — envolvendo questões de direito de família, por exemplo —, obviamente será dada ao juiz certa margem de liberdade para levar em consideração não somente as peculiaridades do caso concreto, mas também eventuais alterações sociais que o autorizam a divergir do quanto já estabelecido.¹⁸¹ Vale dizer, nesses ambientes, caberia à jurisprudência “talvez o primeiro passo, na evolução do direito: transformação das regras de direito material”.¹⁸²

Porém, se o conflito deve ser resolvido com regras e princípios de um ambiente “decisional rígido”, em que prevalece o princípio da legalidade — como o direito tributário, por exemplo —, será atribuída ao juiz pouca (senão nenhuma) margem para decidir de acordo com as nuances do caso concreto e do panorama social vigente à época. A flexibilidade em “ambientes decisoriais rígidos”, portanto, deve ceder ao valor da previsibilidade, cabendo apenas ao legislador a tarefa de alterar o entendimento vigente sobre o assunto.¹⁸³

Ainda segundo a autora, a identificação desses “ambientes decisoriais” deve refletir-se na forma de criação e utilização do precedente judicial. Se a decisão vier a ser proferida em “ambiente decisional frouxo”, a uniformização da jurisprudência deve necessariamente passar pela análise da “identidade essencial” dos casos analisados. Ou seja, a comparação entre o precedente e o caso concreto deve ter como resultado a identidade de questão essencial para a justiça da decisão, mesmo que os fatos trazidos em cada caso sejam diversos.¹⁸⁴ Ao contrário, se a decisão vier a ser proferida num

¹⁸⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 53.

¹⁸¹ Conforme ensina CALMON DE PASSOS “a par do valor segurança, de que o Direito não pode ser dissociado, há o imperativo de sua permanente necessidade de adequação à realidade social sobre que opera, isto é, impõe-se, também, sua abertura, seu dinamismo, sua não estratificação”. Todavia, o autor defende que, muito embora ao Judiciário tenha se atribuído a função de interpretar as normas gerais e definir a sua forma de aplicação ao caso concreto, a função legislativa “permaneceu como única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada”. A função de julgar, portanto, ainda estaria voltada exclusivamente para a solução de “micro-conflitos” (Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante, p.2).

¹⁸² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 54.

¹⁸³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, pp. 54-55.

¹⁸⁴ Ao exemplificar o método da identidade essencial, defende a autora que os fatos irrelevantes, tais como “idade dos pais, sexo da criança, tempo de separação dos pais... etc.” devem ser

“ambiente decisional rígido”, a uniformização de jurisprudência deve passar pela identidade absoluta do precedente com o caso analisado.¹⁸⁵

Deve-se ressaltar que embora mais complexa, a uniformização da jurisprudência em “ambientes decisoriais frouxos”, como classificado por WAMBIER, não somente é possível (por meio da “identidade essencial” mencionada), mas também necessária e desejada, pois também nessas áreas o elemento surpresa deve ser minimizado, sob pena de violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.¹⁸⁶

O que ocorre nessas áreas é apenas uma maior possibilidade de o juiz *adaptar* as decisões judiciais (e divergir suavemente de decisões anteriores) levando-se sempre em consideração as particularidades do caso concreto e as alterações sociais envolvidas¹⁸⁷, mas nunca suas convicções individuais sobre as questões analisadas.¹⁸⁸

Para que seja possível conferir-se unicidade às decisões judiciais também em “ambientes decisoriais frouxos”, ou seja, para que seja possível a uniformização pelo método da “identidade essencial”, a decisão judicial deve necessariamente conter uma detalhada descrição dos fatos da demanda, para que o *distinguishing* possa ser corretamente realizado pelo juiz que a utilizará como precedente.^{189 190}

desconsiderados, para chegar-se ao “núcleo essencial da decisão”: “os interesses do menor não devem ceder aos caprichos dos pais”, sob pena de configuração de “abuso de pátrio poder” (Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 80).

¹⁸⁵ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 55.

¹⁸⁶ Este também é o entendimento de WAMBIER, para a qual “embora em certos ambientes decisoriais frouxos ou flácidos, como o direito de família, a uniformização seja tarefa mais delicada, ela é, obviamente, necessária”. Para exemplificar tal posicionamento, a autora menciona que deve ter havido casos de concubinas que obtiveram a partilha dos bens amealhados pelo casal, enquanto outras, concomitantemente, devem ter recebido indenização por serviços prestados (Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 80).

¹⁸⁷ A uniformização de decisões por meio da identidade essencial também demanda maior esforço interpretativo e deve ser feita caso a caso, uma vez que “os fatos subjacentes à tese que deve ser aplicada podem não ser exatamente idênticos, e normalmente não o são mesmo” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 82)

¹⁸⁸ Sobre o tema, SANTOS defende que a independência do juiz encontra limite na formação do precedente judicial, ou seja, a consolidação, ainda que no âmbito do Tribunal Regional, do posicionamento majoritário. Segundo o autor, num regime democrático, pretender que um entendimento pessoal prevaleça sobre o entendimento consolidado da maioria seria “postura que flerta com a arbitrariedade” (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 193).

¹⁸⁹ Ademais, esta detalhada descrição dos fatos também poderá auxiliar em outra forma de incoerência do sistema: soluções jurídicas iguais para casos substancialmente diferentes (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 84).

¹⁹⁰ Também nesse sentido, LIMA defende que a decisão que não enfrentar toda a matéria de fato trazida pelas partes estará desprovida de *ratio decidendi* e, portanto, o julgamento será nulo, nos termos

Sob este enfoque, menciona WAMBIER que para viabilizar a uniformização por meio da “identidade essencial”, deve ser conferido às partes o direito de incluir na decisão judicial *todos* os aspectos fáticos que entenderem relevantes para a solução do caso concreto e não somente aquelas sobre as quais o Tribunal não poderia ter deixado de manifestar-se.¹⁹¹

Por fim, deve-se ressaltar que um sistema que pretende introduzir técnicas de observância e utilização de precedentes judiciais para julgamento de casos concretos, como ocorre no Brasil, deve prever, além de mecanismos de fixação de orientações consolidadas, também mecanismos de revisão do posicionamento adotado pelo Tribunal.

Como visto em item anterior, os ordenamentos jurídicos de países de *common law* adotam práticas como o *distinguishing* e o *overruling*, para a não aplicação do precedente no caso concreto. Tais institutos, contudo, não podem (e nem devem) ser transportados para o Direito processual brasileiro, pois foram criados a partir e para uma realidade jurídica advinda de circunstâncias históricas diversas das observadas no Brasil, cuja ciência jurídica advém da tradição romano-germânica.

Há que se pensar, portanto, numa correta forma de utilização ou alteração pontuais das técnicas processuais já existentes em nosso ordenamento jurídico (e que serão estudadas nos capítulos subsequentes), também levando-se em consideração a necessidade de mecanismos adequados para revisão dos posicionamentos adotados pelos Tribunais, sem que isso gere insegurança jurídica e quebra de isonomia entre os jurisdicionados.¹⁹²

do art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988 (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 173).

¹⁹¹ Como ressalta a autora, a comparação entre decisões nos recursos de estrito direito só se faz à luz do que efetivamente consta da decisão judicial recorrida e, portanto, todos os fatos devem estar lá. Se não estiverem, tem a parte o direito de opor embargos de declaração (.Precedentes e evolução do direito, p. 82). Por tal motivo, a autora entende ser insuficiente a afirmação de que somente haveria omissão na hipótese em que o Tribunal deixa de se manifestar sobre algum aspecto a respeito do qual não poderia ter deixado de manifestar-se. Tal máxima dá “por sabido aquilo que ainda se está por saber” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 388).

¹⁹² Segundo LIMA, não há ainda, no Brasil, “mecanismos unificados que possam ser adotados pelos tribunais para criar e revogar suas orientações jurisprudenciais consolidadas. Tanto uma coisa como a outra ocorrem ao sabor dos interesses dos membros integrantes das diferentes cortes do País; quando muito, os magistrados seguem as normas regimentais no que tange ao processo de fixação de verbetes sumulares”. O autor aponta algumas exceções, como o procedimento de

Conforme será demonstrado no item subsequente, a introdução de procedimentos adequados para fixação e revisão do posicionamento das cortes prescinde de novas reformas legislativas e depende de mudanças na análise e na operacionalização do Direito processual brasileiro.

2.4.2. Adaptações necessárias no sistema para operação com precedentes

Para que possa ser realizado o correto “raciocínio analógico” entre o caso a ser decidido e o precedente (considerado individualmente ou em conjunto) que, em princípio, se pretende aplicar ao caso concreto, mais do que a simples introdução de mecanismos processuais por meio de novas reformas legislativas, ou a mera “importação” de institutos e conceitos do *common law*, são necessárias algumas mudanças na forma de operacionalização do Direito brasileiro.

Há que se pensar, neste sentido, numa forma de desenvolvimento de uma doutrina específica de organização das técnicas necessárias para o confronto entre o caso precedente e o caso *sub judice*, com vistas à aplicação ou não da regra do primeiro ao segundo.¹⁹³

Sob este enfoque, PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELO sintetiza algumas mudanças necessárias para implementação de um sistema de precedentes no Direito Brasileiro: (a) os juízes e Tribunais devem realizar relatórios pormenorizados em cada decisão judicial a ser proferida, de modo a possibilitar o correto *distinguishing* entre os casos analisados; (b) o inteiro teor das decisões judiciais (e não somente a parte dispositiva, como ocorre atualmente) deve ser publicado de forma imediata, de modo que seja possível a verificação do atual entendimento sobre o tema¹⁹⁴; (c) as publicações dessas

criação e revogação dos enunciados vinculantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a prática adotada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que seus membros se reúnem periodicamente para edição de enunciados que servirão de base para aplicação do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 225).

¹⁹³ Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare decisis* e prática constitucional brasileira, p. 203.

¹⁹⁴ Neste sentido, o Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, ao tratar da súmula vinculante, dispõe, em seu artigo 354-F, que “o teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do

decisões judiciais devem ser organizadas e sintetizadas^{195 196}, providenciando-se efetivo mecanismo de busca para sua pesquisa¹⁹⁷; (d) o método de formação dos futuros profissionais do Direito deve abranger também o manejo dos precedentes judiciais¹⁹⁸ e a forma correta de utilização das recentes técnicas introduzidas no Direito processual; e, por fim, (e) advogados, magistrados e inclusive partes devem se familiarizar com as técnicas processuais de aplicação (ou mesmo de distinção ou revogação) de um precedente anterior.¹⁹⁹

A conclusão da autora, com a qual concordamos, é que embora o Direito brasileiro ainda não atenda plenamente nenhum dos requisitos mencionados, pode-se afirmar que

acórdão, conterà cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013).

¹⁹⁵ Fácil perceber que um sistema baseado na autoridade de prévias decisões judiciais somente pode funcionar se tais decisões estiverem organizadas e acessíveis. No mais, a organização e facilitação de acesso à íntegra das decisões judiciais também se presta a verificar se há efetivamente divergência sobre o assunto e, em caso positivo, qual é o posicionamento de determinado órgão ou Tribunal sobre o assunto. Além disso, tal sistematização se mostra de essencial relevância, já que cada vez mais são introduzidos no ordenamento jurídico mecanismos de valorização da jurisprudência dominante ou majoritária. No Direito Inglês, a publicação dos repositórios oficiais se aperfeiçoou (e continua se aperfeiçoando) ao longo do tempo. A primeira forma de *law reporting*, denominada de período dos “Year Books”, remonta ao século XIII, quando as decisões judiciais foram sintetizadas, por motivos educacionais, normalmente em francês, a partir de anotações de advogados e estudantes que assistiam aos julgamentos. Tais publicações, contudo, não continham o resultado dos julgamentos. A segunda etapa adveio com a circulação entre os estudiosos de repositórios particulares elaborados pelos juízes para o seu próprio uso. As coleções mais famosas foram as de EDMUND PLOWDEN (1571), JAMES DYER (1585) e EDWARD COKE. Este último ficou conhecido como o fundador da teoria moderna do precedente judicial, tendo publicado, a partir de 1600, onze volumes de repertórios (*Coke’s Reports*). A terceira etapa veio com a criação do “General Council of Law Reporting”, em 1865, no qual as decisões estão compiladas e sintetizadas em repositórios oficiais. Sobre o tema: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial..., *Cit.*, p. 154; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês, p. 49-50; TAGGART, Michael; DYZENHAUS, David. Reasoned decisions and legal theory, pp. 139-140.

¹⁹⁶ Como aponta TARUFFO, “os mecanismos destinados à publicação de julgamentos, a fim de torná-los conhecidos são essenciais para qualquer sistema de precedentes”. Do original: “the devices aimed at publishing judgments in order to make them known are essential to any system of precedents” (Cf. TARUFFO, Michelle. Institutional factors..., *cit.*, p. 451).

¹⁹⁷ Conforme observa SOUZA, “assim como ocorre no Direito inglês, nos Estados Unidos, o sucesso do sistema, baseado em precedentes judiciais, está condicionado à existência de um método de consulta a eles que seja acessível, rápido e confiável” (Cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 115).

¹⁹⁸ Nos Estados Unidos, conforme observa CHARLES D. COLE, a cultura jurídica “exige que se ensine ao estudante de direito como analisar casos para determinar fatos relevantes, questões de direito que a Corte deve decidir, e os fundamentos que são apropriados para responder às questões jurídicas. Assim, o método de ensino de casos é um aspecto necessário para a aplicação apropriada do precedente vinculante” (*Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*, p. 11).

¹⁹⁹ Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação..., *cit.*, p. 205.

se enfrentam no Brasil discussões tais como aquelas verificadas em países de *common law*, de modo a amadurecer e sintetizar o trabalho com precedentes.²⁰⁰ É neste panorama que se enquadra o presente estudo.

Nesse sentido, importante ressaltar que o atual estágio do Projeto do novo Código de Processo Civil (nº 8.046, de 2010), cujo texto base foi aprovado em no dia 26 de novembro de 2013 pela Câmara dos Deputados, traz importante contribuição para a racionalização e sistematização da forma de operação com precedentes pelo aplicador do Direito.²⁰¹

Isso porque, para evitar a mera citação de ementas ou súmulas, como forma de fundamentação das decisões, dispõe o artigo 499, §1º, incisos V e VI do atual estágio do Projeto que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que 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 (inciso V); ou 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 (inciso VI)”.^{202 203}

Além disso, na medida em que prioriza o respeito aos precedentes como forma de concretização do princípio da segurança jurídica, o Projeto também se preocupou com a sintetização e divulgação das decisões judiciais, que serão usadas como paradigma para

²⁰⁰ Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação..., *cit.*, p. 203-205.

²⁰¹ Conforme será demonstrado no capítulo IV deste estudo, o Projeto, além de criar nova figura processual de julgamento por amostragem (incidente de resolução de demandas repetitivas), ainda traz disposições específicas sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência por meio do respeito aos precedentes judiciais (artigos 520 a 522).

²⁰² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, DE 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

²⁰³ Como se vê, tais disposições pretendem garantir que a jurisprudência, muito valorizada pelo Projeto, desempenhe “o papel de informar, ao julgador e às partes, sobre a história institucional da questão jurídica a ser debatida. Isso dará uma noção de como casos semelhantes foram solucionados, mas não trará a solução do caso concreto diretamente. Buscar por “precedentes”, então, é buscar por perguntas respondidas, e não pela resposta já pronta. É através da fundamentação coerente que se irá demonstrar o por que um julgado anterior (ou um verbete de súmula) pode, ou não, servir de argumento para decidir o caso concreto” (Cf. SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: Fundamentação de decisões com base em outras decisões, p. 363).

casos futuros. Nesse sentido, dispõe o artigo §10, do artigo 521 do atual estágio do Projeto, que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.²⁰⁴

²⁰⁴ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, DE 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

CAP. II: PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1. O princípio da segurança jurídica

A Constituição Federal de 1988 refere-se à segurança como valor fundamental, em seu artigo 5º, *caput*. Muito embora não mencione expressamente o Direito fundamental à segurança *jurídica*, o próprio artigo 5º traz dispositivos que a tutelam, tais como o inciso II, que trata do princípio da igualdade (cf. cap. II, item 2, *infra*); o inciso XXXVI, que dispõe sobre a inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; o inciso XXXIX, que trata do princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal; e o inciso XL, que trata da irretroatividade da lei penal menos favorável.²⁰⁵

Desse modo, resta evidente que o Estado tem o dever constitucional de tutelar a segurança jurídica, sendo, portanto, vedada a prática de qualquer ato que a viole. Vale dizer, o valor da segurança jurídica é indissociável do conceito de Estado de Direito previsto na Carta Magna.

Conforme sustenta MARINONI, dois são os elementos imprescindíveis para concretização do valor da segurança jurídica no Estado de Direito: a previsibilidade e a estabilidade. A previsibilidade, intrinsecamente ligada à interpretação das normas, possibilita que o cidadão saiba, “na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como terceiros poderão reagir diante delas”.²⁰⁶ Ou seja, os cidadãos devem conhecer previamente as regras do jogo, para que não sejam surpreendidos.²⁰⁷

Já a estabilidade pode ser caracterizada como a “dimensão objetiva” da segurança jurídica, na medida em que “a ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não se seja um Estado Provisório, incapaz de se

²⁰⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, *cit.*, p. 121.

²⁰⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica, pp. 26-27.

²⁰⁷ Conforme observa DUXBURY, quando as Cortes decidem de forma consistente e uniforme, elas oferecem aos cidadãos importantes informações sobre como gerenciar seus assuntos particulares, de modo que estes terão confiança no sistema jurídico (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, *cit.*, p. 162).

impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de se impor aos cidadãos”.²⁰⁸.

Conforme exposto no capítulo I, item 1.2 do presente capítulo, com o passar do tempo o ideal advindo da Revolução Francesa, de que as leis deveriam ser suficientemente claras de modo a ensejar apenas uma interpretação do julgador foi sendo paulatinamente descaracterizado nos ordenamentos jurídicos de *civil law*. Assim, como o comando geral e abstrato necessita de interpretação pelo operador do Direito antes de ser aplicado ao caso concreto, resta evidente que “a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.²⁰⁹

Neste sentido, tendo em vista que o *common law* não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com o conhecimento dos precedentes judiciais, afirma MARINONI que o advogado atuante em países daquele sistema “tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir seu cliente que determinada lei pode — conforme o juiz sorteado para analisar o caso — ser interpretada em seu favor ou não. Por este motivo, conclui o autor “que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*”, na medida em que a multiplicidade de interpretações para uma mesma norma acaba por estimular “o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário”.²¹⁰

A previsibilidade do Direito também é frequentemente apontada na doutrina de países de *common law* como um dos fatores a justificar a adoção do sistema de precedentes e do *stare decisis*, vez que o esclarecimento dos termos abstratos da lei, por meio da observação da regra jurídica oriunda de prévias decisões judiciais faz com que a norma legal, geral e abstrata, seja mais útil aos cidadãos, na medida em que a torna mais certa e previsível.²¹¹

Contudo, conforme observa DUXBURY, a doutrina de seguir precedentes e países de *common law* possibilita a previsibilidade do direito a ser aplicado ao caso concreto e

²⁰⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão..., *cit.*, p. 32.

²⁰⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão..., *cit.*, p. 29.

²¹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão..., *cit.*, p. 29.

²¹¹ Cf. SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United State of America, p. 68.

não a certeza propriamente dita²¹², vez que o julgador possui consideráveis possibilidades para se apartar do precedente judicial, consideradas as peculiaridades do caso concreto e a conjuntura política e social e de determinado momento histórico. Na visão do autor, o fato da doutrina do *stare decisis* não ser absoluta constitui a sua virtude primária.²¹³

Levando em consideração os princípios processuais constitucionais, MANCUSO aponta que a resposta de qualidade a ser ofertada ao jurisdicionado pelo Poder Judiciário deve possuir seis atributos. A decisão judicial deve ser (i) justa; (ii) jurídica; (iii) econômica; (iv) tempestiva; (v) idônea à efetiva e concreta satisfação do direito; e (vi) razoavelmente previsível, pois esta previsibilidade, além de conferir igualdade entre os jurisdicionados, impedindo que o Judiciário se transforme em verdadeira loteria²¹⁴, ainda obsta, até um certo ponto, a proliferação de ações infundadas “ou radicadas em espírito de emulação ou intimidação da contraparte, já que o virtual autor teria como fazer um prognóstico razoavelmente seguro quanto ao resultado da demanda excogitada”.²¹⁵

Com relação ao valor da estabilidade, deve-se ressaltar que a própria autoridade do Poder Judiciário está intrinsicamente ligada à estabilidade de suas decisões. Tendo em vista que as decisões judiciais constituem “atos de poder”, há clara incongruência do sistema na hipótese em que os juízes ou órgãos judiciais decidem contrariamente às suas próprias decisões ou às decisões dos Tribunais que lhes são superiores. Como adverte MARINONI, “não há como se ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem”.²¹⁶

²¹² Essa mesma advertência é feita por LIMA, pois “a certeza é conceito ligado às ciências exatas (e.g., Matemática, Física, Engenharia etc.) e não pode ser transmudado para a Ciência do Direito.” O operador do Direito não deve trabalhar, portanto, com o conceito de certeza, este inatingível, mas sim o da previsibilidade (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 160).

²¹³ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature...*, cit., p. 160.

²¹⁴ Sobre o tema, adverte MARINONI que a pluralidade de decisões conflitantes sobre uma mesma questão jurídica faz com que o autor da ação seja “obrigado a pensar com lógica de apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo ultimo sopro determinará a sorte do litígio” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 182).

²¹⁵ Cf. MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, pp. 383-387.

²¹⁶ Cf. MARINONI. Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão...*, cit., p. 33.

Sobre o tema, CALMON DE PASSOS indaga: “por que os juízes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?”²¹⁷ No mesmo sentido, WAMBIER defende que “o juiz não pode *abusar* de seu direito de mudar de opinião, de seu direito de se afastar da jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Este abuso arranha o direito, que têm os indivíduos e a sociedade, à tranquilidade”.²¹⁸

Ademais, o princípio do livre convencimento do magistrado não deve servir de argumento absoluto, de modo a permitir constantes decisões contraditórias sobre uma mesma questão jurídica, pois, como observa DINAMARCO, “o culto exagerado a determinado princípio ou ideia fundamental resolve-se em *fetichismo* e presta-se a aniquilar outros princípios ou ideias fundamentais de igual ou até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação”.²¹⁹

Assim, resta evidente que sob o ângulo destacado pelo autor, o “culto exagerado” à autonomia do juiz individualmente considerado “aniquila” os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da celeridade processual.

Sob este enfoque, elucidativas são as palavras do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS sobre o papel atribuído ao Superior Tribunal de Justiça na interpretação da lei federal e sobre as consequências de privilegiar-se convicções pessoais em detrimento da uniformidade do sistema jurídico: “tenho em mim a firme convicção de que 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 que o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estremos prestando um desserviço às nossas instituições. Se nós — os integrantes da Corte — não

²¹⁷ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante, p. 15.

²¹⁸ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução..., *cit.*, p. 39.

²¹⁹ Conforme observa o autor, a liberdade do magistrado não pode ser absoluta, “a ponto de ele julgar segundo seus sentimentos pessoais e não como canal de comunicação entre os valores da sociedade e o caso em que atua” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões..., *cit.*, p. 166).

observamos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que todos os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde o sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”.²²⁰

Há de se ter em mente, portanto, que “o magistrado nem é um soberano, nem um Deus, sim um servidor”²²¹, parte integrante de um sistema jurídico constituído para tutelar, com efetividade e, conseqüentemente, com previsibilidade, estabilidade, celeridade e isonomia, as relações sociais.

Ainda em relação à estabilidade que se espera das decisões emanadas do Poder Judiciário, deve-se ressaltar as palavras de ALFREDO BUZÁID, o qual já no ano de 1982 afirmava que “não repugna o jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas lhe repugna que sobre a mesma regra jurídica deem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais”.²²²

De fato, a estabilidade das decisões judiciais como forma de concretização do valor da segurança jurídica não deve ser permanente e inalterável, vez que o Direito necessita adequar-se ao panorama sócio-cultural de um determinado momento histórico. Assim, conforme ensina CALMON DE PASSOS, “segurança e abertura interagem, buscando assegurar a conduta eleita como socialmente a mais desejável em determinado momento histórico e em determinado espaço político”.²²³

É neste contexto que entende-se ser dado ao julgador dissociar-se daquilo por ele decidido ou por Tribunais que lhe são superiores, de modo a adequar as decisões do

²²⁰ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, no acórdão do Agravo Regimental nos Embargos Infringentes em Recurso Especial nº 228.438/RS. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 jul. 2013.

²²¹ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante, p. 8.

²²² Cf. BUZÁID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência, p. 131.

²²³ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante, p. 2.

Poder Judiciário à nova realidade histórica e social e não às suas convicções individuais.²²⁴

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA quanto à uniformização da jurisprudência, por meio do respeito aos precedentes judiciais, mormente dos Tribunais Superiores, “não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgão judicantes uma *camisa de força*, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso”.²²⁵

2. O princípio da isonomia e a uniformidade das decisões judiciais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, dispõe que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à igualdade. Além disso, o inciso II do mencionado dispositivo legal determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude da lei”.²²⁶

Porém, conforme observa MARINONI, por melhor que seja sua redação, a norma sempre terá significado, em menor ou maior grau, indeterminado e equívoco, de modo a abrir possibilidade de variadas interpretações.²²⁷ Como explica COUTURE, a lei não se exprime somente em palavras, mas também em conceitos, cada qual com “combinações

²²⁴ Conforme observa FERREIRA, um sistema extremamente rígido, que impossibilite a evolução do pensamento e, conseqüentemente, acarrete a eternização de um posicionamento, por acomodação jurisprudencial e/ou doutrinária, é tão nefasto quanto um sistema que não obste a divergência jurisprudencial imotivada e constante (Cf. FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante — Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*), p. 801). Ao falar sobre o tema, MANCUSO observa que “a divergência jurisprudencial só é temível, ou até perniciosa, nas circunstâncias em que ela não se justifica: ou por não ter havido relevante modificação no direito preexistente, seja por não ter havido criação de direito novo, ou por não ter havido uma exegese superior à que vinha sendo praticada” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso...*, *cit.*, p. 231).

²²⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 5.

²²⁶ Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2013.

²²⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* *cit.*, p. 150.

quase misteriosas de vocábulos” e, portanto, “à incerteza natural de cada termo se junta a incerteza natural de suas combinações recíprocas”.^{228 229}

Assim, diante da possibilidade de diversas interpretações para o mesmo texto legal, tem-se, como consequência, que se a Constituição determina que todos são iguais perante a Lei, a interpretação desta mesma Lei a ser dispensada pelo Poder Judiciário deve ser igualmente isonômica.²³⁰

Como bem ensina BANDEIRA DE MELLO ao falar sobre a cautela na interpretação das normas jurídicas, “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais” e, por este motivo, “a presunção genérica e absoluta é da igualdade, porque o texto da Constituição assim o impõe. Editada a lei, aí sim surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo por ela formulado)”. Desse modo, conclui o autor que qualquer distinção de tratamento não prevista, ainda que de modo implícito, pela Lei “é intolerável, injurídica e inconstitucional”.²³¹

Vê-se, portanto, que a exigência constitucional de tratamento igualitário entre os cidadãos pressupõe que a palavra *lei* trazida pela Constituição Federal não seja apenas o produto final da atividade parlamentar (norma legislada), mas também, e principalmente, a lei submetida à interpretação e aplicação pelo Judiciário ao caso concreto (norma julgada).²³² Assim, a exigência de igualdade deve ser dirigida também ao Poder Judiciário, que tem o dever de proferir, na medida do possível, decisões uniformes para casos substancialmente semelhantes.

Obviamente não se trata de perseguir um ideal de uniformidade absoluta das decisões judiciais, pois, como é cediço, nosso sistema jurídico convive com a possibilidade de

²²⁸ Cf. COUTURE, Eduardo Juan. *Interpretação das leis processuais*, 1956, p.17.

²²⁹ Por este motivo, observa RENÉ DAVID que, em países de *civil law*, “os textos legislativos são, por vezes, considerados mais como guias na descoberta da solução justa do que como comandos, impondo de modo estrito ao intérprete uma determinada solução” (Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, *cit.*, p. 107).

²³⁰ Neste mesmo sentido, FERREIRA observa que “a lei, em razão de regular a vida em sociedade deve, dentro de padrões razoáveis, ter apenas uma interpretação, conferindo segurança e estabilidade, não sendo desarrazoado a sociedade esperar do Poder Judiciário a mesma resposta para casos idênticos, o que é (*rectius*: deve ser) consequência direta e imediata do *princípio da igualdade*” (Cf. FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante...*, *cit.*, p. 799).

²³¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, pp. 45-46.

²³² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 130.

que situações jurídicas análogas recebam respostas jurídicas diversas. Neste sentido, basta citarmos o teor da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que expressamente rejeita a possibilidade de ações rescisórias, com base no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, na hipótese em que a decisão que se pretende rescindir tenha dado razoável (e não necessariamente a melhor) interpretação ao texto legal.²³³

No mais, além de ser inalcançável um ideal de uniformidade absoluta das decisões judiciais, acredita-se que um certo grau de divergência jurisprudencial, por um determinado período de tempo e mantidas as mesmas circunstâncias históricas, não somente se mostra essencial para maturação da matéria controvertida, como também contribui para a qualidade da resposta a ser dada pelo Poder Judiciário ao caso concreto.²³⁴

Trata-se, contudo, de reconhecer que tal divergência, quando constante e imotivada, deve ser considerada uma patologia e não mera consequência do sistema adotado em países de *civil law*, que tem como fonte principal de Direito a lei escrita e não o precedente judicial e a jurisprudência.²³⁵

Nas palavras de BOTELHO MESQUITA, a uniformidade da interpretação da norma jurídica a ser dada pelo Poder Judiciário “é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei”. Aliás, como bem ressalta o jurista, tal uniformização implica, necessariamente, a atribuição de eficácia vinculante à interpretação adotada

²³³ Referindo-se à referida Súmula, DINAMARCO menciona que, à época em que atuava como Desembargador do Tribunal de Justiça de São, observou “o cinismo de um sistema que permitia decisões desiguais para casos substancialmente iguais e depois, quando algum sucumbente tornava a juízo com uma ação rescisória, dava-lhe a resposta de que o julgado rescindindo fora proferido em meio a uma jurisprudência vacilante nos tribunais, sendo por isso insuscetível de rescisão” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, *cit.*, p. 171).

²³⁴ Neste ponto, importante esclarecer que, conforme observa LIMA, se a divergência for observada perante um mesmo órgão julgador, os motivos para tanto devem ser declinados, sob pena de ensejar desconfiança e configurar arbitrariedade (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, *cit.*, p. 152).

²³⁵ Conforme observa MANCUSO, os efeitos do dissenso pretoriano são mais nefastos no âmbito das demandas múltiplas, em que ao Judiciário cabe decidir controvérsias homogêneas e numericamente expressivas. Nessas demandas a divergência “desprestigia o Judiciário, gera instabilidade social, acarreta situações de injustiças às partes, tudo exacerbado com a eficácia expansiva da coisa julgada (*erga omnes, ultra partes* — art. 103 e incisos do CDC, art. 16 da Lei 7.347/85; art. 18 da Lei 4.717/1965), importando, ao fim e ao cabo, numa verdadeira negação do Direito (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 137).

uniformemente. Isso porque “uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante”.²³⁶

Por este motivo, concordamos com a opinião de MANCUSO, no sentido de que o Tribunal não se desobriga de seu mister apenas com o julgamento dos casos que lhe compete, mas sim quando o faz “*em tempo razoável e em modo isonômico, ofertando respostas qualitativamente uniformes aos casos substancialmente assemelhados*”.²³⁷ Neste sentido, entende-se que a fixação de parâmetros jurisprudenciais, ao invés de significar uma limitação, constitui “um *plus a qualificar a prestação jurisdicional, para que ela se projete, isonomicamente, em dimensão panprocessual*”.²³⁸

Como visto em itens anteriores, em países de *common law*, a sistemática do *stare decisis*, ou seja, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais, tem como finalidade primordial conferir coerência ao sistema jurídico e proporcionar igualdade aos jurisdicionais por meio de decisões judiciais uniformes para situações jurídicas análogas (cf. cap. I, itens 1.3.1, *supra*).²³⁹

Já em países de *civil law* que, em regra, não atribuem eficácia vinculante aos precedentes judiciais e tem a lei escrita como principal fonte de Direito, o próprio sistema deve proporcionar formas para que as várias interpretações possíveis à norma sejam razoavelmente uniformes, possibilitando decisões judiciais igualmente uniformes. Uma dessas formas é a valorização dos precedentes judiciais (separadamente ou em conjunto), na solução dos casos concretos.

Sob este enfoque, as recentes técnicas introduzidas no Direito processual brasileiro, que serão estudadas individualmente no item capítulo III, não somente demonstram a preocupação do legislador em conferir maior uniformidade às decisões judiciais — de modo a impedir que o jurisdicionado seja submetido a uma verdadeira loteria ao recorrer ao Judiciário —, como também denotam que o sistema processual brasileiro já

²³⁶ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Uniformização e jurisprudência, p. 8.

²³⁷ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumulada..., *cit.*, p. 528.

²³⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 139.

²³⁹ Segundo DINAMARCO, em países de *common law*, o quadrinômio *igualdade-segurança-economia-respeitabilidade* é usualmente invocado como justificativa para a adoção do sistema do *stare decisis* (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, *cit.*, p. 169).

possui mecanismos necessários para evitar decisões judiciais contraditórias para casos substancialmente semelhantes.

Assim, cabe ao exegeta e ao aplicador do Direito atentar para esta atual lógica do sistema processual, que não permite (ou não deveria permitir) o constante e imotivado desrespeito às decisões judiciais emanadas do próprio órgão ou, principalmente, daqueles que lhe são superiores, mantido um mesmo panorama histórico e social.

3. A celeridade processual e a garantia da razoável duração do processo

A necessidade de um processo célere, em que a resposta do Poder Judiciário é entregue ao jurisdicionado em razoável período de tempo, foi elevada à categoria de garantia constitucional com a inclusão do inciso LXXVIII ao inciso 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Dispõe atualmente a Carta magna que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que lhe garantam a celeridade de sua tramitação”.^{240 241}

Atualmente, portanto, o acesso à ordem jurídica justa pressupõe não somente um resultado concreto efetivo, mas também um processo célere, sem desperdício de atos processuais e dilações indevidas.

Segundo MANCUSO, “dentre as causas que vêm acarretando o encilhamento dos processos nos Tribunais brasileiros”, destacam-se: (i) as demandas múltiplas e repetitivas; (ii) as controvérsias envolvendo questões jurídicas, muitas vezes já assentadas em súmula ou jurisprudência dominante; (iii) a parca utilização do incidente

²⁴⁰ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

²⁴¹ A rigor, muito antes da referida Emenda Constitucional, já era obrigatória a observância à razoável duração do processo. Isso porque, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), a que o Brasil aderiu e, posteriormente, internalizou por meio do Decreto nº 678/92, já trazia em seu artigo 8º, §1º, que toda pessoa “tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 372).

de uniformização de jurisprudência; e (iv) os conflitos metaindividuais que acabam sendo manejados no plano da jurisdição singular.²⁴²

Consideradas as causas mencionadas por MANCUSO, não se pode negar que o respeito às próprias decisões proferidas pelos órgãos, ou por aqueles que lhe são superiores também acaba por contribuir para diminuição do tempo de duração dos litígios, muito embora acreditemos que a observância aos precedentes judiciais (considerados individualmente ou em conjunto) sobre uma mesma questão jurídica propicie, principalmente, segurança jurídica e tratamento isonômico aos jurisdicionados

De acordo com a atual sistemática processual, o magistrado poderá proferir decisões de forma mais célere (e com economia processual), vez que serão baseadas em entendimento por ele já adotado, ou pelos Tribunais que lhe são superiores. Ademais, os recursos serão obstados, liminarmente, quando em confronto com súmula do Superior Tribunal de Justiça e/ou do Supremo Tribunal Federal. Essas são as disposições trazidas pelos artigos 285-A, 518, parágrafo único e 557, *caput* do Código de Processo Civil.

Além disso, conforme será estudado em capítulo específico (Capítulo III), os mecanismos processuais recentemente introduzidos no sistema processual, além de conferir maior importância aos precedentes judiciais, também introduziram no sistema processual determinadas técnicas de coletivização de litígios, com vistas à uniformização de jurisprudência e aceleração do julgamento, tais como o julgamento por amostragem do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário (artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil e §3º do art. 102 da Constituição Federal).

Ao tratar especificamente da então recente Lei 9.756/98, que aumentava os poderes do Relator, DINAMARCO já previa que a prática do sistema e crescente valorização dos precedentes judiciais que estava sendo implementado acabariam por enfraquecer as resistências e convencer os temerosos de que o efeito vinculante seria a única solução capaz para desafogar os tribunais.²⁴³

²⁴² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumulada..., *cit.*, pp. 527-528.

²⁴³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência..., *cit.*, p. 131.

Conforme trataremos nos itens subsequentes, há que se ter cautela, contudo, na utilização desses mencionados recursos processuais de valorização dos precedentes judiciais e aceleração do julgamento, “para não trocar um problema por outro: a morosidade processual, ficando substituída pela injustiça célere”.²⁴⁴ Isso porque, nas célebres palavras de BARBOSA MOREIRA, “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa.”²⁴⁵

Dessa forma, acredita-se que a introdução de uma cultura de respeito aos precedentes e o manejo cauteloso das técnicas processuais de valorização de prévias decisões judiciais já existentes no ordenamento jurídico, além de prover segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados (cf. cap. II, itens 1 e 2, supra), tendem a contribuir para a concretização da garantia constitucional de um processo célere e efetivo.

²⁴⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso...*, *cit.*, p. 234.

²⁴⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos, p. 143.

CAP. III: TÉCNICAS DE DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA OPERAÇÃO COM PRECEDENTES

1. Técnicas de uniformização de jurisprudência por meio da fixação da tese jurídica

1.1. O controle concentrado de constitucionalidade

1.1.1. Considerações gerais sobre o controle de constitucionalidade

Um sistema efetivo de controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público se mostra essencial para “existência e preservação do Estado de Direito”, pois “a quebra de respeito à Constituição é o começo da desordem e o fim da certeza dos direitos”.²⁴⁶

Ademais, tendo em vista que a eficácia das disposições constitucionais depende de um sistema que garanta sua aplicação e obste eventuais violações, não se pode negar que “a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador”.²⁴⁷

Este mecanismo de controle de constitucionalidade também se faz necessário, pois, como é cediço, a Constituição brasileira possui natureza rígida, ou seja, depende de procedimento complexo, diferenciado e solene para sua alteração, e ocupa posição hierarquicamente superior em relação a outras normas jurídicas.

Assim, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade tem como fim precípua garantir a supremacia da Constituição Federal e garantir a conservação do Estado de Direito.²⁴⁸

O controle de constitucionalidade, assim como qualquer instituto, pode ser classificado por diferentes formas, tais como, (i) preventivo ou posterior; (ii) judicial ou político; (iii) principal ou incidental; e (iv) difuso ou concentrado. Neste sentido, o controle

²⁴⁶ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Uma corte constitucional para o Brasil, p. 12.

²⁴⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania, p. 42.

²⁴⁸ Cf. DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Coisa julgada, eficácia erga omnes e efeito vinculante no controle de constitucionalidade (a estabilização da decisão no controle concentrado)*, p. 60.

preventivo é realizado durante o processo legislativo, enquanto o repressivo se dá após o ingresso da norma no ordenamento jurídico. O controle também pode ser judicial ou político, a depender da natureza do órgão responsável pela verificação de constitucionalidade. O controle incidental ocorre quando a discussão de inconstitucionalidade ocorre à luz do caso concreto, já o principal se dá de forma abstrata e em tese, constituindo o pedido principal da demanda. Por fim, o controle difuso pode ser realizado por qualquer órgão judicial, monocrático ou colegiado, sendo que o controle concentrado ocorre apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça em relação às Constituições Estaduais.²⁴⁹

No Brasil, na esfera judicial, o ordenamento jurídico prevê um sistema misto, admitindo-se tanto o controle difuso, como o controle concentrado de constitucionalidade. Neste item, ficaremos adstritos ao controle concentrado de constitucionalidade pela via principal, que, ao gerar decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, constitui importante exemplo de precedente vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo, ainda que de forma reflexa, para uniformização da jurisprudência.²⁵⁰ Não obstante, também discorreremos sobre o controle difuso de constitucionalidade no item em que abordaremos o recurso extraordinário (cf. cap. III, item 1.2.4, *infra*).

1.1.2. Breve histórico da regulamentação

Conforme mencionado no capítulo I, item 2.3.1, foi a partir da primeira Constituição Republicana²⁵¹, datada de 1891, que o Brasil adotou o sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis, inspirado no modelo norte-americano. Naquele momento, ainda não se cogitava no controle abstrato de constitucionalidade das normas jurídicas,

²⁴⁹ Cf. DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Coisa julgada, eficácia erga omnes...*, *cit.*, pp. 71 a 75.

²⁵⁰ Não pretendemos tratar de todos os aspectos do controle concentrado de constitucionalidade, tais como eventual natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, seus procedimentos, etc., mas sim daqueles relacionados com o tema de nosso estudo, ou seja, a importância dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico processual brasileiro. Por este motivo focaremos nossa atenção nos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade e sua função uniformizadora de jurisprudência.

²⁵¹ A Constituição de 1824, que recebeu influência francesa, não previa sistema assemelhado aos modernos sistemas de controle de constitucionalidade. De acordo com aquele diploma, cabia apenas ao Poder Legislativo a criação, interpretação, suspensão e revogação das normas jurídicas, bem como a guarda da Constituição (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito constitucional brasileiro e do controle de constitucionalidade*, p. 87).

pois entendia-se que aos Tribunais cabia apenas a hermenêutica e não um poder legislativo.²⁵²

O controle concentrado, por via principal, foi instituído, ainda que de forma bastante limitada, com a Constituição de 1934.²⁵³ ²⁵⁴ A prescrição normativa que atribuiu eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade também ingressou no ordenamento jurídico a partir deste momento, cabendo ao Procurador Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal, para que este procedesse à suspensão da execução, total ou parcialmente, da lei, deliberação, ato ou regulamento, declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.²⁵⁵

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, de 1965, o âmbito do controle de constitucionalidade foi significativamente ampliado, pois além de

²⁵² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito constitucional brasileiro...*, *cit.*, p. 89.

²⁵³ O controle direto de constitucionalidade pela via principal estava reservado ao Procurador Geral da República e constituía pressuposto para a intervenção federal ou estadual, para observância dos princípios constitucionais (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: um bosquejo*, p. 184).

²⁵⁴ Como curiosidade, vale mencionar que na Assembleia Constituinte de 1933, foi apresentada, pelo então Deputado federal NILO ALVARENGA, uma proposta de instituição de uma Corte Constitucional, com atribuição de anular leis e atos inconstitucionais com eficácia *erga omnes*, sob a justificativa de que “os mais belos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valerão sem as necessárias garantias de sua efetividade. Essas garantias, segundo o deputado, seriam proporcionadas com a criação da “jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*” (Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte de 1933. Projeto do Deputado NILO ALVARENGA. In: *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte. Volume III*. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>> . Acesso em 23 jul. 2013). Mais recentemente, no mesmo sentido, DALLARI defendeu que o Supremo Tribunal Federal deveria ser transformado efetivamente em uma Corte Constitucional, “ficando apenas com as competências que dizem respeito, diretamente, à interpretação da Constituição, à verificação da constitucionalidade de normas e atos emanados de autoridades públicas, à solução de conflitos de competência derivados de dúvidas quanto à correta aplicação de dispositivos constitucionais, bem como a outros fatos e outras circunstâncias que envolvam a garantia de supremacia e efetividade das normas constitucionais”. O jurista defendeu, ainda, que a Corte Constitucional deveria ser instalada fora da Capital (preferencialmente no Rio de Janeiro), tal como ocorre na Alemanha, pois, na atual situação, “é praticamente inevitável o estabelecimento de relacionamento íntimo entre os membros dos órgãos superiores da República (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Uma corte constitucional para o Brasil*, pp. 10-11).

²⁵⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito constitucional brasileiro...*, *cit.*, p. 90. Previa o artigo 91, inciso IV da Constituição Federal de 1934 que cabia ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Já o artigo 96 determinava que “quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato” (Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em 23 jul. 2013).

ter sido mantida a ação direta interventiva, instituiu-se no ordenamento a chamada representação por inconstitucionalidade e conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar e processar representação do Procurador Geral da República, contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito federal e Estadual.²⁵⁶

A Constituição de 1988 manteve essa orientação, substituindo a representação de constitucionalidade pela atual ação direta de inconstitucionalidade e ampliando significativamente seu rol de legitimados, de forma que vigoram atualmente em nosso ordenamento os sistemas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.²⁵⁷

Mais recentemente, por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, foi introduzida no art. 102, inciso I, a ação declaratória de constitucionalidade, com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.²⁵⁸ Conforme observa CRUZ E TUCCI, a principal razão política para introdução do mencionado efeito vinculante foi a de “subordinar o desfecho de demandas em curso perante juízos inferiores — monocráticos e colegiados — à decisão do Excelso Pretório pátrio”.²⁵⁹

Vale ressaltar que a própria constitucionalidade da referida Emenda foi questionada, dando ensejo à ação declaratória de constitucionalidade nº 1/DF, na qual foi declarada a constitucionalidade do diploma, por maioria de votos.

²⁵⁶ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, cit., p. 269. Conforme informa ROBERTO ROSAS, o responsável por deixar à doutrina nacional “a semente do controle jurisdicional de constitucionalidade, que veio a se cristalizar em 1946” foi RUI BARBOSA. Isso porque, em 1894 o jurista propôs ação, inspirado na orientação da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury vs. Madison*, para invalidar atos do Presidente Marechal Floriano, que punira oficiais gerais (Cf. ROSAS, Roberto. *Controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, pp. 46-47).

²⁵⁷ O ordenamento jurídico também prevê hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade (feito pelo Supremo Tribunal Federal) diante do controle incidental (caso concreto), tais como a ação direta de constitucionalidade interventiva e, em determinadas situações, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (Cf. DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Coisa julgada, eficácia erga omnes...*, cit., p. 75). A ação direta de constitucionalidade interventiva tem como objetivo verificar eventual violação de um princípio constitucional, em que possa fundar-se eventual decretação de intervenção por parte da União num Estado-membro ou por parte de um Estado-membro num determinado Município (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *El control judicial...*, cit., p. 187).

²⁵⁸ Importante notar que o texto da referida Emenda Constitucional apenas dotava de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante as decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade e não aquelas proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade. Tal situação foi alterada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

²⁵⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., pp. 70-71.

Em voto na Questão de Ordem do julgamento da higidez jurídica da referida ação declaratória de constitucionalidade, relatou o Ministro FRANCISCO RESEK que houve uma época em que determinado Tribunal de Justiça costumava proferir reiteradas decisões contrárias ao entendimento constante e unânime do Supremo Tribunal Federal, a respeito da representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes, sob o fundamento de que cada magistrado deveria decidir de acordo com o seu livre convencimento. Como resultado, todas essas decisões acabaram reformadas, mediante recurso, depois de lamentável dispêndio de recursos financeiros, energia e, principalmente, de tempo do Poder Judiciário.²⁶⁰

Diante de tais fatos, e depois de concluir pela imoralidade de tal situação, indagou o Ministro: “faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?”. Por tais motivos, o Ministro entendeu como “sábio e jurídico” o efeito vinculante atribuído pela Emenda à ação declaratória direta de constitucionalidade, apenas lamentando que esta não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação declaratória direta de inconstitucionalidade.²⁶¹

O procedimento da então recém-criada ação declaratória de constitucionalidade foi disciplinado pela Lei 9.868 de 1999, que também previu o procedimento para a ação declaratória de inconstitucionalidade.²⁶² Assim, “abriu-se, a passos largos, o caminho da

²⁶⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro FRANCISCO RESEK, no acórdão da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, de 27 de outubro de 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 jun. 2013.

²⁶¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro FRANCISCO RESEK, no acórdão da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, de 27 de outubro de 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 jun. 2013. A resposta da primeira indagação nos parece ser de todo negativa, na medida em que, conforme exposto alhures, o julgador é parte integrante de um sistema jurídico, que deve zelar pela previsibilidade e estabilidade do Direito.

²⁶² Embora a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 tenha previsto efeito vinculante apenas para a ação direta de constitucionalidade, o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868 de 1999 atribui este efeito também às decisões proferidas em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade. No julgamento da Reclamação 1.880, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do agravo regimental na

adoção, no Brasil, do *precedente judicial* com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político”.²⁶³

Por meio da atual Constituição Federal também foi introduzida no sistema a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual somente foi regulada pela legislação ordinária em 1999, pela Lei 9.882. Além de figurar como ação de controle abstrato, como geralmente ocorre nas hipóteses de controle concentrado, a arguição também pode se dar na forma concreta.²⁶⁴

Com a Emenda Constitucional nº 45, foram realizadas alterações pontuais nas ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, como a unificação do rol de legitimados e atribuição constitucional de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante também para decisões proferidas em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade.

1.1.3. Efeitos da decisão no controle concentrado e precedente vinculante

O parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal determina que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder

Reclamação nº 1880, publicado em 19 de março de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 jul. 2013).

²⁶³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, cit., p. 271.

²⁶⁴ Cf. DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Cosa julgada, eficácia erga omnes...*, cit., p. 102. A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, §1º da Constituição Federal e visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013). Já a Lei 9.882/1999 inovou na matéria (de modo que discute-se sua inconstitucionalidade na ação declaratória de inconstitucionalidade nº 2231, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), possibilitando seu cabimento também no caso de direito municipal e discussões anteriores à Constituição. De acordo com o §1º do artigo 4º do referido diploma legal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental terá cabimento residual, não sendo admitida “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Cf. BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013).

Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.²⁶⁵

No mesmo sentido, o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.882/1999 dispõe que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm *eficácia contra todos e efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.²⁶⁶

Com relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, menciona o parágrafo 3º do art. 10 da Lei 9.882/1999, que “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.²⁶⁷

Como se vê, de acordo com as disposições constitucionais e legais acima mencionadas, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não possuem apenas eficácia *erga omnes*, mas também *efeito vinculante*.²⁶⁸

²⁶⁵ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

²⁶⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.

²⁶⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 9.868, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.

²⁶⁸ Ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas no âmbito do controle difuso possuem efeito *inter partes*, ou seja, como regra, não extrapolam os limites subjetivos da demanda em que a decisão foi proferida (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El control judicial..., *cit.*, p. 186). Assim, não há que se falar em eficácia *erga omnes*, efeito vinculante ou coisa julgada da questão constitucional, em hipóteses em que a suspensão da lei não haja sido determinada pelo Senado Federal, como autoriza o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. Quando ocorre no âmbito do Tribunal, a decisão deve ser proferida pelo órgão especial ou pelo plenário, sobrestando-se o julgamento da ação ou do recurso em que a questão prejudicial foi suscitada, conforme determinam o art. 97 da Constituição Federal e os artigos 480 a 482 do Código de Processo (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 452). Questão interessante, contudo, é o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil. Tal dispositivo excepciona a reserva de plenário, na hipótese em que já houver pronunciamento do próprio Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. Dessa forma, entende o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, que a Lei 9.756/98, que inseriu o mencionado parágrafo ao dispositivo legal conferiu, de forma indireta, efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade (Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98..., *cit.*, p. 544). Este não é o entendimento de BARBOSA MOREIRA, para o qual somente deve ser dispensado o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal, caso já haja decisão do próprio Tribunal ou decisão do Supremo

Segundo GILMAR MENDES, o efeito vinculante, atribuído às decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade por força da Emenda Constitucional nº 3 de 1963, foi inspirado pelo Direito alemão, mais especificamente pela Lei Orgânica da Corte Constitucional (*Bindungswirkung*), e tem como objetivo conferir maior eficácia às decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, outorgando-se força vinculante não apenas à sua parte dispositiva, mas também aos seus motivos determinantes. Assim, a eficácia da decisão transcende o caso concreto, vez que os princípios da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) sobre a questão constitucional devem ser respeitados por todos os Tribunais em casos futuros.

No mesmo sentido e ainda fazendo um paralelo com o sistema do *common law*, ALEXANDRE DE MORAES defende que a eficácia vinculante deve atingir a *ratio decidendi* da decisão e não o *obiter dictum*²⁶⁹. Também utilizando-se de institutos do direito anglo-saxão, MARINONI defende que a eficácia vinculante tem o mesmo objetivo da força obrigatória dos precedentes e, portanto, do *stare decisis* (cf. cap. I, item 1.3.1, supra). Nesse contexto, presta-se a impedir a negação dos fundamentos determinantes da decisão pelos órgãos públicos, garantindo-se “aos jurisdicionados a coerência da

Tribunal em sede de ação direta, pois “o plenário do Supremo Tribunal Federal e a maioria absoluta do tribunal julgador (ou de seu órgão especial) são entidades perfeitamente distintas), e o texto constitucional não atribui ao primeiro a o poder de suprir a falta de pronunciamento da segunda (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 44). Contudo, mesmo antes da introdução do dispositivo no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal já possuía posicionamento no sentido de que fixada a orientação pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle difuso, o órgão fracionário poderia decidir como de direito sobre a questão constitucional, devendo observar aquela decisão. Assim, um novo procedimento da forma prevista no artigo 97 da Constituição Federal somente seria necessário caso houvesse mudança de orientação (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade incidental*, p. 604). De acordo com o voto do Ministro ILMAR GALVÃO, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 190.728, com o qual concordamos, tal entendimento “está em perfeita consonância com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto no acórdão do Recurso Extraordinário nº 190.728-2/SC. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 jul. 2013).

²⁶⁹ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 761. Referido autor entende que esta eficácia vinculante deve ser dirigida também ao Poder Legislativo, que ficaria impedido de editar convalidar atos nulos praticados em consonância com Lei declarada nula pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, conforme informa o próprio autor, esta não é a posição adotada pelo Tribunal.

ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade, o que nada tem a ver com os objetivos da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*".²⁷⁰

Outro autor que adota esta posição é LUÍS ROBERTO BARROSO, ao defender que "juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir".²⁷¹

Ao analisar a explicação de que o efeito vinculante refere-se aos motivos determinantes da decisão, BOTELHO DE MESQUITA ressalta sua imprecisão. O primeiro motivo ressaltado pelo autor é que a interpretação de um instituto processual não deve ser embasada a partir de leis de outro Estado soberano, *in casu*, a Alemanha. O segundo motivo é que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe no sentido oposto à transcendência dos motivos determinantes da decisão, ou seja, somente deve fazer coisa julgada a parte dispositiva da decisão. Em terceiro lugar, em caso de procedência da ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, o efeito vinculante nada acrescentaria à eficácia *erga omnes* de sua parte dispositiva. Assim, o efeito vinculante somente seria relevante em caso de negação da declaração pretendida, vez que os motivos opostos à demanda estariam inseridos na fundamentação do *decisum*. Por fim, o quarto motivo apontado pelo autor é que, ao admitir-se a natureza dúplice das ações diretas em sede de controle concentrado, a utilidade do efeito vinculante entendido como abrangente aos motivos determinantes deixaria de existir.²⁷²

A conclusão do autor, portanto, é que não há qualquer interesse prático na adoção do mencionado efeito vinculante às decisões de *procedência* das ações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, pois a eficácia *erga omnes* já torna a decisão obrigatória. Por outro lado, em caso de *improcedência* e admitindo-se que as mencionadas ações não possuem natureza dúplice (o julgamento da ADIn terá como *fundamento* a constitucionalidade da lei e o julgamento da ADCon terá como *fundamento* sua inconstitucionalidade), a conclusão do julgado não fará coisa julgada e

²⁷⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes, pp. 33 e 40.

²⁷¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 184.

²⁷² Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.aasp.org.br>> . Acesso em 22 jul. 2013.

nem terá força de lei, mas apenas serão obrigatórias para demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, em razão de seu efeito vinculante.²⁷³

Ainda sobre o tema, em tese de doutorado sobre a coisa julgada, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade, DELLORE formula proposta de sistematização e compatibilização dos institutos. Para o autor, a eficácia *erga omnes* refere-se à ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada — a decisão não abrange somente os litigantes, mas também os Poderes Executivo e Judiciário —, ao passo que o efeito vinculante visa à ampliação de seus limites objetivos — a fundamentação passa a ter observância obrigatória, impedindo nova discussão de questão já enfrentada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.²⁷⁴

De qualquer forma, sem nos alongarmos na discussão doutrinária acerca do instituto do efeito vinculante em contraposição com a coisa julgada ou com a eficácia *erga omnes*, o que nos interessa no presente estudo é que em razão da obrigatoriedade de observância das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, estas constituem precedentes vinculantes. Em casos futuros, portanto, o precedente constitucional deverá ser obrigatoriamente observado.

Deve-se ressaltar, sob este enfoque, que tais decisões possuem a função, ainda que de forma reflexa, de uniformização da jurisprudência acerca de questões constitucionais, na medida em que “a avaliação vertical do direito só pode levar a uma conclusão qualitativamente unitária”.²⁷⁵

O propósito de uniformização da jurisprudência por meio da ação declaratória de constitucionalidade se encontra expresso no inciso III do artigo 14 da Lei 9.868/1999, o qual exige a demonstração da “existência de controvérsia relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.²⁷⁶ Com relação à arguição de preceito

²⁷³ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.aasp.org.br>> . Acesso em 22 jul. 2013.

²⁷⁴ Cf. DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Coisa julgada, eficácia erga omnes e efeito vinculante no controle de constitucionalidade (a estabilização da decisão no controle concentrado)*, p. 149.

²⁷⁵ Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 85.

²⁷⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 9.868, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.

fundamental, dispõe o inciso I do artigo 1º da Lei 9.882/1999 que seu cabimento dependerá de relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.²⁷⁷

Assim, tendo em vista que, em se tratando de questões constitucionais, a “última palavra” sempre caberá ao Supremo Tribunal Federal, verificada controvérsia relevante, no campo doutrinário e/ou jurisprudencial, entende-se necessário, caso possível, o controle concentrado de constitucionalidade do ato normativo. Dessa forma, será evitada a proliferação de decisões contraditórias, que somente acarretam o descrédito do Judiciário e violação do princípio da isonomia.

Nesse sentido, de acordo com MANCUSO, o binômio efeito vinculante-eficácia *erga omnes*, previsto nas ações do controle concentrado de constitucionalidade se prestam a (i) tornar dispensável o ajuizamento de ações em que a questão constitucional seria suscitada incidentalmente; (ii) eliminar interposição de recursos repetitivos; (iii) aliviar a sobrecarga dos Tribunais superiores e (iv) propiciar tratamento isonômico aos jurisdicionados.²⁷⁸

Conforme observa PARENTE, deve-se ressaltar que o efeito vinculante atribuído às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem especial relevância nas chamadas demandas de massa, pois o tratamento unitário da questão se mostra mais recomendável “do que o uso de milhares de processos idênticos espalhados e sujeitos a interpretações diversas sobre o mesmo dilema, emperrando ainda mais o judiciário e expondo o Estado a crises de incerteza”.²⁷⁹

²⁷⁷ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

²⁷⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 470.

²⁷⁹ Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 87. Neste sentido também foi o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 1: “a experiência tem mostrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no acórdão da ação declaratória de constitucionalidade nº 1, de 27 de outubro de 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 jul. 2013).

Ademais, no âmbito do controle de constitucionalidade, a rápida fixação do entendimento se mostra desejável, pois versa a hipótese sobre a constitucionalidade ou não de determinada disposição legal, que, em última análise, deverá ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos ou *há* ou *não há* inconstitucionalidade, devendo o entendimento ser aplicado igualmente para todos, de modo a evitar-se a resolução de litígios com base em normas incompatíveis com a Constituição; ou, em sentido oposto, a rejeição de Direitos com base em inconstitucionalidades sequer existentes.²⁸⁰

Cabe lembrar, contudo, que o mesmo efeito uniformizador poderia ser atingido por meio do controle difuso de constitucionalidade, caso o efeito vinculante fosse estendido às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em casos concretos, ou, não obstante desprovidos formalmente de efeito vinculante, tais precedentes fossem sistematicamente observadas pelos Tribunais.

Conforme ressaltado no item em que tratamos do princípio da celeridade processual, num primeiro momento a fixação do entendimento sobre a questão constitucional poderia ser mais lenta do que o pronto ajuizamento de uma ação de controle concentrado, mas a discussão sobre o assunto poderia ser mais ampla e envolver uma parcela maior da sociedade, legitimando ainda mais a decisão.

De qualquer forma, não se pode negar que a prévia fixação de um entendimento sobre uma questão constitucional, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, tem efeitos positivos, ainda que obste uma maior discussão sobre o assunto. E é justamente por isso, ou seja, para achar um ponto de equilíbrio entre a prévia fixação vinculante do entendimento e a legitimidade da decisão perante a sociedade, que o Relator poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades, considerando a

²⁸⁰ Conforme observa MANCUSO, o efeito preventivo oriundo do controle concentrado, entendido como a dissuasão para novas ações sobre a mesma questão constitucional, “deveria operar também, em menor escala, no controle incidental, pelo curial motivo de que, em face da isonomia de todos perante o ordenamento jurídico (CF, art.5º, *caput*), seria logicamente insustentável que uma norma legal ou ato normativo do Poder Público fossem considerados inconstitucionais apenas em face dos contraditores na ação onde a questão veio examinada, mas não em relação às demais pessoas físicas e jurídicas, embora postadas em idêntica situação fática-jurídica, como se algo pudesse ser e não ser, num mesmo espaço de tempo” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 468).

relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999).

Como exemplo deste efeito positivo da rápida fixação do entendimento, MANCUSO relembra o “bloqueio dos cruzados”, ocorrido no Governo Collor: caso tivesse sido ajuizada uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, teria bastado uma liminar para evitar “a atomização do conflito coletivo em inumeráveis mandados de segurança individuais e outras tantas cautelares inominadas, episódio em que tantos percalços, dissabores e insegurança trouxe para os jurisdicionados, a par do brutal assoreamento do serviço judiciário”.²⁸¹

1.1.3.1. Modulação de efeitos e revogação do precedente

Conforme exposto no capítulo I, item 1.3.2, um sistema que desenvolve estratégia de vinculação aos precedentes judiciais, deve, necessariamente, prever um sistema para que esta vinculação não se dê de forma absoluta, sob pena de engessamento do Direito e, eventualmente, perpetuação de injustiças.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, dispõem o artigo 27 da Lei 9.868/99 e o artigo 11 da Lei 9.882/1999 que, por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da decisão ou suspender sua eficácia até o trânsito em julgado ou outro termo que venha a ser fixado. Como se vê, consiste em técnica de limitação dos efeitos temporais da decisão e, portanto, não se confunde com a técnica relacionada à superação de prévio entendimento sobre determinada questão jurídica (*overruling*).

No entendimento do Ministro GILMAR MENDES, a modulação de efeitos se justifica por razões de segurança jurídica. Ou seja, nas hipóteses em que “a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária”. Explica o Ministro que a regra do Direito brasileiro, no que concerne ao controle concentrado das normas, continua a ser o princípio da nulidade, mas sua incidência deverá ser afastada

²⁸¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., pp. 466-467.

após um “severo juízo de ponderação”, com base no princípio da proporcionalidade, em que se conclua pela prevalência da ideia da segurança jurídica na hipótese analisada.²⁸²

Muito embora a constitucionalidade do referido dispositivo legal esteja sendo questionada por meio de duas ações diretas de inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal²⁸³, esta regra já foi aplicada por este Tribunal, inclusive, em sede de controle difuso.²⁸⁴

Conforme explica MARINONI, apesar de semelhante, o mecanismo de modulação temporal dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade não se confunde com o instituto estadunidense do *prospective overruling* (cf. cap. I, item 1.3.2, supra). Isso porque, não obstante ambas as técnicas visem à segurança jurídica, o *prospective overruling* refere-se à modulação temporal dos efeitos da revogação do próprio precedente e não da declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, como ocorre no controle concentrado.²⁸⁵

Com relação à revogação do precedente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, questão interessante é saber em quais situações serão possíveis (e

²⁸² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 197.917 publicado no D.J. em 7 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 5 ago. 2013.

²⁸³ ADIn nº 2.154, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e ADIn nº 2.258, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁸⁴ O *leading case* foi o Recurso Extraordinário nº 197.917, em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela-SP, reduzindo-se o número de seus vereadores. Na ocasião, foi determinado que tal decisão deveria atingir somente a próxima legislatura (efeitos *pro futuro*). Em seu voto, sintetizando as ponderações trazidas pelo Ministro GILMAR MENDES, o Ministro CEZAR PELUSO menciona que se a Constituição Federal legitima a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, não há porque não legitimá-la no caso concreto. Isso porque, “a variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditas por situações excepcionais, como a do caso”. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 197.917, publicado no D.J. em 7 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 5 ago. 2013). Sobre o tema, MARINONI defende que, como em sede de controle difuso, sempre haverá a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a negar os fundamentos determinantes de suas próprias decisões, a possibilidade de modulação de efeitos decorre da necessidade de se resguardar a confiança depositada no precedente e não da imprescindibilidade de proteger as situações formadas com base na lei inconstitucional. De acordo com o autor, “não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., pp. 434-435).

²⁸⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 432.

se serão possíveis) novas decisões acerca da constitucionalidade da norma já analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, em permanecendo a norma no ordenamento jurídico, entende-se que não há óbice para que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade da referida norma²⁸⁶, desde que, obviamente, preenchidos determinados requisitos.

Os requisitos que possibilitam esta nova análise são os mesmos daqueles que permitem o *overruling* de um precedente em países de *common law* (cf. cap. I, item 1.3.2, supra), ou seja, “a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão jurídica”.²⁸⁷ Neste sentido, ressalta TEORI ALBINO ZAVASKI, que “uma norma nascida em harmonia com a Constituição pode tornar-se com ela incompatível em face de substanciais mudanças da realidade da sociedade em que atua”.²⁸⁸

Ademais, não há que se falar em óbice advindo da coisa julgada material da prévia decisão de constitucionalidade, pois a imutabilidade reflete estado de fato e jurídico existente no instante em que a decisão foi prolatada. Assim, a modificação desses elementos faz emergir outra causa de pedir e, conseqüentemente, possibilita a propositura de outra ação para discussão da higidez jurídica da mesma norma.²⁸⁹

²⁸⁶ Conforme observa MARINONI, a decisão que revogar precedente constitucional deve trazer em sua fundamentação os motivos que autorizam tal revogação e, caso ainda exista certo grau de confiança no precedente a ser revogado, o Tribunal deve determinar a modulação dos efeitos de tal decisão Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante...*, *cit.*, p. 26).

²⁸⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante...*, *cit.*, p. 16. Sobre a alteração da compreensão geral sobre determinada questão jurídica, o autor menciona que por geral é preciso entender a compreensão pacífica e clara (Cf. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante...*, *cit.*, p. 25).

²⁸⁸ Cf. ZAVASKY, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 114.

²⁸⁹ Não há que se falar, contudo, na revogação de precedentes por parte de outros Tribunais, vez que tal hipótese acabaria por negar o efeito vinculante conferido às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Todavia, conforme ressalta MARINONI, o fato de nenhum outro Tribunal ter o poder de revogar os precedentes gerados em ações diretas de constitucionalidade, não significa negar ao jurisdicionado o exercício das ações concretas, pois este “não possui qualquer outro meio de fazer valer seu direito enquanto o precedente não for revogado” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante...*, *cit.*, p. 28).

1.2. Recursos excepcionais

1.2.1. Considerações introdutórias

Segundo a doutrina, os recursos podem ser classificados em ordinários e extraordinários (*lato sensu*) ou excepcionais.²⁹⁰ Conforme ensina MANCUSO, nos recursos excepcionais é possível verificar-se um “núcleo comum” e determinadas características que explicam esta qualificação. São características comuns a esses recursos: (i) exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; (ii) rigidez procedimental; (iii) vinculação a pressupostos constitucionais; (iv) restringem-se a questões jurídicas; (v) dirigem-se aos Tribunais superiores; (vi) não se prestam à mera correção de injustiças; (vii) apresentam sistema de admissibilidade bipartido e (viii) será provisória a execução que se faça em suas pendências.²⁹¹

De acordo com as características mencionadas, percebe-se que o recurso extraordinário e o recurso especial, os quais serão estudados neste item, se enquadram na categoria dos recursos excepcionais.

Tais recursos são relevantes para os fins do presente estudo, na medida em que se prestam à fixar o entendimento dos Tribunais superiores sobre determinada questão jurídica (função nomofilática), contribuindo para a uniformização da jurisprudência. A decisão proferida nesses recursos, portanto, constituem importantes precedentes judiciais a serem seguidos pelos demais órgãos judiciários do território nacional.

1.2.2. Funções nomofilática e uniformizadora de jurisprudência

Como é cediço, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe o controle concentrado e difuso da constitucionalidade das leis, este último a ser realizado pela via do recurso extraordinário (CF, artigo 102, inciso III).

²⁹⁰ Essa classificação não é unânime na doutrina. Neste sentido, BARBOSA MOREIRA contesta a classificação, sob o argumento de que “a rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de recursos extraordinários” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, pp. 255-256).

²⁹¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 113 e pp. 120 a 204.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, portanto, a última palavra no que diz respeito às questões constitucionais.²⁹²

Até o advento da atual Carta magna, cabia também ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, a uniformização da interpretação da lei federal em todo o território nacional. A partir de 1988, contudo, tal função passou a ser de competência do Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial (CF, artigo 105, inciso III). Atualmente, portanto, cabe a este Tribunal fixar o entendimento acerca de questões jurídicas infraconstitucionais.

Como se vê, em consonância com as disposições constitucionais mencionadas, os recursos excepcionais possibilitam às Cortes superiores o controle da interpretação a ser atribuída ao texto legal e à Constituição Federal, com vistas a preservar a unidade do Direito e propiciar igualdade e segurança jurídica ao jurisdicionado.²⁹³ Neste sentido, tais recursos devem assegurar que diante das mesmas situações fáticas e circunstâncias históricas, as disposições legais e constitucionais recebam a mesma interpretação pelo Poder Judiciário.²⁹⁴

Muito embora sejam, em princípio, desprovidos de força vinculante e eficácia *erga omnes*, os precedentes judiciais proferidos pelas Cortes superiores em sede de recurso especial e recurso extraordinário também exercem importante função persuasiva. Neste sentido, mostra-se de extrema importância que, mantidas as mesmas circunstâncias externas e diante da mesma situação fática, o entendimento dos Tribunais superiores seja respeitado pelas instâncias ordinárias, evitando-se assim uma inútil procrastinação

²⁹² Com exceção de casos de competência originária e recursal ordinária previstos na Constituição Federal.

²⁹³ Na lição de CALAMANDREI, há interesse público na manutenção da uniformidade da interpretação jurisprudencial, pois esta se mostra relevante não somente para atribuir unidade ao Direito objetivo, mas também para garantir a igualdade de tratamento a todos os cidadãos diante da mesma disposição legal (Cf. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*, p. 75).

²⁹⁴ Conforme explica RICARDO DE BARROS LEONEL, nos recursos excepcionais “o interesse privado do litigante funciona como simples móvel, a permitir a abertura da via de exame da questão federal ou constitucional subjacente, e a preservação da uniformidade da interpretação do direito constitucional ou federal” (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Recurso Extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual*, p 365).

dos feitos e/ou a existência de decisões conflitantes envolvendo uma mesma questão jurídica.²⁹⁵

Sob este enfoque, as recentes reformas legislativas, principalmente no que concerne ao efeito das decisões proferidas em sede de recurso especial e recurso extraordinário, demonstram a preocupação do legislador em garantir que esses recursos exerçam suas funções nomofiláticas e de uniformização de jurisprudência. Assim, ainda que por imposição legal, cada vez mais as decisões proferidas pelas Cortes superiores em casos concretos adquirem eficácia *ultra partes*.

Com relação ao recurso extraordinário, deve-se ressaltar a introdução em nosso ordenamento jurídico da repercussão geral, como requisito de admissibilidade, e das súmulas de efeito vinculante. Tais mecanismos, além de conferirem mais autoridade às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, também funcionam como verdadeiros filtros para que o Supremo Tribunal Federal possa concentrar sua atuação em assuntos cuja relevância ultrapasse o âmbito do caso concreto.²⁹⁶

Conforme será estudado no item 1.2.4.3 do presente capítulo, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (“Reforma do Judiciário) trouxe a imposição do requisito da repercussão geral da questão constitucional, de apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, para que o recurso extraordinário possa ser conhecido. Neste sentido, dispõe o artigo

²⁹⁵ De acordo com MANCUSO, tendo em vista que “o STF detém o monopólio de dar a derradeira e definitiva avaliação sobre a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, a lógica e o bom senso indicam que essa interpretação há de ser respeitada pelas demais instâncias judiciais, porque de outro modo apenas se acumulariam os prejuízos: ao *jurisdicionado*, que de balde se insurgiria contra o entendimento do STF; à *prestação jurisdicional*, porque o processo teria sua duração inutilmente protraída; e ao *serviço judiciário*, assoberbado de recursos e impugnações, desde logo fadadas ao insucesso, por esposarem entendimento diverso assentado nesse *Tribunal da Federação*” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 309). Ainda de acordo com o autor, o entendimento dos Tribunais superiores deve vincular todos os julgadores, pois “a se entender de outro modo, não se justificaria a atribuição para o STF operar como guarda da Constituição – CF, art. 102, *caput* – (incluindo-se nesse dever de guarda a interpretação final e definitiva do texto constitucional), nem se justificaria a competência do STJ para emitir a *ultima ratio* na exegese do Direito Federal (CF, art. 105, III)” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 307).

²⁹⁶ Conforme explica OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ, o legislador, ao aprovar a Emenda Constitucional nº 45 “preocupou-se com o grande número de recursos que chegava (e chega) ao STF, que pode inviabilizar o seu papel de guardião da Constituição e de preservar a unidade da Federação, na medida em que é materialmente impossível à Corte Suprema reexaminar todas as questões jurídicas do país” (Cf. CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *As inovações da EC no 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário*, p. 544)

543-A do Código de Processo Civil (inserido pela Lei nº 11.418/2006) que o recurso não será reconhecido “quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”.²⁹⁷

O §5º do mencionado dispositivo legal, por sua vez, permitiu a ampliação dos efeitos da decisão que negar a existência da repercussão geral para além dos limites do caso concreto, ao dispor que “a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.²⁹⁸

Na hipótese de haver multiplicidade de recursos extraordinários fundados em idêntica questão de direito (cf. cap. III, item 3.1, *infra*), o procedimento regulado pelo artigo 543-B do Código de Processo Civil possibilita o julgamento por amostragem pelo Supremo Tribunal Federal. Também nessa hipótese, caso seja negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos,²⁹⁹ ou seja “a decisão que inadmitiu o recurso representativo da controvérsia tem força de incidência normativa, projetando a eficácia sobre os demais recursos sobrestados, em todos os Tribunais de origem do país”.³⁰⁰

Na hipótese contrária, ou seja, caso seja reconhecida a repercussão geral, os recursos sobrestados aguardarão o julgamento do mérito do recurso extraordinário. Uma vez decidido o mérito do recurso, o Tribunal de origem poderá (i) declarar o recurso prejudicado, na hipótese da decisão coincidir com aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) retratar-se da decisão, caso esta não coincida com a decisão proferida pelo Tribunal superior; ou (iii) manter a decisão (art. 543-B, §§3º e 4º).³⁰¹ Na terceira opção, contudo, o Supremo Tribunal Federal poderá, liminarmente, cassar ou reformar o acórdão contrário ao seu precedente. Ou seja, após verificar que o caso não apresenta peculiaridades que supostamente permitiriam julgamento diverso

²⁹⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

²⁹⁸ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

²⁹⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013

³⁰⁰ Cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes...cit.*, p. 261.

³⁰¹ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

(*distinguishing*), o Supremo Tribunal deve garantir que o seu entendimento seja aplicado ao caso concreto.

Como se vê, ainda que por imposição legal, essa nova estrutura do recurso extraordinário acabou por atribuir mais força e autoridade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, embora desprovidas, em princípio, de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, tendem a ser cada vez mais respeitadas pelos litigantes e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.³⁰²

A introdução da súmula de efeito vinculante (cf. cap. II, item 1.4.1, *infra*) também acabou por atribuir mais força às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário. Neste sentido, dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal que “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.³⁰³

Assim, diante da crescente valorização das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, a tese de *objetivação* do referido recurso vem ganhando força na esfera doutrinária (cf. cap. III, item 1.2.4.2, *infra*).

No que se refere ao recurso especial, muito embora não lhe tenha sido atribuído o requisito da repercussão geral, a Lei nº 11.672/2008, ao acrescentar o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, que dispõe sobre o julgamento por amostragem de tais recursos pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. cap. III, item 3.2, *infra*), o legislador também demonstrou a tendência de conferir mais força às decisões das Cortes

³⁰² Conforme ressalta CLARA MOREIRA AZZONI, por um lado haverá redução dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal, limitando a atuação deste tribunal aos casos efetivamente relevantes para a sociedade; e por outro, as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário ganharam mais força e autoridade (Cf. AZZONI, Clara Moreira. *Recurso especial e recurso extraordinário*, p. 29).

³⁰³ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

superiores como meio de uniformização da jurisprudência, com vistas à concretização dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Por meio de tal sistemática, dispõe o §7º do mencionado dispositivo legal que, após julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, os demais recursos sobrestados na origem “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”. Na segunda hipótese, caso seja mantida a decisão divergente, dispõe o §8º que o Tribunal de origem deverá proceder ao exame de admissibilidade do recurso especial.³⁰⁴

A chamada súmula impeditiva de recursos, prevista no artigo 518, §1º do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 11.276/2006 (cf. cap. III, item 2.2.2, *infra*), também denota a tendência acima mencionada, vez que o magistrado de primeiro grau sequer deverá receber o recurso de apelação, caso este esteja em desconformidade com o entendimento sumulado das Cortes Superiores. Em relação ao recurso de agravo de instrumento, o artigo 557 do Código de Processo Civil atribui competência ao relator para negar seguimento a recurso contrário à súmula dos Tribunais superiores, e também para dar-lhe provimento, na hipótese da decisão recorrida afrontar súmula ou jurisprudência desses Tribunais.³⁰⁵

Como se vê, há inegável tendência de expansão da eficácia das decisões proferidas pelas Cortes superiores em sede de recursos excepcionais, de modo a possibilitar a uniformização da jurisprudência, por meio do respeito aos precedentes judiciais proferidos por aqueles que detêm competência para dar a última palavra em relação a controvérsias jurídicas envolvendo questões legais e constitucionais.

³⁰⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

³⁰⁵ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

1.2.3. Embargos de divergência

Para que os precedentes dos Tribunais superiores possam efetivamente exercer suas funções nomofilática e uniformizadora de jurisprudência, faz-se imprescindível que não haja divergência entre os órgãos fracionários destes Tribunais. Nesse contexto, o ordenamento prevê os embargos de divergência, como mecanismo destinado “a minorar os males e riscos inerentes à divergência de interpretações jurídicas”³⁰⁶, no âmbito das Cortes encarregadas de dar a última palavra sobre questões constitucionais e federais.

Assim, os embargos de divergência previstos no artigo 546 do Código de Processo Civil em nada se assemelham aos embargos de declaração ou aos embargos infringentes. Como explica BARBOSA MOREIRA, tais embargos possuem função análoga ao antigo recurso de revista, qual seja, “propiciar a uniformização de jurisprudência *interna* do tribunal quanto à interpretação do direito em tese”.³⁰⁷

Dispõe o texto do dispositivo legal mencionado que a decisão da Turma será embargável, se, em recurso especial, divergir de decisão de outra Turma, da Seção ou do Órgão Especial³⁰⁸; e, em recurso extraordinário, divergir do julgamento de outra Turma ou do Plenário.³⁰⁹

Dessa forma, para que sejam cabíveis os embargos de divergência, a decisão deve ter sido proferida por Turma do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal

³⁰⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 207.

³⁰⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 624.

³⁰⁸ Sobre a competência para julgamento, dispõe o artigo 266 do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça que os embargos de divergência “serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos” (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013). No Supremo Tribunal Federal, de acordo com o parágrafo único do artigo 336 de seu Regimento interno, a competência para julgamento será do Plenário (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013).

³⁰⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013. Cabe destacar que o artigo 332 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal veda o cabimento dos embargos de divergência se a decisão embargada estiver em conformidade com a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas, salvo revisão de jurisprudência (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013).

Federal, em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, respectivamente.³¹⁰ A *contrario sensu*, portanto, veda-se o cabimento dos embargos contra entendimento da Seção ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal.³¹¹

Fácil perceber, portanto, que embora desprovidos de efeito vinculante, as decisões proferidas em sede de embargos de divergência exercem grande influência nas instâncias inferiores, na medida em que não expressam apenas o entendimento de um órgão fracionário sobre determinada questão jurídica, mas sim da própria Corte. Ou seja, tal decisão deverá ser considerada a própria *orientação do Tribunal* e, por tal motivo, deverá servir de guia para decisões proferidas pelas instâncias inferiores, sob pena de violação dos princípios da segurança jurídica e isonomia.

No mais, as decisões proferidas em sede de embargos de divergência além de conferirem maior estabilidade ao sistema — exercem grande influência nas instâncias ordinárias e há possibilidade de se tornarem verbetes sumulares, inclusive com efeito vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal —, e segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, também se prestam a imprimir maior celeridade e economia processual aos feitos. Isso porque, de acordo com as recentes disposições legais inseridas no Código de Processo Civil, o julgador poderá utilizar-se de mecanismos processuais que permitem o julgamento do caso concreto com base em precedentes dos Tribunais Superiores sobre a mesma questão jurídica.

³¹⁰ Há na doutrina quem defenda o cabimento de embargos de divergência contra decisão monocrática do relator do recurso. Neste sentido: PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão labrada por relator, p. 11 e seguintes. e LASPRO, Oreste Nestor de Souza, O objeto dos embargos de divergência, p. 9 e seguintes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, é no sentido de não serem cabíveis embargos de divergência contra decisão monocrática. Neste sentido: AgR em EDv em RE nº 432.918/SP, AgR em EDv em RE nº 518.813/RJ, EDv no AgR no AI nº 729.055/MG e AgR em ED em EDv nº 615.415/RS.

³¹¹ TIAGO ASFOR ROCHA LIMA defende a necessidade de revisão do conteúdo do artigo 546 do Código de Processo Civil, diante da introdução de novo procedimento para o julgamento dos recursos especiais repetitivos. Segundo o autor, como há deslocamento de competência para uma das Seções ou, em alguns casos, para a Corte Especial, se mantido o entendimento de que somente as decisões das Turmas são embargáveis, as decisões proferidas em sede de recursos especiais repetitivos nunca poderiam ser objetos de embargos infringentes. Assim, o autor propõe uma releitura do dispositivo legal para “se conceber a expressão declinada na norma como (decisão da) Turma, como sendo, na verdade, decisão do Órgão Colegiado” (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 339).

1.2.4. Recurso extraordinário

1.2.4.1. Brevíssimo histórico e hipóteses de cabimento

Ainda no império brasileiro, o ordenamento jurídico previa recurso com finalidade análoga ao recurso extraordinário, qual seja, o *recurso de revista*, que permitia ao Supremo Tribunal Federal conceder ou denegar *revistas* nas hipóteses de “violação de lei em causas cíveis, julgadas em todos e quaisquer juízos em última instância”.³¹² Assim como no recurso extraordinário, o recurso de revista não permitia a análise dos fatos, mas sim apenas das questões jurídicas envolvidas no caso concreto.³¹³

Com a Constituição republicana de 1891, foi instalado o Supremo Tribunal Federal e instituído o recurso extraordinário³¹⁴, inspirado no *writ of error* do Direito norte-americano.^{315 316} Contudo, a denominação “recurso extraordinário” somente foi aplicada quando do primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.³¹⁷ O referido recurso tinha como finalidade a uniformização do entendimento dos Tribunais locais da Federação, acerca da inteligência das leis federais e da própria Constituição.³¹⁸

O *writ of error* do Direito norte-americano foi criado pelo *Judiciary Act* de 1789, que permitiu à Corte Suprema daquele país a revisão das decisões finais proferidas pelos Tribunais dos Estados membros, em determinadas hipóteses relacionadas com a

³¹² Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*, p. 36.

³¹³ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 36.

³¹⁴ O recurso extraordinário já existia em nosso ordenamento jurídico mesmo antes da Constituição, por força do Decreto nº 848, de 1890.

³¹⁵ Cf. CRUZE TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência...*, cit., p. 58.

³¹⁶ No Direito inglês, nos séculos X e XI, o *writ of error* era um recurso por meio do qual os súditos poderiam solicitar a revisão de seu caso pela jurisdição real, para corrigir erros de direito cometidos por uma corte inferior. O *writ*, contudo, não era um recurso comum que poderia ser usado indiscriminadamente, pois dependia de uma prévio exame de admissibilidade e do enquadramento em casos típicos, para que esta via judicial extraordinária fosse aberta (Cf. OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Repercussão geral das questões constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário*, pp. 49-50). Conforme explica RENÉ DAVID, até meados do século XIX, o *writ* não configurava um direito dos particulares, mas sim um privilégio, para o qual era “necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento da causa. Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria” (Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, cit., p. 288).

³¹⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 579.

³¹⁸ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 21.

constitucionalidade das leis, bem como com a legitimidade de normas estaduais, títulos, direitos, isenções e privilégios, em face da Constituição, dos tratados e leis da União.³¹⁹ Como se vê, o *writ of error* serviu de inspiração para o modelo brasileiro, pois “também naquele país havia a necessidade de uniformizar o entendimento exarado pelas Cortes dos Estados acerca da Constituição e das leis federais”.³²⁰

Pelas mesmas razões, ou seja, pela necessidade de conferir unidade à interpretação das leis federais e da Constituição, o *writ of error* norte-americano também serviu de inspiração para o modelo adotado na Argentina. Naquele país, o instituto foi introduzido no sistema jurídico pela Lei nº 27, de 1862 e delimitado pelo artigo 14 da Lei nº 48, de 1863, tendo sido atribuída a denominação de recurso extraordinário apenas pela prática e legislação posteriores. Nos dias atuais, o recurso extraordinário é regulado pelos artigos 256 (que remete ao artigo 14 da Lei nº 48, de 1863), 257 e 258 do *Código Procesal Civil y Comercial*, sob a denominação de “apelación extraordinaria ante la Corte Suprema”.³²¹

No Brasil, todas as cartas constitucionais após a Constituição republicana de 1891 disciplinaram o cabimento do recurso extraordinário.³²² Na atual Constituição Federal, o instituto passou a ser regulado pelo artigo 102, inciso III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, sendo cabível nas hipóteses em que a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição (alínea “a”)³²³; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

³¹⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 577. Conforme informa o autor, no século XIX, o instituto foi também instituído pelo Direito argentino, por meio das Lei nº 27, de 1862 e da Lei nº 48, de 1863. A denominação de “recurso extraordinário”, contudo, somente foi introduzida com a prática e legislação posteriores (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., pp. 578-579).

³²⁰ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 21. Conforme expõe OSMAR MENDES PAIXÃO CORTÊS, com a Constituição Republicana de 1891, o *writ* ganhou força, pois “sentiu-se a necessidade de, adotado o modelo federativo, haver um meio de manutenção e controle da unidade do direito” (Cf. CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *As inovações da EC no 45/2004...*, cit., p. 534).

³²¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 579.

³²² Constituição de 1934: art. 76, nº 2, III; de 1937: art. 101, nº III; de 1946: art. 101, nº III; de 1967: art. 114, nº III; Emenda Constitucional nº 1 de 1969: art. 119, nº III (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 580)

³²³ Para OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEES, a expressão “contrariar dispositivo” dá amplitude ao cabimento do recurso. Ou seja, a “má interpretação de um texto constitucional equivale a desrespeito e afronta, pois os valores estampados na norma, que deveriam ser realizados, não o serão”. Assim, para o autor, a Súmula 400 do 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”) sucumbe em relação ao texto da Constituição de 1988 (Cf. CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *As inovações da EC no 45/2004...*, cit., pp. 537-538). Segundo MANCUSO, em entendimento com o qual concordamos, a emissão da referida súmula teve por fundamento razões

(alínea “b”); julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (alínea “c”); ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (alínea “d”).

A hipótese prevista na alínea “d”, qual seja, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.³²⁴

Conforme explica MEDINA, a controvérsia que se enquadra na alínea “d” do referido dispositivo constitucional “não concerne meramente à legislação infraconstitucional”, ou seja, “a disputa diz respeito à distribuição constitucional de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal”. Assim, nas hipóteses em que não se discuta a *validade* da lei local, mas sim sua adequação com a lei federal, seria cabível o recurso especial.³²⁵

De acordo com o autor, ao se adotar outra interpretação do dispositivo mencionado, qual seja, a de que seria sempre cabível recurso extraordinário nas hipóteses de conflito entre lei local e lei federal, o Supremo Tribunal Federal se tornaria também “o órgão competente para definir a inteligência, isto é, o modo de interpretação da lei federal, o que diminuiria o âmbito da função do Superior Tribunal de Justiça no direito brasileiro”.³²⁶

Ademais, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a questão também foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser cabível recurso extraordinário na hipótese em que a decisão aplicasse lei local em detrimento de lei federal, por entender que esta regulou matéria fora de seu âmbito de competência.

de ordem prática, para fins de controle do excesso de recursos extraordinários. Caso persistisse sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal estaria, indiretamente, abdicando de ser o intérprete máximo da Constituição (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 265).

³²⁴ Conforme ressalta OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ, a hipótese trazida pela alínea *d* do permissivo constitucional estava prevista na Constituição republicana de 1891. Segundo o autor, a intenção do legislador foi a de “trazer o controle de legalidade dos atos locais para o STF” (Cf. CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *As inovações da EC no 45/2004...*, cit., p. 539).

³²⁵ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 93.

³²⁶ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 94.

Neste sentido, no julgamento do recurso extraordinário nº 117.809-4/PR, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE destacou em seu voto que “se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra “b” do art. 102, inc. III da Constituição. Assim, para o Ministro, ao recurso especial caberá a hipótese em que não se questione a validade da lei federal, mas apenas a compatibilidade ou não com a lei local.”³²⁷

Segundo MEDINA, essa orientação já exarada pelo Supremo Tribunal Federal acabou sendo incorporada na alínea “d” acrescida ao dispositivo constitucional pela Emenda nº 45 de 2004.^{328 329}

Ocorre que, de acordo com tal jurisprudência, a competência deixada ao Superior Tribunal de Justiça, pela nova redação da alínea “b”, do inciso III, do artigo 105 da Constituição, para julgar questões envolvendo a validade de *ato de governo local* contestado em face de lei federal também poderia ter sido repassada ao Supremo Tribunal Federal, “pelo que sua permanência nesse preceito resultou de uma opção política”.³³⁰

³²⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no acórdão da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 117.809/PR, publicado no Diário de Justiça em 4 de agosto de 1989. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013.

³²⁸ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 93. Ao contrário deste entendimento, RITA VASCONCELOS defende que a interpretação correta a ser dada à nova regra é a de que sempre será cabível recurso extraordinário, na hipótese de conflito entre lei local e lei federal, mesmo que não se discuta a *validade* da lei local. Para a autora, “não haveria sentido em se alterar a redação da alínea “b” do inciso III do art. 105 [para reduzir-se, a situação ali regulada, à questão da validade de ato de governo local (entendido como ato infralegal), contestado em face de lei federal], se a intenção do legislador fosse ‘conservar’ a competência do STJ para discutir a validade da lei local em face da lei federal” (Cf. VASCONCELOS, Rita. A nova competência do STF para o recurso extraordinário, p. 653). Ocorre que, conforme mencionado, a intenção do legislador não foi conservar “a competência do STJ para discutir a *validade* da lei local em face da lei federal”, mas sim conservar sua competência para decidir sobre o confronto entre as leis, quando *não* houver discussão sobre a validade da lei local. Assim, a alteração da redação da alínea *b* do inciso III do art. 105 se coaduna com tal interpretação.

³²⁹ OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ argumenta que o cabimento do recurso depende de a decisão recorrida ter julgado válida a lei local, pois “no caso de conclusão pela invalidade, até porque a norma sequer vai ser aplicada, não há o risco de afronta ao princípio federativo” (Cf. CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. As inovações da EC no 45/2004..., cit., p. 540).

³³⁰ Cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário, p. 324.

1.2.4.2. Tendência de objetivação do recurso extraordinário

Conforme mencionado no item 1.2.1 do presente capítulo, as recentes reformas legislativas apontam para a crescente valorização das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, o que reforça a tese de *objetivação* do referido recurso. Neste sentido, com o advento de mecanismos que valorizam a jurisprudência, sobretudo aquela formada pelo Supremo Tribunal Federal; e, especialmente, com a introdução da súmula vinculante e da repercussão geral, mostra-se evidente a aproximação do controle difuso e do controle objetivo ou concentrado de constitucionalidade.

Nas palavras de GILMAR MENDES, grande defensor da tese objeto deste item, pela expressão *objetivação do recurso extraordinário* entende-se a atribuição ao recurso extraordinário de características de instrumento que “deixa de ter aspecto marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.³³¹

Para MARINONI, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciários às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso é imprescindível à racionalidade de um sistema que outorga a qualquer juiz o poder de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Segundo o autor, não há como atribuir tal poder aos magistrados sem vinculação de suas decisões à Suprema Corte. Assim, a temática do efeito vinculante das decisões proferidas em recurso extraordinário não estaria relacionada ao fato de as decisões proferidas no controle objetivo serem dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nem tampouco ao fato de o referido recurso ter assumido os contornos do controle objetivo”, mas sim à mera necessidade de se dar força aos fundamentos das decisões proferidas pela Corte Superior em sede de controle de constitucionalidade.³³²

Outro grande defensor da tese de objetivação do recurso extraordinário, FREDIER DIDIER JR. chega a afirmar que as transformações operadas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 transformaram o mencionado recurso em mecanismo de controle abstrato de

³³¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro GILMAR MENDES FERREIRA, no acórdão da Medida Cautelar em Recurso extraordinário nº 376.852-2/SC, publicado no Diário de Justiça em 13 de junho de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013.

³³² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., pp. 460-461.

constitucionalidade, ao atribuir eficácia vinculante aos preceitos sumulados da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, embora não haja previsão expressa neste sentido, o autor entende pelo cabimento de reclamação constitucional para garantir obediência às decisões tomadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, também em controle difuso de constitucionalidade.^{333 334}

Segundo o autor, pode-se extrair tanto da legislação como da jurisprudência diversos exemplos dessa tendência de objetivação do recurso extraordinário, tais como (i) o

³³³ Cf. DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário, p. 495. O Ministro GILMAR MENDES, em voto nos autos da Reclamação nº 4.335/AC também defendeu que, uma vez apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da norma, em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, independentemente de suspensão da lei pelo Senado Federal, seria cabível a reclamação para observância da decisão tomada pela Corte. Em seu voto, o Ministro destacou que “as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII)”. Assim, para dar procedência à reclamação, conferindo-se eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, havida nos autos no HC 82.959, o Ministro defendeu que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro GILMAR MENDES FERREIRA na reclamação constitucional nº4.335/AC, de 1º de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013). Ao concluir pelo cabimento da reclamação constitucional também em hipótese de decisões proferidas no controle difuso, OSMAR MENDES PAIXÃO ressalta que “a escolha feita pelos Tribunais e o elastecimento do cabimento da reclamação ilustram a nova realidade — ao admitir a medida originária cada vez mais, os Tribunais Superiores mostram que sua preocupação, hoje, deve centrar-se mais na imposição de observância de suas decisões e da sua jurisprudência consolidada (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Reclamação: a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores, p. 25). Ao contrário deste entendimento, MONNERAT defende que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade devem ser respeitadas e valorizadas, mas não são dotadas de efeito vinculante. Além disso, tais decisões não seriam impugnáveis via reclamação constitucional, vez que “não cabe ao intérprete, especialmente por tratar-se de ação de competência originária do STF com hipóteses de cabimento taxativamente estabelecidas no texto constitucional, ampliar o rol de situações em que a decisão pode ser cassada pela via excepcional da reclamação” (Cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do julgamento, p. 390).

³³⁴ Conforme ressalta OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº 571.572/BA já decidiu pelo cabimento de reclamação constitucional ao Superior Tribunal de Justiça, contra decisões proferidas pelas Turmas Recursais, para fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência da Corte. Em consonância com o posicionamento do Supremo, o próprio Superior Tribunal de Justiça, no *leading case* (reclamação nº 3.752/GO) também decidiu pelo cabimento da reclamação para impor respeito à sua jurisprudência, ainda que o entendimento não tenha sido sumulado ou tomado em sede de recurso repetitivo. Assim, segundo o autor, tais decisões reforçam a tese de ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação, que seria cabível no contexto de crescente objetivação do processo nos Tribunais Superiores (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Reclamação: a ampliação..., *cit.*, pp. 21-22)

procedimento do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais: permite-se a intervenção de interessados na discussão da tese e a decisão se torna vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso; (ii) a introdução no ordenamento jurídico da súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, que poderá ser editada após reiteradas decisões em sede de recurso extraordinário; (iii) recente decisão em que a Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, que dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento, para prestigiar o posicionamento da Corte sobre a matéria constitucional; (iv) o julgamento do recurso extraordinário nº 298.694, em que por maioria de votos decidiu-se admitir a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar o recurso por fundamento diverso daquele enfrentado pelo Tribunal *ad quem*, tal como ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que a causa de pedir é aberta; (v) o §3º do artigo 475 do Código de Processo Civil, que dispensa o reexame necessário na hipótese em que a sentença se basear em posicionamento tomado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal; e (vi) decisões do Supremo Tribunal admitindo o mecanismo da reclamação constitucional para garantir obediência a decisões e liminares proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade.³³⁵

A tendência de objetivação do recurso extraordinário também é identificada por MANCUSO, tendo em vista que, segundo o autor, “o controle judicial da constitucionalidade não é vocacionado a ser um *processo de partes*, dada a preponderância do interesse público no desfecho da causa”.³³⁶ Dessa forma, o “ir além” do interesse direto das partes seria “uma básica característica dos recursos de estrito direito, por isso mesmo dito *excepcionais*, permitindo hoje falar-se numa *objetivação do recurso extraordinário*”.³³⁷

No mesmo sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER aponta a objetivação do recurso extraordinário como uma solução desenvolvida para amenizar o “quadro caótico” produzido pelo método difuso do controle de constitucionalidade, num país em que não se exige a obediência aos precedentes judiciais. Para a autora, em entendimento com o qual concordamos, tal tendência, embora não possa ser comparada com algo que

³³⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. Transformações..., *cit.*, pp. 493 a 495.

³³⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 460.

³³⁷ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 197.

efetivamente pode ocorrer em países de *common law*, demonstra a necessidade de imposição de uma cultura de respeito as precedentes judiciais e da imposição de sua obediência em determinadas situações.³³⁸

Como se vê, a crescente objetivação do recurso extraordinário demonstra a tendência de valorização dos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores, especialmente no âmbito constitucional, na medida em que confere maior autoridade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Note-se, por fim, que essa tendência também vem expressa no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 8.046), cujo texto base foi recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados. Isso porque, o artigo 521, inciso IV, alínea “a”, ao determinar que “não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade”, acabou por atribuir eficácia vinculante a esses precedentes.³³⁹

1.2.4.3. O requisito da repercussão geral: tratamento uniforme sobre a existência ou não do requisito de admissibilidade

Cumpramos esclarecer, inicialmente, que não abordaremos neste item o procedimento de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, que embora guarde estreita consonância com o instituto da repercussão geral, será objeto de item específico (cf. cap. III, item 3.1, *infra*), por tratar-se de técnica de julgamento por amostragem. Pretendemos, nesta parte do trabalho, dar enfoque à aplicação uniforme da decisão do Supremo Tribunal Federal que negar ou reconhecer a existência do requisito da repercussão geral a todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito.

³³⁸ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*, p. 171.

³³⁹ A alínea “b” do referido dispositivo legal também atribuiu eficácia vinculante aos precedentes oriundos da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

No mais, conforme mencionamos alhures, a introdução do “filtro” da repercussão geral permite que o Supremo Tribunal Federal exerça de forma mais eficiente suas funções nomofilática e uniformizadora de jurisprudência, focando-se em temas efetivamente relevantes para a sociedade.

1.2.4.3.1. Conceito, origem e finalidade

Como mencionado alhures, a repercussão geral foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o §3º ao artigo 102 da Constituição Federal: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.³⁴⁰ Como se vê, referida Emenda Constitucional introduziu novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário.

Na esfera infraconstitucional, o Código de Processo Civil dispõe em seu artigo 543-A, que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”. O §1º do referido artigo define como dotadas de repercussão as matérias “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.³⁴¹

Note-se que, ao disciplinar o requisito da repercussão geral, a lei faz uso de conceitos vagos, que permitem ao intérprete e/ou aplicador do Direito uma atividade construtiva. Contudo, conforme explica THEODORO JUNIOR, tal atividade “está longe de envolver um poder discricionário”, ou seja, a “plena opção entre praticar ou não determinado ato ou serviço, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade”.³⁴² Isso porque,

³⁴⁰ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013. Na esfera infraconstitucional, este requisito de admissibilidade do recurso extraordinário é regulado pelos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, inseridos pela Lei nº 11.418/2006, e pelos artigos 321 a 329 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

³⁴¹ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

³⁴² Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário referente ao requisito da repercussão geral (CF, art. 102, 3º), p. 932.

uma vez caracterizada a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal está obrigado a conhecer do recurso extraordinário e apreciá-lo no mérito.³⁴³

Ademais, de acordo com o artigos 93, inciso IX e 35 da Constituição Federal, o julgamento da questão constitucional deve ser público e motivado. Assim, embora a repercussão geral seja um conceito vago e indeterminado, o Supremo Tribunal Federal, ao entender pela inexistência de repercussão geral da matéria suscitada no recurso, deverá demonstrar analiticamente as razões pelas quais chegou-se àquela conclusão, submetendo-se “o caso concreto às exigências da razoabilidade”.³⁴⁴

De acordo com a locução trazida pelo artigo 543-A, §1º do Código de Processo Civil, para conhecimento do recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar que a questão constitucional suscitada provoca reflexos além do âmbito da causa, no plano econômico político, social ou jurídico.³⁴⁵ Portanto, para ser configurada a repercussão geral, impõe-se que a questão debatida, além de refletir nas esferas mencionadas pelo dispositivo legal, “ultrapasse o âmbito do interesse das partes”. Ou seja, deve ser caracterizada a transcendência da questão constitucional.³⁴⁶

³⁴³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, pp. 41-42.

³⁴⁴ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário..., *cit.*, p. 932.

³⁴⁵ De acordo com a sistematização elaborada por HUMBERTO THEODORO JUNIOR, no plano econômico há que se levar em conta (i) “as questões em torno daquelas atividades de larga repercussão coletiva, que se encontram regulamentadas a partir da própria Constituição, como os serviços públicos essenciais”; e/ou (ii) questões que envolvam pretensões reivindicadas por um número considerável de pessoas, como “índices de correção monetária, remuneração de certos serviços ou de determinada categoria, sistema nacional de habitação, sistema tributário, etc.”. Na esfera social, ressalta o autor que haverá repercussão “sempre que a questão debatida envolva direitos coletivos ou difusos”. A relevância jurídica, por sua vez, será demonstrada quanto estiver “em jogo o conceito ou noção de um instituto básico de nosso direito”. Por fim, a relevância política deverá ser aferida sempre que a questão puder “ter influência em relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais, ou no plano interno, quando envolva atritos de poder ou competência entre órgãos da soberania ou ponha em risco política econômica pública ou diretrizes governamentais” (Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário..., *cit.*, p. 934).

³⁴⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 43. Segundo os autores, a transcendência pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva quantitativa quanto qualitativa. Na primeira, leva-se em consideração o número de pessoas que poderão ser alcançadas, atualmente ou no futuro, pela decisão acerca da questão constitucional. Já a segunda considera “o importe da questão debatida para sistematização e desenvolvimento do direito” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 44).

Deve-se ressaltar, ainda, que com intuito de prestigiar a função nomofilática do Supremo Tribunal Federal e a autoridade de suas decisões, a legislação dispõe que, independentemente da demonstração da relevância econômica, social, política ou jurídica da questão constitucional debatida, haverá repercussão geral sempre que “o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.³⁴⁷

A repercussão geral não é um instituto completamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora não se confunda com ele, guarda algumas semelhanças com o antigo instituto da arguição de relevância, o qual deixou de existir após o advento da Carta magna de 1988.

Neste sentido, a Emenda Constitucional de 1969, por meio de seu artigo 119, parágrafo único, permitiu ao Supremo Tribunal Federal indicar em seu Regimento interno as causas que seriam julgadas em recurso extraordinário, de acordo com “sua natureza, espécie ou valor pecuniário”.³⁴⁸

Assim, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental nº 3 de 1975 elencou, estabeleceu, num primeiro momento por critério de exclusão, os casos de cabimento de recurso extraordinário, determinando que o recurso somente seria admitido por ofensa à Constituição “ou relevância da questão federal”, e se não presentes as hipóteses dos incisos I a VIII do artigo 308 do antigo Regimento Interno. Além disso, a referida Emenda Regimental disciplinou o procedimento da arguição de relevância.³⁴⁹

³⁴⁷ Essa é a dicção do §3º do artigo 543-A do Código de Processo Civil (Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013). Segundo MARINONI e MITIDIERO, o objetivo da norma está em “prestigiar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está, nessa senda, na observância das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da mais adequada interpretação constitucional”. Ou seja, há clara intenção do legislador em “perseguir a unidade do Direito via compatibilização vertical das decisões” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., p. 46).

³⁴⁸ Cf. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

³⁴⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal de 1970. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

Posteriormente, a Emenda Regimental nº 2 de 1985 elencou os casos de cabimento do recurso extraordinário, por critério de inclusão, permitindo que eventual recurso não enquadrado nas hipóteses de admissibilidade, previstas nos incisos I a X do mesmo dispositivo, pudesse vir a ser conhecido pela Corte, “quando reconhecida relevância da questão federal”, em razão de seus “reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa” (artigo 327, §1º do antigo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal).³⁵⁰

Como se vê, embora a repercussão geral não se confunda com a antiga arguição de relevância, a *ratio* de ambos institutos é a mesma, qual seja, criar mecanismos que permitam à mais alta Corte do Poder Judiciário concentrar sua atuação em casos que transcendam o mero interesse das partes e influenciem na vida econômica, social e política do país.³⁵¹

Em que pese as muitas críticas feitas pela doutrina à arguição de relevância³⁵², já alertava o Ministro MOREIRA ALVES, à época da promulgação da Constituição Federal

³⁵⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234, 235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356, e 357 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

³⁵¹ De acordo com MANCUSO, a antiga arguição de relevância era vocacionada à inclusão de recurso extraordinário, enquanto a repercussão geral é requisito genérico de exclusão. Enquanto no regime da arguição, um recurso extraordinário em princípio não admissível poderia vir a sê-lo, no regime da repercussão geral, um recurso em princípio admissível, poderá ser inadmitido pela ausência de repercussão geral. Assim, para o autor, “pode-se dizer que a repercussão geral é uma *rentrée* da arguição de relevância, mas... *com o farol trocado!*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 77) Conforme explicava ARRUDA ALVIM, ainda na época de vigência do instituto, a relevância da questão federal tinha como função incluir “no rol das causas ou questões relevantes, uma causa ou questão, que, abstrata, mas não definitivamente definida como irrelevante, atribuindo à hipótese a mesma aptidão e qualificação, de uma causa ou questão, que, normalmente comporte RE” (ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 168).

³⁵² ANTONIO CARLOS MARCONDES MACHADO argumentava que, além de não ter sido capaz de resolver a chamada “crise do supremo”, desde a sua instituição no ano de 1975, e de impossibilitar o julgamento de grande número de feitos, o fato do Supremo Tribunal Federal não adiantar “qualquer fundamentação, (sequer breve ou concisa)” sobre a questão de relevância federal, fazia com que do julgamento da arguição de relevância resultasse “um ato arbitrário e não discricionário, não sujeito a qualquer controle de legalidade ou de suas razões baseadas no Direito” (Cf. MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. *Arguição de relevância: a competência para seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário*, p. 71). Para justificar as sessões secretas e a ausência de fundamentação das decisões do Supremo Tribunal acerca de eventual relevância da questão federal, chegou-se a defender, que tal julgamento não teria índole jurisdicional, mas sim política. E, conforme justificava o Ministro SIDNEY SANCHES, se a decisão tivesse de ser fundamentada, haveria um considerável aumento das sessões plenárias do Tribunal,

de 1988³⁵³ — que acabou por extinguir o instituto —, sobre a possibilidade de inviabilizar-se, em curto espaço de tempo, uma atuação eficaz do Tribunal superior. Isso porque, segundo o Ministro, “não há Corte alguma que, sem algumas centenas de juízes, possa julgar, em terceiro grau de jurisdição ordinária, aplicando, ademais, ao caso concreto, a interpretação dos textos legais pertinentes que se lhe afigura melhor”.³⁵⁴³⁵⁵

De fato, conforme aponta ARRUDA ALVIM, o mecanismo de *trialogem* dos recursos às Cortes Supremas com base na relevância da questão suscitada encontra similares na Alemanha, nos Estados Unidos, no Japão e na Argentina.³⁵⁶ Neste último país, dispõem o artigos 280 a 285 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação (Lei 23.774/90) que o recurso extraordinário apenas terá cabimento se a questão arguida expressar “*gravidad institucional*”, ou seja, mostrar-se transcendente ao caso concreto. No Direito norte-americano, o *writ of certiorari* somente será conhecido pela *Supreme Court* em hipóteses de “*suficiente public importance*”. Já na Alemanha, o recurso de revisão à Suprema Corte será conhecido quando a causa ostentar “*significância fundamental*”.³⁵⁷

Dessa forma, na opinião do autor, a instituição da repercussão geral representa “a colocação de um *filtro* ou de um *divisor de águas* em relação ao cabimento do recurso extraordinário”³⁵⁸, com vistas a “estabelecer condições objetivas para que o STF melhor possa produzir decisões paradigmáticas, que é a qualidade ou o atributo de que se devem revestir suas decisões, tal como as do STJ, principalmente”.³⁵⁹

o que tornaria a “avalancha de processos” “invencível” (Cf. SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 260).

³⁵³ Conforme será mencionado no item 1.2.5.1 do presente capítulo, o Supremo Tribunal de Justiça foi criado com a expectativa de resolver a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”.

³⁵⁴ Cf. MOREIRA Alves, José Carlos. Poder Judiciário, p. 199. Na opinião de CLARA MOREIRA AZZONI, a extinção do instituto da arguição de relevância pela Constituição Brasileira de 1988 acabou por aumentar o volume de recursos extraordinários, fazendo que todas as matérias objeto de discussão judicial possam ser vistas sob a ótica constitucional, muito embora o Supremo Tribunal tenha posicionamento no sentido de que a ofensa deve ser direta e frontal (AZZONI, Clara Moreira. *Recurso especial...*, cit., p. 10).

³⁵⁵ Conforme explica THEODORO JUNIOR, “por se tratar de remédio concebido durante a ditadura militar, a reconstitucionalização democrática do país, levada a efeito pela Carta de 1988, repeliu-a (a arguição de relevância) por completo, ao invés de aprimorá-la ou substituí-la por outro meio de controle que desempenhasse a mesma função, mas de maneira mais adequada ao Estado Democrático de Direito” (O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário..., cit., p. 930).

³⁵⁶ Cf. ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, pp. 68 e 73.

³⁵⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 473.

³⁵⁸ Cf. ALVIM, Arruda. A EC n. 45..., cit., p. 65.

³⁵⁹ Cf. ALVIM, Arruda. A EC n. 45..., cit., p. 67.

Portanto, pode-se afirmar que a instituição do requisito da repercussão geral teve como finalidades: (i) reduzir a quantidade de processos no Supremo Tribunal Federal; (ii) imprimir celeridade ao sistema recursal; e, principalmente, (iii) fortalecer as decisões da mais alta Corte do país, que não deve ser vista apenas como mais um grau de jurisdição, mas sim como o Tribunal responsável por dar a última palavra em questões constitucionais relevantes para a sociedade.³⁶⁰

Há que se destacar, ainda, o impacto da repercussão geral nos chamados processos de massa, vez que tal mecanismo possibilita ao Supremo Tribunal Federal exercer suas funções nomofiláticas e uniformizadora de jurisprudência, sem contudo exigir que tal Tribunal decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Na opinião de MARINONI, a técnica de seleção de casos de acordo com a existência ou não de repercussão geral acabou por conferir às decisões do Supremo Tribunal Federal características de “precedente constitucional obrigatório ou vinculante”. Sustenta o autor, que se as questões conhecidas e julgadas pela mais alta Corte são reconhecidamente dotadas de relevância e transcendência, seria ilógico que tais questões pudessem ser tratadas de forma diversa por Tribunais inferiores. E mais. A ausência de efeito vinculante, segundo o autor, seria uma afronta à norma do artigo 102, §3º, que deu ao Supremo a incumbência de conferir unidade ao Direito, à luz do instituto da repercussão geral.³⁶¹

No entendimento de MANCUSO, contudo, a repercussão geral deve ser considerada inconstitucional (por afronta ao artigo 102), na medida em que transfere aos Tribunais locais a guarda da Constituição Federal, nas questões “irrelevantes” (=sem repercussão geral). Além disso, segundo o autor, tal instituto acaba por violar o princípio da supremacia da Constituição, vez que tolera o que se chamou de “inconstitucionalidade local”, ou seja, “a inconstitucionalidade ocorrida em um caso no qual não houve a caracterização de repercussão geral”.³⁶²

³⁶⁰ Cf. CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Repercussão geral e PEC 209/2012, p.187.

³⁶¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., pp. 474-475.

³⁶² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 187.

Em que pese o brilhantismo das razões apresentadas pelo autor, acreditamos que, embora seja realmente um aspecto negativo a tolerância ao trânsito em julgado de decisões equivocadas sobre questões constitucionais pelos Tribunais locais, o referido instituto não pode ser tido como inconstitucional.

Isso porque, embora seja da natureza humana o inconformismo, o Supremo não deve ser visto como um terceiro grau de jurisdição, mas sim como Corte encarregada de manter a unidade do Direito constitucional. Assim, o “filtro” da repercussão geral, ao permitir a seleção dos recursos que serão conhecidos, possibilita ao Supremo exercer, *com eficiência*, “a missão de outorga de unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição”³⁶³, da mesma forma que prestigia as decisões dos Tribunais locais. Ademais, não há que se falar em “questões constitucionais irrelevantes”, mas apenas em questões que, por permanecerem restritas ao interesse das partes, não devem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.³⁶⁴

³⁶³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 473. Ademais, em outra obra, o próprio MANCUSO parece tender para a constitucionalidade do dispositivo, ao incluir na função de guarda da Constituição exercida pelo Supremo Tribunal Federal a atividade de triagem de recursos, de modo a possibilitar o julgamento, com eficiência, de questões de interesse público: “compreende-se que ao desempenhar a elevada função de guarda da Constituição (art. 102, *caput*), não se restrinja só a dizer o Direito, mas também proceda — como destinatário do recurso extraordinário — a uma prévia triagem sobre a natureza e a intensidade jurídico-política das questões que lhe são submetidas, por modo a recepcionar e julgar aqueles recursos cuja matéria apresente *transcendência* para além do interesse individual das partes, projetando-se, num patamar mais alto e largo, tocando já ao próprio interesse público, ou, quando menos, ao interesse de segmentos vastos e importantes da coletividade”. (...) Tudo em ordem a possibilitar que o STF possa cumprir, em tempo hábil e eficientemente, sua conspícua função de uma ver Corte Constitucional, e não de uma terceira instância” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 471).

³⁶⁴ Conforme ressalta ROGÉRIO IVES BRAGHITTONI, o fato de todo dispositivo constitucional ser “relevante” ou dotado de repercussão geral não significa dizer que toda causa que se discuta algum dispositivo constitucional também o seja. Segundo o autor, a questão não seria somente de “existência” da relevância ou da repercussão geral, mas sim de sua intensidade. Ou seja, há de se averiguar: (i) “quão relevante é esta questão, em comparação às demais?” e (ii) “qual a dimensão da repercussão que este julgamento trará para o resto da sociedade, excluídas as próprias partes” (Cf. BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso extraordinário. Uma análise do Acesso ao Supremo Tribunal Federal*, p. 77). Ademais, conforme defende CARMONA, o filtro da repercussão geral se justifica na medida em que se mostra necessário “limitar de modo claro e objetivo o acesso aos tribunais superiores que têm missão maior do que simplesmente atender aos interesses particulares” (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica*, p. 50). Assim, como menciona TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, “o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro tinha realmente de dedicar-se à resolução de litígios que versem sobre assuntos de real interesse da coletividade. Questões de assuntos estritamente subjetivo dificilmente serão alçadas ao conhecimento da Excelsa Corte, sob pena de inviabilizar o escorreito tratamento de um sem-número de ações e recursos que ainda atolam o STF, em total descompasso em relação aos números encontrados nas Supremas Cortes mundo afora (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 281).

Nada impede, todavia, que, conforme já exposto neste estudo, alteradas as circunstâncias econômicas, políticas, sociais ou até mesmo jurídicas, o Supremo Tribunal Federal passe a atribuir repercussão geral a determinadas questões que antes não eram apreciadas pela Corte. Tal mudança de percepção, porém, não atingirá os recursos inadmitidos em razão do entendimento anterior.³⁶⁵

Cumprido ressaltar, ainda, que de acordo com estudo realizado pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal, disponibilizado em seu sítio eletrônico, o objetivo de redução do volume de recursos extraordinários está sendo atingido.

Isso porque, desde o segundo semestre de 2007, quando da regulamentação do instituto, até o dia 30 de agosto de 2013, quase 29% (vinte e nove por cento) dos recursos extraordinários foram inadmitidos pela Corte em razão da inexistência da repercussão geral das matérias suscitadas. Ainda de acordo com tal estudo, no mesmo período, foram devolvidos aos Tribunais de origem 91.423 (noventa e um mil, quatrocentos e vinte e três) processos, o que representa uma redução de 64% (sessenta e quatro por cento) na distribuição dos processos e 58% (cinquenta e oito por cento) no estoque de processos.³⁶⁶

Ocorre que, segundo o mesmo estudo empírico, apenas 31,26% (trinta e um inteiros e vinte e seis centésimos por cento) dos processos com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal já tiveram o mérito julgado. Por tal motivo, há quem defenda que para o aperfeiçoamento do instituto, há a necessidade de criação de novos mecanismos de aceleração, como imposição de prazos e trancamento da pauta, caso o processo não venha a ser julgado.³⁶⁷

Dessa forma, conclui-se que embora importante e eficaz, vez que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer, em tempo hábil e com eficiência, suas funções nomofilática e uniformizadora de jurisprudência, a repercussão geral não deve ser vista como “uma

³⁶⁵ Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*, p. 176.

³⁶⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Assessoria de Gestão Estratégica. Números da repercussão geral. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

³⁶⁷ Cf. CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Repercussão geral..., *cit.*, p. 194.

panaceia para a concretização da garantia fundamental da razoável duração do processo”. Outras medidas, tal como a proposta do Conselho Nacional de Justiça para aplicar multa aos litigantes considerados habituais, devem ser consideradas.³⁶⁸

1.2.4.3.2. Procedimento e efeitos da decisão sobre a existência ou não de repercussão geral

Neste item faremos uma breve análise do procedimento para aferição do requisito da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se, contudo, que o procedimento a ser observado no caso de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia constitucional (CPC, art. 543-B) será analisado em item específico, quando trataremos do julgamento por amostragem dos recursos excepcionais (cf. cap. III, item 3.1, *infra*).

Cumprе ressaltar, inicialmente, que o art. 543-A, §2º do Código de Processo Civil imputa ao recorrente o ônus de demonstrar, em preliminar de recurso, a existência de repercussão geral. Mencionado dispositivo dispõe, ainda, sobre a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a apreciação da preliminar suscitada.

Neste sentido, nota-se que, para conhecimento do recurso extraordinário, o recorrente deverá fazer menção expressa sobre a repercussão geral das questões constitucionais suscitadas, em preliminar formal de recurso. Caso não o faça, o recurso deverá ser inadmitido, inclusive pelo próprio Tribunal local.

Isso porque, muito embora a análise da existência ou não de repercussão geral seja de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, caberá ao Tribunal *a quo* analisar a regularidade formal do recurso. Neste caso, não haverá análise da relevância da matéria — o que poderia ser impugnado via reclamação, nos termos do art. 102, inciso I da Constituição Federal —, mas simples verificação do não preenchimento de um

³⁶⁸ Cf. CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Repercussão geral..., *cit.*, p. 202.

requisito formal, o que não importa em supressão da competência do Supremo Tribunal Federal.³⁶⁹

Quanto ao momento de apreciação do requisito, dispõe o artigo 102, inciso III, §3º da Constituição Federal que o recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral, “a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”. Já o *caput* do artigo 543-A do Código de Processo Civil dispõe que o Supremo Tribunal Federal “não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”.³⁷⁰

Dessa forma, pela análise literal dos referidos dispositivos, poder-se-ia ter a impressão de que a verificação de existência da repercussão geral deveria ser feita de forma prévia à análise de todos os outros requisitos de admissibilidade. Esse parece ser o entendimento de MANCUSO, ao mencionar que “a avaliação positiva sobre a repercussão geral (basta que 4 ministros a atestem) não significa, necessariamente, que o RE vá ser conhecido (e muito menos provido!), mas na verdade ela opera como um salvo conduto para o sequencial exame dos fundamentos indicados nas alíneas do art. 102, III, da CF”.³⁷¹

³⁶⁹ Nesse sentido: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 329; BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral das questões constitucionais*, p. 95 e ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. A repercussão geral dos recursos extraordinários e o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal (CPC, arts. 543-A e 543-B), p. 302. O último autor ressalta que a endossar este entendimento está o poder outorgado à Presidência da Corte, pelo seu Regimento interno (artigo 13, inciso V c/c artigo 327), de negar conhecimento ao recurso desprovido de preliminar formal e devidamente fundamentada. Como não há juízo sobre a efetiva existência de repercussão geral, também não há exigência de *quorum* constitucional. Tal entendimento também prevaleceu no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567-2/RS: “incluiu-se no âmbito do juízo de admissibilidade – *seja na origem*, seja no Supremo Tribunal Federal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência da repercussão geral” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567-2/RS, publicado no D.J. em 6 de setembro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30 set. 2013). PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA entende ser possível a inadmissão do recurso extraordinário, pelo Tribunal de origem, também na hipótese em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já tiver deliberado sobre a inexistência de repercussão geral da questão constitucional. Entende o autor que a norma estampada no §5º do artigo 543 deve ser dirigida a todos os Tribunais do país (Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, pp. 330-331).

³⁷⁰ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

³⁷¹ O autor reconhece que o exame prévio do requisito da repercussão geral poderá resultar alguma “perda de atividade” caso seja verificada posteriormente a ausência de outro requisito de admissibilidade, mas sustenta que tal raciocínio comporta alguns “temperamentos”: (i) a prioridade é estabelecida pela própria Constituição Federal; (ii) a única interpretação possível seria aquela em consonância

ARRUDA ALVIM também defende o exame prévio da existência do requisito da repercussão geral, ao mencionar que a existência ou não do requisito não tem influência na admissão propriamente dita do recurso, nem afeta o seu julgamento. Sustenta o autor, que, caso seja admitido “o recurso em nome da repercussão geral, mas se este não superar o juízo de admissibilidade” (...), o recurso deverá resultar inadmitido ou não cabível.

Ocorre que, por razões de ordem pragmática e de economia processual, preferível é que seja feito o exame prévio dos demais requisitos de admissibilidade, pelo próprio relator do recurso, antes da verificação, pelo Plenário, da existência de repercussão geral das matérias suscitadas.^{372 373}

Entende-se, sob este enfoque, que o exame prévio dos demais requisitos de admissibilidade se encontra em consonância com a intenção da própria reforma do texto constitucional, qual seja, reduzir o volume de recursos extraordinários, para que a mais

com o texto constitucional; (iii) os temores de sobrecarga do Pleno do Supremo Tribunal Federal foram atenuados pelo disposto no §4º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, que dispensam a remessa do recurso ao Plenário, caso a Turma entenda pela existência da repercussão geral por no mínimo quatro votos; (iv) a Presidência do Supremo Tribunal recusará os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral; (v) em caso de múltiplos recursos extraordinários, os relatores são autorizados a cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação anteriormente firmada; (vi) o relator encaminhará cópia de sua decisão, por meio eletrônico, para os demais Ministros, caso em que na ausência de manifestação, reputar-se-á existente a repercussão geral; (viii) o relator não precisará submeter sua decisão aos demais Ministros, na hipótese de o recurso versar sobre questão cuja repercussão já fora reconhecida pela Corte, ou quando impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante, casos em que se presume a repercussão geral. Assim, de acordo com o autor, todo esse contexto normativo demonstra que “o pré-requisito genérico da repercussão geral está sendo devida e racionalmente administrado ao interno do STF, numa divisão de trabalho entre os órgãos monocráticos (Presidentes e Relatores) e as Turmas, sem grandes transtornos para as pautas do Plenário ou das próprias Turmas, até porque a Corte trabalha com um rol de precedentes que vão sendo assentados acerca dos temas que, ao ver da Colenda Corte, têm ou não repercussão geral” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., pp. 188 a 192).

³⁷² Este inclusive é o teor do artigo 323 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que, “quando não for caso de não conhecimento de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013).

³⁷³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., p. 55; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 333; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. A repercussão geral dos recursos extraordinários..., cit., p. 301; BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, cit., pp. 97 a 102; DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*, p. 316.

alta Corte do país possa concentrar sua atuação em temas de real importância para a sociedade. Assim, ao permitir um desperdício da atividade jurisdicional — como por exemplo, a atuação do colegiado para aferição de repercussão geral de matérias suscitadas em recurso intempestivo ou sem preparo —, o instituto acabaria por ir de encontro aos seus fins precípuos, o que não se deve admitir.

Ao regulamentar o procedimento para análise da repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dispõe o Regimento interno da Corte, em seu artigo 323, que “o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”. Tal procedimento, contudo, não será necessário quando o recurso (i) versar sobre questão cuja repercussão já houver sido reconhecida; ou (ii) quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que a existência da repercussão geral será presumida (§2º do art. 323).³⁷⁴

No primeiro caso, ou seja, caso o recurso verse sobre matéria cuja repercussão geral já houver sido reconhecida pelo Plenário, caberá ao relator (ou ao Presidente, nos processos em que atuar como Relator) (i) dar regular prosseguimento ao feito e levar o recurso para julgamento pelo órgão colegiado; ou, caso possível, (ii) fazer uso de seus poderes previstos no artigo 557 do Código de Processo Civil e julgar monocraticamente o recurso.^{375 376}

³⁷⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013. O segundo caso dispensa a atuação do órgão colegiado, pois o § 2º do artigo 543-A do Código de Processo Civil dispõe que sempre haverá repercussão geral se o recurso impugnar decisão contrária ao entendimento sumulado ou dominante do Supremo Tribunal Federal (Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013).

³⁷⁵ Conforme será demonstrado em item específico (item 2.3, *infra*), nas hipóteses de julgamento por amostragem, tendo sido a repercussão geral reconhecida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, e tendo sido julgado o mérito do recurso paradigma, caso o Tribunal inferior mantenha sua decisão em recurso sobrestado, em desconformidade com o entendimento da Corte, caberá ao relator cassar ou reformar o acórdão, liminarmente, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil e artigo 21, §1º do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

³⁷⁶ PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA, entende que, uma vez reconhecida a existência de repercussão geral sobre determinada matéria, não pode a Corte revisar a tese para, posteriormente, negar a existência de repercussão geral. Isso porque, na visão do autor, se em determinado período histórico a questão foi dotada de transcendência e relevância, o entendimento deveria ter sido pacificado, preferencialmente com a edição de enunciados sumulares vinculantes. O que não se deve admitir, portanto, é a utilização, certo tempo depois, do artifício de que a questão perdeu a conotação de repercussão geral, para justificar o não conhecimento do recurso. Assim, para o autor, sempre que a repercussão já houver sido reconhecida, caberá ao relator dar regular prosseguimento ao feito, ou

Já no segundo caso, ou seja, na hipótese do recurso impugnar decisão contrária à entendimento sumulado ou dominante do Supremo Tribunal Federal, a lei estabelece uma presunção absoluta³⁷⁷ de que a matéria tratada no recurso é dotada do repercussão geral; e, como já há entendimento sumulado ou dominante, em princípio, o próprio Relator deve dar-lhe provimento, nos termos do artigo 557, §1º do Código de Processo Civil. Assim, na visão do legislador, há repercussão geral pois, (i) ou a decisão impugnada precisa ser ajustada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal; ou (ii) o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal está desatualizado (em razão de mudanças no contexto histórico) e precisa ser retificado.

Note-se que tal previsão demonstra a intenção do legislador em prestigiar a jurisprudência do órgão de cúpula do Poder Judiciário, com a compatibilização vertical das decisões, e ressaltar o escopo de uniformização de jurisprudência do recurso extraordinário. Como consequência, extrai-se de tal disposição legal a preocupação com a concretização dos princípios da segurança jurídica e da igualdade de todos perante a lei (cf. cap. II, itens 1 e 2 supra).³⁷⁸

Cabe ressaltar que, se ocorrer o inverso, ou seja, se a decisão recorrida estiver de acordo com o entendimento da Suprema Corte, não haverá presunção absoluta de ausência de repercussão geral. Nesse caso, o Supremo poderá inclusive modificar o seu entendimento (*overruling*), diante de eventuais alterações no contexto histórico e/ou social; ou julgar de modo diverso em razão das peculiaridades do caso concreto (*distinguishing*).³⁷⁹

julgar monocraticamente o recurso (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 360). No sentido contrário, ou seja, que o Supremo Tribunal poderá deixar de atribuir repercussão geral a matéria em que antes a reconhecia: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 176.

³⁷⁷ Como a lei exige *quorum* qualificado (mínimo de 2/3) para rejeição do recurso, verifica-se que todas as causas, até que seja demonstrado o contrário, são dotadas de repercussão geral. Ou seja, há presunção relativa de que todas as causas são dotadas de repercussão geral. Contudo, tendo em vista que o procedimento de reconhecimento de repercussão geral é dispensado no caso do recurso impugnar decisão contrária à súmula ou entendimento dominante, a própria lei estabeleceu uma presunção absoluta: nessas hipóteses sempre haverá repercussão geral (Cf. BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, cit., p. 73).

³⁷⁸ Neste sentido: DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, cit., p. 302 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., p. 43.

³⁷⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 359.

Com a intenção de conferir maior eficácia à disposição do §3º do artigo 543 do Código de Processo Civil — evitando-se que o Tribunal se ocupasse de matérias ali já pacificadas —, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 579.431-8/RS, relatada pela Ministra ELLEN GRACIE, foi instituído procedimento específico para o exame de recurso que questione decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal superior.³⁸⁰

Em suma, nesses casos, antes da distribuição do recurso, o Presidente da Corte deve suscitar questão de ordem ao Plenário, que poderá confirmar ou retificar a jurisprudência antes prevalecente. Se a jurisprudência for confirmada, dar-se-á provimento imediato ao recurso, ou aplicar-se-á o artigo 543-B do Código de Processo Civil; se a Corte entender pela necessidade de rediscussão do assunto, far-se-á a distribuição do recurso extraordinário.³⁸¹

Nas hipóteses em que já houver decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, caberá ao Presidente da Corte, atuando como relator (artigos 544, § 3º, 557 do Código de Processo e artigo 13, inciso V, alínea “c”), negar liminarmente

³⁸⁰ Conforme exposto pela Ministra ELLEN GRACIE, a adoção do procedimento teve como escopo extrair do texto legal “solução que valorize o regime jurídico, a efetividade, a objetividade e a finalidade do novo instituto, garantindo-se prestígio à jurisprudência aqui já consolidada. Vale dizer, tornando desnecessário levar a novo julgamento cada uma das questões constitucionais já pacificadas pelo Plenário” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra ELLEN GRACIE no acórdão da questão de ordem no recurso extraordinário nº 579.431-8/RS, publicado no D.J. em 24 de outubro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 1º out. 2013).

³⁸¹ BRUNO DANTAS questiona se o Supremo Tribunal Federal não teria criado um procedimento *contra legem* que o autoriza a deixar de reconhecer repercussão geral em hipótese em que a lei estabeleceu presunção. Em resposta ao questionamento, o próprio autor aponta uma “sutileza” na solução adotada pela Corte: “sempre que a decisão recorrida alegadamente contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF, abrir-se-á uma janela de oportunidade para que o Plenário reafirme ou discuta o seu entendimento. No primeiro caso — o de reafirmação —, estaria evidenciado o dissídio pretoriano e incidiria a presunção legal de repercussão geral, seguida de apreciação pelo Presidente do STF hábil a restabelecer a uniformidade jurisprudencial fragilizada pela decisão do tribunal *a quo*; no segundo caso — o de rediscussão da orientação do STF —, a par do reconhecimento expresso da repercussão geral, o recurso seguiria para regular distribuição para posterior exame do mérito pelo Plenário, com a clara sinalização de que existe grande possibilidade de o STF modificar sua jurisprudência e aderir ao entendimento da instância inferior” (Cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, *cit.*, pp. 304-305).

seguimento ao recurso.³⁸² Tal fórmula se encontra em consonância com o §5º do artigo 543 do Código de Processo Civil.³⁸³

Pode-se dizer, sob este enfoque, que mencionada regra é o contraponto daquela prevista no artigo 323, §2º do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a presunção da existência de repercussão geral quando o recurso versar sobre questão cuja repercussão geral já foi reconhecida. Ambas conferem autoridade aos precedentes oriundos da Corte, com conseqüente concretização do princípio da segurança jurídica, e prezam pela economia processual, na medida em que, salvo necessidade de revisão da tese³⁸⁴, não há necessidade de submeter-se, por diversas vezes, a mesma questão ao

³⁸² O artigo 543-A, *caput*, determina que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que não conhece de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral é irrecurável. No mesmo sentido, o artigo 326 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que “toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável”. Não obstante, entende-se que tais regras devem ser interpretadas de forma sistemática, no sentido de que apenas as decisões proferidas pelo órgão colegiado seriam irrecuráveis. Assim, contra as decisões proferidas pelo Presidente ou pelo relator caberá agravo interno, principalmente se a parte entender que o precedente não foi aplicado corretamente, por se tratar de questão diversa da anteriormente julgada. Vale dizer, que o *distinguishing* não foi corretamente realizado pela decisão monocrática. Não por outra razão o artigo 327 do Regimento interno do Supremo, ao tratar das decisões monocráticas pela inexistência de repercussão geral dispõe que “da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo” (Cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 294). Pela possibilidade de oposição de embargos de declaração e impetração de mandado de segurança: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 62 e BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, *cit.*, p.121. A segunda autora entende, ainda, que diante da omissão da lei e do Regimento interno sobre eventual irrecurabilidade de decisão pela existência de repercussão geral, não há como vedar-se a possibilidade de recurso. Principalmente em casos de admissibilidade tácita, em que não forem obtidos 4 (quatro) votos pela inexistência do requisito. Isso porque, em caso de 4 (quatro) manifestações expressas pela existência de repercussão geral, o recurso seria inócuo, uma vez que não se poderia atingir o *quorum* necessário para rejeição do recurso extraordinário (Cf. BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, *cit.*, p.123).

³⁸³ “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal” (Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013).

³⁸⁴ A decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que reconhecer a inexistência da repercussão geral poderá ser submetida a procedimento de revisão, tal como ocorre com as “súmulas de efeito vinculante”. Tal entendimento se extrai do parágrafo 5º do artigo 543-A do Código de Processo Civil: “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal”. Ocorre que o Regimento interno da Corte não previu procedimento específico para revisão da decisão, sendo forçoso reconhecer que ficará a cargo do Presidente ou do relator, mediante questão de ordem, fazer distribuir sua manifestação, quando entenderem pela necessidade de revisão do precedente (Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 360). Entende-se que a ausência de regulamentação de procedimento para revisão da tese é algo preocupante e, em alguns casos, poderá impedir que o Supremo Tribunal Federal acompanhe a evolução da sociedade. Talvez fosse adequado pensar em solução similar àquela adotada para revisão dos enunciados sumulares vinculantes (cf. cap. III,

Plenário da Corte. Tal procedimento, além de ilógico, iria de encontro com a finalidade do próprio instituto da repercussão geral.³⁸⁵

Como se vê, a decisão sobre a existência ou não de repercussão geral surte efeitos *erga omnes*, vez que “será aplicada a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação processual, isto é, que discutam em determinado recurso a mesma questão constitucional”.³⁸⁶ Nas palavras de MARINONI e MITIDIERO, “o não conhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito pan-processual, no sentido que se espalha para além do processo em que fora acertada a inexistência de relevância e transcendência da controvérsia levada ao Supremo Tribunal Federal”.³⁸⁷

Salvo nos casos mencionados, em que a lei ou dispensa a atuação do colegiado ou autoriza a rejeição liminar do recurso, tal verificação caberá ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o artigo 323 do Regimento do Supremo Tribunal Federal, não sendo o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator ou Presidente encaminhará, por meio eletrônico, cópia de sua decisão sobre a existência ou não de repercussão geral. Recebida tal manifestação, os demais Ministros terão prazo de 20 (vinte) dias³⁸⁸ para encaminhar, também por meio eletrônico, suas manifestações ao

item 1.4.1, *infra*), em que a lei prevê um rol de legitimados diferenciados (BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 149). Conforme expõe MARIANA CAPELA LOMBARDI MORETO, a possibilidade de revisão da tese é importante principalmente se consideramos que “repercussão geral não exige, para ser decidida, que a questão tenha sido exaustivamente discutida e tenha sido suficientemente amadurecida pelo tribunal. A situação é exatamente a inversa: ainda que a matéria seja inédita no STF e venha a ser julgada pela primeira vez, a decisão preliminar sobre a existência ou não da repercussão geral surtirá efeitos *erga omnes*” (MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 176). Há que se levar em consideração, contudo, que justamente para legitimar a decisão do Supremo e garantir um grau seguro de discussão sobre o assunto, a lei possibilita a manifestação de terceiros durante o procedimento.

³⁸⁵ Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 182.

³⁸⁶ Cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada...*, *cit.*, p. 419.

³⁸⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 62.

³⁸⁸ BRUNO DANTAS entende que deve-se aguardar a manifestação de todos os habilitados, mesmo após o prazo mencionado no dispositivo, para concluir-se o incidente de aferição de repercussão geral. Segundo o autor, o parágrafo único do artigo 324 do Supremo Tribunal Federal não permite que os Ministros se abstenham de emitir pronunciamento. Isso porque, “quando o texto regimental se refere à ausência de manifestações *suficientes* para rejeitar o recurso, isso não quer significar que o número de votos *proferidos* foi inferior a oito, mas apenas que o número de votos *pela rejeição* foi inferior a oito”. Para o autor, portanto, o prazo trazido pelo Regimento seria impróprio e não haveria a faculdade que aparentemente a lei pareceu estabelecer (Cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 294). Para alguns autores, a melhor solução seria a flexibilização do prazo por

Relator ou Presidente (artigo 327). Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para a recusa, “reputar-se-á a existente a repercussão geral” (artigo 324, §1º).³⁸⁹ A disposição regimental, como se vê, criou uma hipótese de reconhecimento tácito da repercussão geral.

Conforme explica EDUARDO TALAMINI, a premissa para este reconhecimento tácito é que a própria Constituição Federal já estabelece uma presunção de repercussão geral das matérias constitucionais, ao estabelecer um *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Corte para rejeição do recurso extraordinário pela ausência do requisito.³⁹⁰

Nas palavras de ARRUDA ALVIM, o *quorum* estabelecido pela Constituição para “a recusa do recurso extraordinário, porque ausente a repercussão geral, pela elevada maioria de dois terços é saudável, porquanto procura que esteja subjacente a essa recusa um alto grau de *certeza* e de *segurança*, compensatórias — diga-se assim — da circunstância de a repercussão geral constituir-se num conceito vago, propiciando menor certeza e menos segurança”.³⁹¹

Como forma de legitimar perante a sociedade a decisão do colegiado sobre a existência ou não de repercussão geral, uma vez que esta produzirá efeitos para além do processo em que foi declarada³⁹², o §6º do artigo 543 do Código de Processo Civil previu a possibilidade de admissão de manifestações de terceiros, disposição esta que foi repetida no §3º do artigo 323 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, por meio de tais disposições, a legislação estabeleceu a possibilidade de

expressa solicitação dos Ministros (BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral...*, cit., p. 149 e OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 349).

³⁸⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013.

³⁹⁰ Cf. TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação, p. 65.

³⁹¹ Cf. ALVIM, Arruda. *A EC n. 45...*, cit., p. 65.

³⁹² Como observa CASSIO SCARPINELLA BUENO, “a previsão de eficácia futura para casos idênticos da decisão que reconhece a inexistência de repercussão geral constitui fator suficiente para que o maior número possível de ‘interessados’ possa manifestar-se perante aquela Corte em busca da mais adequada definição do que se amolda naquela expressão” (Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 626-627). Ademais, conforme expõe MEDINA, “na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda a sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista das esferas individuais ou grupos afetados” (Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 36).

participação do *amicus curiae*³⁹³, instituto típico do sistema *common law*, no procedimento de aferição da repercussão geral.

Por fim, deve-se destacar que, à míngua de disposição expressa no tocante especificamente ao instituto da repercussão geral, o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e motivados”.³⁹⁴ Como é cediço, o direito à publicidade fundamenta-se na necessidade de fiscalização pelos participantes do processo e, de certo modo, por todos os jurisdicionados, do conteúdo daquilo que se faz em juízo.³⁹⁵ Por outro lado, o dever de fundamentação das decisões judiciais “constitui garantia inerente ao Estado de Direito”, na medida em que constitui “justificação formal dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos”.³⁹⁶

Conforme anteriormente mencionado, ao regulamentar o procedimento para aferição da repercussão geral, o Regimento interno do Supremo Tribunal Federal instituiu o reconhecimento tácito da existência de repercussão geral da questão suscitada, caso não haja manifestações suficientes para sua rejeição, enquanto a decisão pela sua inexistência deverá ser expressa e fundamentada. Não obstante a exigência constitucional de que todas as decisões constitucionais sejam fundamentadas, entende-se que não há inconstitucionalidade em tal disposição, pois como exposto alhures, “a manifestação tácita confirma a presunção já existente, não ofendendo a exigência constitucional de fundamentação explícita”.^{397 398}

³⁹³ FREDIE DIDIER JR. e MARCUS SEIXAS SOUZA informam que já no Direito Imperial, quando vigente o regimento dos assentos, o §2º do artigo 2º do Decreto 2.684 de 23 de outubro de 1876 trouxe uma lista *numerus clausus* de eventuais *amicus curiae* do Superior Tribunal de Justiça, na tomada de assentos sobre interpretações da lei. Os legitimados eram a Ordem dos Advogados do Brasil, os Tribunais do Comércio e “os jurisconsultos de melhor nota”. Segundo os autores, a atuação do *amicus curiae* naquela época, tal como ocorre atualmente, era “destinada a auxiliar o juízo no conhecimento das repercussões de suas decisões e na consideração dos melhores argumentos possíveis de interferir no julgamento, por meio de opiniões qualificadas ou presumivelmente qualificadas” (Cf. DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no Direito Imperial brasileiro: o interessante decreto 6.142/1876, pp. 413-414)

³⁹⁴ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

³⁹⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., p. 56.

³⁹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito, p. 95.

³⁹⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., pp. 369-70.

³⁹⁸ PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA entende que, caso o recorrido apresente em suas contrarrazões tese capaz de afastar o reconhecimento de repercussão geral, em caso de aceitação tácita, serão cabíveis embargos de declaração (Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 354).

Com relação à publicidade do julgamento, ressalta-se que, em princípio, a instituição do julgamento eletrônico da questão constitucional, sem a necessidade de reunião dos Ministros fisicamente em Plenário, poderia parecer afrontar tal garantia. Todavia, entende-se que o mero fato de se dar pela via eletrônica não eiva tal julgamento de inconstitucionalidade, pois “o que se revela inconstitucional é um julgamento secreto”.³⁹⁹ Daí a importância em se conferir publicidade a todos os atos do processo por meio do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.⁴⁰⁰

1.2.5. Recurso especial

1.2.5.1. A “crise do Supremo” e a criação do Superior Tribunal de Justiça

Como mencionado em item anterior, o recurso especial, como espécie do gênero recurso excepcional, além de ensejar o reexame da causa — e, neste ponto, atender aos interesses das partes —, tem como finalidade precípua “preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre o interesse das partes”.^{401 402}

Dessa forma, o escopo do recurso especial revela o próprio papel a ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, que deve atuar como Corte pacificadora e uniformizadora das questões advindas da interpretação do Direito Federal. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça possui função pragmática, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais Tribunais.⁴⁰³

³⁹⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p.370.

⁴⁰⁰ Conforme expõe Eduardo TALAMINI, a impossibilidade de sustentação oral pelos patronos das partes ou de terceiros também não acarreta a inconstitucionalidade do plenário virtual, pois “não há imposição constitucional de que em todo e qualquer caso caiba sustentação oral perante os tribunais”. Além disso, “nada impede que sejam distribuídos memoriais sobre o tema aos ministros ou que sejam levantadas por escrito questões de ordem ainda no curso do prazo de 20 dias” (Cf. TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação, p. 66).

⁴⁰¹ Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça, p. 7.

⁴⁰² Ao tratar do tema, BARBOSA MOREIRA caracteriza o recurso especial como “instrumento essencialmente destinado a proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 583).

⁴⁰³ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p. 326.

A criação do Superior Tribunal de Justiça e, conseqüentemente do recurso especial, deu-se num contexto em que se buscava resolver a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”. Conforme explica MANCUSO, tendo em vista que o recurso extraordinário, até a promulgação da Constituição Federal, era cabível em qualquer ramo do Direito objetivo em que houvesse uma “questão federal ou constitucional”, compreensível que “se tenha instalado um formidável acúmulo de processos, moléstia que, por causa da demora no tratamento, tornou-se crônica, passando a ser referida como ‘crise do Supremo’”.^{404 405}

Conforme explica o autor, antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, buscou-se outras soluções para a crise, tais como a adoção da arguição de relevância, a instituição de óbices regimentais⁴⁰⁶ e jurisprudenciais, o aumento do número de Ministros⁴⁰⁷ e outras providências de caráter normativo⁴⁰⁸. Tais medidas, contudo, não surtiram o

⁴⁰⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 69.

⁴⁰⁵ A instauração do Superior Tribunal do Justiça, portanto, se deu num contexto em que se entendia necessária a diminuição da competência do Supremo, “a fim de que pudessem ser julgados os numerosos processos que subiam à sua apreciação, cujo número veio a ser, em muito, aumentado, com a supressão das limitações do cabimento do recurso extraordinário (Cf. RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Superior Tribunal de Justiça...*, cit., p. 219).

⁴⁰⁶ O autor ressalta que tais óbices foram inseridos no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, dada a atribuição fixada no artigo 119, §1º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que conferiu à Corte a possibilidade de indicar as causas que seriam conhecidas, via recurso extraordinário, em razão de sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. Num primeiro momento, o texto do Regimento previu, em seu artigo 325, as hipóteses em que não caberia o recurso extraordinário. Com a aprovação da Emenda Regimental nº 2, de 1985, o Regimento passou a prever as hipóteses de cabimento do recurso (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 83). Em relação aos tempos atuais, lembra o autor que “os Regimentos internos têm que se manter aderente aos textos de regência — e com maior razão aos permissivos constitucionais —, limitando-se a explicitar o trâmite desses recursos no Pleno e nos órgãos singulares e fracionários, podendo trazer disposições *a latere*, sem jamais *innovar* o quanto esteja positivado na lei e na Constituição, ainda que *sub color* de imprimir rapidez ou efetividade aos julgamentos” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 91).

⁴⁰⁷ Conforme informa o autor, sob o Império, a Corte contava com dezessete “juizes letrados”. No regime da Constituição de 1891, esse número passou para quinze juizes. Na Carta de 1934, diminui-se para onze Ministros, número mantido em 1937 e 1946. Em 1966, o Ato Institucional nº 2 elevou esse número para dezesseis, o que foi mantido pela Constituição de 1967. Já o Ato Institucional nº 6, de 1969, foi responsável pela redução desse número para onze Ministros, o que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1/69 e pela Constituição Federal de 1988. Na opinião de MANCUSO, tendo em vista que a “crise do Supremo” — que na verdade seria a “crise do recurso extraordinário” —, remonta ao início do século passado, quando o número de recursos era escasso se comparado ao atual, não seria difícil concluir que a “causa verdadeira dessa crise deve ser outra que não o número — efetivamente reduzido — de ministros”. Sob este enfoque, conclui o autor que “o aumento do número de ministros antes não resolveu nem agora resolveria a crise numérica de processos no STF, de modo que nesse ponto andou bem a atual Constituição, mantendo o número em onze (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., pp. 92-93).

⁴⁰⁸ Como exemplo pode-se citar a Lei 3.396/58, que dispunha sobre a necessidade de fundamentação da decisão de admissão do recurso extraordinário; a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que

efeito desejado e a mais alta Corte do país continuou (como ainda hoje continua) a enfrentar acúmulo de processos, o que a impedia de exercer, com eficiência, sua função de conferir unidade ao Direito.

Outra solução encontrada à época, adotada pela Constituição Federal de 1988, foi a criação de um novo Tribunal superior, diminuindo-se a competência do Supremo Tribunal Federal. O objetivo era erigir “o Supremo Tribunal Federal (STF) em Corte Constitucional e o STJ em Corte máxima de aplicação e interpretação da lei federal”.⁴⁰⁹ Argumentava-se, nesse período, que “a autoridade e a unicidade da lei federal ficariam significativamente comprometidas se não houvesse um Tribunal Nacional encarregado de zelar pela sua eficácia e uniformidade interpretativa”.⁴¹⁰

Em texto publicado dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, DINAMARCO exaltava os benefícios da criação de uma nova Corte superior, ressaltando que a ampliação do acesso à alta esfera do Poder Judiciário constituía “um valor muito precioso que, somado ao obstinado compromisso de julgar bem, abre novas perspectivas e esperanças de maior acesso da população brasileira à alcandorada fruição dos bens da justiça substancial”.⁴¹¹

O Ministro MOREIRA ALVES, porém, contestava a solução encontrada, sob o argumento de que, muito embora o objetivo da novel Carta magna tenha sido transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, esta lhe atribuiu diversas outras competências que não seriam próprias de uma Corte dessa natureza. Assim, diante dessas novas competências, bem como do aumento do número de questões constitucionais que teriam de ser analisadas pela Corte, “dado o caráter analítico da futura Constituição”, entendia o autor que a criação de um novo Tribunal para apreciação de questões federais não teria o condão de diminuir (como de fato não diminuiu) a carga de processos do Supremo Tribunal Federal.⁴¹²

outorgou ao Supremo a competência para julgar representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, com a finalidade de estancar a fonte dos recursos extraordinários; e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que admitiu restrições ao recurso extraordinário com fundamento nas alíneas a e d de seu artigo 119 (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 71).

⁴⁰⁹ Cf. RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Superior Tribunal de Justiça e a Justiça Estadual, p. 215.

⁴¹⁰ Cf. RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Superior Tribunal de Justiça..., *cit.*, p. 221.

⁴¹¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e acesso a ordem jurídica justa, p. 19.

⁴¹² Cf. MOREIRA Alves, José Carlos. Poder..., *cit.*, p. 197.

Além disso, conforme mencionado em tópico anterior, já alertava o Ministro que a não instituição de mecanismos de contenção, tal como a extinta arguição de relevância, inviabilizaria a atuação eficaz do Superior Tribunal de Justiça.⁴¹³

A solução adotada pela atual Constituição, todavia, não era nova, pois já no ano de 1963, em obra clássica sobre o recurso extraordinário, JOSÉ AFONSO DA SILVA defendia a criação de um “Tribunal Superior de Justiça”, que absorveria parte da competência antes atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Defendia o autor que a já então denominada “crise do Supremo” era decorrente do fato do recurso extraordinário abranger “parcela enorme das controvérsias judiciais, julgadas pelos demais órgãos da Justiça de todo o país”. Assim, sugeria a criação “de um órgão de cúpula judiciária e um instituto nos moldes do Recurso extraordinário”, para absorver grande parcela dos recursos dirigidos ao Supremo, sem, contudo, prejudicar a “unidade e a incolumidade do Direito objetivo e a uniformidade da interpretação da lei federal”.⁴¹⁴

Ocorre que a criação do Superior Tribunal de Justiça, como previa o Ministro MOREIRA ALVES, não foi suficiente para resolver o problema de acúmulo de processos no âmbito das Cortes Superiores. Dessa forma, ao longo do tempo, foram adotadas outras medidas, tais como: (i) a interposição de recursos excepcionais, na forma retida, quando interpostos contra decisões interlocutórias em processos de conhecimento, cautelar ou embargos à execução; e (ii) a ampliação dos poderes do relator, no âmbito dos Tribunais inferiores, para negar seguimento a recurso ou julgá-lo com base em súmulas ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou das Cortes superiores; e, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento, pelo relator, do agravo interposto contra a decisão denegatória de recursos excepcionais.⁴¹⁵

Além disso, diversas técnicas processuais foram introduzidas no ordenamento jurídico, com escopo de aceleração procedimental, bem como de aumentar a autoridade das

⁴¹³ Cf. MOREIRA Alves, José Carlos. Poder..., *cit.*, p. 199.

⁴¹⁴ Sustentava o autor que com tal solução “o serviço do Supremo diminuiria de mais de 60%, eliminando-se, de uma vez por todas, a crise que o estrangula, há tanto tempo, sem necessidade de ele se desnaturar, nem contribuir para a deformação de institutos processuais ou jurisdicionais” (Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, pp. 446 a 461).

⁴¹⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, pp. 73-74.

decisões proferidas pelas Cortes superiores, tais como: (i) o §1º do artigo 518 do Código de Processo Civil (cf. cap. III, item 2.2.2, *infra*), por meio do qual o juiz poderá negar seguimento ao recurso de apelação, caso a sentença esteja em conformidade com súmulas dos Tribunais superiores; (ii) a súmula vinculante, instituída por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (cf. cap. III, item 1.4.1, *infra*); (iii) a instituição do “filtro” da repercussão geral, também pela mencionada Emenda Constitucional (cf. cap. III, item 1.2.4.3, *supra*); e (iv) o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais (cf. cap. III, item 3, *infra*).⁴¹⁶

Conforme mencionado alhures, tais alterações no Direito processual brasileiro demonstram que cada vez mais são implementadas reformas legislativas para se conferir maior relevância ao precedente judicial, como forma de uniformização da interpretação e aplicação do Direito pátrio e como forma de contenção dos recursos dirigidos às Cortes superiores.⁴¹⁷

Note-se que, a exemplo do que ocorre com o recurso extraordinário (cf. cap. III, item 1.2.4.2, *supra*), há um crescente aumento da autoridade da jurisprudência dominante e sumulada do Superior Tribunal de Justiça, vez que estas já autorizam o julgamento monocrático do recurso pelo Relator, desde a Lei 9.756/98, que alterou o artigo 557 do Código de Processo Civil; e impedem o recebimento do recurso de apelação, desde o advento da Lei 11.276/2006, que introduziu o §1º ao artigo 518 do mesmo diploma legal.

1.2.5.2. Hipóteses de cabimento

De acordo com as alíneas do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, o recurso especial será cabível nas hipóteses em que a decisão recorrida, proferida “em única ou

⁴¹⁶ MANCUSO observa que essas medidas tratam da “*consequência* (a crise numérica dos processos), deixando em aberto a *causa*”, qual seja, “o *demandismo judiciário exacerbado*, a sua vez insuflado por uma concepção anacrônica, ufanista e irrealista do acesso à Justiça (extraindo-se do art. 5º, inc. XXXV da CF o que nele não se contém), em detrimento daquilo que configura a *vera cidadania*, a saber: o estímulo à auto ou heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 75).

⁴¹⁷ Sob este enfoque, entende-se que além de se *impor* o respeito aos precedentes judiciais oriundos das Cortes Superiores, há necessidade de implementação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, também como forma de contenção da escalada de recursos endereçados a Cortes superiores (cf. cap. I, item 2.4.2, *supra*).

última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal” (inciso III), “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (alínea “a”)⁴¹⁸; “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (alínea “b”); ou “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”⁴¹⁹ (alínea “c”).⁴²⁰

Com relação à alínea “a” do permissivo constitucional, MANCUSO explica que o verbo contrariar tem significado mais abrangente que a expressão “negar-lhe vigência”. Nesse sentido, a decisão contrária à lei seria aquela que se afasta da finalidade que lhe inspirou o advento, a interpreta mal ou desvirtua o seu conteúdo. A negativa de vigência, por outro lado, teria sentido mais estrito. Sob este enfoque, haveria negativa de vigência na hipótese de não aplicação da lei ou quando aplicado outro texto legal “aberrante da *fattispecie*”.⁴²¹

Ao tratar de hipótese antes reservada ao recurso extraordinário, JOSÉ AFONSO DA SILVA, em lição que ainda hoje se aplica, explica que o termo tratado “refere-se a quaisquer convenções internacionais feitas pelo governo federal: convenções, tratados, acordos internacionais aqui se equivalem”.⁴²² Já com relação ao significado da expressão “lei federal”, explica o autor que a lei deverá ter origem e também *natureza* de lei federal, ou seja, deverá “versar matéria da competência legislativa dos órgãos federais (...)”.⁴²³

Para MANCUSO, incluem-se na expressão “lei federal”: (i) as leis federais por definição, ou seja, as que a Constituição deixa à competência privativa da União, e outras formas

⁴¹⁸ A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 119, inciso III, alínea *a* dispunha sobre o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão contrariasse ou negasse vigência a tratado ou lei federal (Cf. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2013).

⁴¹⁹ Desde a Constituição Republicana de 1891, com a redação dada pela Emenda Constitucional publicada no Diário Oficial da União em 7 de setembro de 1926, já se previa o recurso para o Supremo Tribunal Federal, em caso de diferentes interpretações de uma mesma lei federal. Todos os outros textos constitucionais, com pequenas diferenças terminológicas, mantiveram o dissídio pretoriano como fundamento para o recurso extraordinário. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a divergência sobre a lei federal passou a possibilitar o manejo do recurso especial (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., pp. 306-307).

⁴²⁰ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁴²¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 227.

⁴²² Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário...*, cit., p. 205.

⁴²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário...*, cit., p. 175.

de expressão legislativa da União, tais como regulamentos, decretos e leis; (ii) as leis que, conquanto de competência comum ou concorrente, são editadas pela União; e (iii) o Direito estrangeiro incorporado ao Direito interno.⁴²⁴

Ainda segundo o autor, as decisões que desafiam recurso especial por contrariedade ou negativa de vigência do texto legal são aquelas (i) proferidas contra o texto da lei (*sententia contra litteram legis*); (ii) proferidas contra a finalidade da lei (*sententia contra rationem legis*); (iii) em que aplica-se, por analogia equivocadamente reconhecida pelo julgador, texto legal descabido (*sententia contra smile legis*); e (iv) baseiam-se em textos legais de compreensão lacunosa, duvidosa e/ou obscura (*sententia contra legem obscuram*). Na última hipótese, ou “a lei é clara, e então a contrariedade a ela se torna patente, ou “há um razoável consenso em torno de uma dada interpretação, de modo a não se justificar uma outra exegese, contrária”.⁴²⁵

De acordo com a lição de BARBOSA MOREIRA, a hipótese trazida pela alínea *a* do artigo 105 da Constituição Federal, qual seja, contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal, revela peculiaridade semelhante à da norma elencada no artigo 102, inciso III, alínea “a”, que trata da contrariedade à Constituição.

Segundo o autor, tal hipótese diz respeito ao mérito do recurso e não de sua admissibilidade. Assim, a mera alegação de contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal pelo recorrente será suficiente para ensejar o conhecimento do recurso especial. Seu provimento ou não dependerá da análise da efetiva contrariedade ou negativa de vigência do tratado ou do texto legal.⁴²⁶

Tomando em consideração o texto constitucional, questão interessante é saber se ainda persiste o teor da Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal (“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”), no tocante ao recurso especial.

⁴²⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 257.

⁴²⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., pp. 239-248.

⁴²⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., pp. 588-589.

Conforme exposto alhures, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça tem como função constitucional conferir, via recurso especial, a adequada e definitiva interpretação ao texto legal. Dessa forma, entender pelo não cabimento do recurso diante de uma “razoável” interpretação do texto legal pelo Tribunal inferior mostra-se incompatível com sua função constitucional.

Neste sentido, como já ensinava o Ministro MOREIRA ALVES, à época da promulgação da Constituição Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça fixar a melhor interpretação das leis infraconstitucionais em geral, “sem sequer a possibilidade de invocação do princípio enunciado pela Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal”.⁴²⁷

A alínea “b” do permissivo constitucional dispõe, atualmente, que será cabível recurso especial contra decisão que “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”.⁴²⁸ Antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, contudo, a mencionada alínea contemplava, ainda, a hipótese de lei local contestada em face de lei federal. Com a modificação, ela passou a fazer parte das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

Conforme mencionado em item anterior (cf. cap. III, item 1.2.4.1, *infra*), tal hipótese ficou reservada ao recurso extraordinário, pois, segundo abalizada doutrina, o conflito entre *lei local e lei federal*, traduz, “essencialmente, uma questão de ordem constitucional”. Isso porque, “a lei local pode ter cuidado de matéria que a Constituição da República reserva ao legislador federal e, ao fazê-lo, evidentemente, terá infringido a própria Constituição”.⁴²⁹

Por fim, a alínea “c” do artigo 105 da Constituição Federal dispõe ser cabível recurso especial, quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.⁴³⁰ Neste ponto, parte da doutrina entende que referida alínea trata de fundamento autônomo de cabimento do recurso especial, enquanto outra

⁴²⁷ Cf. MOREIRA Alves, José Carlos. Poder..., *cit.*, p. 200.

⁴²⁸ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁴²⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional nº 45..., *cit.*, p. 184.

⁴³⁰ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

defende que a divergência necessariamente deverá versar sobre uma questão federal, nos termos da alínea “a” do permissivo constitucional.⁴³¹

Ao tratar dos aspectos relevantes relacionados ao mencionado permissivo constitucional explica MANCUSO, que o (i) o acórdão recorrido e o paradigma deverão ser provenientes de Tribunais diversos, não bastando que o dissídio se dê entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal; a divergência, por sua vez, deverá (ii) se referir à exegese de um mesmo texto de lei federal (se a lei for local, fica afastada a incidência do recurso); (iii) ser atual⁴³²; e (iv) devidamente demonstrada pelo recorrente nas razões recursais. Vale dizer, o recorrente deverá demonstrar, analiticamente, por meio do *distinguishing* entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido, que a *alegada* divergência é *atual e real*.⁴³³

De qualquer forma, importante notar que tal alínea visa à uniformização do Direito federal infraconstitucional, “como forma de estabelecer precedentes para compor, a partir desse marco temporal, divergências surgidas nas instâncias *a quo*”.⁴³⁴ Isso porque, conforme já ensinava JOSÉ AFONSO DA SILVA, de nada adiantaria um recurso para assegurar a validade e a autoridade da lei federal, se sua interpretação fosse delegada “às inclinações pessoais ou regionais dos julgadores”.⁴³⁵

⁴³¹ No sentido de tratar-se de fundamento autônomo: BRUSHI, Gilberto. Recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, pp. 115-116 e DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p. 335. No sentido de tratar-se de fundamento relacionado à alínea *a* do permissivo constitucional: CARNEIRO, Athos Gusmão, Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, p. 116; MOREIRA Alves, José Carlos. Poder..., cit., p. 200; MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento...*, cit., p. 36. De acordo com EVARISTO ARAGÃO SANTOS, “o debate é em si exemplificativo da pouca importância que (ao menos até aqui) temos dado às orientações precedentes dos tribunais intermediários e à primordial função uniformizadora dos tribunais superiores”. Isso porque, segundo o autor, “tão ou mais importante do que corrigir a interpretação contrária ao direito federal no âmbito estrito de um caso concreto, é corrigir as divergências do sistema, e, com isso, orientá-lo, daquele momento em diante, para uma mesma direção (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., cit., p. 169).

⁴³² Este é o teor da Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça: “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 8 out. 2103).

⁴³³ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, cit., pp. 312-322.

⁴³⁴ Cf. COSTA, Guilherme Recena. Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática, p. 168.

⁴³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário...*, cit., p. 229.

1.2.5.3. A Proposta de Emenda Constitucional nº 209/2012

Não obstante a instituição do requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário, o mesmo não se deu com o recurso especial. Assim, numa comparação, poder-se-ia cogitar que “no plano do direito constitucional brasileiro haja *questões constitucionais que não provoquem repercussão geral*, ao passo que, no patamar relativo às *questões legais de direito federal*, todas elas provocam ou provocariam essa repercussão, dado que não restou instituído —ou, ainda não restou instituído — esse sistema, ou análogo, para o STJ”.⁴³⁶

Por tal motivo, encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição nº 209/2012 (PEC 209/2012), apresentada pela deputada ROSE DE FREITAS e pelo deputado LUIZ PITIMAN, com o objetivo de inserir um §1º ao artigo 105 da Constituição Federal e renumerar o parágrafo único, para atribuir o requisito de admissibilidade da repercussão geral também ao recurso especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Na exposição de motivos da referida PEC 209/2012, menciona-se que, também no Superior Tribunal de Justiça, há “problemas de congestionamento similares aos que suscitaram estabelecer, no âmbito dos recursos extraordinários (competência do Supremo Tribunal Federal), a introdução do requisito da repercussão geral à sua admissibilidade”. No mais, também é mencionada a necessidade de que o Tribunal concentre sua atuação em “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.⁴³⁷

Muito embora a discussão ainda seja recente, a Ordem dos Advogados do Brasil, durante a sessão do Pleno, conduzida em 12 de novembro de 2012, já se posicionou contrária à adoção do requisito da repercussão geral para o recurso especial.

⁴³⁶ Cf. ALVIM, Arruda. *A EC n. 45...*, cit., p. 68. Neste sentido, ver também: CAMBI, Eduardo. Critério de transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF da legitimação democrática da jurisdição constitucional, p. 160-161.

⁴³⁷ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 209, de 23 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

Na oportunidade, o relator da matéria classificou a perspectiva de adoção do instituto como um “golpe na Federação”, já que a “criação do Superior Tribunal de Justiça haveria de representar forma de ampliar – jamais de restringir – a tutela jurisdicional, com vistas à preservação da unidade do direito federal”.⁴³⁸

Ocorre que, como mencionado anteriormente, os recursos excepcionais se enquadram na classe dos recursos de estrito direito e, portanto, não se prestam meramente ao exame da justiça da decisão, mas sim à uniformização de jurisprudência e à manutenção/restabelecimento da unidade do Direito positivo. Ademais, não há que se falar em restrição do acesso à justiça, vez que, com a racionalização da prestação jurisdicional — por meio do prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual— o jurisdicionado terá acesso à ordem jurídica justa.⁴³⁹

Cumprido destacar, por fim, que diante da ausência de mecanismos como a repercussão geral, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, corre-se o risco de privilegiar-se a chamada “jurisprudência defensiva”. Tal situação, por óbvio, não se mostra vantajosa para as partes envolvidas, que terão de arcar com os custos de um processo incerto e, provavelmente, de longa duração; nem para os advogados, “obrigados a caminhar por um autêntico campo minado”; nem tampouco para a própria Corte, que, desprovida de mecanismos adequados para exercer sua função, se vê obrigada a concentrar-se em questões extremamente formais, como por exemplo, a análise de um carimbo de protocolo.⁴⁴⁰

1.3. Técnicas de uniformização interna de jurisprudência previstas no CPC

O Código de Processo Civil, possui, atualmente, duas técnicas, sem natureza recursal,

⁴³⁸ Cf. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB quer rejeição integral da PEC 209/12, que limita recurso especial*. 12 de novembro de 2012. Disponível em <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em 8 out. 2013.

⁴³⁹ Conforme explica MARINONI e MITIDIERO, “a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, *cit.*, p. 32).

⁴⁴⁰ Cf. COSTA, Guilherme Recena. Superior Tribunal de Justiça..., *cit.*, pp. 124-126.

de uniformização da jurisprudência interna⁴⁴¹ dos Tribunais. São elas: o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 (cf. cap. III, item 1.3.1, infra); e a assunção de competência, disposta no §1º do artigo 555, introduzido pela Lei nº 10.352/2001 (cf. cap. III, item 1.3.2, infra). Embora distintas, as duas técnicas visam a uniformizar o entendimento, no âmbito interno do Tribunal, sobre determinada questão de direito.

Segundo DINAMARCO, os institutos têm em comum a função de criar precedentes que devem ser adotados em julgamentos futuros, de modo a evitar “os azares de uma jurisprudência lotérica”.⁴⁴²

Isso porque, como afirma PARENTE, em posicionamento com o qual concordamos, “a manutenção da divergência injustificada perante um mesmo Tribunal é a mais nefasta expressão da desigualdade na aplicação da lei (e perante ela)”. Como explica o autor, a divergência ocorrida entre dois Tribunais da Federação poderia, eventualmente, ser explicada como resultado de peculiaridades regionais, o que, de forma alguma, explicaria o dissídio ocorrido entre duas ou mais Câmaras (ou Turmas) de um mesmo Tribunal.⁴⁴³

Aliás, como já alertava JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, uma vez que os Tribunais são compostos de vários órgãos fracionários, se cada um desse órgãos tiver o poder de estabelecer sua própria jurisprudência sobre determinada questão jurídica, “isso pode propiciar o caos na administração da justiça”, pois há possibilidade de existirem tantas teses jurídicas quantos forem esses órgãos.⁴⁴⁴

Assim, como será demonstrado nos itens subsequentes, se bem utilizados, os mecanismos de uniformização de jurisprudência mencionados constituem importantes instrumentos processuais, na medida em que a divergência jurisprudencial interna gera grave instabilidade da ordem jurídica e não se coaduna com a necessidade de prover segurança jurídica e igualdade perante a lei aos jurisdicionados.

⁴⁴¹ Por jurisprudência interna entende-se o conjunto de decisões de um mesmo Tribunal sobre uma mesma questão jurídica.

⁴⁴² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 138.

⁴⁴³ Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 66.

⁴⁴⁴ Cf. ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento de uniformização de jurisprudência*, p. 112.

1.3.1. O incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476 a 479)

O Anteprojeto do atual Código de Processo Civil, elaborado pelo Professor ALFREDO BUZAID, pretendia inserir no sistema processual solução semelhante aos assentos portugueses, de modo que a decisão tomada pelo Tribunal regional ou pelos Tribunais superiores acerca da questão de direito seria obrigatória e vinculante, enquanto não modificada por acórdão proferido da mesma forma. Ao presidente do Tribunal, caberia baixar assento, no prazo de quarenta e cinco dias, que teria força de lei após publicação no Diário Oficial.⁴⁴⁵

Tal solução, contudo, não foi adotada pelo então novel diploma processual, diante da crítica da doutrina de que o instituto seria inconstitucional. Neste sentido, MONIZ DE ARAGÃO defendia a impossibilidade de adoção dos assentos, vez que, nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal estaria legislando, o que seria vedado pela Constituição.⁴⁴⁶

Assim, ao invés dos assentos originalmente previstos no Anteprojeto, o Código de Processo Civil de 1973 adotou solução intermediária, inspirada nas Súmulas de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁷ e no instituto do prejudgado do Código de Processo Civil de 1939⁴⁴⁸, qual seja, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil⁴⁴⁹. Ao contrário do regime dos assentos, a decisão proferida nos autos do incidente não teria força de lei, nem tampouco seria de observância obrigatória.

Logo após o advento do Código de Processo Civil, MANUEL ALCEU AFONSO FERREIRA sustentava ter sido acertada a solução adotada pelo novo diploma, pois, segundo o autor, a interpretação de um Tribunal sobre determinada questão jurídica “não se pode

⁴⁴⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários..., *cit.*, p. 7.

⁴⁴⁶ Cf. MONIZ DE ARAGÃO, E.D. apud FERREIRA, Manuel Alceu Afonso. Do processo nos Tribunais, p. 153.

⁴⁴⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários..., *cit.*, p. 7.

⁴⁴⁸ Artigo 861: “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” (Cf. BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 out. 2013).

⁴⁴⁹ O mecanismo não se trata de recurso, nem tampouco de ação autônoma, mas sim de incidente processual, a ser instaurado *ex officio* ou por provocação da parte interessada (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de uniformização de jurisprudência*, pp. 26-27).

transmudar em preceito legal — como na hipótese dos ‘assentos’, em boa-hora repudiados —, tudo sob pena de invasão da esfera de atribuições constitucionais do Poder Legislativo”.⁴⁵⁰

Além disso, sob o fundamento da independência jurídica do juiz e da necessidade de que este julgue apenas de acordo com sua própria convicção, sustentava o autor que os “resumos de jurisprudência não podem ter, e não terão jamais, efeitos vinculativos”.⁴⁵¹ Como se sabe, não foi isso o que ocorreu, vez que, com a adoção da súmula de efeito vinculante, pela Emenda Constitucional nº45, de 2004, o entendimento do Supremo, em alguns casos, passou a ser de observância obrigatória para as demais instâncias do Poder Judiciário (cf. cap. III, item 1.4.1, infra).

De acordo com a regra processual trazida pelo artigo 476 do Código de Processo Civil, “compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito” (*caput*), na hipótese em que “verificar que, a seu respeito, ocorre divergência” (inciso I); e/ou quando “no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas” (inciso II).⁴⁵² O

⁴⁵⁰ Cf. FERREIRA, Manuel Alceu Afonso. Do processo nos Tribunais, p. 155.

⁴⁵¹ Cf. FERREIRA, Manuel Alceu Afonso. Do processo nos Tribunais, p. 156.

⁴⁵² Observa BARBOSA MOREIRA, que o círculo de incidência do inciso I é maior do que a do inciso II. Ou seja, a formula do inciso I é tão ampla que abrangeria também aquela prevista no inciso II (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários..., *cit.*, p. 12). Contestando a interpretação de que o inciso I esgotaria a matéria encontrada no inciso II, SIDNEY SANCHES propõe uma “possível harmonização”. O autor defende que no inciso I “basta que se constate a divergência entre duas Turmas, Câmaras ou Grupo sobre a interpretação do Direito. E essa constatação pode ser feita por uma Turma, Câmara ou Grupo que ainda não tenha anteriormente enfrentado a questão”, bastando, portanto, que a divergência já exista no Tribunal. Já a hipótese trazida pelo inciso II, segundo o autor seria cabível em caso de apelação com voto vencido. Isso porque, “comportando embargos infringentes, nestes se examinará o ‘julgamento recorrido’ (isto é, o da apelação), e, então se verificará se entrou em divergência em matéria de direito, com interpretação de outra Turma, Câmara, Grupo, ou Câmaras Cíveis reunidas” (SANCHES, Sidney. Uniformização de jurisprudência, pp. 34). Já MANCUSO, em interpretação contrária, defende que interpretação de SIDNEY SANCHES não é satisfatória e que a melhor exegese do inciso I seria aquela que “conduz à conclusão de que a divergência pode ser *já* existente (=antecedente ao julgamento) ou *surgida durante* o julgamento. Isso porque, “se somente a divergência *já consumada* servisse à instauração do incidente de uniformização, este perderia muito de sua utilidade prática, mormente no que tange ao propósito de *prevenir* a divergência, quando essa se afigure iminente”. Já em relação ao inciso II, o autor endossa o entendimento de BOTELHO DE MESQUITA e sustenta que, ao falar em interpretação que “lhe haja dado *outra* turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”, o dispositivo pressupõe não haver divergência entre o julgamento recorrido e qualquer outro do mesmo órgão que irá julgar o recurso. Essa hipótese somente seria possível em duas situações: (i) o órgão julgador ainda não se pronunciou sobre a tese; ou (ii) o órgão já se pronunciou no mesmo sentido do julgamento recorrido. Este último caso entraria na hipótese

parágrafo único do mencionado dispositivo legal dispõe que a parte poderá requerer, fundamentadamente, a instauração do incidente “ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa”.⁴⁵³

Analisando a dicção do referido dispositivo legal, SIDNEY SANCHES elenca como pressupostos do incidente de uniformização de jurisprudência: (i) o julgamento em curso na Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras; (ii) de recurso ou ação de competência originária; (iii) sobre questão de direito processual ou material, com ou sem repercussão direta no julgamento do mérito da causa⁴⁵⁴; e (iv) existência de divergência⁴⁵⁵ na interpretação de texto legal.⁴⁵⁶

Conforme explica BARBOSA MOREIRA, tendo em vista que o escopo do incidente é a uniformização da jurisprudência interna de um Tribunal da Federação, este não será cabível em hipótese de divergência sobre a *quaestio iuris* entre decisões de Tribunais distintos. Pela mesma razão, entende o autor que o fato da jurisprudência das Cortes superiores ter se pacificado em determinado sentido não impede a uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais inferiores.⁴⁵⁷

Ocorre que se a controvérsia já estiver solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que não há utilidade alguma na instauração do incidente de uniformização no âmbito do Tribunal local, bastando que seja seguida a

prevista no inciso I, restando para o inciso II a hipótese em que o órgão julgador ainda não tenha se pronunciado sobre o assunto. Assim, segundo o autor, o inciso II pressupõe a inexistência, ainda, da divergência, tal como ocorria no antigo instituto do prejulgado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de uniformização de jurisprudência*, pp. 49-54).

⁴⁵³ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

⁴⁵⁴ Ao contrário desse entendimento, BARBOSA MOREIRA entende que a discordância deve ser sobre questão de direito “de cuja solução *dependa* o julgamento da matéria submetida ao órgão”. Assim, se o recurso puder ser julgado sem o pronunciamento sobre a questão jurídica, não caberá a instauração do incidente (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 14).

⁴⁵⁵ Conforme explica PARENTE, a divergência apta a acarretar a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência deve ser atual, o que não se relaciona com a permanência dos julgadores com posições discrepantes (Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, *cit.*, p. 69).

⁴⁵⁶ Com relação ao segundo pressuposto — julgamento de recurso ou de ação originária —, entende o autor que “como a lei não distingue, ao intérprete não é dado distinguir” (Cf. SANCHES, Sidney. *Uniformização...cit.*, pp. 19-20). Essa também é a opinião de BARBOSA MOREIRA: “à luz do inciso I é que se pode afirmar o cabimento do incidente por ocasião do julgamento de causa originária, e não apenas por ocasião do julgamento do recurso” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 12).

⁴⁵⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 13.

orientação das Cortes superiores. Ademais, se instaurado o incidente, caso o entendimento do Tribunal inferior venha a ser sedimentado em sentido diverso ao dos Tribunais superiores, o problema da divergência jurisprudencial somente será agravado.

No mais, cumpre analisar se, verificada a divergência sobre determinada questão jurídica — suscitada pelos juízes, pelas partes ou pelo Ministério Público —, o Tribunal deverá, necessariamente, proceder à instauração do incidente. Vale dizer, se caberia ou não ao Tribunal analisar a necessidade de uniformização do entendimento interno.

A respeito do tema, em texto sobre o então recém criado mecanismo processual, MANUEL ALCEU AFONSO FERREIRA defendia que o que havia sido concedido à parte pelo parágrafo único do artigo 476 era apenas a iniciativa de *sugerir* a instauração do incidente, sugestão esta que não vincularia o Tribunal.⁴⁵⁸ Também nesse sentido, MANCUSO sustenta como uma das razões da modesta efetividade do instrumento justamente o fato do Tribunal não ficar adstrito ao pedido de instauração do incidente, cabendo a este a avaliação da necessidade da uniformização.⁴⁵⁹

Não obstante, deve-se notar que a redação do referido dispositivo (“*compete* a qualquer juiz”) denota um dever do órgão judicante e não apenas uma faculdade. Ademais, conforme mencionado em tópicos anteriores (cf. cap. II, itens 1 e 2, *supra*), a uniformização de jurisprudência não é apenas um direito dos litigantes, mas sim um dever do Estado, de modo a manter a estabilidade da ordem jurídica e propiciar segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados.⁴⁶⁰ Assim, entende-se que não cabe ao julgador qualquer juízo de conveniência ou oportunidade quanto à uniformização das teses jurídicas.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do Código de

⁴⁵⁸ Cf. FERREIRA, Manuel Alceu Afonso. Do processo nos Tribunais, p. 153.

⁴⁵⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 268.

⁴⁶⁰ Nesse sentido: SANCHES, Sidney. *Uniformização...*, cit., p. 21; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 66 e MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 230.

Processo Civil, constitui uma faculdade conferida ao magistrado, que discricionariamente aceita ou não a sua instauração.”⁴⁶¹

O artigo 479, *caput*, do Código de Processo Civil dispõe sobre os efeitos do resultado do incidente, ao determinar que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.⁴⁶² Como se vê, o entendimento sobre determinada questão jurídica, além de não ser dotado de efeito vinculante, somente será objeto de súmula, caso seja tomado pela maioria *absoluta* dos membros do Tribunal.⁴⁶³

Para MANCUSO, a “parca eficácia” desse modelo de uniformização de jurisprudência advém, em certa medida, da “conotação um tanto híbrida” da súmula que pode resultar do incidente: ela seria um *minus* se comparada à eficácia obrigatória das normas legais e um *plus* em contraste com o efeito meramente persuasivo da jurisprudência. Ou seja, ela seria um meio caminho: “mais que um conselho, menos que uma ordem”.⁴⁶⁴

Assim, para o autor, da forma como o incidente de uniformização de jurisprudência restou disciplinado pelo Código de Processo Civil, o *custo* representado pela suspensão do julgamento no órgão fracionário não restou compensado pelos efeitos do julgamento da questão jurídica. Isso porque: (i) a futura emissão de súmula seria apenas uma virtualidade para a hipótese da tese ser tomada pela maioria absoluta do Tribunal; e (ii) na melhor das hipóteses, tal súmula, em princípio, não se reveste de caráter obrigatório em face de casos pendentes e futuros. Vale dizer, a expectativa de

⁴⁶¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 259.029/SP, publicado no D.J. em 13 de março de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 18 out. 2013.

⁴⁶² Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

⁴⁶³ EVARISTO ARAGÃO SANTOS defende que há excessos burocráticos no procedimento, já que provocar o presidente do Tribunal e a maioria absoluta de seus membros, do ponto de vista do volume de serviço, seria pouco viável. Ressalta, ainda, que não parece ideal que um julgador atuante, por exemplo, em Câmara criminal, possa resolver uma matéria cível ou vice-versa. Assim, o autor entende que melhor seria se a uniformização se desse, prioritariamente, pela maioria dos membros cuja competência está relacionada com a questão e, apenas excepcionalmente, pela maioria absoluta do Tribunal (Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, p. 165).

⁴⁶⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 267.

formulação de uma singela súmula, que sequer se revestirá de eficácia vinculativa, desestimula a instauração do incidente.⁴⁶⁵

De fato, como sustenta o autor, “a força persuasiva, que se espera do produto judiciário em seu ponto ótimo — o *direito sumular* — poderia ser alcançada, a menor custo, *sic et simpliciter*, pelo prestígio da própria jurisprudência, reiterada e pacífica, porque esta homogeneidade exegética está a sinalizar que os casos análogos, ainda pendentes, devem seguir a mesma trilha”.^{466 467}

Por tal motivo, já defendia JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, em livro publicado pouco depois do início da vigência do atual Código de Processo Civil, que “a não visualização da ‘tese jurídica’ como norma de observância obrigatória pelo órgão uniformizador, transforma o instituto em estorvo à administração da justiça”. Dessa forma, a tese jurídica fixada no incidente “deve ser observada pelo órgão julgador nos casos idênticos que se sucederem, salvo o seu poder de a revogar, pelo mesmo procedimento de sua criação”.⁴⁶⁸

Sob este enfoque, muito embora, em princípio, o julgamento do incidente tenha eficácia meramente persuasiva para os casos futuros, entende-se que o órgão julgador deve, preferencialmente, seguir seus próprios precedentes. Vale dizer, de nada adianta uniformizar — com todos os transtornos e custos para o caso concreto (e para o próprio Tribunal) que o procedimento requer —, se essa uniformização, por não ser constante e obrigatória, não atinge sua finalidade precípua de impedir a desigualdade perante a lei e a insegurança jurídica.

Ademais, conforme expõe EVARISTO ARAGÃO SANTOS, de nada adianta formar a decisão precedente, por meio da instauração e julgamento do incidente de uniformização, se (i) esta não for adequadamente divulgada; (ii) se não for respeitada

⁴⁶⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., pp. 271-272.

⁴⁶⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 272.

⁴⁶⁷ Não obstante, importante notar que, no atual estágio do Direito processual, a súmula proferida pelo Tribunal local exerce grande influência no julgamento de casos futuros. Nesse sentido, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil (cf. cap. III, item 2.1.1, infra), havendo entendimento sumulado, o próprio Relator negará seguimento ao recurso.

⁴⁶⁸ Cf. ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento de uniformização de jurisprudência*, pp. 138 e 141.

pelo próprio Tribunal e pelos juízos inferiores; e (iii) se não houver algum mecanismo satisfatório de revisão desse entendimento.

Sob este enfoque, o autor entende que a divulgação é o ponto mais simples e poderia ser feita pelo próprio sítio eletrônico do Tribunal. O respeito ao precedente, contudo, seria mais complexo, mas poderia ser obtido por uma intervenção profilática do legislador, para incentivar o *hábito* de respeito aos precedentes. A revisão do entendimento, por fim, não deveria ser feita por órgão menos representativo do que aquele que o formou. Nesse sentido, sugere o autor que tal atribuição deveria ser conferida, mediante alteração legislativa, aos embargos infringentes ou a outro meio de impugnação com essa tarefa.⁴⁶⁹

Além de não alcançar os resultados esperados, deve-se ressaltar, ainda, a parca utilização do referido mecanismo de uniformização pela comunidade jurídica, seja porque os advogados receiam criar precedentes desfavoráveis a seus clientes, seja porque ainda há nos Tribunais um “infundado receio de submissão ao pensamento da maioria”^{470 471}.

Dessa forma, conforme bem expõe MANCUSO, a própria ineficácia prática do procedimento de uniformização de jurisprudência, tal como hoje é regulado pelo Código de Processo Civil, concorre como apoio logístico à ideia da súmula vinculativa.⁴⁷²

Para tentar suprir as lacunas do referido incidente, a Lei n. 10.352/2001 inseriu no sistema a regra da assunção de competência, que será tratada no item a seguir.

⁴⁶⁹ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação..., *cit.*, pp. 166-168.

⁴⁷⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, *cit.*, p. 259.

⁴⁷¹ A mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal, não admite o incidente de uniformização de jurisprudência, sob o fundamento de que o mecanismo seria desnecessário ante a previsão de embargos de divergência contra a decisão que divergir de outra Turma ou do Plenário. Ocorre que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça também são cabíveis embargos de divergência e, ainda assim, o Regimento prevê a instauração do incidente (artigos 118 a 121). Ademais, os embargos de divergência somente são cabíveis em sede de recurso extraordinário, de modo que todos os demais recursos restariam desprovidos de mecanismos de uniformização. Se bem utilizado o incidente, poder-se-ia, inclusive, evitar futuros embargos de divergência.

⁴⁷² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 276.

1.3.2. A assunção de competência (CPC, art. 555, §1º)

A Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 inseriu o §1º ao artigo 555 do Código de Processo Civil, introduzindo no sistema a possibilidade do Relator remeter o julgamento de um recurso de agravo de instrumento ou de apelação a um órgão colegiado mais representativo, “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”⁴⁷³

Tal dispositivo possui como inspiração a regra prevista no artigo 14, inciso II, do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual prevê a remessa, pelas Turmas, “dos feitos de sua competência à Seção de que são integrantes, “quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção”.”⁴⁷⁴

Conforme ressalta DINAMARCO, o referido mecanismo processual está em consonância com a crescente “escalada da valorização da jurisprudência no direito brasileiro”, uma vez que tem como escopo criar precedentes a serem seguidos em futuros julgamentos monocráticos ou colegiados.⁴⁷⁵

Embora o referido mecanismo processual, assim como o incidente tratado no item anterior, tenha como escopo promover a uniformização de jurisprudência no âmbito interno do Tribunal, ele apresenta algumas peculiaridades em relação ao incidente.

A primeira diferença apontada pela doutrina é que da análise da redação do dispositivo — “prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” —, extrai-se a possibilidade de prevenção de uma “divergência futura e possível (sem excluir casos em que ela já esteja positivada em julgamentos pretéritos)”.⁴⁷⁶ Ou seja, enquanto o mecanismo do incidente de uniformização de

⁴⁷³ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

⁴⁷⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013. O Supremo Tribunal Federal também prevê no artigo 22, parágrafo único, alíneas *a* e *b* de seu Regimento interno previsão semelhante.

⁴⁷⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...cit.*, p. 136.

⁴⁷⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...cit.*, p. 139.

jurisprudência pressupõe a preexistência de divergência, o mecanismo trazido pelo §1º do artigo 555 pode ser utilizado para prevenir divergência ainda inexistente.⁴⁷⁷

Outra diferença é que, enquanto o mecanismo previsto no artigo 476 prevê julgamento bipartido (o órgão mais representativo analisará a questão de direito, mas o julgamento propriamente dito do recurso ainda será feito pelo órgão fracionário), o procedimento aqui analisado representa verdadeiro deslocamento de competência para julgamento do recurso. Conforme explica BARBOSA MOREIRA, a vantagem do mecanismo é evitar “o vaivém, causa de maior demora”.⁴⁷⁸

Além disso, deve-se ressaltar que o dispositivo legal determina que o Relator⁴⁷⁹ *poderá* propor o deslocamento de competência, nas hipóteses de “relevante questão de direito”. Dessa forma, a tese jurídica deve se afigurar *relevante*, “primeiro aos olhos do relator, depois ao ver do órgão que está deliberando”, de modo a ser conveniente que a divergência seja prevenida ou composta por órgão de maior envergadura. Tal órgão, contudo, não está obrigado a aceitar essa remessa, incumbindo-lhe verificar a existência do requisito do interesse público no deslocamento de competência.⁴⁸⁰

Sob este enfoque, concordamos com o entendimento de CRUZ E TUCCI para o qual, pela ótica da segurança jurídica, “qualquer divergência de entendimento dentro de um

⁴⁷⁷ Nesse sentido, deve-se ressaltar, contudo, que, conforme anteriormente mencionado, alguns autores defendem que o inciso II do artigo 476 do Código de Processo Civil pressupõe a inexistência, ainda, de divergência.

⁴⁷⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 657. DINAMARCO também ressalta as vantagens do julgamento uno, ao ressaltar que “o novo sistema evita os males da duplicidade de pronunciamentos do tribunal, (...) agilizando os serviços jurisdicionais ao mandar que em uma só sessão e mediante um acórdão o recurso já fique julgado” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...cit.*, p. 140). Em sentido diverso, MARIANA CAPELA LOMBARDI MORETO entende que, embora complexo, o julgamento bipartido é mais adequado, pois “permite ao pleno ou órgão especial do tribunal concentrar-se na fixação da tese jurídica, sem se perder nas particularidades do caso concreto, reservadas à análise do órgão fracionário” (Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 238). Nesse sentido, em tempos em que o volume de processos em trâmite perante os Tribunais alcançou patamares sem precedentes, não há que se falar em uma suposta vantagem no julgamento bipartido apenas para que os julgadores possam concentrar sua atuação total na fixação da tese jurídica. Basta que, numa mesma sessão, de modo cuidadoso e satisfatório, seja primeiro analisada a tese jurídica, para depois, com aplicação desse entendimento, ser realizado o julgamento do recurso propriamente dito, levando-se em conta suas peculiaridades.

⁴⁷⁹ Conforme explica PARENTE, a introdução do referido mecanismo “é mais um dos sintomas das novidades anteriores (Lei nº 9.756/98) direcionadas a enfatizar os poderes do relator (...)” (Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, *cit.*, p.71).

⁴⁸⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, *cit.*, p. 659.

mesmo tribunal passa a ter interesse público”. Segundo o autor, somente essa razão já seria suficiente para demonstrar a prevalência da tradicional técnica de uniformização de jurisprudência.⁴⁸¹

Muito embora não esteja expressa a possibilidade da parte requerer o deslocamento de competência, entende-se não ser possível lhe tolher este direito, ante o direito constitucional de petição. Assim, a parte poderá requerer o deslocamento de competência, por meio de seu próprio recurso, por petição avulsa, ou oralmente antes do julgamento, cabendo ao relator e demais julgadores deferir ou não o pleito.⁴⁸²

Além disso, outra peculiaridade apontada pela doutrina é que o mecanismo de assunção de competência seria aplicável somente aos agravos e aos recursos de apelação (e, por analogia, à remessa obrigatória), vez que são esses os recursos mencionados no *caput* do artigo 555 do Código de Processo Civil.⁴⁸³

Contudo, BARBOSA MOREIRA entende pela possibilidade de utilização do mecanismo no julgamento de outros recursos ou de causas obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição⁴⁸⁴ e DINAMARCO vai além, defendendo a amplitude geral do dispositivo, que seria cabível a todos os recursos de competência dos Tribunais locais e também às causas de competência originária. Ao comentar a interpretação restritiva do referido dispositivo, ressalta o autor que “só pela lógica do absurdo chegar-se-ia a essa interpretação assimétrica, com repúdio aos pilares do *logos de lo razonable*, de aceitação geral.⁴⁸⁵

Note-se, porém, que antes da alteração introduzida pela Lei nº 10.352, o *caput* do artigo 555 do Código de Processo Civil não fazia qualquer menção expressa aos recursos de apelação ou agravos, referindo-se genericamente aos julgamentos das Turmas e

⁴⁸¹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial...*, cit., p. 264.

⁴⁸² Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., pp. 353-353. DINAMARCO entende que “a recusa não constituirá violação a direito algum e não é sequer sujeita a recurso” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...cit.*, p. 139).

⁴⁸³ Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 72.

⁴⁸⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, cit., p. 658.

⁴⁸⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...cit.*, p. 143.

Câmaras. Nesse sentido, num primeiro momento, seria razoável supor que a alteração se deu justamente para contemplar tal restrição.⁴⁸⁶

Ocorre que, conforme explica DINAMARCO, não há que se fazer uma interpretação literal do dispositivo, nem tampouco buscar-se apenas a *mens legislatoris*. Ao contrário, o dispositivo deve ser interpretado de acordo com seus objetivos (interpretação teleológica) e de forma sistemática com as outras técnicas de uniformização de jurisprudência existentes no Código de Processo Civil, de modo a permitir sua aplicação também no julgamento de outros recursos e das causas de competência originária do Tribunal.⁴⁸⁷

Por fim, deve-se ressaltar que, enquanto no incidente de uniformização de jurisprudência, poderá ser editada súmula se tomado o julgamento por maioria absoluta dos membros do Tribunal, o mecanismo de assunção de competência não possui previsão semelhante.

Não obstante, encontrava-se em trâmite perante o Senado Federal projeto de lei, de autoria do Senador PEDRO SIMON e sugerido pela ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, que pretendia inserir dois parágrafos ao mencionado dispositivo legal, para prever a edição da súmula em hipótese em que julgamento fosse tomado por maioria absoluta do Tribunal. Tal projeto, contudo, foi arquivado em razão da aprovação, no âmbito do Senado Federal, do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que reforma o Código de Processo Civil.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 235.

⁴⁸⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma...*cit., p. 143.

⁴⁸⁸ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. PLS – Projeto de lei do Senado, nº 139 de 2004. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 18 out. 2013. Aliás, o referido Projeto do Novo Código de Processo Civil, que atualmente se encontra em trâmite perante a Câmara dos Deputados, traz diversas disposições que atribuem maior eficácia aos precedentes firmados em sede de assunção de competência. Nesse sentido, (i) o artigo 333, inciso III autoriza a improcedência liminar do pedido pelo juiz de primeiro grau, nas hipóteses em que este contrariar entendimento firmado em assunção de competência; (ii) o artigo 507, §3º, inciso III dispensa a remessa necessária quando a sentença estiver em conformidade com entendimento firmado em sede de assunção de competência; (iii) o artigo 521, inciso II determina que “os juízes e os 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” (destaque nosso); (iv) o artigo 945, inciso IV, alínea “c” dispõe que o Relator negará provimento ao recurso que for contrário ao entendimento firmado em assunção de competência e o inciso V, alínea “c”, do mesmo dispositivo legal prevê a hipótese de provimento do recurso, depois de facultada à parte o oferecimento de contrarrazões; (v) o artigo

Do exposto, entende-se que esses dois institutos previstos no Código de Processo Civil devem ser interpretados e aplicados de forma complementar e, se bem utilizados, constituem importantes mecanismos de criação de precedentes a serem aplicados em julgamentos futuros, de modo a promover igualdade e segurança jurídica. Aliás, em que pese eventuais deficiências no regramento dos institutos, entende-se que sua parca utilização e baixa efetividade devem-se muito mais ao receio da comunidade jurídica em utilizá-los: como dito, os advogados receiam criar precedentes desfavoráveis e os julgadores relutam em submeterem-se ao pensamento da maioria.

1.4. Súmula

Em um sistema em que cada vez mais valoriza-se o precedente judicial, como forma de concretização dos princípios da igualdade, da celeridade e da segurança jurídica, faz-se necessário que as decisões emanadas do Poder Judiciário sejam acessíveis e formalizadas do modo mais claro possível, mormente aquelas referentes a questões suscetíveis de repercussão a um número considerável de pessoas, e que, justamente por isso, podem dar origem às chamadas “demandas de massa”⁴⁸⁹.

Nesse contexto enquadram-se os verbetes sumulares, cujos enunciados expressam o entendimento de determinado Tribunal sobre determinada tese jurídica. Nas palavras de

959, §3º dispõe que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos colegiados, exceto se houver revisão de tese” (vi) o artigo 967, inciso II possibilita ao Relator julgar, de plano, o conflito de competência, quando sua decisão de fundar em “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (destaque nosso); (vii) o artigo 1.000, inciso IV determina que caberá reclamação para “garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de *assunção de competência* (destaque nosso); e, (viii) ao tratar dos embargos de declaração, o artigo 1.035, parágrafo único, inciso I determina que será omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento (destaque nosso) (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

⁴⁸⁹ Pela expressão “demandas de massas” entende-se aquelas formadas “por milhares e, às vezes dezenas de milhares, de ações individuais entre si idênticas, nas quais o conflito reduz-se a uma singela questão de direito” (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Questão de fato” em recurso extraordinário, p. 491).

DINAMARCO, “as súmulas figuram como patamar intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões judiciais”.⁴⁹⁰

Como bem observa MANCUSO, o Direito sumular, ainda que desprovido de efeito vinculante, contribui para concretização da “isonomia real, ou substancial, que só pode ser implementada se a igualdade de todos perante a lei abranger tanto a norma legislada (produto final da atividade parlamentar) como a norma julgada (o texto legal aplicado pelo Judiciário no caso concreto)”.⁴⁹¹ Esse também é o entendimento de ROBERTO ROSAS, para o qual a importância da súmula reside no fato de que ela pode não oferecer a melhor tese, mas “oferece um norte e segurança, ao contrário da vacilação dos julgados, ora numa corrente, ora noutra direção”.⁴⁹²

Como mencionado em capítulos anteriores, o sistema processual traz regras específicas para aceleração procedimental, com base na jurisprudência dominante dos Tribunais, o que demanda interpretação de um conceito indeterminado. Isso porque, para fins de aplicação de tais regras jurídicas deve-se, inicialmente, perquirir o significado da expressão “jurisprudência dominante” (cf. cap. III, item 2.1.1, *infra*). Além disso, há necessidade de constatação empírica e quantitativa para verificar, de fato, qual é o posicionamento atual do Tribunal sobre o tema.

O verbete sumular, ao contrário, oferece uma referência objetiva da jurisprudência dominante de determinado Tribunal, que não enseja maiores esforços e divagações por parte do intérprete. Como observa MANCUSO, a súmula pode ser considerada a jurisprudência em seu “ponto ótimo”, na medida em que, resolvido o caso concreto, a tese jurídica encartada no verbete sumular, além de acarretar consequências “endoprocessuais” relevantes, também permite sua aplicação a casos assemelhados (eficácia “panprocessual”).⁴⁹³

Sobre o tema, ROBERTO ROSAS sustenta que o ponto decisivo da importância da súmula não está em sua elaboração, mas sim em momentos futuros: em sua aplicação, alteração

⁴⁹⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência..., *cit.*, p. 130.

⁴⁹¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumulada..., *cit.*, p. 530.

⁴⁹² Cf. ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante, p. 41.

⁴⁹³ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, pp. 98 e 146.

ou cancelamento. Ou seja, “se os julgadores não seguem, de nada vale”, e se o “legislador altera a norma supedâneo do texto, ela será alterada ou cancelada”.⁴⁹⁴

De fato a observância da súmula pelos aplicadores do Direito se mostra essencial para que estes exerçam seu escopo de uniformização de jurisprudência, proporcionando igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados, mas deve-se atentar, principalmente, para sua correta elaboração. Isso porque, quanto mais clara e precisa for sua redação, maior a probabilidade de serem alcançados os resultados almejados.

Neste sentido, como bem observa WAMBIER, os verbetes sumulares, principalmente aqueles que projetam efeitos vinculantes (cf. cap. III, item 1.4.1, *infra*), devem ser elaborados com critério, de forma a não gerar, na medida do possível, problemas de interpretação mais complexos do que aqueles gerados pela lei que lhes serviu de fundamento. Assim, segundo a autora, uma das formas de evitar que o verbete gere problemas interpretativos seria a não utilização de conceitos vagos ou indeterminados em sua redação. E mais: “seu enunciado não pode deixar margem de dúvida alguma a respeito do quadro fático a que se aplicaria”.⁴⁹⁵

Quanto à abrangência do verbete sumular, deve-se ressaltar que este deverá, obviamente, ser mais específico do que a lei que embasou sua edição. Nesse sentido, em texto publicado logo após o advento do instituto da “súmula vinculante”, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER comparam o processo interpretativo pelo qual passa o sentido da norma a um processo de refinamento semelhante à transformação de areia grossa em talco. Ou seja, “se a súmula é a interpretação predominantemente dada à norma por certo tribunal, é evidente que há de ser mais específica do que a norma em si, como talco é mais fino em relação à areia grossa”.⁴⁹⁶

Além disso, não são todas as situações que podem ser sumuladas, mas apenas aquelas que envolvam teses jurídicas puras, capazes de se repetirem de modo absolutamente idêntico, ao longo do tempo. O objeto do enunciado sumular, portanto, deve ser regra

⁴⁹⁴ Cf. ROSAS, Roberto. Da súmula..., *cit.*, p. 41.

⁴⁹⁵ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução, pp. 300-301.

⁴⁹⁶ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, p. 386.

aplicável a fatos cujos aspectos tenham consequências jurídicas, “que possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvam peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para indicação de respectivo regime jurídico”.⁴⁹⁷

Deve-se ressaltar, ainda, que, quando da elaboração do verbete, o foco deve ser dirigido à fundamentação das decisões que lhe darão ensejo. Somente os fundamentos determinantes para a tomada da decisão (*ratio decidendi*) serão relevantes, aplicando-se o mesmo raciocínio utilizado para identificação dos fundamentos determinantes da decisão, para fins de verificação do efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade.⁴⁹⁸

Ocorre que, como observa MARINONI, ainda que corretamente redigidos e bem aplicados, até hoje os enunciados sumulares nunca tiveram muita eficácia no que concerne ao princípio da segurança jurídica, pois além de não serem obrigatórios nem mesmo para o Tribunal que os edita, “nunca contaram com adequada atenção dogmática, necessária à dilucidação de seu uso e revogação”. Isso porque, se assim não foram idealizados, foram compreendidos apenas como mecanismos de resolução de casos menos complexos e repetitivos, sem qualquer preocupação com a coerência e a estabilidade da ordem jurídica.⁴⁹⁹

Assim, ao invés de contribuir para uniformização da jurisprudência, os verbetes acabam apenas demonstrando o que determinado Tribunal já decidiu sobre dada questão jurídica, em determinada época. De fato, basta uma breve análise da súmula dos Tribunais superiores, para se notar que muitos dos verbetes que, na teoria, ainda se

⁴⁹⁷ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre..., *cit.*, p. 300. A autora oferece um exemplo elucidativo. O verbete “locação de imóveis é atividade sujeita a tributação por meio de ISS” não traz nenhuma situação relevante, a não ser o fato de se tratar de “locação de imóveis”. Não há, portanto, nenhuma peculiaridade relevante que possa surgir no caso concreto, pois os aspectos fáticos do caso são “resolvidos” com a expressão “locação de imóveis”. Tal raciocínio, contudo, não se aplicaria ao verbete “a insuficiência do valor recolhido a título de preparo não se equipara a pagamento, para fins de aplicação do art. 511 do CPC”. Isso porque, algumas questões surgem da leitura do enunciado, como, por exemplo, “o que é insuficiência?”; “pode-se reputar insuficiente o valor recolhido, se se recolheu R\$ 1,00 e o preparo teria sido de R\$ 60,00?; ou, “nesse caso deve-se falar em falta de preparo?” (Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre..., *cit.*, p. 301).

⁴⁹⁸ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 269.

⁴⁹⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*, p. 166.

mantem em vigor, não são utilizados ou são negados pelo próprio Tribunal que os editou.⁵⁰⁰

A situação é especialmente preocupante se considerarmos que, conforme mencionado nos itens anteriores, as recentes reformas pelas quais passou o ordenamento processual acabaram por atribuir maior importância aos verbetes sumulares, ainda que não vinculantes. Apenas a título de exemplo, o juiz poderá inclusive não receber o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

No mais, como ressalta MARINONI, a parca eficácia dos enunciados também se deve à sua natureza de metalinguagem, voltada a descrever algo já contido na linguagem da decisão judicial. Ou seja, enquanto a tese jurídica contida na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso concreto, as quais, se não estiverem presentes no caso sob julgamento devem levar a uma diferenciação em relação ao precedente⁵⁰¹ (*distinguishing*), os enunciados sumulares simplesmente neutralizam tais circunstâncias. E tal situação é agravada pelo fato de que nem os advogados, nem tampouco os juízes investigam os julgados que deram origem à edição do verbe sumular, quando se deparam com sua aplicação.

Portanto, no entendimento do autor, melhor que trabalhar no plano dos efeitos vinculantes de determinado verbe sumular, seria reconhecer “a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais”, que tratem de questões de direito,

⁵⁰⁰ Segundo estudo realizado por THOMAZ THOMPSON FLORES NETO, em 2009, trinta por cento dos 1.125 (mil cento e vinte cinco) enunciados não vinculantes editados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, vêm tendo aplicação mitigada pelos próprios Tribunais superiores, não tem aplicabilidade ou merecem revisão ou cancelamento (Cf. NETO, Thomaz Thompson Flores. *Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade?*).

⁵⁰¹ O enunciado sumular não constitui um precedente judicial propriamente dito, pois o precedente, tal como entendido no sistema *common law* (cf. cap. I, item 1.3, supra), refere-se a uma decisão judicial cujos elementos essenciais constantes da fundamentação (*ratio decidendi*) exercem algum tipo de persuasão no julgamento de um caso análogo posterior. Os verbetes sumulares, por sua vez, são enunciados normativos que resumem “teses ou princípios jurídicos encartados numa variedade de casos julgados precedentemente pelo Tribunal” (Cf. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 197. Neste mesmo sentido: STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?*, pp. 284 e ss.) Ou seja, na medida em que o Tribunal reúne uma série de precedentes judiciais com a mesma *ratio decidendi*, e atendidos os requisitos da legislação, o enunciado sumular será editado e poderá, ou não, projetar efeitos vinculantes.

ou seja, dos precedentes judiciais propriamente ditos, tais como entendidos nos países de *common law*.

Sob este enfoque, ao tratar da “súmula vinculante” — mas em síntese que se aplica a todos os enunciados sumulares — WAMBIER bem ressalta que seus escopos somente serão alcançados “com uma magistratura equilibrada, serena, preparada e sobretudo extremamente consciente da importância de seu papel”. Ou seja, cada vez mais (i) deverão ser transparentes os critérios de escolha dos Ministros dos Tribunais superiores, vez que a eles caberá a tarefa de editar os enunciados de efeito vinculante; (ii) os enunciados, além de bem redigidos, deverão tratar de questões passíveis de serem sumuladas; e (iii) ao juiz caberá a tarefa de somente aplicar o enunciado sumular ao caso concreto, se a situação fática se enquadrar perfeitamente naquela trazida pelo verbete (*distinguishing*).⁵⁰²

Dessa forma, ainda que concordemos com a eficácia da observância dos precedentes judiciais como forma de concretização dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, não podemos deixar de admitir que os enunciados sumulares, se corretamente elaborados e bem utilizados pela comunidade jurídica, constituem importantes técnicas processuais para uniformização da jurisprudência.

1.4.1. Súmula vinculante

1.4.1.1. Considerações introdutórias

Conforme já observava DINAMARCO antes da adoção da chamada “súmula vinculante”, os acontecimentos históricos e as reformas que já vinham sendo gradativamente implementadas ao sistema processual, mormente no tocante à importância atribuída aos precedentes judiciais, já demonstravam que a introdução de tal instituto não constituiria uma ruptura, nem tampouco “um ato imprudente de aventura do constituinte”.⁵⁰³

Segundo o autor, quatro momentos históricos bem representam a “caminhada” do Direito no sentido da valorização dos precedentes judiciais, que culminou com a

⁵⁰² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: desastre...*, *cit.*, p. 302.

⁵⁰³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, *cit.*, p. 170.

adoção, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dos enunciados sumulares de efeito vinculante.

O primeiro passo foi a instituição da chamada *súmula da jurisprudência predominante*, no ano de 1963, pelo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. À época, acreditava-se que os enunciados sumulares, além de simplificarem o julgamento das questões mais frequentes, seriam capazes de exercer influência (embora meramente persuasiva) sobre o julgamento das instâncias inferiores, atuando como importantes mecanismos de uniformização de jurisprudência por meio da fixação de teses jurídicas. Com este mesmo objetivo, atribui-se ao Relator o poder de arquivar o recurso extraordinário ou agravo de instrumento a ele relacionado, indicando-se o respectivo número do enunciado sumular.⁵⁰⁴

Após reiteradas alterações no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, a chamada Lei dos Recursos (Lei nº 8.038/90) trouxe para o plano legal as mencionadas disposições regimentais, ratificando os poderes atribuídos ao Relator no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dando igual tratamento ao recurso especial recentemente criado.⁵⁰⁵ A Lei dos Recursos, portanto, seria o segundo acontecimento histórico representativo da caminhada até a adoção do enunciado sumular vinculante.

Ressalta, ainda, o autor, o efeito vinculante atribuído aos precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.⁵⁰⁶ Conforme exposto alhures (cf. cap. III, item 1.1, supra), as decisões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de automática eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 170.

⁵⁰⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 170. Nesse sentido, o artigo 38 do mencionado diploma dispõe que “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” (Cf. BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 out. 2013).

⁵⁰⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 170.

⁵⁰⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 171.

Por fim, o quarto passo da caminhada de valorização da jurisprudência pelo ordenamento jurídico brasileiro seria o advento da Lei nº 9.756/98 (cf. cap. III, item 2.1, infra), que ampliou significativamente os poderes do Relator, “sempre em associação com a observância de precedentes judiciais”.⁵⁰⁸

De fato, conforme exposto em item anterior, mesmo antes da adoção do efeito vinculante para determinados verbetes sumulares emanados do Supremo Tribunal Federal, já era visível no ordenamento jurídico a importância atribuída à jurisprudência dominante e, principalmente, à súmula dos Tribunais, no julgamento de casos concretos posteriores, como forma de uniformização de jurisprudência e aceleração procedimental (artigos 120, parágrafo único, 544, §§ 3º e 4º e 557 do Código de Processo Civil).

Ademais, mesmo após adoção da “súmula vinculante”, a escalada de valorização dos precedentes judiciais pelo Direito processual não restou estagnada. Nesse sentido, a Lei nº 11.276/2006, acrescentou um §1º ao artigo 518 do Código de Processo Civil, para determinar que o juiz de primeiro grau não receba o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (cf. cap. III, 2.2.2, infra). E mais. A Lei nº 11.418/2006 instituiu uma presunção absoluta de existência de repercussão geral, na hipótese em que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (cf. cap. III, item 1.2.4.3, supra).

A reforma de 2004, portanto, apenas consolidou a importância atribuída aos precedentes judiciais pelo Direito processual⁵⁰⁹, de forma a permitir ao Supremo Tribunal Federal⁵¹⁰, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciados sumulares de

⁵⁰⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 171.

⁵⁰⁹ Nas palavras de MANCUSO, “a proposta da súmula vinculante — que não é, nem pretende ser uma panaceia para as deficiências crônicas da Justiça brasileira — vem ao encontro da notória tendência contemporânea para o trato processual em modo coletivo, onde se potencializa a eficácia do julgado, projetado erga omnes ou ao menos ultra partes, numa perspectiva panprocessual” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 369).

⁵¹⁰ Na opinião de DINAMARCO, “seria de toda conveniência que também os tribunais locais fossem autorizados a editar súmulas vinculantes — sempre, nos limites das questões sobre as quais emite o último julgamento (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 176). Já o Ministro Luiz Fux defende a instituição da técnica da súmula vinculante, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o Ministro, “nada, absolutamente nada, justifica que a vinculação se adstrinja ao STF, tanto mais que, se, na atualidade, mantivesse ele sua competência anterior a 1988, o espectro das súmulas seria mais extenso do que o relativo aos poucos dispositivos constitucionais” (Cf. FUX, Luiz. *A súmula vinculante e o Superior Tribunal de Justiça*, p. 28).

observância obrigatória para as demais instâncias do Poder Judiciário e também para a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Neste sentido, a súmula vinculante apresenta uma “gênese diferenciada” em relação aos enunciados sumulares comuns mencionados no item anterior, pois, (i) só pode ser editada, cancelada ou alterada pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) deve incidir sobre validade, interpretação ou eficácia de norma constitucional, (iii) sobre o qual exista controvérsia atual entre os órgãos do Poder Judiciário (ou entre estes e a Administração Pública) (iv) apta a provocar grave insegurança jurídica e relevante proliferação de demandas repetitivas.⁵¹¹ Além disso, enquanto a desobediência aos enunciados sumulares desafia apenas recursos, ainda que com procedimento acelerado, a desobediência à súmula vinculante desafia reclamação ao Supremo Tribunal Federal, tal como ocorre com as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Na definição de SHIMURA, trata-se de “outra forma de uniformização de jurisprudência, como ocorre na jurisdição coletiva, a exemplo da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”. Assim, mesmo que o indivíduo não tenha sido parte, deverá se beneficiar do efeito vinculante da súmula, que será estendido para todos que se encontrarem na mesma situação fática e jurídica das reiteradas decisões que deram ensejo à edição do enunciado sumular vinculante.⁵¹²

Justamente por este motivo, entende-se que, embora não se possa descartar sua contribuição para a tão almejada celeridade processual, a grande contribuição do instituto da súmula vinculante deve ser observada nos planos da segurança jurídica e da igualdade, na medida em que casos iguais receberão respostas homogêneas do Poder Judiciário, garantindo maior estabilidade e prestígio a suas decisões.⁵¹³

1.4.1.2. Objeto e requisitos

De acordo com o artigo 103-A, §1º, da Constituição Federal, inserido por meio da

⁵¹¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 344.

⁵¹² Cf. SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante, p. 761 e 766.

⁵¹³ Neste sentido: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, cit., p. 91.

Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a súmula vinculante “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas⁵¹⁴ e, de acordo com o *caput* do mencionado dispositivo constitucional, será elaborada “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Já o §1º do artigo 2º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006⁵¹⁵, que regulamentou o instituto, além de trazer os mesmos requisitos para sua elaboração, corrigiu o termo *objetivo* por *objeto*.⁵¹⁶

Da exegese dos dispositivos mencionados, pode-se perceber que a súmula vinculante terá como *objeto* a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, desde que a questão envolva, de alguma forma, matéria constitucional. Isso porque, enquanto o §1º do artigo 103-A da Constituição Federal trata genericamente de interpretação, validade ou eficácia das normas, o *caput* do dispositivo restringe seu âmbito de abrangência, ao dispor que a súmula somente poderá ser editada “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

O Supremo Tribunal Federal poderá, contudo, emitir súmula vinculante que não necessariamente trate de Direito constitucional puro, mas sim de regra ordinária (inclusive de Direito processual) cuja análise esteja relacionada ao texto da Constituição Federal.⁵¹⁷ Aliás, basta uma breve análise dos trinta e dois enunciados sumulares de

⁵¹⁴ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁵¹⁵ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵¹⁶ Antes do advento da Lei nº 11.417, de 2006, já alertava BARBOSA MOREIRA que a redação da Emenda Constitucional não chegava “a ser um primor de elegância: sem dificuldade alguma percebe-se, por exemplo, que na validade, interpretação e eficácia das normas não reside seu ‘objetivo’, mas o ‘objeto’ — coisa diferente — da ‘súmula vinculante’” (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional nº 45..., *cit.*, p. 186).

⁵¹⁷ Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004, p. 708 e PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, *cit.*, p. 96-97. Já BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES defende que apenas questões que envolvam de forma *direta* o texto constitucional podem ser objeto de súmula vinculante. Isso porque, a súmula deve ser elaborada a partir de decisões tomadas em casos concretos, os quais são levados à apreciação da Corte por meio de recurso extraordinário. O recurso extraordinário, por sua vez, somente será conhecido se a violação alegada pelo recorrente não envolver análise conjunta de normas infraconstitucionais. Contudo, o autor reconhece que as questões que envolvam a interpretação *reflexa* da Constituição podem ser objeto de súmula vinculante, nas hipóteses em que levadas ao conhecimento do Supremo por meio de recursos ordinários ou de demandas de sua competência originária (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, Lei n. 11.417/2006, p. 269).

efeito vinculante emitidos até o momento pelo Supremo, para perceber-se que nem todos tratam de matérias puramente constitucionais.

No mais, as normas que regulamentam o instituto trazem alguns requisitos para edição da súmula de efeito vinculante, tais como (i) existência de reiteradas decisões sobre a mesma questão de direito; (ii) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete (ii) grave insegurança jurídica e (iii) relevante multiplicação de processos.

Sobre o primeiro requisito, percebe-se a preocupação do legislador com a maturidade da questão constitucional, antes que esta seja objeto de súmula vinculante. Assim, a norma traz o requisito de existência de reiteradas decisões sobre o mesmo tema, pois, nas palavras de MANCUSO, “é justamente esse caudal de acórdãos consonantes uma mesma *quaestio juris* que permitirá aferir se já está pacificado e assentado o entendimento, a ponto de merecer extração de uma súmula”.⁵¹⁸ Vale dizer, antes de se tornar vinculante, o entendimento deve ser, ao menos, predominante na Corte, de modo a evitar que os enunciados sejam revisados ou alterados logo após sua edição.⁵¹⁹

Ocorre que, infelizmente, nem todos os enunciados de efeito vinculante emitidos até o momento respeitaram esse requisito. Como exemplo, pode-se citar o enunciado nº 11, que trata da excepcionalidade do uso de algemas, cuja edição foi lastreada em um único precedente (Habeas Corpus nº 91.952/SP), julgado na sessão anterior à sua aprovação.⁵²⁰

⁵¹⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Súmula vinculante...*, *cit.*, p. 709-710.

⁵¹⁹ Este não é o entendimento de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, para o qual há duas hipóteses de aprovação de enunciados sumulares de efeito vinculante. A primeira hipótese, disposta no *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal decorreria “de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com o que o verbete passará a representar a consolidação da inteligência dos Tribunais sobre a matéria”. A outra hipótese, prevista no §1º do mencionado dispositivo, objetivaria “eliminar divergência dentro do Poder Judiciário ou entre este e a administração pública em geral”. Assim, a edição de verbete vinculante sobre o uso de algemas após análise de somente um caso concreto sobre o assunto não teria desrespeitado qualquer requisito constitucional (Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Dois hipóteses para súmulas vinculantes*. Disponível em <[http:// abdir.jusbrasil.com.br/noticias](http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias)>. Acesso em 11 nov. 2013). Não concordamos com tal entendimento, vez que, de acordo com a técnica legislativa, o *caput* da norma contém a regra geral, enquanto seus parágrafos a complementam ou apresentam exceções (Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 112).

⁵²⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11, publicados no D.J. em 12 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 nov. 2013.

Com relação ao segundo requisito, qual seja, a atualidade da controvérsia, deve-se ressaltar que seria de todo inútil editar enunciado sobre tema não atual, sobre o qual não exista discussão no âmbito do Poder Judiciário ou entre este e a Administração Pública.

Isso porque, conforme anteriormente mencionado, o enunciado sumular justifica-se exatamente por sua capacidade de uniformização de jurisprudência. Se não há controvérsia atual, nada há a uniformizar.⁵²¹ No mais, a controvérsia deve se dar no âmbito do Poder Judiciário, ou entre seus órgãos e a Administração Pública, não bastando mera controvérsia doutrinária ou administrativa acerca de determinada questão de direito.

Deve-se ressaltar, ainda que a controvérsia que se pretende dirimir com a edição de súmula vinculante, de acordo com o requisito constitucional, deve acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos⁵²² sobre idêntica questão de direito.

Sob este enfoque, entende-se que tal exigência sequer precisaria constar da norma constitucional, pois qualquer divergência jurisprudencial sobre interpretação, validade ou eficácia de norma, em confronto com o texto da Constituição Federal, já seria capaz de causar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.⁵²³

⁵²¹ Por este motivo, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES compara esse requisito de admissibilidade para criação de súmula com o interesse de agir para obtenção da tutela jurisdicional (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 271).

⁵²² Como explica MANCUSO, apesar de não ser a solução para todos os problemas da Justiça brasileira, a súmula vinculante “apresenta-se como uma contribuição para o controle da excessiva proliferação dos feitos repetitivos, nas chamadas demandas múltiplas, que empolgam conflitos de massa” (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 395).

⁵²³ Neste mesmo sentido: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 109. Em sentido oposto, DINAMARCO afirma que “ainda que haja discrepância entre julgados, deixa de existir uma razão social para o empenho de uniformizar mediante súmulas de eficácia *erga omnes* enquanto da divergência não resultarem incômodos a um número significativo de pessoas” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões...*, cit., p. 177). Nessa mesma direção, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES entende que toda controvérsia sobre determinada questão jurídica causa alguma insegurança. Contudo, ela será qualificada como grave, na medida em que atingir “um valor caro ao ordenamento jurídico ou algum aspecto fundamental à vida em sociedade”. Além disso, para o autor, ainda que a questão seja controversa, ela apenas poderá ser sumulada se formar uma questão de massa (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 271).

1.4.1.3. Procedimento de edição, revisão e cancelamento

O procedimento para edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante encontra-se disposto na Lei 11.417/2006 e nos artigos 354-A a 354-G do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Em consonância com o exposto no presente trabalho, mais importante que a própria edição do verbete sumular é a previsão de procedimento para sua revisão e cancelamento. Isso porque, conforme já ponderado por WILLIAM SANTOS FERREIRA quando do advento do instituto, após a uniformização, se tivermos um sistema demasiadamente rígido, “corremos o risco de impedir a evolução de pensamento e com isto eternizar uma posição, até por acomodação doutrinária ou jurisprudencial”.⁵²⁴

De acordo com o artigo 103-A, da Constituição Federal⁵²⁵, e com o artigo 2º, *caput*, da Lei 11.417/2006⁵²⁶, o procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá ser instituído de ofício por um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal⁵²⁷, ou por provocação de um dos legitimados dispostos nos incisos do artigo 3º da mencionada Lei.

Nesse sentido, determinou o §2º do artigo 103-A, da Constituição Federal, inserido em 2004, que, sem prejuízo do que viesse a ser estabelecido pela legislação infraconstitucional, os legitimados para instauração do procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante seriam aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.⁵²⁸

⁵²⁴ Cf. FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante..., *cit.*, p. 801.

⁵²⁵ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013

⁵²⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵²⁷ De acordo com BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, a instauração *ex officio* de procedimento para edição da súmula vinculante deverá sempre ocorrer incidentalmente a algum processo, dada a vocação do instituto para refletir a orientação do caso concreto. Assim, somente faria sentido a instauração de procedimento autônomo para revisão ou cancelamento do verbete, em caso de revogação ou modificação da lei em que se fundou sua edição (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 273).

⁵²⁸ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013. BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

Como permitido pelo dispositivo constitucional, o artigo 3º da Lei 11.417/2006, expandiu o rol de legitimados, possibilitando também aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares a propositura de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.⁵²⁹ O §1º do mencionado dispositivo legal ainda permitiu ao Município propor a edição, revisão e cancelamento da súmula, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, o que não autoriza a suspensão do processo.⁵³⁰

Ato subsequente à autuação da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, o Presidente da Corte analisará se foram preenchidos corretamente todos os requisitos formais (artigo 354-A do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal) e, em sendo positivo o juízo, a Secretaria Judiciária publicará edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados, no prazo de cinco dias. A seguir, os autos serão encaminhados ao Procurador Geral da República (artigo 354-B).⁵³¹

afirma que, na escolha entre um dos instrumentos do controle direto de constitucionalidade e a proposta de súmula vinculante, o legitimado deverá levar em consideração o fato de que o processo pertinente à súmula não possui natureza dúplice. Ou seja, a rejeição da criação da súmula não terá o condão de conferir efeito vinculante à posição contrária (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 276).

⁵²⁹ Entende-se que tal inclusão se mostra perfeitamente em consonância com a prática judiciária, pois, tendo em vista que os recursos dirigidos aos Tribunais de Justiça não possuem argumentação vinculada, será nessa sede a maior possibilidade de surgirem argumentos pela edição e, principalmente, pela modificação da súmula.

⁵³⁰ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵³¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013. O §2º, do artigo 2º, da Lei 11.417/2006 também determina que “o Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante” (Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013).

Após parecer do Procurador-Geral da República, o Presidente deverá submeter, por meio eletrônico, as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante aos Ministros integrantes da Comissão de Jurisprudência, para que se manifestem no prazo comum de quinze dias. Decorrido o prazo, ainda que sem manifestação, a proposta deverá ser remetida para apreciação dos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum (artigo 354-C). Em seguida, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Pleno, mediante inclusão em pauta (artigo 354-D).⁵³²

Diante do disposto no artigo 103-A, *caput*, da Constituição Federal e do artigo 2º, §3º da Lei 11.417/2006, na sessão plenária, a edição, revisão ou cancelamento do verbete dependerá da decisão de dois terços dos membros do Tribunal.⁵³³ Note-se que a exigência de maioria qualificada para edição, revisão ou cancelamento da súmula de efeito vinculante demonstra a intenção do legislador em reservar tal instituto para questões em que não haja grande divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conferindo-se maior estabilidade aos verbetes sumulares aprovados.⁵³⁴

Se a decisão for pela aprovação do verbete sumular vinculante, esta deverá ser fundamentada, como toda e qualquer decisão emanada do Poder Judiciário, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Ademais, além da fundamentação, se a decisão for pela criação ou alteração da súmula, na parte decisória deverá constar o inteiro teor do enunciado ou do resultado de sua modificação.

Por outro lado, se a decisão for pela rejeição da proposta de súmula vinculante, entende-se que não será possível a imediata criação de enunciado sumular vinculante em sentido contrário à orientação firmada na jurisprudência, mesmo se dois terços dos Ministros

⁵³² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013. O §2º, do artigo 2º, da Lei 11.417/2006 também determina que “o Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante” (Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013).

⁵³³ Vale ressaltar, neste ponto, que para que os atuais verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal possam projetar efeitos vinculantes, também deve haver satisfação deste requisito, conforme regra trazida pelo artigo 8º da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

⁵³⁴ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 278.

assim entenderem. Isso porque, a técnica da súmula vinculante visa conferir efeito vinculante a um posicionamento já existente no momento de sua criação, sendo, portanto, inadmissível impor solução diversa daquela que consta dos precedentes que serviram de base para instauração da proposta de sua criação. Vale dizer, é inadmissível atribuir natureza dúplici à sumula vinculante.⁵³⁵

Com relação à revisão ou cancelamento do enunciado sumular vinculante, questão interessante é saber se poderão ser utilizados outros instrumentos, tais como ação direta de inconstitucionalidade ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao invés do procedimento previsto na Lei 11.417/2006, em função do efeito normativo da súmula vinculante.

Nesse sentido, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar agravo regimental na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 80, na qual foi indicado como ato lesivo o enunciado nº 666 da Corte, entendeu que os enunciados de súmula apenas traduzem o entendimento sintetizado do Tribunal e, portanto, não podem ser considerados atos lesivos a preceito fundamental. Contudo, já naquela ocasião, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE fez constar ressalva de que a questão deveria ser novamente debatida pela Corte, quando versar sobre súmula vinculante, já que esta não constitui apenas “um método de trabalho do Supremo”.⁵³⁶

Ocorre que, por mais que a súmula de efeito vinculante tenha força normativa, ela nunca perderá sua característica de ato interpretativo, emanado do Poder Judiciário, com o objetivo de esclarecer a norma constitucional ou de interpretar norma infraconstitucional em face da Constituição. Assim, as ações diretas de constitucionalidade poderão, quando muito, atingir indiretamente o enunciado sumular vinculante, caso venha a ser atingida sua base normativa.⁵³⁷

⁵³⁵ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 278.

⁵³⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo regimental na arguição de preceito fundamental nº 80, publicado no D.J. em 10 de ago. de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵³⁷ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 274. No entendimento de MANCUSO, a súmula vinculante emitida pelo Supremo Tribunal Federal poderá ter sua constitucionalidade questionada, pela via direta ou incidental, caso que lhe falte algum dos pressupostos constitutivos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 417).

Importante ressaltar, por fim, que Lei 11.417/2006 regulamentou, no §3º de seu artigo 2º, a participação do *amicus curiae*, ao dispor que “o relator poderá⁵³⁸ admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.⁵³⁹ Nesse sentido, mais do que contribuir para o debate, a participação de terceiros no procedimento legitima a decisão que será proferida e que produzirá efeitos vinculantes no âmbito do Poder Judiciário e da Administração Pública.⁵⁴⁰

Como se vê, à semelhança do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, a súmula vinculante propiciará a uniformização de jurisprudência “de cima para baixo”, motivo pelo qual a possibilidade de participação de terceiros no procedimento de edição, revisão ou cancelamento do enunciado sumular vinculante mostra-se essencial para garantir o contraditório social, de forma a legitimar a decisão que se pretende adotar.

1.4.1.4. Eficácia, efeito vinculante e modulação de efeitos

A decisão que cria, modifica ou cancela um enunciado sumular vinculante produz efeitos imediatos, a partir de sua publicação no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União (Constituição Federal, artigo 103-A, *caput*⁵⁴¹ e Lei nº 11.417/2006, artigo 2º, *caput*⁵⁴²), mas *ex nunc*. Vale dizer, por respeito ao princípio da segurança jurídica e

⁵³⁸ MARIANA CAPELA LOMBARDI MORETO critica o termo utilizado pelo dispositivo legal, pois, no entendimento da autora, “dada a magnitude dos efeitos da súmula vinculante, mais correto seria se a lei falasse que o relator deverá admitir a intervenção de terceiros”. Ressalta, nesse sentido, que para restringir os terceiros legitimados a intervir, a lei poderia exigir uma espécie de pertinência temática, tal como ocorre nas ações coletivas (Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 108).

⁵³⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁴⁰ Cf. FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante..., *cit.*, p. 822. Mesmo antes do advento da Lei 11.417/2006, sustentava PARENTE que a possibilidade de que terceiros legitimados pudessem participar do procedimento de elaboração, revisão e cancelamento da súmula garantiria sua “representatividade federativa”, possibilitando ampla discussão sobre o assunto, com conseqüente maturidade do tema, necessária inclusive para o almejado efeito pedagógico que se espera do instituto (Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência...*, *cit.*, p. 103).

⁵⁴¹ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁵⁴² Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o

dada sua natureza constitutiva — cria uma nova situação ao conferir vinculatividade a precedentes judiciais já existentes ou ao modificar um entendimento jurisprudencial já consolidado —, a decisão de procedência da proposta de edição e, principalmente, de modificação ou cancelamento de enunciado sumular vinculante deve produzir efeitos exclusivamente *ex nunc*.⁵⁴³

Sobre a mudança de entendimento jurisprudencial consolidado, como bem observa DINAMARCO, o veto constitucional à retroatividade das leis, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º, deve incidir, por analogia, na jurisprudência nova, que não deverá atingir casos pretéritos, já consumados sob a égide do antigo entendimento. Nesse sentido, ressalta o autor que não há qualquer diferença entre a imposição retroativa de uma lei, atingindo situações consumadas em flagrante violação à segurança jurídica, e a imposição retroativa de uma nova jurisprudência superior, que, na prática, determinará o modo como serão decididas essas situações já consumadas.⁵⁴⁴

Ainda no que tange a eficácia do enunciado sumular vinculante, dispõe o artigo 5º da Lei 11.417/2006, que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.⁵⁴⁵

Ocorre que, como é cediço, a lei revogada ou alterada continuará a regular as situações consolidadas durante sua vigência. Assim, não há sentido para o cancelamento imediato da súmula, devendo ser admitida sua modificação para explicitar que ela apenas continua aplicável às situações consolidadas até a data de início de vigência da nova lei.⁵⁴⁶

cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁴³ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 274.

⁵⁴⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Mutações jurisprudenciais e a expectativa dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos, pp. 102-103.

⁵⁴⁵ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁴⁶ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 281.

Tal entendimento, contudo, não será aplicável aos casos em que a lei for declarada inconstitucional em sede de controle direto de constitucionalidade. Nessas hipóteses, a súmula deverá ser imediatamente cancelada, vez que a decisão produzirá efeitos *ex tunc*.

Muito embora o artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 determine a eficácia imediata do verbete sumular vinculante⁵⁴⁷, o referido artigo também prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, por decisão de dois terços de seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que a súmula só tenha eficácia a partir de outro momento, tal como ocorre nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

Como visto em tópico anterior, a prática de modulação dos efeitos das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal tem origem na Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Nessas ações, a modulação de efeitos dirá respeito à restrição de sua própria eficácia *ex tunc*, em respeito às expectativas de todos os que cumpriam a lei, posteriormente declarada inconstitucional.

Ocorre que, como a eficácia da súmula vinculante é *ex nunc*, somente poderá haver modulação de efeitos para que (i) esta se torne vinculante em momento posterior ao de sua publicação no Diário Oficial, ou para que (ii) ela seja parcialmente vinculante.⁵⁴⁸

Com relação à modulação temporal da eficácia da súmula, entende-se que, durante certo período de tempo, ou seja, enquanto ainda não vinculante o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer solução contrária à adotada. Isso porque, não faz qualquer sentido utilizar-se do mecanismo de modulação de efeitos, apenas para que aqueles que seriam atingidos pelo efeito vinculante possam decidir livremente por mais tempo.⁵⁴⁹

Já no que tange à possibilidade de modulação de efeitos para que a súmula seja apenas parcialmente vinculante, sustenta TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que o legislador

⁵⁴⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁴⁸ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 280.

⁵⁴⁹ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 280.

pretendeu estabelecer outro tipo de restrição, além do temporal. Segundo a autora, por razões excepcionais de segurança jurídica e de interesse público, o efeito vinculante poderá ser restringido a determinadas pessoas ou regiões.⁵⁵⁰

Com relação ao efeito vinculante da súmula, deve-se ressaltar que seus limites objetivos deverão ser fornecidos por seu próprio enunciado. Porém, este enunciado, conforme anteriormente mencionado, deverá representar a síntese da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre determinada questão jurídica. Vale dizer, deverá expressar a *ratio decidendi* dos reiterados precedentes da Corte, que levaram à edição do verbete sumular vinculante.

O artigo 103-A da Constituição Federal fixa os limites subjetivos da súmula, ao dispor que o efeito vinculante será de aplicação restrita “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.⁵⁵¹

Nesse sentido, uma interpretação apenas literal da expressão “demais órgãos do Poder Judiciário” poderia levar à conclusão equivocada de que o efeito vinculante dos enunciados sumulares não atingiriam o Supremo Tribunal Federal. Contudo, parece ilógico supor que a Corte possa deliberada e injustificadamente desrespeitar o extrato de sua própria jurisprudência, que ela mesmo dotou de efeito vinculante.⁵⁵² Assim, a não vinculação do Supremo diz respeito somente à possibilidade de modificação e cancelamento do enunciado sumular vinculante, não constituindo autorização para o desrespeito aos seus próprios precedentes.⁵⁵³

Ainda sobre os limites subjetivos do efeito vinculante, questão interessante é saber se o Poder legislativo se encontra vinculado ao enunciado da súmula.

⁵⁵⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante, p. 18. Essa não é a opinião de BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES. Para o autor, causa perplexidade a possibilidade do Supremo Tribunal Federal poder restringir os efeitos vinculantes da súmula. Isso porque, restringir os efeitos vinculantes somente ao Poder Judiciário ou somente à Administração contraria o próprio escopo do instituto de impor respeito a uma determinada interpretação de Direito. Além disso, restringir o efeito à parte da súmula não teria sentido, vez que bastaria reduzir sua amplitude. Por fim, segundo o autor, “seria odiosa uma restrição espacial da vinculatividade da súmula, aplicando-a apenas a parte do território nacional, a não ser em situações excepcionalíssimas” (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, pp. 280-281).

⁵⁵¹ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁵⁵² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 413.

⁵⁵³ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 285.

Nesse sentido, RODRIGO JANSEN entende pela vinculação do Poder legislativo, ao sustentar que a vinculação projetada pela súmula pode ser direta ou indireta. A vinculação direta atingiria o Poder Judiciário e a Administração Pública. Já a indireta, seria genérica, abrangendo tanto o Poder Legislativo, como os próprios particulares. A diferença entre a vinculação do Poder Legislativo e a vinculação da Administração Pública e do Poder Judiciário residiria na possibilidade do manejo do instrumento da reclamação.

De acordo com o autor, com a edição de um enunciado sumular vinculante, fixa-se uma interpretação do texto constitucional. Essa interpretação somente poderá ser alterada (i) pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por meio da revisão de seu posicionamento, ou (ii) pela alteração do texto constitucional. Porém, nos casos em que a súmula firmar interpretação fundada em cláusulas pétreas, nem mesmo uma emenda constitucional poderia alterá-la.⁵⁵⁴

Em que pese a coerência dos argumentos utilizados pelo autor, entende-se que a atividade legislativa não está vinculada à súmula, mas sim à própria Constituição Federal. Vale dizer, caso seja aprovada lei contrária ao texto constitucional e, indiretamente, contrária à súmula vinculante, caberá ao Supremo decidir sobre a constitucionalidade dessa lei, pela via incidental ou direta. Isso não significa dizer, contudo, que o efeito vinculante abrange também o Poder legislativo. Ademais, o artigo 103-A é expresso ao dizer que somente o Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública serão atingidos pelo efeito vinculante da súmula.

1.4.1.5. Não aplicação ou aplicação indevida

O §3º, do artigo 103-A, da Constituição Federal dispõe que “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o

⁵⁵⁴ Cf. JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica, p. 55.

ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.⁵⁵⁵

O artigo 7º, da Lei 11.417/2006, complementa a regra trazida pela Carta Magna, ao prever que, nos casos mencionados, “cabará reclamação ao Supremo Tribunal Federal, *sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação*” (destaque nosso). Já o §1º do referido dispositivo legal restringe o cabimento da reclamação contra omissão ou atos da Administração Pública aos casos em que forem esgotadas as vias administrativas.⁵⁵⁶

Em relação aos enunciados sumulares vinculantes também se aplica o teor da Súmula nº 734 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “não cabe reclamação quando já houver trânsito em julgado do ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.^{557 558}

Da análise das normas mencionadas, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que o ato judicial ou administrativo (i) contrariar o disposto na súmula; (ii) omitir-se sobre seu conteúdo, quando deveria aplicá-la; (iii) ou aplicá-la incorretamente, “conferindo-lhe um sentido equivocado ou aplicando-a a situação que não se submeta à sua *ratio*”.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

⁵⁵⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁵⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 734. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 nov. 2013.

⁵⁵⁸ Pelo cabimento de ação rescisória, pelo inciso V, do artigo 485 do Código de Processo Civil contra a decisão judicial, já transitada em julgado, que contraria enunciado sumular vinculante: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 121 e PASSONI, Marcos Paulo. Sobre o cabimento da ação rescisória com fundamento em violação à literal proposição de súmula vinculante, p. 243. Entende-se, contudo, pelo não cabimento de ação rescisória na hipótese mencionada, pois, conforme exposto, apesar de seu caráter normativo, a súmula vinculante apenas fixa a interpretação a ser atribuída à norma e com ela não se confunde. Vale dizer, a súmula vinculante não se confunde com a lei, na medida em que apenas fixa diretrizes interpretativas. Portanto, a ação rescisória, somente poderá ser ajuizada para combater decisão judicial que contrariar a norma que, eventualmente, deu ensejo ao verbete sumular vinculante.

⁵⁵⁹ Cf. LOPES, Bruno Vascelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 285.

Nesse sentido, como bem sintetiza MANCUSO, haverá o descumprimento da súmula vinculante (i) *comissivamente*, na hipótese em que a decisão judicial ou ato administrativo aplicar indevidamente o enunciado da súmula, seja em razão de leitura errônea, seja pela aplicação a caso concreto excluído de seu âmbito; ou (ii) *omissivamente*, nas hipóteses em que for recusada a aplicação do verbete, seja por mera negativa de vigência, raciocínio equivocado ou razões inconsistentes.⁵⁶⁰

No que se refere à decisão judicial, dispõe o artigo 7º da Lei 11.417/2006 que a reclamação será cabível “sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.⁵⁶¹ Assim, a reclamação poderá ser manejada em conjunto com recursos ou outra ação impugnativa autônoma.

Se a reclamação for julgada procedente, o recurso ou a ação impugnativa autônoma eventualmente manejados perderão o objeto, pois não será possível julgar recurso ou ação contra decisão antes cassada pelo Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, se o recurso ou a ação impugnativa forem providos antes do julgamento da reclamação, esta também perderá seu objeto, pois não será possível cassar ou anular decisão que não mais subsiste.⁵⁶²

Sob este enfoque, questão interessante é saber o que ocorrerá com a reclamação, com o recurso ou com a ação impugnativa autônoma, se o julgamento tomado em primeiro lugar for pela manutenção da decisão.

Na hipótese mencionada, se o recurso ou a ação impugnativa autônoma forem julgados previamente à reclamação, esta restará prejudicada e perderá seu objeto, vez que a decisão reclamada não mais subsistirá. Por outro lado, se a reclamação for tida como improcedente, previamente ao recurso e à ação impugnativa autônoma, em princípio, o Tribunal continuaria livre para decidir se ocorreu ou não violação à súmula vinculante. Todavia, mostra-se de todo preferível que a decisão acompanhe a proferida pelo

⁵⁶⁰ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial*, cit., p. 425.

⁵⁶¹ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

⁵⁶² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial*, cit., p. 408.

Supremo Tribunal Federal, evitando-se que a parte prejudicada promova nova reclamação que possivelmente será provida pela Corte.⁵⁶³

Nos termos do artigo 14, inciso II, da Lei 8.038/1990, o relator “ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado”. Assim, o procedimento da reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar comporta a concessão de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Porém, como somente é possível antecipar aquilo que poderá ser obtido ao final do processo, apenas a suspensão dos efeitos do ato ou decisão judicial poderá ser determinada no curso da reclamação. Qualquer outro proveito deverá decorrer do manejo de outras vias.⁵⁶⁴

Em sendo julgada procedente a reclamação, a decisão será cassada e o Supremo Tribunal Federal determinará que outra seja proferida, com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. Ou seja, a Constituição Federal preferiu conferir à reclamação manejada contra decisão que desrespeita súmula vinculante apenas o efeito rescindente. Se ao proferir nova decisão, o magistrado afrontar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nova reclamação poderá ser proposta pela parte prejudicada.⁵⁶⁵

No que tange ao ato administrativo, ao ser julgada procedente a reclamação, não haverá determinação para que a autoridade administrativa profira nova decisão. Vale dizer, a segunda parte do artigo 103-A da Constituição Federal (“determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”) não se aplica à hipótese de anulação do ato da Administração Pública.

Isso porque, como observa MANCUSO, a expressão “outra” se encontra no feminino e, portanto, refere-se à decisão judicial. Além disso, caso se entendesse de forma diversa, haveria ingerência indevida na esfera de atribuições do agente público, correndo-se o risco de “um impasse sistêmico-institucional”. No exemplo dado pelo autor, poder-se-ia cogitar na determinação pelo Supremo para que um órgão da Administração Pública

⁵⁶³ Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 119.

⁵⁶⁴ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 289.

⁵⁶⁵ Sobre o tema, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES aponta o cabimento de nova reclamação, mas observa que será mais fácil solucionar o problema pelas vias recursais (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 288).

proferisse outro ato, mesmo que em desrespeito ao seu espectro de atribuições elencadas na lei de regência.⁵⁶⁶

Apesar de prever procedimento específico de impugnação de decisões que contrariem súmula vinculante, com objetivo de proporcionar tutela jurisdicional diferenciada⁵⁶⁷, o ordenamento jurídico não prevê sanção para o juiz que descumprir o enunciado vinculante ou o aplicar indevidamente, como ocorria no regime dos assentos portugueses.⁵⁶⁸

Como explica MANCUSO, no Brasil, o Substitutivo nº 13 à Proposta de Emenda Constitucional nº 96-A/1992 chegou a prever que o descumprimento das decisões sumuladas por agente político ou público daria ensejo à perda do cargo ou responsabilização pelos danos materiais provocados, sem prejuízo de outras sanções previstas por lei. Contudo, tal entendimento não chegou a prevalecer e, portanto, no Direito posto, a recusa de aplicação da súmula vinculante ou sua aplicação indevida pelo magistrado apenas acarretará a cassação da decisão, em decorrência do julgamento de procedência da reclamação apresentada ao Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁹

Já em casos de julgamento de procedência de reclamação ajuizada contra ato da Administração Pública, prevê o artigo 64-B da Lei 9.784/99, inserido pela Lei 11.417/2006, que a autoridade prolatora e o órgão competente “deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, *sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal*”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial, cit.*, p. 412.

⁵⁶⁷ De acordo com BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, o cabimento da reclamação contra atos judiciais ou administrativos que desrespeitem o enunciado sumular vinculante está inserido “no contexto de proporcionar uma tutela jurisdicional diferenciada para os direitos de maior relevância social e com grande probabilidade de existência” (Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006, p. 285).

⁵⁶⁸ Ao tempo das Ordenações Filipinas, em caso de dúvidas sobre a aplicação dos assentos, os juízes deveriam consultar o Regedor, sendo que os recalcitrantes eram suspensos até segunda ordem advinda da Casa de Suplicação (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial..., cit.*, p. 403).

⁵⁶⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial..., cit.*, p. 404.

⁵⁷⁰ Cf. BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013 (destaque nosso).

1.4.1.6. Resposta às principais críticas

As principais críticas encontradas na doutrina ao instituto da súmula vinculante, já existentes mesmo antes de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio são: (i) violação do princípio da independência dos Poderes⁵⁷¹; (ii) afronta à independência do juiz e ao livre convencimento motivado⁵⁷²; e (iii) risco de engessamento do sistema jurídico, por meio da perpetuação de entendimentos jurisprudenciais ultrapassados.⁵⁷³⁵⁷⁴

Sustenta LUIZ FLÁVIO GOMES que a súmula vinculante, ao impor ao magistrado uma única interpretação do texto legal, faz “tábula rasa” da histórica lição de MONTESQUIEU, além de violar flagrantemente o disposto no art. 2º da Constituição Federal, que elenca a independência dos Poderes como princípio fundamental do Estado brasileiro

Ocorre que o próprio MONTESQUIEU, tão citado pela corrente contrária à adoção do instituto da súmula vinculante, já alertava que “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo”, a ponto de expressar “um texto preciso da lei”. Isso porque, “se [os julgamentos] fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.⁵⁷⁵

Além disso, deve-se ressaltar que o princípio constitucional da separação dos Poderes não existe de forma absoluta, nem tampouco remanesce rígido como outrora. Como

⁵⁷¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante e independência judicial*, p. 18.

⁵⁷² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Adeus aos direitos*. “Folha de S. Paulo”, de 31 de julho de 1997. Disponível < <http://acervo.folha.com.br>>. Acesso em 25 nov. 2013. Em 31 de outubro de 2001, quando da apresentação do relatório elaborado pelo senador BERNARDO CABRAL (PFL-AM), sobre a Reforma do Judiciário, à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS — AMB, por meio de seu então presidente, ANTÔNIO CARLOS VIANA SANTOS, enviou carta a todos os senadores ressaltando que a adoção do instituto representaria uma ameaça à independência jurídica dos juizes e ao Poder Legislativo (Cf. CONSULTOR JURÍDICO. *Juizes mandam carta a senadores para criticar súmula vinculante*. 12 de outubro de 2001. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 25 nov. 2013).

⁵⁷³ Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante...*, *cit.*, p. 22.

⁵⁷⁴ Além das críticas mencionadas, a corrente contrária ao instituto da súmula vinculante ainda sustenta que ele (i) desrespeita o princípio do duplo grau de jurisdição; (ii) agride os postulados do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle judiciário; e (iii) contraria a obrigatoriedade constitucional de motivação das decisões judiciais (SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante...*, *cit.*, pp. 105-107). Além disso, sustenta-se a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para estabelecer regras com eficácia obrigatória (Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante...*, *cit.*, p. 20).

⁵⁷⁵ Cf. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, Livro XI, Capítulo VI, p. 203.

bem explica MANCUSO, há “evidente atuação integrada daqueles Poderes [Legislativo, Executivo e Judiciário], todos devendo se irmanar na persecução do bem comum”.⁵⁷⁶

Aliás, conforme já ressaltava TERESA ARRUDA ALVUM WAMBIER, não se poderia dizer que a adoção do instituto da súmula vinculante significaria o fim do princípio da separação dos Poderes, assim como não se pode dizer terem deixado de existir os princípios da isonomia e da segurança jurídica, em razão do sistema permitir soluções diversas para circunstâncias fáticas absolutamente idênticas.⁵⁷⁷

Ademais, como lembra ROBERTO ROSAS, a súmula “não nasce do nada”, ao contrário, ela busca no texto legal o substrato de sua existência. Portanto, ao invés de significar invasão da função legislativa pelo Poder Judiciário, a súmula “prestigia a função do legislador”.⁵⁷⁸

Como se vê, resta evidente que a adoção do instituto da súmula de efeito vinculante não viola o princípio constitucional da independência dos Poderes.

Quanto à alegada violação da independência do juiz, deve-se ressaltar, conforme já exposto neste trabalho (cf. cap. II, item 1, supra), que tal princípio não deve servir de argumento absoluto, de modo a permitir a imotivada coexistência de soluções diversas para uma mesma questão jurídica. O magistrado é apenas uma peça no sistema de distribuição de justiça e, portanto, a independência na interpretação do texto legal deve ser destinada ao Poder Judiciário como um todo, e não ao juiz individualmente considerado.

Nesse sentido, a independência judicial não constitui autorização para que o magistrado possa decidir livremente sobre uma mesma questão jurídica, sem se submeter às suas próprias decisões, ou às decisões dos Tribunais superiores. Aliás, o próprio princípio do acesso à ordem jurídica justa pressupõe a percepção de que o Poder Judiciário “presta um serviço público que, na medida do possível, precisa ser menos custoso para o Estado

⁵⁷⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 391.

⁵⁷⁷ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: desastre...*, cit., p. 295.

⁵⁷⁸ Cf. ROSAS, Roberto. *Da súmula...*, cit., p. 45.

e mais eficiente para seus usuários”.⁵⁷⁹ Há que se distinguir, portanto, “a liberdade de decidir da eventual arbitrariedade”.⁵⁸⁰

Além disso, importante observar que a livre convicção do magistrado sequer é limitada, nem tampouco prejudicada, pela aplicação da súmula vinculante. Isso porque, como regra geral, o juiz atua como aplicador do ordenamento jurídico amplamente considerado, o que abrange tanto os enunciados sumulares persuasivos, quanto aqueles dotados de efeito vinculante.⁵⁸¹

Já no tocante ao argumento de que a súmula vinculante causaria a petrificação do Direito, basta uma breve análise das regras que regulam o instituto, para percebermos que o próprio sistema prevê um procedimento de modificação e cancelamento dos enunciados sumulares vinculantes (cf. cap. III, item 1.4.1.3, supra), justamente para permitir a evolução das questões jurídicas sumuladas, caso seja necessário.

Por fim, importante mencionar que, apesar de não constituir violação do princípios da separação dos Poderes, da independência judicial e do livre convencimento do magistrado, nem tampouco causar estagnação eterna de entendimentos jurisprudenciais, não pretendemos defender que a atribuição de efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal seja a resposta para todas as mazelas crônicas que atingem o Poder Judiciário Brasileiro.

Sob este enfoque, a adoção de tal mecanismo deve ser visto apenas como mais um passo na caminhada de se conferir importância aos precedentes judiciais, mormente aqueles advindos dos Tribunais superiores, como forma de conferir segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados e, indiretamente, celeridade processual. Nas palavras de Mancuso, “a súmula vinculante está preordenada a *somar* aos esforços que vêm sendo feitos ao longo da gradativa implementação da reforma do Código de Processo Civil”.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Cf. CAMBI, Eduardo. Súmula vinculante, p. 150.

⁵⁸⁰ Cf. CAMBI, Eduardo. Súmula..., *cit.*, p. 148.

⁵⁸¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 393.

⁵⁸² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, *cit.*, p. 396.

2. Técnicas de utilização de precedentes no julgamento de casos concretos

2.1. Poderes do Relator

Na tradição do Direito Processual brasileiro, sempre coube ao Relator preparar e processar o feito, sendo reservada ao órgão colegiado a tarefa de julgar o recurso. Contudo, a partir de 1990, verifica-se uma tendência de atribuição de maiores poderes ao Relator, inclusive para julgar o mérito do recurso sem o crivo do colegiado, como forma de solucionar o problema da morosidade dos Tribunais.^{583 584}

Para DINAMARCO, “a crescente opção pela singularidade do julgamento em diversas situações representa uma legítima tentativa de inovar sistematicamente na luta contra a lentidão do julgamento nos tribunais”. Para o autor, a atribuição de maiores poderes ao Relator “representa uma escalada que vem da colegialidade quase absoluta e aponta para a singularização dos julgamentos nos tribunais, restrita a casos onde se prevê que os órgãos colegiados julgariam segundo critérios objetivos e temperada pela admissibilidade de agravo dirigido a eles”.⁵⁸⁵

A primeira demonstração dessa nova tendência, porém, já podia ser observada no ano de 1963, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Regimento interno, instituiu a chamada *súmula da jurisprudência predominante*. À época, foi atribuído ao Relator o poder de arquivar o recurso extraordinário ou agravo de instrumento a ele relacionado, indicando-se apenas o respectivo número do enunciado sumular relacionado ao caso concreto.⁵⁸⁶

Além disso, mesmo antes da década de 1990, a antiga redação do *caput* e do parágrafo único do artigo 557, do Código de Processo Civil, já possibilitava ao Relator indeferir o recurso manifestamente improcedente, cabendo recurso inominado ao colegiado contra esta decisão.

⁵⁸³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 322.

⁵⁸⁴ Para os fins deste estudo, por uma questão de coerência com o tema proposto, serão citadas e analisadas apenas as alterações processuais que atribuíram maiores poderes ao Relator, para negar seguimento ou julgar monocraticamente o recurso, de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal.

⁵⁸⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência..., *cit.*, p. 131.

⁵⁸⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões..., *cit.*, p. 170.

Contudo, foi a partir da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que os poderes do Relator foram significativamente ampliados.

Nesse sentido, por meio de artigo 38 do referido diploma legal, foi atribuído ao Relator, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o poder de decidir pedido ou recurso (i) que houvesse perdido o objeto; (ii) fossem manifestamente intempestivos, incabíveis ou improcedentes; ou (iii) contrariassem súmula do respectivo tribunal, nas questões predominantemente de direito. Posteriormente, por meio da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, essa sistemática relativa aos Tribunais Superiores voltou a ser incluída no Código de Processo Civil.⁵⁸⁷

Referido “processo evolutivo”, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, teve continuação com a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, que, por meio da alteração do artigo 557 do Código de Processo Civil, atribuiu ao Relator o poder de negar seguimento a qualquer recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo Tribunal ou do Tribunal Superior.⁵⁸⁸

Posteriormente, a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, “dá novos (e largos) passos no mesmo sentido”⁵⁸⁹, ao possibilitar ao Relator, tanto nos Tribunais locais, como nos Tribunais superiores, não somente o exame monocrático do requisito de admissibilidade, mas também o próprio julgamento do mérito dos recursos, desde que respeitadas as hipóteses previstas no diploma processual, que dizem respeito à orientação sumulada ou dominante do Tribunal (cf. cap. III, itens 2.1.1 e 2.1.2, *infra*).

Além disso, referido diploma legal inseriu um parágrafo único ao artigo 120 do Código de Processo Civil, para acelerar a solução dos conflitos de competência, possibilitando ao Relator decidi-lo com lastro na jurisprudência dominante do próprio Tribunal (cf. cap. III, item 2.1.3, *infra*).⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 322.

⁵⁸⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 323.

⁵⁸⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 323.

⁵⁹⁰ Cf. ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98, p. 199.

Assim, a Lei nº 9.756/98 alinhou a tendência de ampliação dos poderes do Relator, que, de resto, já se fazia presente em diplomas esparsos, como na Lei Orgânica da Magistratura Nacional; no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (art. 21, §2.º, com a redação dada pela Emenda Regimental 2/85); e no Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (art.34, XVIII).

Como se vê, a atribuição de poderes ao Relator para o julgamento monocrático do recurso acaba por acelerar o julgamento dos feitos e, apesar de não suprimir o debate que normalmente ocorre no julgamento colegiado, a segurança jurídica restará garantida. Isso porque, tal possibilidade somente “será aberta nas hipóteses em que já se tenha posição no mesmo sentido ou, pelo menos, em jurisprudência dominante da própria corte ou de tribunal superior”.⁵⁹¹

Vale dizer, ainda, que, nas hipóteses de julgamento monocrático pelo Relator do recurso, o ordenamento processual prevê a interposição de agravo interno, de modo a possibilitar que a parte tenha seu recurso julgado pelo órgão colegiado.

2.1.1. Artigo 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil

Conforme mencionado no item 2.1 do presente capítulo, a Lei nº 9.756/98, ao alterar novamente a redação do artigo 557 do Código de Processo Civil, acabou por ampliar significativamente as hipóteses de julgamento monocrático do Relator, permitindo-se⁵⁹² que seja (i) “negado seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto⁵⁹³ com súmula ou com *jurisprudência dominante* do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”; ou dado

⁵⁹¹ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do Processo Civil*, p. 199. O autor faz duas críticas a essa troca: (i) “até mesmo as súmulas podem ser alteradas, o que retiraria a segurança mínima buscada pelo legislador” e (ii) o conceito de “jurisprudência dominante” é indeterminado, o que demanda atenção e prudência do aplicador do Direito.

⁵⁹² De acordo com DINAMARCO, ao utilizar-se das expressões “poderá” e “manifestamente”, o legislador quis “deixar ao prudente arbítrio do próprio relator a opção entre julgar por si próprio, monocraticamente, e encaminhar o caso ao colegiado”. Sua opção, segundo o autor, “dependerá sempre do grau de sua convicção, como é inerente a toda decisão judiciária” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 191).

⁵⁹³ BARBOSA MOREIRA aponta a falta de boa técnica do legislador na redação do dispositivo, vez que “confronto significa mera reparação” e não contraste, oposição ou contradição, como parece ser o sentido da norma (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Algumas inovações da Lei 9.756...*, *cit.*, p. 326).

provimento ao recurso (ii) “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.⁵⁹⁴

Assim, a Lei nº 9.756/98 seguiu a tendência iniciada pela Lei nº 8.038/90, mas criou nova hipótese de julgamento monocrático de mérito pelo Relator: aquele com lastro na “jurisprudência dominante” do Tribunal ou de Tribunal superior.

Nesse sentido, a técnica processual inaugurada pela Lei nº 9.756/98 permite ao Relator não somente lastrear seu julgamento em entendimento jurisprudencial sumulado, mas também na *jurisprudência dominante* do próprio Tribunal competente para o julgamento do recurso (nos casos em que pretender negar seguimento) ou dos Tribunais Superiores (tanto nos casos em que pretender negar seguimento ao recurso, quanto naqueles em que pretender dar-lhe provimento). Ou seja, ao invés de utilizar-se apenas de conceito objetivo e que não permite maiores divagações (súmula), o legislador foi além, preferindo fazer uso de conceito indeterminado (jurisprudência dominante), para autorizar a supressão do julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

Tal opção legislativa, contudo, pode causar problemas na aplicação da técnica processual, pois, além do vocábulo “jurisprudência dominante” ser conceito vago e indeterminado, por vezes, será difícil para a parte recorrente (ou mesmo para o aplicador do Direito) saber, com aceitável grau de probabilidade de acerto, qual entendimento é ou não dominante dentro do Tribunal.

Sobre o tema, BARBOSA MOREIRA sustenta que, muito embora haja necessidade de racionalização do serviço dos Tribunais, coibindo-se as “tentativas de ressuscitar, sem qualquer motivo sério, discussões mortas e enterradas”, há que se ter cautela na aplicação das disposições que autorizam o julgamento monocrático do recurso, com base na jurisprudência dominante do Tribunal ou de Tribunal superior.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013.

⁵⁹⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 325.

Isso porque, como lembra o autor, seria de se presumir que as teses prevalecentes num Tribunal, de maneira tranquila, já estariam incorporadas à sua súmula. Quanto às demais, lógico seria presumir que ainda não haveria um grau de consolidação suficientemente claro a ponto de autorizar a supressão da análise da tese pelo colegiado. Até mesmo porque, conforme ressalta o autor, “às vezes, sucessivas decisões tomadas numa única sessão bastam para converter em majoritária, no tribunal, tese a cujo favor, até então, falava número menor de precedentes”.⁵⁹⁶

Há que se ressaltar, ainda, a ausência de consenso na doutrina sobre o vocábulo, o que também dificulta sua correta compreensão e aplicação.

PRISCILA KEI SATO, ao propor uma sistematização do conceito, afirma que, pela análise de decisões proferidas pelas Cortes Superiores, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante será extraída da existência (i) de mais de um acórdão que reflita aquele entendimento ou (ii) de decisão do Tribunal Pleno, ainda que não unânime. Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, poderão ser adotados os mesmos critérios, ressaltando-se que a decisão deverá ser proferida pelo Órgão Especial. Já no âmbito dos Tribunais locais, a autora sugere a adoção de outros critérios, tendo em vista que, diante da pluralidade de órgãos com competência para julgamento de uma mesma matéria, mais difícil será a tarefa de identificar a “jurisprudência dominante”.⁵⁹⁷

Já LUIZ RODRIGUES WAMBIER contesta os critérios adotados pela autora e sugere a necessidade de verificação de “um período referencial para que se possa falar em jurisprudência dominante”. Dessa forma, no entendimento do autor, poder-se-ia considerar dominante o entendimento sobre o tema, “se houvesse a reiteração de decisões majoritárias daquela Corte, no mesmo sentido, na proporção de 70% (setenta por cento) por 30% (trinta por cento), durante o período de cinco anos. Tal critério, contudo, deveria ser flexibilizado, permitindo-se o envio de recursos ao Superior Tribunal de Justiça, se fosse verificada tendência à alteração do entendimento, no âmbito do próprio Tribunal superior.”⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756..., *cit.*, p. 325.

⁵⁹⁷ Cf. SATO, Priscila Kei. *Jurisprudência (pre)dominante*, p. 670.

⁵⁹⁸ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*, p. 83.

Sobre o tema, SÉRGIO CRUZ ARENHART defende que os critérios adotados por PRISCILA KEI SATO são bons, mas não deixam de apresentar problemas. De acordo com o autor, adequado interpretar que “a ‘jurisprudência dominante’, apta a autorizar a aplicação dos arts. 544, § 3.o, e 557 do CPC, seja *a decisão, objeto de incidente de uniformização de jurisprudência, onde não se logrou atingir o quorum especial, exigido para a elaboração de uma súmula*”.⁵⁹⁹

De acordo com DINAMARCO, a jurisprudência dominante de um determinado Tribunal será não somente aquela estabelecida em incidentes de uniformização de jurisprudência, mas também aquela que constar de um número significativo de julgados.⁶⁰⁰ Assim, segundo o autor, tem-se como jurisprudência dominante de um determinado Tribunal uma linha de entendimento majoritária em seus órgãos fracionários, ainda que não pacífica.⁶⁰¹

Sob este enfoque, entendemos que, embora não seja necessário que a jurisprudência dominante seja advinda do plenário de determinado Tribunal⁶⁰², o Relator deverá ter cautela ao lastrear seu julgamento em acórdãos de um mesmo órgão fracionário. Isso porque, a jurisprudência de um único órgão poderá não representar, necessariamente, a jurisprudência dominante de um Tribunal. Assim, em casos em que não for possível auferir, com razoável grau de certeza, qual é o entendimento dominante no Tribunal, amplamente considerado, preferível que o feito seja remetido à análise do colegiado.

Ademais, embora não esteja expresso no dispositivo legal, há que ser verificada a atualidade das decisões utilizadas pelo Relator, para a aplicação da técnica do artigo 557 do Código de Processo Civil. Vale dizer, em consonância com os argumentos expostos neste estudo, a jurisprudência apta a embasar novas decisões será aquela que representar o entendimento atual e contemporâneo do Tribunal acerca de determinada questão jurídica.⁶⁰³ Tendo sido verificada alteração na conjuntura política e social de

⁵⁹⁹ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do Relator no julgamento dos recursos, p. 6 (destaques do original).

⁶⁰⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência..., *cit.*, p. 134.

⁶⁰¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 187.

⁶⁰² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, pp. 187-189.

⁶⁰³ Cf. CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos: art. 557 do CPC*, pp. 288-289.

determinado momento histórico, o feito deverá ser remetido ao colegiado, para que seja aplicada a melhor solução ao caso concreto.⁶⁰⁴

O Relator poderá, ainda, lastrear seu julgamento em um único acórdão, desde que este (i) faça referência a outros julgados, que reproduzam a firme orientação do Tribunal sobre determinada tese; ou (ii) seja advindo do órgão máximo do Tribunal, desde que proferido para dirimir divergência entre seus órgãos fracionários. Isso porque, como é cediço, uma única decisão não pode ser considerada jurisprudência, tampouco “jurisprudência dominante”.⁶⁰⁵

Talvez percebendo a dificuldade na identificação e conceituação da “jurisprudência dominante” de determinado Tribunal, o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 8.046), atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados, preferiu autorizar o julgamento monocrático dos recursos, com fundamento em critérios objetivos, tais como (i) súmulas (artigo 945, inciso IV, alínea “a” e inciso V, alínea “a”); (ii) acórdãos proferidos pelos Tribunais superiores em julgamento de recursos repetitivos (artigo 945, inciso IV, alínea “b” e inciso V, alínea “b”); e (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (artigo 945, inciso IV, alínea “c” e inciso V, alínea “c”).⁶⁰⁶

Outro ponto que merece destaque em relação ao dispositivo legal ora analisado é a possibilidade de ser negado seguimento a recurso “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do *respectivo* tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.⁶⁰⁷ Conforme lição de BARBOSA MOREIRA, melhor seria se o dispositivo falasse em “tribunal competente para o julgamento do recurso”.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Também adotamos este entendimento para hipóteses em que determinado enunciado sumular, supostamente aplicável ao caso concreto, esteja desatualizado.

⁶⁰⁵ Cf. CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator...*, cit., p. 132.

⁶⁰⁶ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁰⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013 (destaque nosso).

⁶⁰⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlo. *Comentários...*, cit., pp. 666-667.

Como se vê, a lei prevê que poderá ser negado seguimento ao recurso, nas hipóteses em que o recurso estiver em contraste com súmula ou com jurisprudência dominante do Tribunal de segundo grau de jurisdição (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Eleitorais do Trabalho e Tribunais Militares)⁶⁰⁹, competente para o julgamento do recurso.

Ocorre que a melhor interpretação do dispositivo legal sugere que o Relator não poderá negar seguimento ao recurso, se a súmula ou jurisprudência dominante de seu próprio Tribunal forem no sentido contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal superior. Isso porque, ao conferir poderes ao Relator para negar seguimento ao recurso, quis o legislador, além de imprimir celeridade aos julgamentos, privilegiar a estabilidade da ordem jurídica, fazendo com que a decisão estivesse em conformidade com a jurisprudência das Cortes superiores.⁶¹⁰

Tanto assim que o próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é no sentido de que a expressão “jurisprudência dominante do respectivo tribunal”, “somente poderá servir de base para negar seguimento a recurso, quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sob pena de negar às partes o direito constitucional de acesso às vias recursais extraordinárias”.⁶¹¹

Aliás, conforme defende ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, mesmo na análise do recurso pelo colegiado, preferível que o Tribunal confronte os fundamentos de sua orientação “e da orientação da Corte superior, a ver se realmente convém, à Justiça e à estabilidade da ordem jurídica, manter vivo o dissídio pretoriano com as Cortes que, pela Constituição, proferem a palavra final quanto à exegese da norma constitucional ou infraconstitucional”. Segundo o autor, em entendimento com o qual concordamos, “na maioria dos casos mais valerá, fazendo constar a ressalva de seu convencimento

⁶⁰⁹ Cf. CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator...*, cit., p. 132.

⁶¹⁰ Nesse sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Poderes do Relator e Agravo Interno*: arts. 557, 544 e 545 do CPC, p. 16 e Cf. CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator...*, cit., p. 148.

⁶¹¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279838/PR, publicado no D.J. em 30 de junho de 2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 dez. 2013.

pessoal, conformar-se o relator (e o tribunal de segundo grau) com a orientação remansosa do tribunal superior”.⁶¹²

2.1.2. Artigo 544, §4º “b” e “c”, do Código de Processo Civil

Com relação aos Tribunais superiores, os poderes do Relator também foram significativamente ampliados pela Lei nº 9756/98. Ao alterar o §3º do artigo 544 do Código de Processo Civil (com a extensão disposta no §4º)⁶¹³, permitiu-se ao Relator do agravo interposto contra decisão denegatória de recurso excepcional dar provimento ao próprio recurso especial, se a decisão estivesse em “confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”.⁶¹⁴

Posteriormente, a Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010, alterou novamente a redação do artigo 544 do Código de Processo Civil, permitindo-se ao Relator (i) não conhecer do agravo “manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada” (§4º, inciso I); ou (ii) conhecer do agravo (§4º, inciso II), para (a) “negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso (§4º, inciso II, alínea “a”); (b) “negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal” (§4º, inciso II, alínea “b”); ou “dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal” (§4º, inciso II, alínea “c”).⁶¹⁵

Como se vê, quando do julgamento do agravo interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário, a atuação do Relator poderá não ficar adstrita ao

⁶¹² Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno: arts. 557, 544 e 545 do CPC, p. 16.

⁶¹³ Antes da alteração da Lei nº 12.322/2010, mencionava o §4º do artigo 544 do Código de Processo Civil que “o disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar” (Cf. BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013).

⁶¹⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013.

⁶¹⁵ Cf. BRASIL. Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 9 dez. 2013.

juízo deste agravo, vez que a lei autoriza seja proferida decisão sobre a admissibilidade do próprio recurso excepcional (§4º, inciso II, alínea “a”); ou sobre o mérito, sempre que houver súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal sobre o tema (§4º, inciso II, alíneas “b” e “c”). Ou seja, a análise de mérito do recurso excepcional pelo Relator do agravo dependerá da prévia uniformização jurisprudencial, nos Tribunais superiores, acerca de determinada questão de direito.⁶¹⁶

Assim, embora a técnica prevista no artigo 544 do Código de Processo Civil trate, primordialmente, de mecanismo de aceleração procedimental, pretendeu o legislador privilegiar a estabilidade da ordem jurídica, ao somente permitir o julgamento de mérito do recurso excepcional pelo Relator, se em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante da Corte.

Sob este enfoque, cabe ressaltar que, com relação ao referido artigo, embora também conste o vocábulo indeterminado “jurisprudência dominante”, os problemas de ordem prática apontados no item anterior serão menores, pois, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal já proferiram decisões que permitem a elucidação do conceito (cf. cap. III, item 2.1.1, supra).

2.1.3. Artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil

A mesma Lei nº 9.756/98 inseriu um parágrafo único ao artigo 120 do Código de Processo Civil, para permitir ao Relator decidir, de plano, o conflito de competência, se “houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da decisão às partes, para o órgão recursal competente.⁶¹⁷

Note-se que o referido dispositivo legal faz referência apenas à “jurisprudência dominante” do Tribunal e não à sua súmula, como ocorre em todas as demais técnicas processuais de julgamento pelo Relator, tratadas nos itens anteriores. Contudo, conforme mencionado no item 1.4 do presente capítulo, a súmula nada mais é do que o

⁶¹⁶ Cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada..., *cit.*, p. 446.

⁶¹⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013.

registro da jurisprudência dominante de determinado Tribunal. Assim, se o Relator pode decidir, de plano, o conflito de competência, com base na jurisprudência dominante, obviamente também poderá fazê-lo com fundamento em súmula.⁶¹⁸

Também com relação ao julgamento pelo Relator do conflito de competência, o Projeto do Novo Código de Processo Civil corrige a imprecisão causada pelo termo “jurisprudência dominante”.

Nesse sentido, de acordo com o atual texto do Projeto, o Relator poderá decidir, de plano, o conflito de competência “quando sua decisão se fundar em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; ou em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (artigo 967, parágrafo único, incisos I e II).

Cabe destacar, por fim, que, com relação à possibilidade do Relator decidir, de plano, o conflito de competência, com base em jurisprudência dominante do próprio Tribunal, aplicam-se as considerações que fizemos no item 2.1.1 do presente capítulo, sobre o conceito de jurisprudência dominante e a necessidade de respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.

2.2. Poderes do Juiz monocrático

Na mesma linha das reformas legislativas que concederam maiores poderes ao Relator para julgamento de recursos, com base em súmula e em jurisprudência dominante, também foram concedidos maiores poderes aos juízes de primeiro grau. Para os fins deste estudo, interessam aquelas que permitem ao juiz proferir decisões, inclusive sentenças, com base em precedentes, jurisprudência ou súmula, tais como as técnicas processuais previstas no artigo 285-A (cf. cap. III, item 2.2.1, *infra*) e no artigo 518, §1º, ambas do Código de Processo Civil (cf. cap. III, item 2.2.2, *infra*).

⁶¹⁸ Cf. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, *cit.*, p. 182.

2.2.1. Artigo 285-A, do Código de Processo Civil

2.2.1.1. Pressupostos de incidência

A Lei nº 11.277⁶¹⁹, de 7 de fevereiro de 2006, inseriu o artigo 285-A no Código de Processo Civil. Referido dispositivo dispõe que “quando a matéria controvertida⁶²⁰ for *unicamente de direito e no juízo* já houver sido proferida *sentença de total improcedência* em outros *casos idênticos*, poderá ser dispensada a citação do réu e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. O §§ 1º e 2º determinam que se for interposto recurso de apelação, será facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença (§1º). Se a sentença for mantida, o réu será citado para apresentar resposta ao recurso (§2º).⁶²¹

Como se vê, referido diploma legal ampliou as hipóteses de julgamento do feito antes da triangularização da relação processual, desde que preenchidos certos requisitos, como (i) matéria unicamente de direito e (ii) prévia existência de sentença de total improcedência em (iii) casos idênticos, (iv) num mesmo juízo.

Com relação à exigência de que a matéria seja *unicamente de direito*, deve-se entender que a tese jurídica deve ser predominante em relação a outras questões de fato. Ou seja, a regra poderá ser aplicada àqueles casos que facilmente podem ser identificados pela matéria neles versadas. Como exemplo, pode-se citar ações sobre complemento de aposentadoria, abusividade de uma determinada cláusula contratual, ou inconstitucionalidade de um determinado tributo.^{622 623}

⁶¹⁹ A Lei nº 11.277/2006 faz parte da nominada terceira fase da reforma do Código de Processo Civil (Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006), que encontra fundamento específico no princípio constitucional da duração razoável do processo (cf. cap. II, item 3, supra).

⁶²⁰ Deve-se ressaltar a falta de técnica do legislador, pois, a rigor, a matéria somente poderá ser considerada controvertida, após a triangularização da relação processual e caso o réu conteste os pontos trazidos na petição inicial do autor. Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo, p. 78 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso...*, cit., p. 307).

⁶²¹ Cf. BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 dez. 2013 (destaques nossos).

⁶²² Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do código de processo civil. vol.2: comentários sistemáticos às Leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-12-2006. p. 74.

O dispositivo também exige que, para rejeição liminar do pedido, haja prévia sentença do juízo de total improcedência em casos idênticos. Assim, o julgamento antecipado nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil somente terá cabimento para o desacolhimento total da pretensão do autor, na hipótese se haver outra sentença paradigma, no mesmo juízo, de total improcedência da demanda.⁶²⁴

Como visto, o dispositivo menciona apenas a necessidade de haver prévia sentença de total improcedência, para aplicação da técnica de improcedência liminar. Entretanto, boa parte da doutrina, em entendimento com o qual concordamos, sustenta que, para incidência da referida técnica, deve haver coincidência entre o entendimento do juízo e a orientação dos Tribunais que lhe sejam hierarquicamente superiores, de modo que o dispositivo possa atender, efetivamente, seu propósito de aceleração procedimental e concretização do princípio da segurança jurídica.⁶²⁵

⁶²³ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI entende que deve-se fazer uma interpretação mais abrangente do dispositivo, adequando-o à sua *mens legis*. Para o autor, a regra também poderá ser aplicada quando a matéria controvertida depender de questão de fato, que se possa provar apenas com documento já apresentado pelo autor da demanda na petição inicial ou cuja apresentação possa ser determinada a terceiro (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional..., *cit.*, p. 156). Apesar de, em princípio, não visualizamos qualquer prejuízo ao princípio do contraditório na aplicação do dispositivo da forma como proposta pelo autor, acreditamos que sua interpretação deve ser a mais restrita possível, por tratar-se de regra excepcional. Ou seja, preferível sua não aplicação, com o inconveniente de protelação do feito, à sua aplicação desastrosa.

⁶²⁴ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI sustenta que o legislador disse menos do que queria. Isso porque, se a sentença paradigma julgou pedidos cumulados, tendo como resultado a procedência de um deles, um novo caso submetido ao mesmo juízo, com pedidos e fundamentos previamente desacolhidos, poderá receber a sentença de improcedência liminar. Para o autor, contudo, o raciocínio inverso não deve ser admitido: julgamento de parcial procedência de um novo caso concreto, com fundamento em prévia sentença de total improcedência. Assim, sustenta o autor que o dispositivo não permite, por óbvio, “um julgamento seccionado e um processo com duas sentenças, uma liminar para rejeição do pedido idêntico, outra, com citação do demandado e demais trâmites, para o julgamento do outro pedido cumulado (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional..., *cit.*, pp. 157-158). Este, contudo, não é o entendimento de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO. Entende o autor que havendo sentença prévia de total improcedência, o novo caso concreto poderá ter rejeição apenas parcial da petição inicial. Nessas condições, o processo prosseguirá com a citação do réu, para defender-se do pedido não rejeitado, e o autor poderá interpor agravo de instrumento contra a decisão de rejeição parcial de sua petição inicial (Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma..., *cit.*, p. 76). Conforme exposto, em que pesem os argumentos apresentados pelos autores, entende-se que o dispositivo traz hipótese excepcional de julgamento antecipado do mérito, sendo imperioso sua interpretação restritiva e, portanto, mais cautelosa. Isso não quer dizer, porém, que o juízo não deva aplicar a mesma solução aos casos idênticos, mas sim que, na hipótese de não haver sentença de total improcedência (e, como se verá, em consonância com o entendimento adotado pelos Tribunais que lhe são superiores), o processo deverá seguir seu trâmite regular.

⁶²⁵ Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma..., *cit.*, pp. 60-61; CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC, p. 857;

A locução “no juízo” utilizada no dispositivo também permite outras divagações, tais como, se poderá o juiz aplicar o artigo 285-A, com base em sentença prolatada por outro juízo ou o que se deve fazer, na hipótese em que o “juiz titular” tem opinião diversa do “juiz substituto”. Assim, também como forma de minimizar as divergências doutrinárias sobre o tema e, ainda, compatibilizar a técnica com as outras reformas do Código de Processo Civil, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO sugere uma interpretação sistemática do dispositivo. Com acerto, sustenta o autor que deve-se admitir a improcedência liminar da demanda, com base no artigo 285-A, somente nas hipóteses em que a tese repetitiva já tenha sido rejeitada pelos Tribunais Superiores.⁶²⁶

Por fim, deve-se ressaltar que por “casos idênticos” deve-se entender os casos que versem sobre tese jurídica repetitiva, que já obtiveram solução do juízo. Não há necessidade de identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Trata-se, portanto, de técnica de julgamento dos chamados processos repetitivos, ou de massa.⁶²⁷

2.2.1.2. A constitucionalidade do dispositivo

De acordo com a exposição de motivos da Lei nº 11.277/2006, a alteração no sistema processual foi realizada “com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”.⁶²⁸ Sob este enfoque, a racionalidade da nova técnica processual reside na possibilidade de imprimir maior celeridade ao feito, evitando-se desnecessárias dilações processuais, para obtenção de sentença a respeito de caso idêntico ao já solucionado pelo juízo.⁶²⁹

GAJARDONI, Fernando da Fonseca.; O princípio constitucional da tutela jurisdicional..., *cit.*, p. 158 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o princípio do contraditório..., *cit.*, p. 77.

⁶²⁶ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, *cit.*, pp. 59-60.

⁶²⁷ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, *cit.*, pp. 76-77.

⁶²⁸ Cf. BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Exposição de motivos. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 dez. 2013.

⁶²⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*, p. 14.

Não obstante, além de parte da doutrina apontar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal⁶³⁰, aguarda-se, ainda, o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.695, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na petição inicial da referida demanda, alega-se violação (i) da isonomia, pois processos envolvendo a mesma questão de direito poderão ter curso normal ou abreviado, a depender do entendimento do magistrado e da existência ou não de prévia sentença sobre o tema; (ii) da segurança jurídica, vez que não há publicidade da sentença prévia que será replicada ao caso concreto; (iii) do direito de ação, ante à eliminação do procedimento normal do feito; (iv) do contraditório, vez que será suprimido ao réu o direito de rebater as alegações do autor; e (v) do devido processo legal, pelas mesmas razões expostas.⁶³¹

Em resposta à alegação de inconstitucionalidade da referida técnica processual, argumenta, corretamente, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁶³² que não há violação (i) do princípio da isonomia, vez que o artigo 285-A do Código de Processo Civil garante que casos idênticos recebam o mesmo resultado jurídico, de forma escoreta e isonômica; (ii) da segurança jurídica, pois, além da previsibilidade ser a própria *ratio* da norma, a motivação da sentença de rejeição liminar do pedido afasta qualquer queixa de inconstitucionalidade neste sentido; (iii) do direito de ação, pois este “não pode ser entendido como o direito de obtenção de resultados favoráveis àquele que requer a prestação da tutela jurisdicional ao Estado-juíz” ; (iv) do princípio do contraditório, pois a técnica apenas realiza preponderantemente outros valores constitucionais (isonomia, segurança jurídica e racionalização da atuação do Judiciário), “diferindo legitimamente

⁶³⁰ Pela inconstitucionalidade do dispositivo: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual, p. 152; MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner, p. 144 e SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil, p. 133.

⁶³¹ Cf. BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição inicial da Ação declaratória incidental nº 3.695/DF, ajuizada contra a íntegra da Lei nº 11.277/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 dez. 2013. Para FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, o verdadeiro móvel da ação seria a “reserva de mercado da advocacia, abalado da dispensa de contratação de advogado pelo réu vencedor da ação não apelada” (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional..., *cit.*, p. 154).

⁶³² O autor subscreveu a petição apresentada pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos da Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.695/DF, proposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

o contraditório para o plano recursal”; e (v) do devido processo legal, já que, se o dispositivo não viola os princípios da isonomia, segurança jurídica, do direito de ação e do contraditório, não há como concluir pela violação ao princípio do devido processo legal, verdadeiro “princípio-síntese” do Direito Processual.⁶³³

Para o autor, contudo, para legitimar-se a aplicação da regra prevista no artigo 285-A, faz-se mister que, antes da fixação do precedente que será aplicado em outros casos, haja “a mais ampla e exauriente discussão sobre o tema”, inclusive com a intervenção em juízo de *amicus curiae*.⁶³⁴

Muito embora não se entenda pela inconstitucionalidade do dispositivo legal aqui analisado, pelas razões acima expostas, acreditamos que o legislador comete lapso ao condicionar o julgamento liminar somente à existência de sentença de improcedência do juízo. Melhor seria se o legislador tivesse condicionado o julgamento liminar da demanda ao entendimento dos Tribunais locais, quando estes tiverem a última palavra sobre o tema, ou dos Tribunais superiores.⁶³⁵ Da forma como redigido o referido artigo, a boa aplicação da técnica processual dependerá essencialmente do bom senso do magistrado em não proferir sentença contrária aos Tribunais que lhe são superiores, evitando-se, assim, inútil protelação do feito.

Sob este enfoque, importante notar que, se aprovado o Projeto do Novo Código de Processo Civil, a improcedência liminar da demanda não mais poderá basear-se na existência de prévias decisões idênticas apenas do juízo. Tal como sustentamos, de acordo com o artigo 333 do Projeto, o juiz somente poderá julgar liminarmente o pedido, independentemente de citação, com base em prévias decisões judiciais se este “contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (inciso I); contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (inciso II); contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de

⁶³³ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., pp. 183-207.

⁶³⁴ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., p. 65.

⁶³⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...*, cit., p. 518.

assunção de competência (inciso III); contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso V)”.⁶³⁶

O bom uso da técnica processual do artigo 285-A também depende de uma magistratura zelosa e atenta às peculiaridades que distinguem o caso concreto, pois, como já alertava BARBOSA MOREIRA, “ante a primeira impressão de *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o risco de ver-se truncada ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que o autor suscite”.⁶³⁷

Soma-se a isso o fato de que as sentenças não possuem a mesma publicidade que os julgamentos proferidos pelos Tribunais e, portanto, não é dado às partes conhecer, de antemão, o entendimento que lhes será aplicado. A questão é grave, pois, como alerta TARUFFO, “um julgamento somente poderá se tornar um precedente judicial quando for conhecido não somente pelas partes do caso concreto, como também por outras Cortes, advogados e por terceiros em geral”.⁶³⁸

Porém, ao invés de somente evidenciar falhas na técnica processual, tais riscos revelam a importância de uma adaptação da comunidade jurídica à operação com precedentes judiciais, conforme exposto no capítulo I, item 2.4.

2.2.2. Artigo 518, §1º do Código de Processo Civil

Durante o processo de elaboração do texto da “Reforma do Judiciário”, que veio a ser efetivada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dois temas foram exaustivamente discutidos pela doutrina: a súmula vinculante, inserida no ordenamento naquela oportunidade (cf. cap. III, item 1.4.1, supra), e a adoção de alternativa, tida por muitos, como mais tênue, qual seja, a chamada súmula impeditiva de recurso.⁶³⁹

⁶³⁶ Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶³⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, pp. 15-16.

⁶³⁸ Cf. TARUFFO, Michele. Institutional factors... *cit.*, p. 451.

⁶³⁹ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, *cit.*, p. 32.

Muito embora a súmula impeditiva de recurso não tenha integrado o texto da Emenda Constitucional nº 45/2004, o legislador infraconstitucional acabou por introduzir o instituto no Direito Processual, por meio da Lei nº 11.276/2006.⁶⁴⁰ Nesse sentido, referido diploma legal inseriu um §1º ao artigo 518 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.⁶⁴¹

Como se vê, trata-se de mais uma técnica “que decorre do sistema da força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula de sua jurisprudência predominante”.⁶⁴²

Embora não se confundam, a súmula vinculante e a chamada súmula impeditiva de recurso possuem finalidades complementares e, por isso, podem ser consideradas “duas faces da mesma moeda”. Se o efeito vinculante do enunciado sumular pretende impedir que uma mesma questão jurídica receba tratamento diverso no juízo inferior, não faria sentido algum admitir recursos interpostos contra decisões fundamentadas nesse mesmo entendimento sumulado do Tribunal superior.⁶⁴³

Conforme bem observa MANCUSO, a súmula vinculante e a técnica ora analisada possuem um núcleo comum e algumas diferenças. O núcleo comum reside no fato de que ambos representam o extrato da jurisprudência dominante dos Tribunais. Já as diferenças são: (i) a súmula vinculante apresenta destinatários diretos (Judiciário e Administração Pública) e indiretos (pessoas físicas e jurídicas e, na opinião do autor, em certa medida o Poder Legislativo), ao passo que a súmula impeditiva de recursos projeta efeitos apenas no âmbito interno do processo; (ii) a súmula impeditiva de recursos é “mais” do que uma súmula meramente persuasiva e “menos” do que uma súmula

⁶⁴⁰ De acordo com CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a súmula impeditiva já era uma realidade do Código de Processo Civil. Sustenta o autor que, embora de forma mais tênue, dispositivos como o parágrafo único do artigo 120, o §3º do artigo 475, o parágrafo único do artigo 481 e o artigo 557, caput, e seu respectivo §1º-A já representavam, em alguma medida, a chamada súmula impeditiva de recurso (Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., p. 33).

⁶⁴¹ Cf. BRASIL. Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 dez. 2013.

⁶⁴² Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p. 144.

⁶⁴³ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., p. 33.

vinculante, vez que a primeira opera como elemento de contenção de recursos e a segunda possui eficácia *erga omnes*, semelhante à norma legal; e (iii) a súmula vinculante é obrigatória para os “demais órgãos do Poder Judiciário” e, portanto, também o é para o Superior Tribunal de Justiça, mas a recíproca não é verdadeira.⁶⁴⁴

A técnica também possui estreita relação com o artigo 557 e o artigo 475, §3º, ambos do Código de Processo Civil. Isso porque, como visto (cf. cap. III, item 2.1.1, supra), distribuída a apelação ao Relator, este poderá negar-lhe seguimento na hipótese de já haver súmula de Tribunal superior. Da mesma forma, para evitar inútil protelação do feito, o juiz também já poderá dispensar o reexame necessário, se a sentença estiver fundada em súmula de Tribunal superior sobre o tema. Assim, mantendo-se a coerência do sistema, natural que o próprio juiz também possa proferir juízo de inadmissibilidade do recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.⁶⁴⁵

Ademais, deve-se também destacar a relação entre as regras contidas nos artigos 285-A e 518, §1º, do Código de Processo Civil. Ambas aludem às demandas repetitivas e, enquanto a primeira pretende racionalizar a administração da justiça em relação aos processos que repetem teses já consolidadas pelo juiz e/ou pelos Tribunais, a segunda objetiva impedir o prosseguimento desses mesmos processos, na hipótese de já haver súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema.⁶⁴⁶

Não obstante a clara intenção do legislador de privilegiar o entendimento dos Tribunais superiores, como forma de aceleração do procedimento e uniformização da jurisprudência, a técnica ora analisada não possui aplicabilidade com base em jurisprudência pacífica ou dominante, ainda que do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. A nosso ver, a opção do legislador foi acertada, pois, conforme exposto no item 1.4 do presente capítulo, a súmula oferece um dado de

⁶⁴⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial...*, cit., p. 420.

⁶⁴⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p. 145.

⁶⁴⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas...*, cit., p. 14.

imediate percepção, enquanto que a “jurisprudência dominante” nem sempre pode ser facilmente identificada e compreendida pelo intérprete e aplicador do Direito.⁶⁴⁷

Não obstante entenda-se que a técnica se revela positiva, o *distinguishing* entre o caso concreto e a hipótese prevista no enunciado sumular deve ser corretamente realizado pelo magistrado.⁶⁴⁸ Isso porque, da decisão de primeiro grau que não admitir o recurso de apelação, com fundamento no artigo 518, §1º, caberá agravo de instrumento, que, caso provido, determinará o processamento do recurso de apelação. Nessa hipótese, cairá por terra o objetivo de aceleração do procedimento, já que, contra a mesma decisão, serão julgados dois recursos pelo Tribunal.⁶⁴⁹

O agravo de instrumento, contudo, não poderá versar sobre o mérito do entendimento sumulado. Vale dizer, não se deve admitir a mera repetição dos argumentos trazidos no recurso de apelação, sob pena de improvimento monocrático pelo Relator, nos termos do artigo 557, e imposição de multa por litigância de má-fé, nos termos do artigo 17, inciso IV e VII, ambos do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, o agravo de instrumento poderá versar sobre (i) a inconstitucionalidade do artigo 518, §1º do Código de Processo Civil⁶⁵⁰, vez que o ordenamento permite o controle difuso de constitucionalidade das normas; (ii) a superação do precedente (*overruling*); ou (iii) a inaplicabilidade da súmula ao caso concreto, em razão da ausência de similitude entre o caso concreto e os precedentes que geraram o

⁶⁴⁷ Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., p. 42.

⁶⁴⁸ O juiz não deverá utilizar a técnica, nas hipóteses em que (i) a apelação discutir *error in procedendo*, pretendendo o apelante invalidar a sentença; (ii) o apelante discutir a incidência da súmula ao caso concreto (*distinguishing*); (iii) a apelação trazer novos fundamentos que permitam a superação do entendimento sumular (*overruling*); (iv) se houver conflito entre enunciados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o mesmo tema; ou (v) se mesmo inexistente o conflito entre enunciados, houver divergência manifesta de posicionamento entre o enunciado de um e a jurisprudência dominante de outro (Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., pp. 145-146). Além desses casos, entende-se que o juiz não deverá lançar mão da técnica ora analisada nas hipóteses em que, não obstante a existência do enunciado sumular, a jurisprudência dominante e contemporânea do próprio Tribunal superior seja em sentido inverso.

⁶⁴⁹ Para impedir que a aplicação da técnica prolongue ainda mais o feito, a Ministra NANCY ANDRIGUI, em encontro promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, defendeu a aplicação analógica da regra do artigo 544, §4º, de forma a possibilitar ao Relator conhecer do agravo, ou determinar sua conversão, para já dar provimento à própria apelação, se a sentença estiver em desconformidade com súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal superior (Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., pp. 146-147).

⁶⁵⁰ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma...*, cit., p. 46.

entendimento sumulado, ou existência de peculiaridades que, em comparação com tais precedentes, justifiquem a não-incidência do enunciado sumular (*distinguishing*).⁶⁵¹

Do exposto, conclui-se que, tal como exposto no item 2.2.1 do presente capítulo, quando tratamos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, a boa aplicação da técnica trazida pelo artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil dependerá de uma magistratura zelosa e de uma adaptação da comunidade jurídica à operação com precedentes judiciais, de acordo com as sugestões apresentadas no capítulo I, item 2.4.2.

3. Técnica de julgamento por amostragem

3.1. O julgamento por amostragem no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário

3.1.1. Considerações introdutórias

Conforme mencionado no capítulo II, item 3, *supra*, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu o inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição Federal, que trata da obrigatoriedade da razoável duração do processo, devendo ser assegurados os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Contudo, para que a norma constitucional não se tornasse meramente programática, havia a clara necessidade de implementação de regras de natureza processual, garantindo-se, assim, os meios para o alcance da celeridade na tramitação dos feitos.

Nesse contexto, e tendo em vista que as estatísticas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal apontavam os recursos excepcionais repetitivos como os grandes responsáveis pela sobrecarga dos Tribunais, ganhou espaço a técnica de julgamento por amostragem dos referidos recursos.⁶⁵²

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 11.418/2006, além de regulamentar o requisito da repercussão geral (cf. cap. III, item 1.2.4.3, *supra*), ainda inseriu no Código

⁶⁵¹ Cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada..., *cit.*, p. 438.

⁶⁵² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 372.

de Processo Civil o artigo 543-B e seus respectivos parágrafos, que tratam do julgamento por amostragem de recursos extraordinários repetitivos (cf. cap. III, item 3.1.2, *infra*). Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, referida técnica foi instituída pela Lei nº 11.672/2008, que inseriu o artigo 543-C e parágrafos ao Código de Processo Civil (cf. cap. III, item 3.1.3, *infra*).

Em suma, trata-se de técnica que determina o encaminhamento às Cortes superiores de alguns “processos representativos da controvérsia”, sobrestando-se os demais nos Tribunais de Justiça ou os Tribunais Regionais Federais, até julgamento do recurso excepcional. Outro ponto comum no procedimento de julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários é a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, com vistas a legitimar a solução que será adotada em outros processos, tal como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade (cf. cap. III, item 1.1.3, *supra*) e no procedimento de elaboração, revisão ou cancelamento da súmula vinculante (cf. cap. III, item 1.4.1, *supra*).⁶⁵³

3.1.2. Procedimento de julgamento por amostragem no Recurso Extraordinário

Conforme exposto no item 1.2.4.3 do presente capítulo, a instituição do filtro da repercussão geral teve como objetivo aliviar a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se que a mais alta Corte do país concentrasse sua atuação em questões efetivamente relevantes para a sociedade. Além disso, o novo requisito também teve impacto na uniformização da interpretação isonômica das questões federais, na medida em que, ao apreciar a repercussão geral do recurso eleito como paradigma, o mesmo entendimento deverá ser adotado para os outros recursos lastreados na mesma tese.

Além da uniformidade da declaração de inexistência ou não do requisito da repercussão geral, da qual tratamos no item 1.2.4.3.2 do presente capítulo, a Lei nº 11.418/2006 ainda inseriu o artigo 543-B, e seus respectivos parágrafos, ao Código de Processo Civil, possibilitando o manejo por amostragem dos recursos extraordinários que envolvam a mesma questão constitucional. Tal dispositivo, além de permitir a aceleração procedimental, também permite a uniformização da jurisprudência, na

⁶⁵³ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário...*, *cit.*, p. 374.

medida em que o mesmo entendimento adotado no precedente deverá ser aplicado aos recursos sobrestados nos Tribunais de origem.

Nesse sentido, dispõe o 543-B, §1º, do Código de Processo Civil, que “caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.⁶⁵⁴ Já o artigo 328, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, complementando o referido dispositivo legal, determina que, se a seleção não for realizada na origem, uma vez distribuído o recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente ou o Relator comunicará o fato aos Tribunais locais ou Turmas de juizado especial, para que observem o procedimento relatado acima, sobrestando-se os demais recursos que versem sobre questão idêntica.⁶⁵⁵

Conforme ressaltam MARINONI e MITIDIERO, a escolha do recurso paradigma para remessa ao Supremo Tribunal Federal deve ser “a mais dialogada possível”, de forma a ser selecionado aquele que mais adequadamente represente a controvérsia.⁶⁵⁶ Assim, sugerem os autores que os Tribunais de origem, para proceder à escolha, ouçam as entidades de classe, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, a Defensoria Pública, etc.⁶⁵⁷

Como inexistente direito da parte à escolha de seu recurso para remessa ao Supremo Tribunal Federal, o ato de seleção procedido pelo Tribunal será irrecorrível. Contudo, caso seja determinado o indevido sobrestamento de determinado recurso, ou seja, caso

⁶⁵⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jan. 2013.

⁶⁵⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013.

⁶⁵⁶ Nesse sentido, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, ao tratar da seleção do recurso paradigma, determina, em seu artigo 1.049, §6º, “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

⁶⁵⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., p. 70.

não seja corretamente realizado o *distinguishing* pelo Tribunal de origem, deverá ser facultado à parte o manejo do recurso cabível.⁶⁵⁸

Sob este enfoque, FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA entendem que, ao deixar de determinar o seguimento do recurso, ou omitindo-se na sua remessa ao Tribunal superior, o Tribunal de origem estará usurpando competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, nessa hipótese, será cabível a reclamação constitucional. Não obstante, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, os autores sustentam, ainda, o cabimento de agravo ou até mesmo de medida cautelar.⁶⁵⁹

Já MARINONI e MITIDIERO defendem, a nosso ver de forma correta, que, na hipótese de sobrestamento indevido de recurso, a questão deverá ser levada, inicialmente, ao Tribunal de origem, via agravo interno. Mantido o sobrestamento, será cabível o agravo previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil ou, ainda, a reclamação constitucional. Contudo, depois de esgotada a jurisdição na origem, o Supremo Tribunal Federal terá o dever de conhecer do agravo ou da reclamação, sob pena de “assimilarem-se casos completamente distintos ao caso paradigma, com evidente erro in procedendo e usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para definição da repercussão geral”.⁶⁶⁰

Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal não tem admitido o recebimento de qualquer recurso ou medida judicial para impugnar a decisão de sobrestamento do recurso, sob o fundamento de que sua jurisdição “somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento

⁶⁵⁸ Sobre o tema, o artigo 1.050, §9º, incisos I a IV e §13, incisos I e II do Projeto do Novo Código de Processo Civil determinam que a parte poderá requerer o prosseguimento de seu processo, se demonstrar “distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado”. Tal requerimento poderá ser feito (i) ao Juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; (ii) ao Relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; (iii) ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado, no tribunal de origem, recurso especial ou extraordinário; ou (iv) ao relator do recurso especial ou extraordinário, no tribunal superior, cujo processamento houver sido sobrestado. Da decisão que resolver o requerimento, caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou agravo interno, se a decisão for de relator (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

⁶⁵⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, cit., p. 364.

⁶⁶⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral...*, cit., pp. 71-73.

da repercussão geral, nos termos do §4º do art. 543-B do Código de Processo Civil”. Assim, entende-se que “fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal”.⁶⁶¹

Após o envio do recurso paradigma para o Supremo Tribunal Federal, caso seja negada a existência da repercussão geral, todos os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos, nos termos do §2º do artigo 543-B do Código de Processo Civil.⁶⁶² Ou seja, como exposto no item 1.2.4.3, supra, nessa hipótese, haverá verdadeiro efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não permitir que o Tribunal de origem admita o recurso extraordinário sobrestado.

Na hipótese inversa, ou seja, caso seja admitida a existência do requisito da repercussão geral e julgado o mérito do recurso, o legislador instituiu que o Tribunal de origem poderá posicionar-se de três formas: (i) julgar “prejudicado”⁶⁶³ o recurso sobrestado (artigo 543-B, §3º), ao constatar que o Supremo Tribunal Federal confirmou a tese do acórdão recorrido; (ii) reformar seu próprio entendimento⁶⁶⁴, ao constatar que o Supremo Tribunal Federal esposou entendimento contrário ao acórdão recorrido⁶⁶⁵ (543-B, §3º); (iii) manter o acórdão recorrida, a despeito de entendimento contrário do Supremo Tribunal Federal (543-B, §4º).

⁶⁶¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Reclamação nº 7.659, publicado no D.J. em 11 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2 jan. 2013.

⁶⁶² Cf. BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jan. 2013.

⁶⁶³ O termo foi mal utilizado pelo legislador, pois, como é cediço, um recurso somente estará prejudicado caso o interesse da parte desapareça após a sua interposição, o que não ocorre na hipótese. Na verdade, o interesse do recorrente somente desaparecerá caso o Tribunal reforme seu entendimento para adequá-lo ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A rigor, o Presidente do Tribunal deveria declarar o recurso inadmissível (Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 370).

⁶⁶⁴ De acordo com pesquisa realizada durante o II Seminário Repercussão Geral em Evolução, em que os Tribunais de Justiça do Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí, Sergipe e São Paulo forneceram material para elaboração de estatísticas, constatou-se que tais Tribunais exerceram positivamente o juízo de retratação em apenas 8% (oito por cento) dos recursos sobrestados. Nos demais inexistiu retratação, pois (i) em 27% (vinte e sete por cento) deles, restou ausente requisito de admissibilidade; e (ii) em 73% (setenta e três por cento) deles, o posicionamento do Tribunal era contrário ao então manifestado pelo Supremo Tribunal Federal (Cf. CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Repercussão geral...*, cit., p. 189).

⁶⁶⁵ Caso o acórdão recorrido seja contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Presidente do Tribunal deverá remeter o recurso ao órgão colegiado. Ou seja, caberá ao órgão colegiado decidir se haverá retratação ou manutenção do acórdão recorrido (Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 370).

Na terceira hipótese, ou seja, caso seja mantido o acórdão recorrido, ainda que contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de origem deverá, obrigatoriamente admitir o recurso extraordinário⁶⁶⁶. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, poderá cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada no julgamento do recurso paradigma, nos termos do §4º do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Sob este enfoque, entende-se que melhor seria se o legislador não tivesse facultado ao Tribunal de origem a manutenção do acórdão recorrido, ainda que contrário ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso paradigma. Isso porque, se a intenção é proceder à uniformização da jurisprudência, fazendo com que a decisão de mérito tomada pela mais alta Corte do país seja aplicada a todos os recursos que versem sobre a mesma questão constitucional, não há sentido algum em permitir que o Tribunal de origem mantenha o acórdão recorrido contrário a essa mesma decisão.⁶⁶⁷

Para compatibilização desse entendimento com o quanto exposto nesse estudo, há que se entender pela possibilidade de intervenção do *amicus curiae* também no julgamento do mérito do recurso extraordinário tomado como paradigma, como forma de legitimar perante a sociedade a decisão que projetará efeitos vinculantes.

Nesse sentido, ao invés de obstar a intervenção no julgamento de mérito do recurso paradigma, o artigo 543-A, §6º, do Código de Processo Civil apenas pretende deixar claro que a presença do *amicus curiae* também é desejável na fase em que se analisará a

⁶⁶⁶ Afinal, o Supremo Tribunal Federal não somente reconheceu a existência de repercussão geral, como também deu razão ao recorrente. Contudo, caso não estejam presentes outros requisitos de admissibilidade, como por exemplo preparo ou tempestividade, o recurso poderá ser inadmitido.

⁶⁶⁷ Nesse sentido: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 187. Deve-se ressaltar que o Projeto do novo Código de Processo Civil, adotando tal entendimento, prevê, em seu artigo 1.053, §1º, que os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição, após o julgamento do recurso paradigma, retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior. Somente poderá haver manutenção da decisão divergente se o órgão que a proferiu demonstrar a existência de superação do entendimento ou distinguir o caso sob julgamento daquele julgado pela Corte (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

existência do requisito da repercussão geral.⁶⁶⁸ Isso porque, além de ser dispensável permissão expressa para atuação do *amicus curiae*, seria ilógico concluir pela possibilidade de sua presença no momento de apreciação da admissibilidade do recurso e inadmiti-la no julgamento de mérito.⁶⁶⁹

Do exposto, percebe-se que, também no tocante ao julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, o bom funcionamento da técnica de manejo por amostragem dependerá de uma magistratura zelosa, que (i) bem selecione o(s) recurso(s) paradigma(s), (ii) corretamente determine o sobrestamento dos demais recursos repetitivos (*distinguishing*) e, principalmente, (iii) aplique o entendimento do Tribunal superior sobre o tema, evitando-se inútil protelação do feito. Assim, também em relação à técnica ora analisada, aplicam-se as considerações do capítulo I, item 2.4.2, sobre as adaptações necessárias no sistema, para a correta operação com precedentes.

3.1.3. Procedimento de julgamento por amostragem no Recurso Especial

Conforme exposto no item 3.1.1 do presente capítulo, a Lei nº 11.672/2008 acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, que trata do procedimento de julgamento dos recursos especiais repetitivos, ou seja, aqueles que versam sobre uma mesma questão de direito. De acordo com o referido artigo, o procedimento deverá seguir o mesmo modelo de julgamento por amostragem estabelecido para os recursos extraordinários, que versem sobre uma mesma questão constitucional (cf. cap. III, item 3.1.2, *supra*).

Dessa forma, (i) o Presidente do Tribunal de origem deverá admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo da Corte (artigo 543-C, §1º); (ii) o Relator do(s) recurso(s) paradigma(s), nos termos do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da

⁶⁶⁸ Sob este mesmo fundamento, o Supremo Tribunal tem admitido a presença do *amicus curiae* no julgamento de recurso extraordinário repetitivo (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática do Ministro LUIZ FUX, no Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 664.335/SC, publicada no D.J. em 2 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 4 jan. 2014.

⁶⁶⁹ Nesse sentido: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário...*, cit., p. 346.

matéria, poderá admitir manifestação de *amicus curiae* nesse julgamento (artigo 543-C, §4º); e (iii) julgados o(s) recurso(s) selecionados, os processos sobrestados terão seguimento negado⁶⁷⁰, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (artigo, 543-C, §7º, inciso I); ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça (artigo, 543-C, §7º, inciso II).⁶⁷¹

Assim, *mutatis mutandi*, também aplicam-se ao procedimento de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos as considerações que fizemos no item anterior, sobre o equívoco do legislador em não tornar obrigatória a aplicação da decisão proferida pelo Tribunal superior aos recursos sobrestados, a importância da atuação do *amicus curiae* para legitimar esta decisão e a necessidade de adaptação da comunidade jurídica à operação com precedentes, nos termos do quanto exposto no item 2.4.2 do presente capítulo.

Há, porém, regras novas no tocante ao julgamento por amostragem dos recursos especiais.

Nesse sentido, (i) caso não seja adotada na origem a providência acima, o Relator no Superior Tribunal de Justiça, poderá determinar diretamente a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, ao identificar que já existe jurisprudência dominante sobre o tema ou que a matéria já está afeta ao colegiado; (ii) o Relator do(s) recurso(s) selecionado(s) como paradigma(s) poderá solicitar informações aos Tribunais de origem, que, nesse caso, funcionarão como *amicus curiae* (artigo 543-C, §3º); (iii) há necessidade de intimação do Ministério Público, para que este se manifeste no prazo de quinze dias (artigo 543-C, §5º); e (iv) estabelece-se a preferência para o julgamento, ressalvados os casos de habeas corpus e que envolvam réu preso.

⁶⁷⁰ Note-se que o legislador não utilizou o termo “prejudicado”, como o fez quando do regramento dos recursos extraordinários repetitivos (cf. nota 663, supra).

⁶⁷¹ Cf. BRASIL. Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 4 jan. 2013.

No âmbito interno do Superior Tribunal de Justiça, a regulação do procedimento de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos ficou a cargo da Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008.

Além de disposições que repetem o regramento previsto no Código de Processo Civil, convém ressaltar que, nos termos da referida Resolução: (i) será selecionado como paradigma pelo menos um processo de cada Relator e, dentre os que foram escolhidos, serão selecionados aqueles que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial⁶⁷² (artigo 1º, §1º); (ii) a seleção dos recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões do mesmo recurso (artigo 1º, §2º); e (iii) poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, a critério do Relator, não apenas os recursos novos, mas também os recursos especiais já distribuídos, que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos (artigo 2º, §1º).⁶⁷³

Além disso, dispõe o artigo 5º da referida Resolução que, após a publicação do acórdão do julgamento, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia, se já distribuídos, serão julgados pelo relator, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil (inciso I); se ainda não distribuídos, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução nº 3/2008 (inciso II); e, se sobrestados na origem, terão seguimento na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil (inciso III).⁶⁷⁴

⁶⁷² Por meio da Portaria nº 248/2012, o Superior Tribunal de Justiça criou o “Fórum Permanente dos Recursos Repetitivos”, que reunirá representantes dos Tribunais de segundo grau de todo o país. A interlocução entre o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais permitirá definir, de forma conjunta, “o melhor recurso representativo de uma controvérsia, levando em conta, além dos requisitos de admissibilidade, a maior diversidade de fundamentos no acórdão recorrido e de argumentos no recurso especial” (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tudo pronto para o início do Fórum Permanente de Recursos Repetitivos*. 1º de outubro de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 jan. 2014).

⁶⁷³ Cf. BRASIL. Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008. Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 4 jan. 2014.

⁶⁷⁴ Cf. BRASIL. Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008. Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 4 jan. 2014.

Considerando o teor do referido artigo 5º, percebe-se que o alcance do modelo de julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos é mais amplo do que aquele previsto para julgamento dos recursos extraordinários. Isso porque, a Resolução nº8/2008 acabou por conferir à tese vitoriosa a condição de “jurisprudência dominante” do Superior Tribunal de Justiça, ao determinar que os recursos já distribuídos sejam julgados pelo Relator, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Como consequência, referida decisão passa a autorizar (i) a negativa de seguimento, pelo Relator, de recursos que a contrariem (artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil — cf. cap. III, item 2.1.1, supra); (ii) o provimento, pelo Relator, de recursos que impugnem decisões que a contrariem (artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil — cf. cap. III, item 2.1.1, supra); (iii) a negativa de seguimento, pelo Relator, de agravo contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário (artigo 544, §4º, inciso II, alínea “b”, do Código de Processo Civil — cf. cap. III, item 2.1.2, supra); e (iv) a decisão, pelo Relator, de conflito de competência (artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil — cf. cap. III, item 2.1.3, supra).⁶⁷⁵

Talvez para igualar a amplitude dos efeitos do julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, o Projeto do Novo Código de Processo Civil prevê que (i) incumbirá ao Relator, monocraticamente, negar ou dar provimento a recurso, com base na orientação fixada em sede de julgamento de recursos repetitivos, pelo *Supremo Tribunal Federal* ou pelo *Superior Tribunal de Justiça* (artigo 945, inciso IV, alínea “b” e inciso V, alínea “b” — cf. cap. III, item 2.1.1, supra); (ii) o Juiz julgará liminarmente improcedente o pedido, independentemente da citação do réu, se este contrariar acórdão proferido pelo *Supremo Tribunal Federal* ou pelo *Superior Tribunal de Justiça* em julgamento de recursos repetitivos (artigo 333, inciso II — cf. cap. III, item 2.2.1, supra).⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. *Economia, Direito e Política*, pp. 25-26.

⁶⁷⁶ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

Além disso, dispõe o artigo 521 do referido Projeto que, de forma a concretizar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da proteção da confiança e da isonomia (*caput*), os juízes e tribunais deverão seguir os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso II), ressalvadas as hipóteses de modificação do entendimento (*overruling*) ou quando o caso sob julgamento apresentar peculiaridades que justifiquem a imposição de solução jurídica diversa (§9º).⁶⁷⁷

Além das disposições contidas no Código de Processo Civil (artigo 543-C e parágrafos) e na Resolução nº 8/2008, a Ministra NANCY ANDRIGHI, em trabalho doutrinário sobre o tema, expôs alguns procedimentos para o manejo por amostragem dos recursos especiais, que foram definidos pela práxis do próprio Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com a Ministra, o posicionamento da Corte é no sentido de que (i) não será possível fixar a orientação prevista no §7º do Código de Processo Civil, quando o recurso especial não puder ser conhecido⁶⁷⁸; (ii) a questão idêntica que caracteriza a multiplicidade dos recursos deve ter sido expressamente debatida no acórdão impugnado e nas razões do recurso especial; (iii) na hipótese de não poder ser admitido o recurso especial representativo, a instauração do incidente será negada e o recurso será julgado com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil; (iv) o pedido de desistência do recurso deverá ser negado, tendo em vista que o manejo por amostragem dos recursos especiais, além de se inserir num contexto constitucional, de forma a

⁶⁷⁷ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁷⁸ Assim, foi adotado entre os Ministros o costume de selecionar dois os três recursos especiais, sobre cada um dos temas que se pretende decidir. No modelo previsto no Projeto do Novo Código de Processo civil (PL 8.046/2010), o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais caberá apenas ao Tribunal *ad quem* (artigo 1.043, parágrafo único). Além disso, especificamente sobre os recursos repetitivos, dispõe o §6º do artigo 1.049, que somente poderão ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013).

garantir a “plena racionalização do direito à razoável duração do processo”, ainda retira o recurso do plano exclusivamente individual.⁶⁷⁹

Com relação ao último ponto destacado pela Ministra, entende-se que, muito embora o modelo de julgamento por amostragem realmente permita a racionalização do manejo dos recursos excepcionais repetitivos, em prol da segurança jurídica e da garantia da razoável duração do processo, não se deve negar à parte a possibilidade de desistir do recurso paradigma (artigo 501 do Código de Processo Civil), sob pena de tratamento desigual dos recorrentes. Isso não significa dizer, contudo, que deva ser obstado o julgamento da tese jurídica suscitada no recurso especial. Dessa forma, solução intermediária seria deferir o pedido de desistência e, ainda assim, julgar a questão de direito.⁶⁸⁰

Sob este enfoque, o Projeto do novo Código de Processo Civil adota a referida solução intermediária e dispõe que, muito embora o recorrente possa desistir de seu recurso, essa desistência não impede a análise de questão (i) cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e/ou (ii) daquela que seja objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivo (artigo 1.011, parágrafo único).⁶⁸¹

Outra inovação trazida pelo referido Projeto que merece destaque é no tocante à suspensão dos processos que se encontram em primeiro e segundo graus de jurisdição, e não somente dos recursos excepcionais. Nesse sentido, o artigo 1.050, inciso II, dispõe

⁶⁷⁹ Cf. ANDRIGHI, Nancy Fátima. Recursos repetitivos, pp. 269-270.

⁶⁸⁰ Nesse sentido: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial...*, cit., p. 205. A autora entende que essa solução não se estende ao julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. Tendo em vista que tais recursos se prestam ao controle difuso de constitucionalidade, entende a autora que deve ser aplicada, por analogia, a regra do artigo 5º da Lei nº 9.868/1999 (“proposta a ação direta, não se admitirá a desistência”). Não obstante a coerência do raciocínio, não concordamos com tal entendimento. Isso porque, o elo havido entre o manejo por amostragem do recurso especial e do recurso extraordinário determina que, em ambos os procedimentos, seja adotada a mesma solução, no tocante ao pedido de desistência do recurso eleito como representativo da controvérsia. Explica-se: tendo em vista que ambos visam à concretização dos princípios da segurança jurídica, celeridade processual e isonomia, por meio da racionalização dos recursos excepcionais repetitivos, não há como se adotar solução diversa em relação à desistência do recurso extraordinário, apenas sob o fundamento de que este se presta ao controle de constitucionalidade. Vale dizer, a analogia com o processo previsto para o controle concentrado de constitucionalidade não se mostra adequada à hipótese de julgamento de recursos repetitivos.

⁶⁸¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

que, selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, proferirá decisão de afetação, na qual determinará a suspensão do processamento de *todos os processos pendentes*, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.⁶⁸²

Sobre o tema, vale dizer que, muito embora o Código de Processo Civil vigente trate apenas da suspensão dos recursos excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.111.743/DF, já decidiu pela possibilidade de suspensão de recursos de apelação. Na oportunidade, entendeu-se que “a suspensão dos julgamentos das apelações que versam sobre a mesma questão jurídica submetida ao regime dos recursos repetitivos atende a exegese teleológico-sistêmica prevista, uma vez que decidida a irresignação paradigmática, a tese fixada retorna à Instância *a quo* para que os recursos sobrestados se adequem à tese firmada no STJ”.⁶⁸³

⁶⁸² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁸³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.111743/DF, publicado no D.J. em 21 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 jan. 2014.

CAP. IV: O ATUAL ESTÁGIO DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

1. Princípios norteadores do novo Código de Processo Civil e o objeto desta pesquisa

Conforme exposto ao longo da presente dissertação, encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que prevê a criação de um novo Código de Processo Civil. Como não poderia deixar de ser, o Projeto levou em consideração a crescente preocupação de respeito aos precedentes judiciais e à jurisprudência, demonstrada pelo ordenamento jurídico processual brasileiro, privilegiando-se, assim, os princípios da segurança jurídica e isonomia.

Já na apresentação do Anteprojeto — que inicialmente teve seu trâmite regular junto ao Senado Federal (PLS 166/2010) — foi enfatizada a preocupação da comissão de juristas responsável por sua elaboração, com a criação de novos mecanismos processuais (e adaptação dos já existentes), que privilegiassem a simplicidade da linguagem processual, de modo a garantir efetividade e celeridade.

Neste sentido, percebe-se claramente o ênfase dado aos princípios da isonomia, segurança jurídica e celeridade processual, vez que o resgate “da crença no judiciário” e a concretização “da promessa constitucional de uma justiça pronta e célere” foram proclamados, pelo Ministro LUIZ FUX, presidente da comissão, como os desafios do novo Anteprojeto.⁶⁸⁴

Assim, a orientação da referida comissão de juristas na elaboração do texto do novo Código foi a de que a coexistência indefinida de “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

⁶⁸⁴ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos do Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”.⁶⁸⁵

Dessa forma, em consonância com a direção já adotada pelo ordenamento jurídico processual brasileiro com a criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e de outros mecanismos mencionados ao longo da presente dissertação, privilegiou-se “a 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”.⁶⁸⁶

Isso porque, conforme também defendemos alhures, a função constitucional desses Tribunais superiores é justamente a de “proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado”. Por este motivo, foi adotado expressamente o princípio de que “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões sociais recomendando sua alteração”.⁶⁸⁷

Aliás, a própria efetividade processual, na exposição de motivos do referido Anteprojeto, está ligada à noção da segurança jurídica, pois as normas “devem tender dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”. Neste sentido, como também já argumentamos nos itens anteriores, o próprio princípio do livre convencimento do magistrado deve encontrar limitações, vez que se “compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos do Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

⁶⁸⁶ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos do Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

⁶⁸⁷ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos do Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

⁶⁸⁸ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos do Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

Essa preocupação com a segurança jurídica expressada na Exposição de motivos levou à inserção, na Câmara dos Deputados, do Capítulo XV, denominado “Do Precedente Judicial”.

Referido capítulo, que engloba os artigos 520 a 522 do Projeto, traz normas que preconizam a necessidade de uniformização da jurisprudência interna dos Tribunais, mantendo-a “estável, íntegra e coerente⁶⁸⁹” (artigo 520, *caput*), bem como a necessidade de que o entendimento consolidado dos Tribunais e das Cortes superiores seja seguido pelas instâncias inferiores⁶⁹⁰ (artigo 521, incisos I a VI), ressalvadas as peculiaridades do caso concreto que justifiquem a adoção de solução diversa (artigo 521, §9º — *distinguishing*).⁶⁹¹

Além disso, tal como ocorre em países de *common law*, o mencionado capítulo traz normas que regulam a superação do entendimento consolidado (artigo 521, §§ 1º ao 6º — *overruling*), que deverá ser fundamentado “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” (artigo 521, §2º).⁶⁹²

Antes da introdução do referido capítulo, o Projeto preferia reservar à jurisprudência (e não aos precedentes judiciais) o papel de conferir unidade e estabilidade às decisões

⁶⁸⁹ A inserção das expressões “íntegra” e “coerente” foi sugestão de LÊNIO STRECK. Segundo o jurista, “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes”. Já a integridade, segundo o autor, é uma garantia contra as arbitrariedades, pois os juízes deverão construir “seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”. A redação do §11 do artigo 521 (“o órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial) também foi sua sugestão. De acordo com o jurista, “trata-se da adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa”. Ou seja, “o andar de cima” está vinculado a sua própria jurisprudência e “não poderá mudá-la a seu talante”. (Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC!* 21 de outubro de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 28 out. 2013.

⁶⁹⁰ Se aprovado o referido Projeto, tal como atualmente se encontra, será possível cogitar o cabimento de ação rescisória para impugnar decisão transitada em julgado, contrária ao entendimento dos Tribunais hierarquicamente superiores, por violação manifesta às normas elencadas no artigo 521, incisos I a VI.

⁶⁹¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁹² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

judiciais. Por este motivo, MARINONI e MITIDIERO ressaltavam “a necessidade de reconhecimento da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais”. Ou seja, entendiam os autores que o Projeto deveria “trabalhar no plano dos precedentes”.⁶⁹³

Sobre o tema, muito embora o atual estágio do Projeto do novo Código de Processo não preveja um sistema idêntico àquele adotado em países de *common law* no tocante à observância dos precedentes judiciais, seu teor revela um crescente prestígio não somente da jurisprudência (sumulada ou não), mas também das decisões judiciais individualmente consideradas. Nos termos do artigo 521, os Juízes e Tribunais deverão seguir as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e os acórdãos e precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo (inciso II).⁶⁹⁴

Além disso, referido artigo dispõe que, na hipótese de não haver súmula da jurisprudência dominante sobre determinada questão jurídica, os Juízes e Tribunais deverão seguir os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade (inciso IV, alínea “a”); ou da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional (inciso IV, alínea “b”). Caso ainda não haja posicionamento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, os Juízes e órgãos fracionários do Tribunal seguirão os enunciados de suas respectivas súmulas ou, na ausência desses, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem (inciso V). Em se tratando de direito local, terão efeito vinculante os precedentes do plenário ou do órgão especial do próprio Tribunal, nesta ordem (inciso VI).^{695 696}

⁶⁹³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC...*, cit., p. 164.

⁶⁹⁴ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁹⁵ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁶⁹⁶ O modelo adotado pelo Projeto em muito se assemelha com a “formação dinâmica” do precedente judicial preconizada por EVARISTO ARAGÃO SANTOS, exposta no capítulo I, item 2.4.1, supra.

Além de orientar a modificação de mecanismos processuais já existentes, conforme mencionamos ao longo da presente dissertação, bem como a inserção do capítulo específico para regulamentar o respeito aos precedentes judiciais, o referido Projeto ainda prevê a inserção no ordenamento jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas, do qual trataremos no item a seguir.

2. Novas técnicas processuais de operação com precedente

2.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas: procedimento para formação acelerada de precedente vinculativo

2.1.1. Considerações introdutórias

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito desenvolve-se da abstração representada pela lei — resultado da atividade legislativa desenvolvida pelo Poder Legislativo — ao concreto advindo das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Entretanto, o sistema de tutela jurisdicional iniciou uma abertura caracterizada, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, pela transmigração do individual para o coletivo.⁶⁹⁷

Tal movimento significa que o juiz contemporâneo não lida exclusivamente com casos individuais, mas também com aqueles que envolvem uma única questão jurídica e uma parcela significativa da sociedade e as chamadas demandas de massa. Essa abertura aponta para a necessidade de superação do esquema lógico de natureza estritamente dedutiva, que tendia a reservar ao legislador o trato abstrato e genérico dos direitos, e a posicionar o julgador apenas no âmbito do concreto, do específico e do individual.

O Projeto do novo Código de Processo Civil se insere nessas diretrizes e prevê, em seus artigos 988 a 999, a introdução no ordenamento jurídico processual do incidente de resolução de demandas repetitivas. Assim, referido incidente — inspirado expressamente no *Musterverfahren* alemão (cf. cap. IV, item 2.1.2, infra) — sintetiza a preocupação da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de criação de um processo célere, efetivo e que traga segurança jurídica.

⁶⁹⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80, p. 69.

2.1.2. Fonte de inspiração: o *Musterverfahren*

O mencionado instituto processual possui expressa inspiração no *Musterverfahren*, inserido no ordenamento jurídico alemão. Tal mecanismo, como o incidente brasileiro que se pretende adotar, também visa a fixar entendimento jurisprudencial vinculante sobre determinados pontos comuns aos vários litígios individuais, muito embora seu âmbito de aplicação seja mais restrito e a cognição judicial envolva também questões fáticas. Tendo em vista que também podem ser objeto do Procedimento-Modelo questões fáticas comuns nos vários processos, a cognição judicial pode ser inclusive cindida. Em um momento decidem-se as questões coletivas, e em outro, as questões individuais.⁶⁹⁸

O ordenamento jurídico alemão não possui extensa previsão legislativa sobre as demandas de interesse coletivo. Aliás, a primeira vez que o legislador tedesco contrariou a tradição de manter as regras de processo civil voltadas para as demandas individuais foi em 1976, quando foi inserida no ordenamento regra que permitiu às associações comerciais, câmaras de comércio e associações de consumidores o ajuizamento de demandas coletivas, com a finalidade de obter declaração judicial sobre a invalidade de certos termos contratuais gerais.⁶⁹⁹

A crítica da doutrina alemã sobre essa opção do legislador é que a desconfiança com a legitimidade extraordinária acaba por retardar o desenvolvimento das ações coletivas. Porém, como muitas vezes essas situações são resolvidas por meio de órgãos administrativos e fiscalizatórios, não há grande pressão da sociedade para criação desses mecanismos de tutela de interesses coletivos.⁷⁰⁰

Como opção aos processos coletivos representativos, foi inserido no ordenamento jurídico alemão o *Musterverfahren*, que, ao contrário do incidente de resolução de

⁶⁹⁸ O objeto do Procedimento-Modelo também pode ser ampliado no curso do procedimento, ou seja, não se fala em estabilização da demanda, como ocorre no processo individual. Deve-se ressaltar, contudo, que esta alteração do objeto do litígio não é livre, pois deve (i) ser precedida de pedido de uma das partes do Procedimento Modelo e (ii) obedecer ao escopo do Procedimento-Modelo. Além disso, (iii) o Tribunal deve reputá-la pertinente. (Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, p. 5).

⁶⁹⁹ Cf. GOTTWALD, Peter. About the extension..., *cit.*, p. 1

⁷⁰⁰ Cf. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão..., *cit.*, p. 3.

demandas resolutivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, possui aplicação restrita e prazo determinado.

Esse mecanismo foi introduzido na legislação alemã após a ocorrência de uma fraude nos prospectos da empresa de telefonia alemã (*Deutsche Telekom*) — o patrimônio da empresa foi avaliado em valor muito superior ao seu real valor, o que causou uma valorização artificial de suas ações —, que fez com que aproximadamente quinze mil investidores prejudicados ajuizassem demandas de reparação de danos contra a empresa.⁷⁰¹

Diante de tal situação, o legislador alemão se viu obrigado a introduzir na sistemática processual, em 16 de agosto de 2005, o Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*), por meio da Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren — KapMuG*).

O principal ponto de contato entre o Procedimento-Modelo alemão e o incidente de resolução de demandas repetitivas é que ambos se prestam a resolver questões coletivas, sem que seja necessária a substituição processual. Ou seja, a decisão adotada em uma causa-teste será aplicada automaticamente a todos os demais processos individuais, que terão seu trâmite suspenso durante todo o procedimento.

Ambos, portanto, buscam fixar posicionamento jurisprudencial sobre questões comuns a vários processos individuais. O âmbito de aplicação do incidente alemão, contudo, é mais restrito — aplicado apenas para demandas que visem ao ressarcimento de investidores prejudicados por falsas ou omissas informações destinadas ao mercado de capitais. No sentido oposto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, se aprovado, terá aplicação ampla.

Outra importante diferença entre os modelos analisados é que enquanto o *Musterverfahren* visa a resolver também questões fáticas comuns aos processos individuais, o incidente de resolução de demandas repetitivas visa apenas a fixar, de forma vinculante, a interpretação da norma jurídica. De acordo com as premissas

⁷⁰¹ Cf. GOTTWALD, Peter. About the extension..., *cit.*, p. 6.

fixadas ao longo da presente dissertação, entende-se correta a opção do legislador brasileiro, pois as demandas que envolvem questões de fato devem ser resolvidas de forma individual, já que as peculiaridades do caso concreto influenciam diretamente na decisão a ser proferida.⁷⁰²

Vale dizer, a conclusão de um processo pode não servir para outro, em função de pequenos detalhes não levados em consideração quando do julgamento. Aliás, mesmo que o incidente preveja ampla participação dos interessados na cognição do julgador, se fossem também resolvidas questões fáticas, obviamente o contraditório haveria de ser extremamente amplo, o que poderia levar à extrema morosidade da marcha processual.⁷⁰³

Por fim, merece destaque a ideia do legislador alemão de conferir prazo certo para eficácia do referido procedimento. A inserção do Procedimento-Modelo no ordenamento jurídico alemão, ainda que com âmbito de aplicação restrito, pode ser entendida como uma experiência, da qual serão extraídos alguns resultados úteis para eventual reforma (ou não) no sistema processual daquele país.⁷⁰⁴

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que o Projeto não tenha previsto um prazo determinado. Isso porque, caso se verifique que a nova sistemática processual não se mostra adequada para

⁷⁰² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar, p.16.

⁷⁰³ Essa é exatamente a crítica da doutrina alemã em relação ao *Musterverfahren*. Mesmo com a possibilidade de escolha de um líder para os vários autores e outro para os vários réus, entende-se que o contraditório de todas as partes que tiveram suas demandas suspensas torna lenta a resolução do incidente. (Cf. STÜNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o Projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil, p.4)

⁷⁰⁴ Em texto publicado após a vigência do *Musterverfahren*, ROLF STÜNER menciona que “até agora não há nenhum resultado visível que não tivesse sido igualmente alcançado sem essa lei por uma habilidosa e pragmática condução processual, mediante uma qualificada magistratura”. Ao falar especificamente sobre o incidente brasileiro, o autor afirma que “para os colegas brasileiros, que cogitam na atual reforma para a uniformização do Direito e celeridade processual um incidente de resolução de demandas repetitivas, talvez seja interessante analisar o sucesso desse processo alemão. Ele não é muito animador. Se se pretende garantir, nos processos-modelo, o contraditório de todas as partes que tiverem suas ações individuais suspensas, eles se tornarão muito lentos e complicados. Se tais processos forem acolhidos apenas para a elaboração de enunciados jurídicos não vinculantes, sempre haverá espaço para a *distinguishing*, além de seus efeitos uniformizadores e de celeridade serem também questionáveis. A *ratio* dos tribunais, por meio da aplicação de uma jurisprudência consolidada, não pode substituir à legislação” (Cf. STÜNER, Rolf. Sobre as recentes reformas no direito alemão..., *cit.*, pp. 4-5).

solução das demandas individuais de massa, nada impede que se faça nova reforma, inclusive eliminando do sistema tal previsão. A tentativa, porém, permanece válida.

2.1.3. Procedimento

De acordo com o artigo 988 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas será admissível “estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver *efetiva* repetição de processos que contenham controvérsia sobre a questão unicamente de direito”.⁷⁰⁵

O teor do referido artigo, aprovado pela Câmara dos Deputados, difere substancialmente daquele aprovado pelo Senado Federal, (artigo 930 do Projeto de Lei nº 166/2010), no qual previa-se a instauração do incidente “sempre que identificada controvérsia com *potencial* de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.⁷⁰⁶ Pela análise da literalidade do antigo dispositivo, poder-se-ia ter a impressão de que o cabimento do referido incidente seria preventivo, ou seja, este seria cabível mesmo ausente efetiva divergência jurisprudencial sobre o tema.⁷⁰⁷

Como se vê, o Projeto foi modificado, de forma a permitir uma divergência inicial (e provisória) antes da adoção da decisão paradigmática para outros processos. De fato, conforme mencionamos alhures, a aplicação de determinada tese de direito, de forma vinculante, sem que tenha havido discussão suficiente sobre o assunto no âmbito doutrinário e judicial, poderá caracterizar providência precipitada e, por vezes, perigosa. Tal risco, contudo, já seria mitigado pela possibilidade da atuação do *amicus curiae* no procedimento previsto para o julgamento do incidente, que já constava do Projeto

⁷⁰⁵ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁷⁰⁶ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

⁷⁰⁷ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil, p. 4.

aprovado pelo Senado Federal (artigo 901)⁷⁰⁸ e continuou no texto aprovado pela Câmara dos Deputados (artigo 138, §3º e artigo 992).⁷⁰⁹

De acordo com o texto do novo Projeto, o incidente será incabível na hipótese de um dos Tribunais superiores já ter selecionado recurso repetitivo, de forma a definir a tese de direito material ou processual a ser aplicada aos demais processos (artigo 988, §8º). Como se vê, tal dispositivo se encontra em consonância com as outras disposições do Projeto, que privilegiam o entendimento dos Tribunais superiores.

O pedido de instauração será suscitado perante o Tribunal de segundo grau (artigo 988, §1º), pelo Relator ou órgão colegiado (*ex officio*), pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública⁷¹⁰ ou por pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente (artigo 988, §3º, incisos I e II).⁷¹¹

Ao Ministério Público caberá, inclusive, assumir a titularidade do incidente, em caso de desistência ou abandono da causa pelas partes (art. 988, §6º). Ademais, a desistência ou abandono da causa não impedirá o exame do mérito do incidente, à semelhança do que

⁷⁰⁸ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

⁷⁰⁹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁷¹⁰ No que diz respeito à legitimidade da Defensoria Pública, entendemos que esta legitimidade deverá ser verificada no caso concreto, caso haja necessidade de atuação em favor dos necessitados, de acordo com o disposto nos artigos 5º, inc. LXXIV e 134 da Constituição Federal, e na Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1984. Ou seja, a legitimidade de tal órgão deverá guardar estrita relação com sua função típica, qual seja, de prestar assistência àqueles que não possuem condições de ingressar e participar em juízo — defesa dos necessitados (Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas..., *Cit.*, p. 4). Há quem defenda, contudo, que o Projeto, caso aprovado, ampliará o rol de atuação da Defensoria Pública (Cf. LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da *Group Litigation Order britânica*, p. 7). Não concordamos com esse entendimento, pois a função típica de tal órgão está prevista na Constituição Federal, não podendo ser alterado por legislação infraconstitucional.

⁷¹¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

preconiza o projeto no tocante ao exame do mérito dos recursos repetitivos (art. 988, §7º).⁷¹²

Após a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, deverá haver “a mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Os Tribunais também deverão manter banco eletrônico de dados atualizados, que contenham, no mínimo, o registro dos fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, de forma a possibilitar a rápida identificação das teses jurídicas abrangidas pelo incidente (artigo 989 e respectivos parágrafos).⁷¹³

Admitido o incidente, prevê o artigo 990, que o Relator (i) suspenderá todos os outros processos pendentes⁷¹⁴, individuais ou coletivos, em primeiro e segundo graus de jurisdição, que versem sobre a mesma questão de direito (inciso I); (ii) poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramita o processo no qual se discute o cabimento do incidente (inciso II); e (iii) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias (inciso III). Caso demonstre a distinção de seu caso com a questão jurídica a ser debatida no incidente (*distinguishing*), o interessado pode requerer o prosseguimento do feito (§4º).⁷¹⁵

⁷¹² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁷¹³ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013. Entende-se que o texto legal deixa dúvidas sobre a necessidade de veiculação das informações em outros meios de comunicação. Mais adequado, portanto, que o referido artigo mencionasse especificamente quais as formas de divulgação do incidente, além de estabelecer prazo para que tal providência seja realizada (Cf. LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, p. 3).

⁷¹⁴ Durante a suspensão do processo, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (artigo 990, §3º). Caso haja pedido de um dos legitimados ao Tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário e/ou especial, a suspensão poderá envolver todos os processos em curso no território nacional, desde que, por óbvio, também versem sobre a mesma questão de direito. Se não for interposto recurso excepcional contra a decisão proferida no incidente, cessará a referida suspensão (artigo 997 e respectivos parágrafos).

⁷¹⁵ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

Após ter sido proferida decisão no incidente, a tese jurídica deverá ser aplicada a todos os demais processos (inclusive futuros) que versem sobre a mesma questão de direito, e que tramitem na área de jurisdição do referido Tribunal, inclusive àqueles em trâmite perante os juizados especiais (artigo 995, *caput* e §1º). Se for interposto recurso excepcional, e a matéria for apreciada, em seu mérito, por um dos Tribunais superiores, a tese jurídica deverá também ser aplicada a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito, em trâmite no território nacional (artigo 995, §5º).⁷¹⁶

Como se vê, nos termos do quanto exposto, trata-se de novo procedimento de formação acelerada de precedente judicial vinculativo.

Embora não haja disposição expressa no tocante à aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal também aos processos futuros, não se deve olvidar de sua obrigatoriedade. Isso porque, entender de forma diversa significaria contrariar a própria lógica do instituto, qual seja, conferir segurança jurídica aos jurisdicionados e eliminar eventual incerteza sobre a interpretação da norma, a partir de parâmetros oferecidos pelo próprio Direito. Ademais, caso a decisão não possuísse efeitos prospectivos vinculantes, a todo o momento os Tribunais superiores poderiam ser instados a se manifestar sobre a mesma questão, em flagrante desperdício de tempo dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais.⁷¹⁷

⁷¹⁶ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

⁷¹⁷ Cf. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas..., *Cit.*, p. 480.

CONCLUSÕES

1. Conclusões gerais

Apesar das diferenças que ainda persistem entre *common law* e *civil law*, observa-se uma crescente aproximação entre os sistemas. Enquanto alguns países de tradição anglo-saxônica vem sofrendo alterações em seus ordenamentos jurídicos, aumentando, por exemplo, a relevância da norma codificada; alguns países de *civil law* tem experimentado um aumento no papel dos precedentes judiciais, que, em alguns casos, chegam a ter eficácia vinculante.

No Brasil, essa aproximação também pode ser observada, diante da crescente valorização dos precedentes judiciais pelo Direito Processual Civil brasileiro, tema da presente pesquisa. Aliás, o próprio Projeto do novo Código de Processo Civil demonstra essa valorização, na medida em que, além de criar nova técnica de formação acelerada de precedente vinculante (incidente de resolução de demandas repetitivas), ainda expressamente vincula o entendimento dos juízes e Tribunais à orientação dos Tribunais superiores, salvo distinção dos casos ou superação do entendimento.

Sob este enfoque, de acordo com as premissas adotadas, conclui-se que essa opção legislativa possui vários aspectos positivos e contribui para que as decisões judiciais envolvendo uma mesma questão jurídica se tornem minimamente uniformes, propiciando unidade, previsibilidade e estabilidade ao Direito, tratamento isonômico aos jurisdicionados, bem como celeridade à marcha processual.

Contudo, mais do que a mera imposição do respeito aos precedentes judiciais por meio de técnicas processuais, ou a simples importação de institutos e mecanismos desenvolvidos por e para países de *common law*, é necessária a implementação de uma cultura de respeito aos precedentes, para que essa nova sistemática processual de possa realmente mostrar-se útil para a nossa realidade.

Em termos práticos, é preciso que (i) os julgadores, conscientes de que suas decisões servirão como guias para decisões futuras, realizem relatórios detalhados, de modo a

possibilitar o correto *distinguishing* entre os casos; (ii) o inteiro teor das decisões judiciais seja publicado de forma imediata, possibilitando-se a verificação do atual entendimento sobre o tema; (iii) as publicações das decisões judiciais sejam organizadas e sintetizadas, com criação de efetivo mecanismo de busca e pesquisa; (iv) e o método de formação dos futuros profissionais do Direito envolva o manejo dos precedentes judiciais e a melhor forma de utilização e compreensão das técnicas do Direito Processual (positivadas e aquelas que se pretende inserir) relacionadas ao tema.

Nesse contexto, por meio da análise individualizada de tais técnicas processuais, cujas principais conclusões serão explicitadas no tópico subsequente, esperamos ter contribuído para este objetivo.

2. Conclusões específicas

1. O controle concentrado de constitucionalidade pela via principal gera decisão judicial com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (exemplo de precedente judicial vinculante), e, portanto, contribui, ainda que de forma reflexa, para uniformização da jurisprudência.

2. A eficácia vinculante atribuída aos precedentes judiciais oriundos do controle concentrado de constitucionalidade tem o mesmo objetivo do instituto do *stare decisis*, ou seja, presta-se a impedir a negação dos fundamentos determinantes da decisão.

3. Em se tratando de questões constitucionais, entende-se necessário, caso possível, o controle concentrado de constitucionalidade do ato normativo, evitando-se a proliferação de decisões contraditórias, que somente acarretam o descrédito do Judiciário e violação do princípio da isonomia.

4. O controle concentrado de constitucionalidade possui especial utilidade para o controle das chamadas demandas de massa.

5. A prévia fixação do entendimento, em sede de controle de constitucionalidade, se mostra desejável, pois ou *há* ou *não há* inconstitucionalidade de determinada norma.

6. O mesmo efeito uniformizador proveniente do controle concentrado poderia ser atingido por meio do controle difuso de constitucionalidade, caso o efeito vinculante fosse estendido as decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário.

7. No controle concentrado de constitucionalidade, o ponto de equilíbrio entre a prévia fixação do entendimento sobre determinada questão constitucional (antes de ocorrer a divergência jurisprudencial) e a legitimidade da decisão perante a sociedade é a atuação do *amicus curiae* no curso do procedimento.

8. A técnica de modulação dos efeitos da decisão proveniente do controle concentrado de constitucionalidade consiste em limitação de seus efeitos temporais e, portanto, não se confunde com o *overruling*, nem tampouco com *prospective overruling*.

9. Após decisão proferida em processo objetivo, em permanecendo a norma no ordenamento, não há óbice para que o Supremo Tribunal Federal volte a analisar sua constitucionalidade, desde que haja alteração da realidade social, dos valores da sociedade e da concepção jurídica geral acerca de determinada questão de Direito.

10. Os recursos excepcionais constituem importante técnica de operação com precedentes, na medida em que permitem às Cortes superiores o controle da interpretação a ser atribuída ao texto legal e à Constituição Federal, de forma à preservar a unidade do Direito e propiciar igualdade e segurança jurídica ao jurisdicionado.

11. É recomendável que, mantidas as mesmas circunstâncias externas e diante da mesma questão fática, o entendimento dos Tribunais superiores exarado em sede de recurso excepcional seja respeitado pelas instâncias inferiores.

12. O ordenamento jurídico processual, cada vez mais, tem fortalecido as decisões das Cortes superiores, conferindo a elas, inclusive, eficácia *ultra partes*. Tal fato demonstra a preocupação do legislador em garantir que esses recursos exerçam, de forma efetiva, suas funções nomofiláticas e de uniformização de jurisprudência, por meio da fixação

da tese jurídica a ser seguida no caso concreto (respeito a precedentes judiciais). Essa tendência também pode ser verificada no Projeto do novo Código de Processo Civil.

13. A decisão proferida em sede de embargos de divergência deve ser considerada a própria orientação do Tribunal superior sobre determinada questão jurídica.

14. A teoria de objetivação do recurso extraordinário demonstra a necessidade de implementação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais.

15. O requisito da repercussão geral não é inconstitucional, mas também não possui o condão de, por si só, resolver o problema da morosidade processual.

16. Não há inconstitucionalidade nas disposições regimentais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que instituíram o julgamento eletrônico da repercussão geral e seu reconhecimento tácito.

17. Diante da atual Constituição Federal, não persiste o teor da Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal.

18. A divergência jurisprudencial interna (no âmbito do mesmo Tribunal) denota clara desigualdade e insegurança na aplicação da lei, o que revela a importância do incidente de uniformização de jurisprudência e da assunção de competência, se bem utilizados.

19. Se a controvérsia já estiver solucionada no âmbito dos Tribunais superiores, os mecanismos de uniformização interna de jurisprudência não terão utilidade e, mais do que isso, poderão agravar o problema da divergência jurisprudencial.

20. Verificada a divergência jurisprudencial sobre uma mesma questão jurídica, no âmbito interno do Tribunal, a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência não constitui uma faculdade do julgador, mas sim um dever. Vale dizer, não cabe qualquer juízo de conveniência ou oportunidade quanto à uniformização. Qualquer divergência dentro de um Tribunal passa a ter interesse público.

21. Em relação aos casos futuros, é recomendável que o Tribunal siga seus próprios precedentes formados em sede de incidente de uniformização de jurisprudência.

22. A pouca utilização do incidente se deve ao receio dos advogados de criar precedentes contrários aos seus clientes e dos Tribunais de se submeterem ao entendimento da maioria.

23. A assunção de competência deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com os princípios da igualdade e da segurança jurídica, de forma a permitir sua incidência no julgamento de outros recursos e das causas de competência originária do Tribunal.

24. O Direito sumular, ainda que desprovido de efeito vinculante, contribui para concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, na medida em que oferece uma referência objetiva do posicionamento do Tribunal.

25. Quanto mais clara e específica for sua redação, maior probabilidade que o verbete sumular alcance seus objetivos de conferir segurança jurídica e igualdade e, ainda, imprimir celeridade ao processo. O foco do verbete deve ser a *ratio decidendi* das decisões que lhe deram ensejo.

26. Antes de se tornar vinculante, o entendimento previsto no verbete sumular vinculante deve ser ao menos predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, evitando-se sua alteração logo após sua edição.

27. O enunciado sumular vinculante não poderá ser revisado ou cancelado por meio de controle objetivo de constitucionalidade ou por ação rescisória.

28. A atuação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante legítima, perante a sociedade, a decisão que será proferida.

29. Caso a norma seja revogada ou alterada, não há sentido para o cancelamento imediato da súmula vinculante, devendo ser admitida sua mera revisão, para explicitar sua aplicação apenas às situações consolidadas até a data de início de vigência da nova

lei. Essa posicionamento, contudo, não se aplica às hipóteses em que a lei for declarada inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

30. Se houver modulação temporal dos efeitos da súmula vinculante recentemente editada, durante este lapso deverá ser adotado posicionamento contrário ao do Supremo Tribunal Federal pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

31. Os efeitos da súmula vinculante atingem o próprio Supremo Tribunal Federal, salvo no tocante à possibilidade de revisão ou cancelamento do enunciado sumular. O Poder legislativo, contudo, não é atingido.

32. A súmula vinculante não é inconstitucional, nem tampouco provoca engessamento do sistema por meio da perpetuação de entendimento jurisprudencial ultrapassados.

33. Com relação à técnica prevista no artigo 557, caput e 1º§-A do Código de Processo Civil, melhor seria se o legislador tivesse expressamente condicionado o julgamento de mérito do Relator à orientação dos Tribunais superiores, auferível por critérios objetivos. Mas, de qualquer forma, a melhor interpretação do dispositivo é no sentido de que o Relator não poderá negar seguimento ao recurso, se a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal forem contrários à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal superior.

34. Para o bom funcionamento da referida técnica, o Relator do recurso deverá ter cautela ao lastrear seu julgamento em acórdãos de um mesmo órgão fracionário e verificar a atualidade das decisões que pretende utilizar. Se seu julgamento for lastreado em um único acórdão, este deverá fazer referência a outros julgados e ser advindo do órgão máximo do Tribunal, para compor divergência entre seus órgãos fracionários.

35. O Relator poderá decidir, de plano, o conflito de competência com base em súmula do Tribunal, ainda que não expressamente previsto no parágrafo único do art. 120 do Código de Processo Civil

36. A técnica de julgamento de tese jurídica repetitiva, prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil, deve incidir apenas na hipótese de coincidência entre o

posicionamento do juízo e a orientação dos Tribunais superiores. Dessa forma, melhor seria se o legislador tivesse condicionado expressamente julgamento liminar de improcedência à orientação dos Tribunais superiores.

37. Referida técnica, muito embora não seja inconstitucional, demanda extrema cautela do julgador, que deverá ficar atento às peculiaridades do caso concreto (*distinguishing*) e ao posicionamento dos Tribunais que lhe são superiores.

38. A súmula impeditiva de recurso, prevista no artigo 518, §1º do Código de Processo Civil possui finalidade complementar à súmula vinculante e à técnica de julgamento liminar de improcedência da demanda.

39. A opção do legislador de condicionar a incidência da referida técnica ao entendimento sumulado dos Tribunais superiores foi acertada. Não obstante, como observado em relação aos outros mecanismos, o aplicador do Direito deverá atentar-se para o *distinguishing* do caso.

40. O agravo de instrumento interposto contra decisão com fundamento no artigo 518, §1º do Código de Processo Civil não poderá versar sobre o mérito do entendimento sumulado, sob pena de aplicação das multas previstas por litigância de má-fé (artigo 17, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil) \.

41. A técnica de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais constitui em importante técnica de uniformização de jurisprudência, ao possibilitar que o mesmo entendimento adotado no precedente seja aplicado aos demais recursos, pendentes e futuros, que versem sobre a mesma tese jurídica.

42. Para o bom funcionamento da técnica de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, o recurso eleito como paradigma deve ser aquele que mais adequadamente represente a controvérsia; o *distinguishing* dos casos, tanto na decisão de sobrestamento como na aplicação da orientação vitoriosa, deve ser corretamente realizado; e os Tribunais de origem devem submeter-se ao entendimento dos Tribunais superiores.

43. No manejo por amostragem, na hipótese de sobrestamento indevido do recurso excepcional, a questão deve ser levada, inicialmente, ao Tribunal, via agravo interno. Caso seja mantida a decisão, caberá agravo ou reclamação aos Tribunais superiores.

44. Melhor seria se o legislador não tivesse facultado ao Tribunal de origem manter o acórdão recorrido, ainda que contrário ao entendimento exarado pelos Tribunais superiores, em sede de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais.

45. A participação do *amicus curiae* deve ser permitida também no julgamento do mérito do recurso extraordinário repetitivo, eleito como paradigma.

46. O alcance do modelo de julgamento por amostragem do recurso especial é mais amplo do que o previsto para julgamento do recurso extraordinário. A decisão proferida no recurso paradigma será considerada “jurisprudência dominante” do Superior Tribunal de Justiça.

47. Em se tratando do manejo por amostragem dos recursos excepcionais, na hipótese de desistência do recurso paradigma, a melhor solução seria deferir o pedido e, ainda assim, julgar a questão de direito.

48. O Projeto do novo Código de Processo Civil revela o crescente prestígio atribuído à jurisprudência (sumulada ou não) dos Tribunais superiores. Além disso, o Projeto ainda fortalece as decisões judiciais provenientes desses Tribunais, individualmente consideradas, oferecendo critérios objetivos para aferir-se quais poderão exprimir a orientação da Corte e, assim, vincular o entendimento das instâncias inferiores.

49. O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil pode ser considerado procedimento para formação acelerada de precedente judicial vinculativo.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ANDREWS, Neil. A new Civil Procedure Code for England: party-control “going, going, gone”. In: *Civil Litigation in Comparative Context*, ed. Oscar G. Chase e Helen Hershkoff, St. Paul: Thomson-West, 2007.
- ANDRIGHI, Nancy Fátima. Recursos repetitivos. *Revista de Processo*. v. 185, São Paulo. jul. 2010. p. 265.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do Relator no julgamento dos recursos. *Revista de Processo*. v. 103, São Paulo. jul. 2001. p. 37.
- ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- AZZONI, Clara Moreira. *Recurso especial e recurso extraordinário*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. *Revista Forense*. v. 102. n. 383, Rio de Janeiro. jan. - fev. 2006. p. 181-191.
- _____. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- _____ A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: *Temas de direito processual*, 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95.
- _____ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____ Distinção entre o fundamento do acórdão e fundamento do voto. *Revista de Processo*. v. 2, São Paulo. abr. 1976. p. 300.
- _____ El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: um bosquejo. In: *Temas de direito processual*, 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 183-193.
- _____ O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. vol. 99, São Paulo. jul. 2000, p. 141.
- _____ O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 25, Rio de Janeiro. 2004. p.65-86.
- _____ Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____ Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, Porto Alegre. mai./jun. 2005, pp. 5-16.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. v. 240, Rio de Janeiro. abr. — jun. 2005. p. 1-42.
- _____ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BEGA, Camila Brambila. *Repercussão geral das questões constitucionais: aspectos processuais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O dismantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.aasp.org.br>>. Acesso em 22 jul. 2013.
- _____ Uniformização de jurisprudência (esboço de substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.804/93). *Lex, Jurisprudência do STF*. n. 226, Brasília. out. 1997, p. 65.
- BRAGHITTONI, Rogério Ives; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Recurso extraordinário: uma análise do Acesso ao Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRANTING, L. Karl. A computational model of *ratio decidendi*. Disponível em <<http://www.karlbranting.net/papers/ail94.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2012.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte de 1933. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga. In: *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*. v. III. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>> . Acesso em 23 jul. 2013.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Emenda aglutinativa substitutiva global ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Versão de 22 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22.10.2013.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 209, de 23 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos de Anteprojeto. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jul. 2013.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. PLS – Projeto de lei do Senado nº 139, de 2004. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 18 out. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 out. 2013.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2013.

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 out. 2013.

_____. Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013.

- ____ Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 dez. 2013.
- ____ Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.
- ____ Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.
- ____ Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 dez. 2013.
- ____ Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 dez. 2013.
- ____ Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.
- ____ Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 jan. 2013.
- ____ Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 4 jan. 2013.
- ____ Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 9 dez. 2013.
- ____ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 259.029/SP, publicado no D.J. em 13 de março de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 18 out. 2013.
- ____ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279838/PR, publicado no D.J. em 30 de junho de 2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 dez. 2013

____ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.111743/DF, publicado no D.J. em 21 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 jan. 2014.

____ Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013.

____ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 8 out. 2103.

____ Superior Tribunal de Justiça. *Tudo pronto para o início do Fórum Permanente de Recursos Repetitivos*. 1º de outubro de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 6 jan. 2014.

____ Superior Tribunal de Justiça. Voto do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, no acórdão do Agravo Regimental nos Embargos Infringentes em Recurso Especial nº 228.438/RS. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 jul. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra ELLEN GRACIE no acórdão da questão de ordem no recurso extraordinário nº 579.431-8/RS, publicado no D.J. em 24 de outubro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 1º out. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental na Arguição de preceito fundamental nº 80, publicado no D.J. em 10 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 nov. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 197.917 publicado no D.J. em 7 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 5 ago. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Assessoria de Gestão Estratégica. Números da repercussão geral. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11, publicados no D.J. em 12 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 6 nov. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática do Ministro LUIZ FUX, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 664.335/SC, publicada no D.J. em 2 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 4 jan. 2014.

____ Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234, 235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356, e 357 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal de 1970. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 734. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 nov. 2103.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro FRANCISCO RESEK no acórdão da questão de ordem na ação declaratória de constitucionalidade nº 1, de 27 de outubro de 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro GILMAR MENDES FERREIRA na reclamação constitucional nº4.335/AC, de 1º de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro GILMAR MENDES FERREIRA, no acórdão da Medida Cautelar em Recurso Extraordinário nº 376.852-2/SC, publicado no D.J. em 13 de junho de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no acórdão da ação declaratória de constitucionalidade nº 1, de 27 de outubro de 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no acórdão da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 117.809/PR, publicado no D.J. 4 de agosto de 1989. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2013.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BRUSHI, Gilberto. Recurso especial fundado em divergência jurisprudencial. In: MELLO, Rogério Licastro Torres de (Coord.). *Recurso especial e recurso extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil. vol. 2: comentários sistemáticos às Leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-12-2006*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Os precedentes no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. v. 84. n. 716, São Paulo. jun.1995. p.24-26.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. vol. 147, São Paulo. 2007, p. 123.

CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. *Opere Giuridiche*, Nápoles: Morano, 1976, volume VII.

_____. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 10, Salvador. jan. 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

CAMBI, Eduardo. Critério de transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Súmula vinculante. *Revista de Processo*. v. 168, São Paulo. fev. 2009. p. 143.

_____. Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC. *Revista dos Tribunais*. v. 854, São Paulo. dez. 2006, p. 52.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Repercussão geral e PEC 209/2012. *Revista de Processo*. v. 38, n. 220, São Paulo. jun. 2013. p. 183-206.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1972.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno: arts. 557, 544 e 545 do CPC. *Revista de Processo*. v. 100, São Paulo. out. 2000. p. 9.

_____. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, vol. 1, 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935.

- _____ *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901.
- COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*. v.87. n.752, São Paulo. jun. 1998. p.11-21.
- COLLIER, Charles W. Precedent and legal authority: a critical history. *Wisconsin Law Review*, Madison. 1988. p. 771-825.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. As inovações da EC no 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____ Reclamação: a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*. v.36. n.197, São Paulo. jul. 2011. p.13-25.
- COSTA, Guilherme Recena. Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Interpretações das leis processuais*, trad. port. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*. New York: Oxford University Press, 1991.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*. v.24. n.78, São Paulo. set. 2004. p.43-8.
- _____ *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____ Parâmetros de eficácia e interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____ *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- CUNHA, Leonardo Carneiro de. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*. vol. 193, São Paulo. 2011, p. 255.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Adeus aos direitos*. Jornal “Folha de S. Paulo”, de 31 de julho de 1997. Disponível < <http://acervo.folha.com.br>>. Acesso em 25 nov. 2013.

- _____. Uma Corte Constitucional para o Brasil. *Boletim dos Procuradores da República*. v.4. n.43, São Paulo. nov. 2001. p.9-11.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 2012.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Coisa julgada, eficácia erga omnes e efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade (estabilização da demanda no controle concentrado)*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*. v.103. n. 389, Rio de Janeiro. jan. — fev. 2007. p.491-500.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no Direito Imperial brasileiro: o interessante decreto 6.142/1876. *Revista de Processo*. v. 38, n. 220, São Paulo. jun. 2013. p. 183-206.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*. v.100, São Paulo. out. 2000. p.166-72.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. vol. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. Mutações jurisprudenciais e a expectativa dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In: *Crédito-Prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Minha Editora, 2005.
- _____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Superior Tribunal de Justiça e acesso a ordem jurídica justa. *Revista de Processo*. vol. 59, São Paulo. jul. 1990. p. 14.

- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- EDLIN, Douglas E. *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- EISEMBERG, Melvin Aron. *The nature of the common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- FERREIRA, Manuel Alceu Afonso. Do processo nos Tribunais. In: PRADE, Péricles Luiz Medeiros (Coord.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1974.
- FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante — Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRERES COMELLA, Victor. Sobre la possible fuerza de la jurisprudencia. In: FERRERES COMELLA, Victor Ferreres; RÍOS, Juan Antonio Xiol. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FERRERES COMELLA, Victor; RÍOS, Juan Antonio Xiol. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FUNKEN, Katja. *The best of both worlds — the trends towards convergence of civil law and common law system*. Disponível em <<http://www.jurawelt.com>>. Acesso em 4 jul. 2012.
- FUX, Luiz. A súmula vinculante e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 28, São Paulo. abr. 2005. p. 27.
- GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. *Revista dos Tribunais*. Vol. 739, São Paulo. mai. 1997. p. 11.
- GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *Essay in jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931.
- GOTTWALD, PETER. About the extension of collective legal protection in Germany. *Revista de Processo*. v. 154, São Paulo. 2007. p. 81.
- GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, vol. 1, n. 3, São Paulo. mai.-out. 1997, pp. 67-80.
- JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*. vol. 38, São Paulo. ago. 2005. p. 42.

- LAPORTA, Franciso J; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedentes: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997.
- LASPRO, Orestes Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo*. v. 35. n. 186, São Paulo. ago. 2010, pp. 9-30.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LEVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo*. vol. 196, São Paulo. 2011. p. 165.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha Lima. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 185, São Paulo. 2010. p. 233.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n. 11.417/2006. In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Coord.). *As novas reformas do CPC e de outras normas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. Arguição de relevância: a competência para seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. *Revista de Processo*. v. 11. N. 42, São Paulo. abr./jun. 1986. pp.58-87.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Incidente de uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- _____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- _____. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. v. 35. n. 184, São Paulo. jun. 2010. pp. 9-41.
- _____. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de Processo*. v.35. n.184, São Paulo. jun. 2010. pp.10-41.
- _____. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. v.58. n.398, Porto Alegre. 2010, pp.25-42.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedentes: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Duas hipóteses para súmulas vinculantes*. Disponível em <[http:// abdir.jusbrasil.com.br/noticias](http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias)>. Acesso em 11 nov. 2013
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. v.241, Rio de Janeiro. jul./set. 2005. pp.177-208.
- MEDINA, José Garcia Miguel. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*. v. 135, São Paulo. mai. 2006. p. 152.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. *Revista de Direito Administrativo*. n.191, Rio de Janeiro. jan./mar. pp.40-66.
- _____. Evolução do Direito constitucional brasileiro e do controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. v.32. n. 126, Brasília. abr./jun. 1995. pp.87-102.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. *Revista de Processo*. v. 220, São Paulo. jun. 2013. p. 14.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*. v. 144, São Paulo. fev. 2007. p. 105.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. In: *A Constituição brasileira (1988) — Interpretações*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do julgamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. vol. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- NETO, Thomaz Thompson Flores. *Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade?* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009.
- OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Repercussão geral das questões constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB quer rejeição integral da PEC 209/12, que limita recurso especial*. 12 de novembro de 2012. Disponível em <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em 8 out. 2013.

- _____. Petição inicial da Ação declaratória incidental nº 3.695/DF, ajuizada contra a íntegra da Lei nº 11.277/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 dez. 2013.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- PASSONI, Marcos Paulo. Sobre o cabimento da ação rescisória com fundamento em violação à literal proposição de súmula vinculante. *Revista de Processo*. vol. 171, São Paulo. mai. 2009. p. 242.
- PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997.
- PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão labrada por relator. *Revista dos Tribunais*. v. 89, n. 778, São Paulo. ago. 2000. pp.11-16,
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Superior Tribunal de Justiça e a Justiça Especial. In: *A Constituição brasileira (1988) — Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento de uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSAS, Roberto. Controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. ano de 1986. Brasília. p.45-49. 1987.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 133, São Paulo. mar. 2006. p. 188.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. *Revista de Processo*. v. 35. n.181, São Paulo. mar. 2010. pp.38-59.
- SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*. v.77. n.627, São Paulo. jan. 1988. pp. 257-262.
- _____. *Uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

- SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: Fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. vol. 226, São Paulo. dez. 2013. p. 349.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v.20. n.75, São Paulo. jan./mar. 1996. pp.48-56.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Questão de fato” em recurso extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC!* 21 de outubro de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 28 out. 2013.
- _____. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.17. n.78, São Paulo. maio/jun. 2009. pp.284-319.
- STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o Projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 193, São Paulo, 2011, p. 355.
- TAGGART, Michael; DYZENHAUS, David. Reasoned decisions and legal theory. In: EDLIN, Douglas E. *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 54, São Paulo. set. 2007.
- TARUFFO, Michele. *Icerbergs do common law e civil law?* Macro comparação e micro comparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*. v.35. n.181, São Paulo. mar. 2010. pp.167-72.

- _____. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997.
- _____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*. . v.28. n.110, São Paulo. abr./jun. 2003. pp.141-158.
- _____. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v.61. n.3, Milano. set. 2007. pp.709-725.
- _____. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedentes: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. v.17. n.48, Porto Alegre. mar. 1990. pp. 5-19.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro — análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória *Revista de Processo*. vol. 189, São Paulo. 2010. p.9.
- _____. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário referente ao requisito da repercussão geral (CF, art. 102, 3º). In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em 17 jun. 2013.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of a case: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*. vol. 100, São Paulo. out. 2000. p. 81.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito — *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*. v.57. n.384, Porto Alegre. out. 2009. pp.53-62.
- _____. Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

- _____ Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*. v. 34, n. 172, São Paulo. jun./2009.
- _____ Interpretação da Lei e de precedentes: civil Law e common law. *Revista dos Tribunais*. v.99. n.893, São Paulo. mar. 2010. pp.33-45.
- _____ Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____ *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____ Súmula vinculante. *Revista MPMG Jurídico*. v. 3. n. 11, Belo Horizonte. out/dez. 2007. pp. 10-19.
- _____ Súmula vinculante: desastre ou solução. *Revista de Processo*. v. 98, São Paulo. abr. 2013. p. 295.
- VAN CAENEGEM, R.C. *Judges, legislators & professors: chapters in European legal history*. New York: Cambridge University Press, 2002.
- VASCONCELOS, Rita. A nova competência do STF para o recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ZAVASKY, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.