

# A FORÇA DE PRECEDENTE ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

## THE STRENGTH OF PRECEDENT BETWEEN INDIVIDUAL AND CLASS ACTIONS

**Simone Trento**

### **RESUMO**

O presente artigo trata da relação entre o respeito a precedentes e a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na experiência recente do direito brasileiro. Inicialmente são estudadas as características que fazem com que uma decisão possa ser qualificada como um precedente: tratar-se de questão decidida pelo Judiciário com a aplicação de critérios jurídicos; que a decisão goze de autoridade para se firmar como paradigma e que, para tanto, enfrente todos os principais argumentos oponíveis ao precedente. Na sequência são estudadas as influências recebidas de uma decisão tomada em demanda coletiva por demandas individuais subsequentes, bem como eventuais influências de demandas individuais sobre demandas coletivas posteriores que tratem do mesmo direito já discutido na seara individual. São analisadas as razões de justiça e as razões de segurança jurídica que fazem com que, entre o efeito de coisa julgada e efeito nenhum, alguma força – ou de precedente ou de trazer ao menos um ônus argumentativo – haja entre decisões tomadas em demandas coletivas e individuais e vice-versa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedente. Elementos. Autoridade. Demandas coletivas e individuais. Coisa julgada e ônus argumentativo.

### **ABSTRACT**

This paper discusses the relationship between respect for precedent and adjudication of collective rights in the recent experience of Brazilian law. They are initially studied the characteristics that make a decision to be treated as a precedent: the issue must be decided by the judiciary by applying legal criteria; the decision must have authority to establish itself as a paradigm and, therefore, face all the main arguments that could be invoked against the precedent. Are studied the influences received from a decision on class action by subsequent individual demands as well as possible influences of individual claims on class actions further dealing the same right. It analyzes the substantive reasons and authority reasons that cause, between the effect of *res judicata* and no effect, some force – or the authority of precedent or a force capable to bring at least an argumentative burden - that should exist among decisions on class actions and individual actions and vice versa.

**KEYWORDS:** Precedent. Elements. Authority. Individual and class actions. *Res judicata* and argumentative burden.

## **Introdução**

Vivemos em um mundo em que é crescente a percepção de intensificação das relações em escala global. Na análise dos fenômenos relacionados à globalização, costuma-se imprimir maior ênfase às relações econômicas, intensificadas em um mundo capitalista aliado à facilidade de comunicações, à rapidez dos meios de transporte e à crescente informatização. No entanto, a globalização é também visível em esferas diversas da econômica, tal como na política e no direito.

O fenômeno de globalização do direito faz não só com que o direito interno passe a ser pensado em conjunto com o direito internacional, mas também com que o direito interno receba influências dos outros direitos internos. Assim, institutos provenientes de uma determinada tradição jurídica passam a se fazer presentes em sistemas jurídicos filiados a tradições diversas.

Nessa linha, no estudo do processo, a força dos precedentes tem trazido reflexões e efeitos no direito brasileiro. As justificativas para a crescente força que se imprime aos precedentes no direito brasileiro são as mais diversas; parte delas encontra fundamento em raciocínios próprios da nossa tradição, mas parte advém diretamente dos fundamentos que o direito anglo-saxão apresenta para valorizar seus precedentes.

O presente artigo procurará tratar da relação entre o respeito a precedentes e a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na experiência recente do direito brasileiro.

### **1 O QUE SE PODE CONSIDERAR UM PRECEDENTE**

No desempenho da função de instituir precedentes, é sabido que não é qualquer decisão jurisdicional que é capaz de gerar um precedente. Só se pode falar em precedente quando se está diante de uma decisão dotada de algumas características reunidas (MARINONI, 2010, P. 215-216): (a) Tratar-se de uma decisão acerca de “matéria de direito” e não de “matéria de fato”; (b) Capacidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e juízes; (c) A decisão apta a gerar precedente tem de enfrentar todos os principais argumentos relativos à questão jurídica posta no caso concreto levado à análise.

Vou passar a tratar de cada um desses pontos nos itens que seguem, debruçando-me, primeiramente, sobre o item “a” e, na sequência, conjuntamente, sobre os itens “b” e “c”, dadas as implicações mútuas entre estes dois últimos pontos.

## 1.1 PRECEDENTE DIZ RESPEITO A QUESTÃO DECIDIDA PELO JUDICIÁRIO COM A APLICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO

Quanto ao primeiro ponto acima elencado para que uma decisão possa ser considerada precedente (tratar-se de uma decisão acerca de “matéria de direito” e não de “matéria de fato”), há que se fazer algumas observações para a correta compreensão daquilo que se quer expressar com “matéria de direito” para fins de fixação de um precedente.

O que depende de uma decisão judicial não é a verdade de uma afirmação sobre um fato, mas sim considerar/aceitar (para fins de adjudicação de direitos) como verdadeira essa afirmação (FERRER BELTRÁN, 2005, p. 74). No processo, o que se decide, afinal, não é apenas se uma afirmação é verdadeira, mas se ela *deve ser* considerada verdadeira para a finalidade processual de atribuir uma determinada tutela jurisdicional.

Para se poder concluir, no processo, que uma determinada proposição está provada, é necessário e suficiente que se disponha de elementos de juízo *suficientes* em favor desta proposição, elementos estes que tornem esta proposição uma descrição *aceitável* dos fatos do caso (FERRER BELTRÁN, 2005, p. 69). A suficiência de elementos de juízo em favor da hipótese adotada no processo como verdadeira (ou seja, se foi ou não atingido o *standard* de prova aplicável ao caso) é uma decisão que incidentalmente se há de tomar para se proferir a decisão da controvérsia de forma adequada àquilo que é estabelecido pelo Direito.

Mais do que isso: a decisão, no processo, sobre a suficiência ou insuficiência dos elementos de juízo para que seja suprido o *standard* de prova aplicável ao caso *sub judice* consiste em uma *decisão* que se espera que o Judiciário tome tendo como razão de decidir *critérios jurídicos*.

Na análise da dimensão epistêmica do processo, tem-se que, em um regime de provas atípicas, como o nosso<sup>1</sup>, pode ser usado como prova tudo que é relevante para a elucidação dos fatos objeto de prova, excluindo-se apenas as provas que o ordenamento jurídico determina que não sejam admitidas (TARUFFO, 2010, p. 163). Uma vez

---

<sup>1</sup> Nos termos de nosso Código de Processo Civil: “Art. 130. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*”

admitidas e produzidas as provas, elas devem ser valoradas de forma racional<sup>2</sup>, de modo que a decisão possa ser justificável (TARUFFO, 2010, p. 185).

Neste ponto, deve-se prevenir uma possível conclusão equivocada: o fato de adotarmos um sistema de provas atípicas (excepcionado por alguns casos, definidos em lei, de provas típicas) não tem influência na necessidade de que *qualquer* decisão judicial sobre estar ou não estar provado um determinado fato tenha de ser fundada em critérios jurídicos.

Com efeito, tanto a prova da propriedade imóvel é feita por meio de certidão do registro do título translativo junto ao Registro de Imóveis em razão de uma regra jurídica<sup>3</sup> que estabelece este meio de prova como o único capaz de provar este fato (propriedade de Fulano sobre um determinado imóvel), como a prova, por exemplo, da existência de um contrato verbal de pequeno valor pode ser feita através de testemunhos suficientemente completos e coerentes no sentido da contratação.

E isto em razão de normas *jurídicas* que fazem parte do ordenamento jurídico e que determinam que, a partir da existência de declarações testemunhais desinteressadas, suficientemente completas e coerentes, não havendo vedação legal ao uso deste meio de prova, se conclua pela veracidade e confiabilidade daquilo que declararam as testemunhas; veracidade e confiabilidade suficientes para que se aceite por verdadeira a hipótese de que o contrato existiu, devendo-se acolher a pretensão de que se produzam os efeitos jurídicos decorrentes da existência do contrato. Tais normas podem ser explícitas ou implícitas no ordenamento jurídico e são, por exemplo, as que determinam que o juiz leve em conta as circunstâncias incontroversas ou comprovadas nos autos (art. 131 do Código de Processo Civil), os fatos notórios (art. 334), aquilo que normalmente acontece de acordo com os conhecimentos científicos ou de acordo com a experiência comum (art. 335), aquilo que decorre da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (art. 126).

Estas normas que explícita ou implicitamente compõem o ordenamento jurídico e que estabelecem quais consequências jurídicas hão de advir de um determinado conjunto probatório são, evidentemente, normas jurídicas.

---

<sup>2</sup> Nos termos de nosso Código de Processo Civil: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

<sup>3</sup> Expressa no texto constante do art. 1245 do Código Civil: “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”

Neste ponto, a teoria dos sistemas oferece importante contribuição: as normas jurídicas são técnicas para sabermos o que fazer caso algo aconteça (DE GIORGI, 22.05.2013). Trata-se de uma forma de se controlar o futuro: caso no futuro venha a ocorrer algo previsto no antecedente normativo, então se deverá proceder na forma prevista no consequente normativo.

Como aprendemos com a Teoria dos Sistemas, para o Sistema do Direito não há *simples* questão de fato: qualquer fator a importar para o Direito tem relevância *jurídica* exatamente por força de uma qualificação conferida pelo ordenamento jurídico.

O Direito transforma problemas sociais em problemas jurídicos (DE GIORGI, 23.05.2013). Ou seja: o Direito elege situações fáticas para qualificar juridicamente e, assim, prever para tais situações uma consequência jurídica (DE GIORGI, 2006, p. 64)<sup>4</sup>.

Efetivamente, sequer são levadas aos Tribunais pretensões de *mera* análise de fatos: o que se demanda junto ao Judiciário é o reconhecimento de *direitos*, para os quais, instrumentalmente, por vezes é necessária a prova da ocorrência de algum fato ou a aceitação como ocorrida de determinada situação fática. Cuida-se daquilo que a Teoria dos Sistemas chamou de “*especificação funcional*” (DE GIORGI, 03.07.2013): cada sistema se especifica na solução de um problema e a solução desse problema é a função desse sistema.

A tarefa de solucionar os problemas jurídicos existentes na sociedade é atinente tão-só ao Sistema do Direito. Na sociedade moderna, os sistemas se especificam e um sistema passa a não ter mais atribuição de resolver problemas afetos a outros sistemas. As relações entre um sistema e outro são de “*prestações*”, de forma que, por exemplo, a economia e a política dão prestações ao direito (DE GIORGI, 03.07.2013). No entanto, o modo como essas *prestações* serão processadas pelo Direito está a depender de como a *estrutura* do sistema jurídico processa as *operações* que lhe são inerentes.

Na mesma linha - a par da economia e da política -, a lógica, a cultura, a epistemologia etc. fornecem elementos para a tomada de decisão acerca de como os fatos objeto de prova nos processos se passaram ou para a decisão sobre como – uma vez considerados não provados os fatos – se deva distribuir o ônus da prova. Contudo, esses elementos não são a própria decisão jurídica a ser tomada no processo; a decisão

---

<sup>4</sup> “Mas o ambiente é aquilo que ele é, incapaz de produzir informações. Informações são produzidas pelo direito. O ambiente proporciona irritações que o direito percebe como eventos comunicativos. A qualificação destas irritações acontece no sistema”.

jurídica é algo que apenas a estrutura do Sistema Jurídico está predisposta a proferir, a partir de operações inerentes ao funcionamento do Sistema Jurídico.

Destarte, decidir se a prova constante dos autos é suficiente para se aceitar como provada a hipótese fática adotada como ocorrida ou se a prova é insuficiente para tanto é uma questão *de direito* tanto quanto é de direito a questão acerca do modo como deve ser distribuído o ônus da prova.

Na teoria dos sistemas, a relação entre meio e forma é sempre relativa. Como acentua Campilongo (2006, p. 19), “*nada é, em si, meio ou forma, mas meio em relação a uma forma ou forma que se impõe a um meio. A diferença pressupõe o outro lado*”. Poderíamos, a partir dessa relatividade inerente aos processos de diferenciação, dizer que nada é em si fato ou direito: é a estrutura do Sistema do Direito que, para fim de reflexões que lhe são inerentes, qualifica algo como fato ou direito. O importante aqui é ressaltar que mesmo a qualificação de algo como fato, pelo Sistema do Direito, é feito no exercício da função própria do Direito, que consiste em resolver problemas jurídicos: um fato só importa para o Direito na medida em que seja capaz de produzir (ou obstar a produção de) alguma consequência jurídica.

Pode-se concluir este ponto afirmando-se que simplesmente decidir uma questão de fato não gera precedente; o que gera precedente é a decisão jurisdicional que estabelece uma norma para, presentes determinados elementos tais como os presentes no precedente, aplicar-se a mesma norma em casos futuros. Na medida em que algo importa para a decisão jurisdicional, este algo ganha *status* jurídico, ou seja, passa-se a tratar de matéria de direito. O que faz com que uma decisão judicial possa funcionar como precedente é a utilização de um determinado *raciocínio jurídico* aplicado para a resolução da controvérsia encontrada no caso precedente, raciocínio este que poderá igualmente ser utilizado na resolução de casos futuros que observem tal precedente.

## 1.2 PRECEDENTE É DECISÃO CAPAZ DE SE FIRMAR COMO PARADIGMA E, PARA TANTO, TEM DE HAVER ENFRENTADO TODOS OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS RELATIVOS À QUESTÃO POSTA NO CASO CONCRETO QUE CONDUZIU À SUA FORMAÇÃO

Quanto ao segundo ponto (capacidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e juízes), tanto maior será a capacidade de se firmar como paradigma quanto maior for a autoridade do órgão prolator da decisão, seja por

sua condição de corte que dá a última palavra no funcionamento do sistema recursal, seja pela repercussão que a decisão é capaz de gerar.

Assim, cortes de vértice (o Superior Tribunal de Justiça em matéria de lei federal e o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional) gozam da maior autoridade na matéria cuja competência lhes foi confiada. Segundo os ensinamentos de TARUFFO (2001, p. 96-97), o que importa para mensurar a adequação da interpretação contida em uma decisão de cortes de vértice não é tanto a adequação da interpretação para resolver o caso particular que se está a decidir, mas a capacidade de aquela interpretação servir futuramente para resolver casos idênticos ou similares. Para o mencionado autor (2001, p. 97-100), há numerosas confirmações para a tese de que a função fundamental das modernas Supremas Cortes é formular regras universalizáveis. Não é que a função de resolver controvérsias específicas tenha fracassado, mas a função “pública” de criar e interpretar o direito, com o estabelecimento de regras com potencial generalizável em função do princípio da igualdade, é a função mais recente, difusa e importante da experiência das Supremas Cortes.

Mas não só as cortes de vértice, também os tribunais locais podem proferir julgados que funcionem como precedentes (caso decididos em última instância) nos locais onde exercem jurisdição. Em locais ou para situações sujeitas à jurisdição de outro tribunal local, não se pode dizer que se trate propriamente de precedentes, mas as razões de decidir contidas em um julgado paradigma são fatores a serem considerados quando decisão em caso análogo houver de ser proferida em estado da federação (no caso da justiça estadual) ou em região (no caso da justiça federal) diversos. Isto porque se trata, nos termos do item “c” acima, dos “principais argumentos” concernentes às questões submetidas à decisão judicial.

Nesta linha, também um caso definitivamente decidido em primeira instância, enfrentando a sentença os principais argumentos inerentes ao caso analisado, trará a um caso futuro análogo um ônus argumentativo a fim de que, para se decidir de forma diversa, se apresentem razões fortes o bastante para derrubarem as razões de decidir do caso anterior. Esta situação, no entanto, é algo não muito afeto a nossa prática processual, em que – na vasta maioria dos casos e em especial naqueles de alguma repercussão – ao menos o recurso de apelação é interposto contra sentenças que decidem o mérito da causa. E, deste modo, como a decisão proferida em sede de apelação substitui a sentença, então o que poderá gerar precedente passará a ser a decisão do tribunal, não do juízo de primeiro grau. Embora incomum, o hipotético caso de sentença definitiva que seja a única a haver enfrentado um caso que venha a se

repetir gera, em uma cultura de respeito a precedentes e à jurisdição, um ônus argumentativo adequado à autoridade decorrente da força de seus fundamentos e da completude com que os principais argumentos oponíveis a ela foram enfrentados.

Para gozar de *status* de precedente, a decisão jurisdicional tem de portar uma alta dose de autoridade. Esta autoridade será tanto maior quanto mais importante for o órgão jurisdicional prolator da decisão no funcionamento do sistema judicial, de modo que o precedente da maior força será aquele emanado do tribunal que tenha a função de dar a última palavra sobre o assunto decidido. Ao lado disso, a força do precedente dependerá da força argumentativa da decisão.

É indutivo que tanto melhor a função de Corte de precedentes pode ser exercida quanto melhor a Corte possa se dedicar a casos específicos e relevantes, em lugar de se debruçar sobre uma infinidade de casos. TARUFFO (2011, p. 29-30) relata que a experiência das cortes supremas que efetivamente trabalham como cortes de precedentes mostra que a força dos precedentes é inversamente proporcional ao seu número. Efetivamente, tem muito maior força um precedente que não é revogado (*overruled*) e é seguido por décadas do que uma razão de decidir adotada em certo caso por uma corte de vértice que, não havendo apreciado todos os principais argumentos relativos à questão jurídica posta no caso concreto levado à análise, é facilmente deixado de ser observado.

STÜRNER (2011, p. 340, nt. 14) menciona que na Alemanha o *stare decisis* não é formalmente aplicável às decisões das cortes supremas, mas na prática é concedida considerável deferência a suas decisões anteriores. O autor relata que as funções da corte constitucional alemã na custódia do *rule of law* e dos direitos constitucionais são um elemento essencial à identidade alemã (p. 342) e que não houve questão política ou social significativa no pós-guerra ou nas décadas seguintes à reunificação que não tenha sido objeto de questionamento perante a corte constitucional<sup>5</sup>. Conta o autor (p. 349) que na maior parte dos casos as decisões da corte constitucional foram conscientes de seus importantes aspectos no desenvolvimento da economia e da sociedade.

---

<sup>5</sup> O autor dá diversos exemplos ilustrativos: a corte constitucional alemã apreciou a integração da Alemanha à comunidade europeia, o formato legal da Alemanha reunificada, a igualdade de homem e mulher nas previsões do Código Civil, o casamento homossexual e suas consequências no direito tributário e de família, a liberdade de expressão e de imprensa, aborto e medicina reprodutiva, autonomia do paciente para decidir seu destino, contribuições da Alemanha para ações militares da ONU, a proteção do réu no processo penal etc.

GRIMM (2009, p. 55-57), na mesma linha de Stürner, destaca que, embora muito mais ativista que a Corte Suprema americana, a corte constitucional alemã goza de alta aquiescência por parte do Estado e da classe política. GRIMM pensa que isso provavelmente tenha algo haver com a confiança da sociedade na corte.

A confiança da sociedade e a consciência por parte da corte constitucional alemã de seu papel, porém, não produziria os efeitos que produziu em termos de aceitação de suas decisões e força dos precedentes por elas criados se elas não detivessem uma fundamentação minuciosa e de elevado nível técnico.

CAPONI (2011, p. 225-226), a este respeito, conclui que há uma radical diferença entre os ordenamentos da Itália e da Alemanha: é a diferença do impacto jurídico e social em cada um desses dois países das decisões de sua respectiva corte constitucional. Para o autor, a corte constitucional da Alemanha dialoga com os cidadãos mais que com o poder político e ela não teme tratar dos problemas que afligem a sociedade nem desequilibrar-se, porque suas atuações são pautadas pela notável força da argumentação jurídica.

Daí se vê que a respeitabilidade dos precedentes gerados por uma corte tem relação direta com a qualidade da fundamentação explicitada em seus julgados. Quanto mais bem-acabada a fundamentação a respeito de cada um dos argumentos que em tese fossem capazes de enfraquecer um precedente, tanto maior será sua força e sobrevida. Assim o precedente se previne de distinções (*distinguings*) inaplicáveis e de revogações (*overrulings*) precipitadas.

## 2 A SENTENÇA PROLATADA EM DEMANDA COLETIVA E SUA FORÇA EM RELAÇÃO A QUEM NÃO FEZ PARTE DO PROCESSO COLETIVO

A conclusão de que – ainda que não se trate propriamente de precedente – decisão anterior sobre a mesma matéria gera ao menos um ônus argumentativo na decisão de caso análogo subsequente, é especialmente relevante quando se está a decidir acerca de direitos coletivos, na medida em que uma decisão tomada em âmbito coletivo goza de repercussão muito maior do que a tomada no âmbito individual.

Embora a decisão prolatada em demanda coletiva possa não se configurar propriamente como um precedente, a depender da proporção de situações individuais que ela já tenha decidido, haverá uma grande exigência de isonomia para que os demais casos, não formalmente abrangidos pela decisão prolatada no processo coletivo, sejam decididos de modo igual.

Sendo assim, embora os parágrafos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (que se aplicam à tutela de qualquer interesse ou direito coletivo, nos termos do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.357/85) estabeleçam que a improcedência da demanda coletiva não prejudica direitos individuais daqueles que não foram parte no processo, não se pode admitir que a decisão proferida na demanda coletiva nada represente para a decisão de processos posteriores que tratem do respectivo direito individual.

É certo que a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* em caso de procedência é automática e decorre de lei (o que também ocorre nos casos de improcedência que não seja motivada por falta de provas no caso dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito – art. 103, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor). É certo também que, a defluir da interpretação do art. 103 do CDC, a improcedência por falta de provas em demanda por direitos difusos e coletivos em sentido estrito e a improcedência de demanda coletiva por direito individual homogêneo não produzem coisa julgada em relação a demandas individuais posteriores de quem não fora parte na demanda coletiva. Mas entre não produzir o efeito de coisa julgada e não ter influência alguma na decisão subsequente há um largo espectro de situações.

Isto é assim por uma necessidade de coerência do sistema jurisdicional (e pelo reflexo que tal coerência produz no tratamento igual de situações iguais) e em função do respeito às cortes. Principalmente se uma demanda coletiva foi decidida por um tribunal (e ainda mais se decidida por tribunal de vértice), para se tomar uma decisão diversa em demanda individual em que se discutiram as mesmas questões decididas no feito coletivo, há um pesado ônus argumentativo trazido pela anterior decisão tomada em processo coletivo.

Em virtude da determinação jurídico-normativa de se tratar igualmente casos iguais, ou a decisão posterior em demanda individual esclarece os motivos pelos quais os casos não são iguais (e aí poderão merecer tratamento diferente), ou ela terá de desqualificar a decisão proferida no feito coletivo como sendo capaz de gerar os efeitos que seriam gerados por um precedente. E para isto será preciso sustentar ou que a decisão proferida no processo coletivo não enfrentara as principais questões inerentes à problemática analisada (de modo que uma questão não enfrentada fosse capaz de determinar solução diversa ao caso) ou que o modo como foram enfrentadas as questões foi equivocado.

Como acentua MELLO (2008, p. 238), no âmbito do *common law*, não basta, para a superação de um precedente consolidado, que a doutrina que lhe dá sustentação seja socialmente incongruente (distanciado da nova realidade social ou técnica/tecnológica que se apresenta no presente) ou sistemicamente inconsistente (contraditória com o conjunto das demais decisões). Ou seja, não basta que o precedente seja ultrapassado (por haver uma nova concepção social, jurídica ou tecnológica que implique julgamento diverso) ou equivocado (confrontante com a concepção do direito como um todo sistemático), segundo a nova visão que a Corte está em vias de adotar. Estas razões de justiça (*substantive reasons*) têm de ser sopesadas com as razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que justificam o próprio *stare decisis* (EISENBERG, 1988, p. 104-105), quais sejam: confiança que os cidadãos depositavam no precedente anterior; isonomia entre os jurisdicionados; consequências que a alteração do precedente traz à administração da justiça e à sua eficiência e, ainda, o impacto (que poderá ser positivo ou negativo) que a alteração do precedente trará sobre a credibilidade do tribunal.

Nessa linha, se a decisão anterior tomada em demanda coletiva foi patentemente equivocada, então a credibilidade da prestação jurisdicional estará mais bem observada sem que a decisão equivocada anterior seja seguida. Mas para isso será preciso que os cidadãos não tivessem motivo legítimo para acreditar que deveriam confiar na decisão anterior.

CROSS e HARRIS (1991, p. 135), em edição de 1991, noticiam que a Corte Constitucional Inglesa, a *House of Lords*, desde 1966 (oportunidade em que passou a ser possível fazer *overruling* de suas próprias decisões), exerceu inequivocamente seu poder de revogar (*overrule*) suas decisões passadas em apenas *oito* ocasiões. Embora o *overruling* tenha se dado a respeito de precedentes firmados entre 80 anos e um ano, os autores relatam que alguns critérios devem se fazer presentes para que se altere um precedente. Em primeiro lugar, o novo entendimento tem de trazer uma melhora ao direito. Em segundo, a *House of Lords* usualmente deixa de alterar seu entendimento se não se observa nada de significativo no caso e se não houve mudanças materiais nas circunstâncias desde que ele foi decidido. Uma terceira consideração diz respeito à confiança justificada que há no precedente. Em quarto lugar, muitas vezes o fato de o Parlamento não haver alterado a legislação foi interpretado como mais uma razão para não alterar precedente (p. 137-142).

É claro que um tribunal e a Justiça de um país devem respeitar seus precedentes como um guia e não como uma simples repetição de erros do passado (DUXBURY, 2008, p. 183).

No caso brasileiro temos a mesma balança usada no *common law*: de um lado, há razões substantivas para se manter ou se alterar um precedente (os casos têm de ser decididos com acerto, observando-se as concepções atualizadas que se tem sobre o sistema jurídico, sobre as relações sociais e sobre a evolução da tecnologia e das ciências); de outro, há uma série de razões que fazem com que se devam observar as decisões fundadas, firmes e consolidadas do passado (1. necessidade de coerência no tratamento das pessoas – isonomia – , 2. imperativo de se atender à segurança jurídica que todos legitimamente depositam em um ordenamento jurídico, 3. eficiência na prestação jurisdicional e 4. manutenção – ou construção – da credibilidade dos tribunais). Todos estes elementos têm de ser adequadamente avaliados, sob pena de termos uma justiça ruim (pela baixa qualidade do enfrentamento dos argumentos oponíveis à decisão) e desacreditada (pela falta de tutela da segurança jurídica e de respeito às decisões fundadas tomadas no passado).

É claro que um precedente tremendamente equivocado pesa muito de um lado da balança para que ele seja revogado. Pode-se pensar, por exemplo, na época em que se aceitava a escravidão como lícita: sanar este equívoco é algo que atua em favor até mesmo da credibilidade dos tribunais. A discriminação racial nos EUA, quando se deu conta do equívoco que ela representava, *tinha* de ser revogada. Se uma decisão, desde o princípio, não foi fundada, então ela não será capaz de gerar uma crença legítima de que venha a ser seguida. Nesta hipótese, posteriores decisões em demandas individuais deverão enfrentar adequadamente as questões objeto da controvérsia, dando ao caso solução diversa daquela dada no processo coletivo. Mas isto, observe-se, não haverá de ser o tratamento corriqueiro, e sim o excepcional, diante da seriedade e profundidade que a repercussão natural às demandas coletivas exige na reflexão sobre as questões a serem decididas.

Diferentemente, decisões que não se podem dizer equivocadas, mas que foram simplesmente a leitura (dentre diversas leituras possíveis e sustentáveis) fundamentada que o Judiciário deu ao ordenamento jurídico em um determinado momento, não havendo um forte fator novo a determinar sua alteração, não devem ser alteradas. Por isso é que, como regra, decisões fundadas proferidas em demandas coletivas deverão orientar as decisões a serem prolatadas em demandas individuais que digam respeito aos

direitos individuais daqueles que não foram parte nem se habilitaram na demanda coletiva.

Se acreditamos em nosso dever de respeito ao precedente, então apenas as leituras *insustentáveis* do ordenamento jurídico é que devem ser objeto de *overruling*, na medida em que a correção da concepção (que hoje se vê como claramente insustentável) que se tinha anteriormente atua não no sentido do descrédito da justiça, mas no sentido de sua valorização. No mais, temos de trabalhar no sentido de que nossa Justiça seja confiável e democrática (não só no sentido de ser acessível, mas no de conferir tutelas iguais em casos iguais).

### 3 DECISÕES PROLATADAS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS E SUA FORÇA EM RELAÇÃO A DEMANDAS COLETIVAS

Muito diversa, em termos de autoridade da decisão, é a influência de decisão tomada em sede de tutela individual sobre decisão posterior a ser tomada em demanda coletiva.

Com efeito, uma simples decisão tomada em processo individual não goza das características que fazem uma decisão merecer o tratamento deferido aos verdadeiros precedentes.

Uma das razões pelas quais um precedente se torna precedente consiste em haver uma reflexão profunda anteriormente à fixação do precedente, acerca dos principais argumentos possivelmente oponíveis às razões de decidir que levaram ao precedente. E essa reflexão é dada, dentre outros fatores, em razão de em uma série de processos diferentes, decididos por diferentes juízos, serem expostas e debatidas as teses favoráveis e contrárias ao modo como o precedente se firma.

Desse modo, decisão tomada em demanda individual – notadamente quando ainda pouco o Judiciário refletiu acerca do problema que lhe é levado a conhecimento – ainda não passou por uma reflexão nem longa nem proveniente de diversos órgãos jurisdicionais.

Sendo assim, ao se levarem em conta, de um lado, as *substantive reasons* e, de outro, as *authority reasons*, tem-se que nenhuma delas aponta para uma necessidade imperiosa ou forte de serem seguidas as razões de decidir adotadas na solução da demanda individual anterior.

Com efeito, uma decisão de caso individual pode com certa frequência ser equivocada do ponto de vista do direito material. Se uma segunda decisão acerca do mesmo problema se

coloca seriamente a questão acerca da necessidade de se adotarem as razões da decisão anterior, então é porque há dúvida fundada sobre o acerto ou erro da decisão anterior. Tanto a decisão anterior quanto a posterior em sentido contrário poderão ser equivocadas. E não há motivo para se supor que a primeira, só por haver sido tomada anteriormente, tenha maior chance de haver sido acertada.

Do ponto de vista das *authority reasons*, razões de segurança jurídica – em especial para se tratar igualmente casos iguais – podem apontar para que se leve em conta a decisão anterior. No entanto, havendo fundamentos no direito material que desafiem o acerto da decisão anterior, as razões de autoridade não terão por que prevalecer, pois uma decisão anterior (uma decisão simples, que não possa ser qualificada como precedente) equivocada não tem autoridade sobre decisões posteriores.

O que poderá ter autoridade sobre decisões posteriores a serem proferidas em sede de demandas coletivas será uma ampla gama de decisões refletidas e no mesmo sentido, tomadas ao longo de um considerável período de tempo.

Contudo, termos decisões todas no mesmo sentido a respeito de um determinado assunto nem sempre é uma expectativa realista para a prática processual brasileira, diante do elevadíssimo número de órgãos jurisdicionais nem sempre predispostos a decidir no mesmo sentido uma série de questões. Um exemplo disto tem-se nas questões relativas à correção monetária aplicável (ou não, segundo diversas decisões tomadas nos anos 90) às contas poupança à época dos Planos econômicos Bresser, Verão, Color I e II: diversas foram as decisões de 1º e 2º grau que transitaram em julgado e declararam que a correção monetária definida pelas normas jurídicas positivadas à época eram as aplicáveis (a despeito de muito maior haver sido a inflação efetivamente verificada nas épocas de cada um desses planos econômicos). Foi vagarosamente que se foi assentando que maior era a correção monetária devida aos poupadores, o que apenas se fixou claramente quando os tribunais de vértice passaram a decidir reiteradamente uma enxurrada de casos no mesmo sentido. Na sequência advieram demandas coletivas que foram julgadas no sentido então já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas aí já se podia falar em precedente propriamente dito.

Atualmente dispomos de um mecanismo que poderá mais rapidamente (embora talvez não com a rapidez desejada) nortear o julgamento de demandas posteriores, nelas incluídas demandas coletivas. Trata-se do regime de julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil. Através deste mecanismo, o Superior Tribunal de Justiça poderá apreciar o mérito de recursos representativos de uma espécie de controvérsia, admitindo inclusive a manifestação de pessoas órgãos ou entidades que representem os titulares dos direitos objetos de discussão (art. 543-C, par. 4º, do Código de Processo Civil). O que se verifica é a busca por elementos que permitem a fixação de um precedente, com a autoridade que lhe é inerente: uma discussão elaborada e profunda das

questões oponíveis em uma porção de casos reiterados, garantida a participação de representantes adequados daqueles interesses, com a decisão final pela corte que tem a última palavra em matéria de lei federal.

O julgamento de recursos pela técnica prevista no art. 543-C (e 543-B) do Código de Processo Civil recebeu tratamento legislativo voltado a proporcionar maior eficiência de nossas Cortes superiores, buscando resolver o problema do acúmulo de trabalho dessas cortes e do decorrente tempo desmesurado para o julgamento dos feitos que lá aguardam solução. Trata-se de um problema de importância e que ainda demanda solução efetiva.

Todavia, simultaneamente, tal forma de julgar feitos repetitivos poderá ter a virtude de impulsionar nossa prática processual a uma cultura de respeito a precedentes ou a decisões que, embora não possam ser qualificadas como precedentes propriamente ditos, ao menos gozem de autoridade semelhante à dos precedentes, autoridade que será tanto maior quanto melhores sejam as condições de a decisão se firmar como paradigma, a depender da força da argumentação jurídica decorrente de uma fundamentação minuciosa e de elevado nível técnico, proveniente de nossas cortes de vértice.

### **Conclusões**

O presente artigo buscou analisar a relação entre a fixação de precedentes e o respeito a eles e a necessidade de a solução dada a uma demanda coletiva ser seguida em uma demanda individual, bem como a força sobre uma subsequente demanda coletiva da argumentação desenvolvida em demandas individuais anteriores.

Para tanto, foi preciso inicialmente esclarecer o que se entende por precedente e quais os pontos característicos elementares inerentes a um precedente.

Um deles é que a decisão precedente tenha decidido uma questão jurídica. Neste ponto, foi explorada a confusão que normalmente se opera no abuso da velha dicotomia entre questão de fato e questão de direito, concluindo-se que o que se pretende do Judiciário é a tutela de direitos, bem como que a solução das controvérsias levadas ao Judiciário deve ser realizada sempre com recurso a critérios jurídicos e não de outra ordem; ainda quando se utiliza de conhecimento técnico ou comum ou de raciocínio lógico ou epistemológico, para a decisão jurídica do caso o Direito adota como parte integrante sua a *prestação* proveniente de outro âmbito do conhecimento.

Ou outros dois pontos que caracterizam um precedente têm íntima relação entre eles e foram abordados conjuntamente: a capacidade do precedente de se firmar como paradigma e o enfrentamento de todos os principais argumentos oponíveis à questão decidida no caso concreto que gerou o precedente. Estes dois pontos conferem

força ao precedente e o previnem de distinções equivocadas e de revogações precipitadas. Tanto maior será a força e autoridade de um precedente quanto melhor a posição do órgão prolator da decisão precedente no sistema recursal e conforme seja o órgão predisposto a dar a última palavra sobre a matéria analisada. Ademais, tanto maior será a força e autoridade do precedente quanto melhor a qualidade e completude da argumentação que conduziu ao precedente.

Na sequência foi estudada a força da decisão prolatada em demanda coletiva em relação às decisões posteriormente requeridas em demandas individuais.

Assentou-se que entre o efeito da coisa julgada e efeito nenhum existe uma ampla gama de possibilidade de influência entre uma decisão e outra. Ainda que não gere precedente propriamente dito, a decisão prolatada em demanda coletiva, pela repercussão que lhe é inerente, tende a gerar para as decisões individuais posteriores ao menos um ônus argumentativo caso se queira decidir em sentido diverso.

Isso porque, ao lado de razões de ordem substantiva (estar de acordo com o que determina o Direito material), há razões de segurança jurídica presentes no ordenamento jurídico, que fazem com que se devam observar as decisões fundadas, firmes e consolidadas do passado. Tais razões incluem: 1. necessidade de coerência no tratamento das pessoas – isonomia – , 2. imperativo de se atender à segurança jurídica que todos legitimamente depositam em um ordenamento jurídico, 3. eficiência na prestação jurisdicional e 4. manutenção – ou construção – da credibilidade dos tribunais. Todos estes elementos têm de ser adequadamente avaliados, sob pena de termos uma justiça ruim (pela baixa qualidade do enfrentamento dos argumentos oponíveis à decisão) e desacreditada (pela falta de tutela da segurança jurídica e de respeito às decisões fundadas tomadas no passado).

Destarte, será preciso verificar se a decisão prolatada em feito coletivo é fundada, firme e consolidada. Em caso de equívoco patente, ela não deverá ser seguida em demandas posteriores, pois não seriam legítimas as expectativas que as pessoas depositassem nela e reincidir no erro traria descrédito ao Judiciário. Todavia, não havendo equívoco patente na decisão coletiva anterior, a princípio – a isonomia o exige – ela deve ser seguida nas demandas individuais posteriores.

Quanto à influência - em decisões posteriores a serem proferidas em sede de demandas coletivas - de decisões tomadas em sede de demandas individuais, tem-se que, a princípio, não há fortes razões de autoridade a determinarem sejam elas seguidas, pois o fato de haver sido proferida anteriormente não é indicativo de acerto da decisão e,

ademais, não haveria motivo para se imaginar, a princípio, que a decisão individual anterior pudesse se firmar como paradigma.

A força dos precedentes decorre de reflexão muitas vezes prolongada no tempo e decorrente de ampla discussão e diversas decisões sobre todos os argumentos oponíveis ao precedente. Isto observado e então decidida a questão por Corte de importante posição da hierarquia recursal – em especial pelas cortes que dão a última palavra na matéria discutida – então a decisão terá força de precedente, a incidir inclusive sobre demandas coletivas. Mecanismos como o do julgamento de recursos representativo de controvérsia (art. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil) poderão ter força assemelhada à de precedentes, a incidir sobre demandas futuras individuais e coletivas.

### **Referências bibliográficas**

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 11-26.

CAPONI, Remo. “Ciò que non fa la legge, lo fa il giudice, se capace”: l’impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 223-248.

CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. **Precedents in English Law**, 4<sup>a</sup>. ed. Oxford: Clarendon , 1991.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. **O papel do direito e do risco na construção do futuro**. Escola de Altos Estudos ministrada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, maio a julho de 2013.

GRIMM, Dieter. The German Constitutional Court. In: **Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti) – How Constitutional Court Make Decisions**: atti del convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. A cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo. Milano: Giuffrè, 2009. p. 41-57.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, UnB: 1980 (tradução de **Legitimation durch Verfahren**, 1969).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 335-358.

TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme**: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milano: Giuffrè, 2001, p. 95-104.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**. Madri: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali*. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 11-36.