

## O processo coletivo e os precedentes<sup>1</sup>

**Hugo Nigro Mazzilli**  
**Advogado, Procurador de Justiça aposentado,**  
**Professor Emérito da Escola Superior do**  
**Ministério Público de São Paulo**

O Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou o processo coletivo; embora contenha dispositivos de natureza coletiva e se reporte ao processo coletivo, não tem um livro, um título ou um mero capítulo a esse respeito. Assim, a tutela coletiva do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos continuará a ser feita pelo microsistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e da demais legislação especial. A nova codificação, porém, terá aplicação não apenas subsidiária, como em tudo o mais que mantenha compatibilidade com as ações civis públicas e coletivas, o que torna necessário considerar as novidades nele inseridas — muitas elogiáveis, outras de mérito duvidoso, algumas claramente inconstitucionais.

Discutiremos aqui a nova regra, que também impacta os processos coletivos, de que os juízes e tribunais *observarão* os precedentes (arts. 926 e 927). Se tomarmos o sentido mais usual do verbo, será saudável que o juiz *observe* os precedentes, ou seja, dirija sua atenção sobre eles, pois que demonstram uma tendência dos tribunais, uma experiência de gerações, um amadurecimento de conceitos... Entretanto, o Código de 2015 quer mais que isso: *observar* tem aqui o sentido de conformar-se com os precedentes, obedecer a eles. Buscando tornar a jurisprudência algo previsível, estável e seguro — valores marcantes na *common law* que se baseia na teoria do *stare decisis*, ou seja, na prevalência do precedente —, o Código introduziu notável reforço à jurisprudência dos tribunais, que doravante imporão decisões de observância obrigatória pelos juízes inferiores.

Essa solução é novidade no Direito brasileiro?

Não inteiramente. A Constituição de 1988 já autoriza que alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal criem regras gerais para obrigar a Administração, os tribunais e os juízes inferiores, seja em sua redação original (no tocante à decisão das ações diretas de inconstitucionalidade), seja por força de emenda constitucional (no tocante à decisão das ações declaratórias de constitucionalidade e à edição das súmulas vinculantes). Assim, há previsão na Lei Maior de decisões judiciais que imponham normas abstratas *erga omnes* para os jurisdicionados — são as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, apenas e tão somente quando emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Teria sido preciso prever algo assim na Constituição? Sim, porque em nosso sistema constitucional não é tarefa do Poder Judiciário fazer leis. Não chegaríamos à crença simplista de que o Poder Judiciário nunca legisle, pois sabemos

---

1. Artigo publicado na *Revista do Advogado*, n. 133/105, março 2017, São Paulo, disponível em [www.mazzilli.com.br/pages/artigos/proccolprec.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/proccolprec.pdf).

que, no atual sistema constitucional de combinação de Poderes, o Supremo Tribunal Federal está autorizado a exercer materialmente função legislativa ativa ou negativa quando declare a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, ou quando fixe uma interpretação vinculante para uma lei, ou ainda quando, na omissão do legislador ordinário, emita a vontade presumível do ordenamento legal sob a luz da Constituição. Entretanto, fora dessas hipóteses constitucionais, em nossa democracia a tarefa de fazer lei verdadeira e própria supõe a vontade *do povo*, ainda que externada sob forma representativa. Sem investidura eletiva, os membros do Judiciário são, em regra, executores da lei, não seus criadores; são seus executores contenciosos, não autores da lei. Esta é resultado de uma atividade de colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, cabendo o controle de sua constitucionalidade ao Poder Judiciário. É, pois, por exceção que a Lei Maior autoriza o Judiciário a expedir normas abstratas e genéricas quando de súmulas vinculantes ou quando do controle concentrado de constitucionalidade das leis; é por isso que, para que ele pudesse expedir comandos de valor normativo e caráter abstrato e genérico, foi necessária autorização constitucional expressa.

O Código de Processo Civil de 2015, porém, acreditou alçar-se ao mesmo nível da Constituição, pois aumentou por conta própria o rol de hipóteses em que o Poder Judiciário pode expedir normatividade abstrata... Agora, para saber quando o Poder Judiciário pode emitir normas abstratas, não mais basta ir à Constituição... Para saber o que é atividade legislativa no Brasil, agora precisamos consultar o Código de Processo Civil, pois esse monumento legislativo ordinário acrescentou às súmulas vinculantes — que estão autorizadas pela Constituição Federal — e às decisões de controle concentrado de constitucionalidade — que estão autorizadas pela Constituição Federal —, acrescentou os acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, acrescentou os acórdãos em recursos extraordinários e em recursos especiais repetitivos, acrescentou quaisquer súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça — desconsiderando mais uma vez a Constituição que confere o poder de editar súmulas vinculantes apenas à Corte Maior —, acrescentou ainda as orientações de plenário de quaisquer Cortes — nem são mais apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal —, e por fim acrescentou as decisões em incidentes de assunção de competência... De acordo com a vontade do legislador ordinário, doravante todas essas decisões devem passar a ser vinculantes... Segundo diz o art. 489, § 1º, VI, do novo Código, o juiz não pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, salvo se demonstrar que o caso é distinto ou que o entendimento foi superado.

Nem se diga que não seria ato *normativo* aquele do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou de qualquer tribunal inferior que edite uma decisão vinculante fora das atuais hipóteses constitucionais, porque, segundo querem os defensores do novo sistema, essa decisão não estaria *criando* uma nova norma jurídica, genérica, abstrata e impessoal, e, sim, estaria apenas *dando interpretação* a uma lei já existente, e conferindo a essa interpretação *um efeito vinculante*, o que não se confundiria com a tarefa de editar leis materiais.

Ora, se uma lei quer dizer e diz mesmo “A”, mas qualquer tribunal do País, *interpretando* essa lei, entende que “A” significa “B”, e se se confere a essa *interpretação* uma força genérica e abstrata *vinculante*, então forçoso é reconhecer que o que está efetivamente em vigor no País não é “A” e sim “B”. Quem legisla deixa de ser o Congresso Nacional.

Nem se argumente que seria mera teratologia jurídica o tribunal apartar-se da tarefa pura de *interpretar* leis existentes, e passar a criar normas totalmente novas (como, p. ex., o Supremo Tribunal Federal fez no caso da súmula vinculante n.

11, que impôs regra nova para o uso das algemas). Nesse caso, costuma-se dizer, o defeito não seria da lei (a norma constitucional que permite a edição de súmulas vinculantes interpretativas de lei), e sim seria dos homens (no caso, os ministros que editaram uma súmula que cria lei material no seio do ordenamento jurídico). Ocorre que, no caso do CPC de 2015, o defeito já vem da própria lei ordinária, que está indevidamente a ampliar o rol constitucional das exceções que permitem ao tribunal máximo editar normatividade vinculante *erga omnes*. A esse defeito da lei se somará inevitavelmente o defeito dos homens (agora, não mais apenas dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e sim de todos os ministros e desembargadores e juízes dos tribunais do País), pois qualquer tribunal poderá proclamar que está dito “B” em qualquer lei que diga “A”, e, com isso, obrigará não só os juízes a ele vinculados, mas, conseqüentemente, todos os respectivos jurisdicionados, a partir de sua *interpretação* vinculante. E mais: segundo o novo Código, os tribunais sequer estarão “interpretando” uma lei para um *único* caso concreto; nem mesmo estarão dando a uma lei a “interpretação” para todos os casos concretos já *pendentes*; na verdade, estarão “interpretando” até mesmo todos os casos hipotéticos *futuros*... Ora, uma decisão com força de atingir fatos que ainda não aconteceram deixa de ser *judgamento* para adquirir o caráter de normatividade abstrata: é lei material.

Seria essa uma excelente ideia... se fôssemos governados por juízes legisladores, e não estivéssemos numa democracia na qual os juízes, todos eles, inclusive os do Supremo Tribunal Federal — que nunca receberam um único voto popular —, são os órgãos menos qualificados para fazer leis gerais e abstratas fora das hipóteses que já lhes reservou a Constituição. Que o Supremo Tribunal Federal possa exercer o controle de constitucionalidade de leis (e, assim, direta ou indiretamente, dispor sobre o que essas leis querem dizer e o que não querem ou não podem dizer), e que o Supremo Tribunal Federal, e só ele, possa editar súmulas vinculantes, com comandos genéricos e abstratos para a Nação (e, assim, direta ou indiretamente, legislar sobre como os tribunais inferiores devem decidir os casos que se subsumam nas hipóteses previstas nas súmulas) — tudo isso já é exceção, que só se admite por duas ordens de razão: de um lado, a Constituição o autoriza expressamente; de outro lado, mesmo nessas hipóteses excepcionais, os ministros da Suprema Corte não podem legislar como se parlamentares eleitos fossem, e sim só podem emitir decisões genéricas e abstratas para coarctarem ações ou omissões tópicas dos legisladores infraconstitucionais, quando ofensivas à própria Constituição.

Nestes anos todos, porém, os ministros do Supremo Tribunal Federal já vêm dando sobejos exemplos de ceder com naturalidade e gosto à tentação onipotente, porque incontestável fora da própria Corte, de fazerem leis abstratas e genéricas. São incontáveis os casos, mas invoquemos apenas alguns, como quando legislaram para autorizar o aborto até o terceiro mês de gravidez (HC n. 124.306-RJ, 1ª T. STF), ou quando editaram a súmula n. 394-STF, que manteve foro por prerrogativa de função a quem não mais tinha função, ou quando criaram a súmula vinculante n. 11, que inovou no ordenamento jurídico a propósito do uso das algemas, ou quando deram ao procurador-geral da República o poder que ele não tem de decidir conflito de atribuições entre o Ministério Público estadual e o federal (ACO n. 924 e 1394 e Pet n. 4.706 e 4.863)... Entre outras, essas decisões criaram normatividade abstrata sem lei alguma que as embasasse. Se os próprios ministros da mais alta Corte, em que pese o pressuposto de seu notável saber jurídico, têm ido docemente além do que lhes foi reservado pela Constituição, é o caso de cogitar o que não farão os demais ministros e juízes de todos os tribunais do País, a partir de agora, em seu ativismo ou proativismo judicial desbordante, agora canhestramente autorizados pelo Código de Processo Civil...

Não colhe o argumento de que, nos países da *common law* e em outros países europeus, o sistema do *stare decisis* adveio naturalmente, sem necessidade de mudanças constitucionais. Em países de base jurídica consuetudinária ou naqueles dotados de outros sistemas jurídicos, as soluções podem ser diferentes. Entre nós, a base do ordenamento jurídico é a *nossa* Constituição, e nada que não se conforme com ela pode subsistir. E entre as atividades do Poder Judiciário, salvo as expressas exceções constitucionais, não está inserida a tarefa de fazer leis.

Ademais, sequer tem sido boa entre nós a experiência de sempre seguir servilmente o entendimento das mais altas Cortes. Às vezes são, sim, as mais altas Cortes que acabam por seguir o bom exemplo das Cortes ou dos juízes inferiores... Lembremo-nos do chamado *Plano Collor*. Um dia, um presidente da República acordou achando que tinha o direito de passar por cima da Constituição, e bloqueou, do dia para a noite, todos os ativos financeiros do País, por meio de medida provisória! Quando de imediato os mais altos tribunais tomaram contato com isso, em nada impediram a ação. Quem resolveu o problema? Não foram as mais altas Cortes; foram, sim, os juízes singulares, em todo o País. Eles é que foram decidindo, eles é que fizeram os precedentes e a jurisprudência. E, anos depois, quando o caso chegou de novo ao Supremo Tribunal Federal, Collor não era mais presidente, a questão já estava resolvida, a poeira já tinha baixado, e então o Supremo Tribunal Federal heroicamente decidiu que era inconstitucional o bloqueio dos ativos financeiros. Quem fez a jurisprudência? Foi o Supremo Tribunal Federal? Foi o Superior Tribunal de Justiça? Não. Foram os juízes do Brasil todo. Tomemos outro exemplo, a mostrar agora o que acontece quando se deixa às próprias Cortes que revejam os próprios erros. Invoquemos novamente da súmula n. 394-STF. Nos primeiros dias de abril de 1964, nem bem instalado o golpe militar que se autoproclamou como Revolução, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro por prerrogativa de função subsistiria mesmo que não houvesse mais função, ou seja, se uma autoridade cometesse um crime enquanto detivesse a prerrogativa de foro, este continuaria a existir mesmo depois de cessadas suas funções... Os ministros do Supremo Tribunal Federal criaram, pois, um *foro por prerrogativa de função sem função*... Esse absurdo, plenamente antirrepublicano, durou uma bagatela de tempo... Foi revogado, sim, porque o entendimento veio a ser superado pela própria Corte... apenas 35 anos depois!... Noutro caso, tendo havido empate na votação do mandado de segurança que discutia a validade do *impeachment* do ex-presidente Collor, o plenário do Supremo Tribunal Federal resolveu adiar o julgamento e convocar três ministros do tribunal imediatamente inferior, que, *estes sim*, foram os que efetivamente decidiram a mais alta questão que até então deveria ter sido enfrentada pela maior Corte Constitucional do País: se era válida a então única destituição feita, dentro da Constituição, de um presidente da República eleito por voto direto da população...

Ora, esse novo sistema do CPC de 2015, de proibir os juízes de emitir jurisprudência contrária à dos tribunais e torná-los vinculados prospectivamente às decisões das Cortes superiores, além de ter sérios vícios de constitucionalidade, nem mesmo sob o aspecto prático é a melhor solução, até porque não raro são os juízes que acertam, e não os tribunais mais altos; e, quando errem, é para isso que existe toda uma cadeia recursal. Entretanto, caso se deixe apenas aos tribunais superarem suas próprias posições, isso pode levar décadas, e o cidadão não dispõe de mecanismos fáceis para obter a superação desses entendimentos, ainda mais agora que todos os juízes inferiores serão docilmente coarctados a seguir a cômoda jurisprudência dos tribunais aos quais estão vinculados... Ora, se, ao contrário, mantivermos sua independência, os juízes locais melhor poderão levar em conta, com sabedoria e pertinência, as peculiaridades dos casos concretos, graças a seu contato direto com as partes. Sacrificando-se sua indepen-

dência, estiolaremos a evolução do Direito e perderemos a autonomia interpretativa dos magistrados, que, no mais das vezes, é maior que a dos nossos mais altos tribunais, que são de composição política, não raro com inserções e decisões de caráter até mesmo político-partidário. Com efeito, em vez de serem como os tribunais de Justiça estadual compostos majoritariamente de juízes de carreira, precisamente os tribunais mais altos são preenchidos por critérios políticos e às vezes político-partidários, o que frequentemente repercute em suas decisões.

Por fim, nem mesmo há semelhança entre essas situações legiferantes criadas pelo Código de 2015 e as válidas hipóteses antes existentes dos recursos com repercussão geral (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.418/2006). Segundo a legislação anterior ao CPC de 2015, as decisões em recursos com repercussão geral de forma racional só se deviam aplicar aos demais *recursos* já interpostos com a mesma tese. Doravante, não. Pelo CPC de 2015, se o Supremo Tribunal Federal, se o Superior Tribunal de Justiça, se um tribunal federal ou estadual editar um entendimento abstrato e genérico, sua decisão não só resolverá os recursos pendentes, mas imporá solução para quaisquer casos, não só aqueles já em curso, mas até mesmo casos futuros que ainda não foram sequer ajuizados ou, pior ainda, mesmo aqueles casos que *ainda sequer aconteceram!*

Ora, disciplinar eventos futuros é próprio da lei, não da jurisprudência! É objeto de lei material, não de decisão judicial. Criar lei de efeitos gerais e abstratos, para dispor sobre situações futuras, só é possível por meio de atividade legiferante que resulte da colaboração entre os Poderes Legislativo e Executivo, por meio de seus órgãos eleitos diretamente pelo povo, no seu entender livre. É por isso que, mesmo as súmulas vinculantes e as decisões de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, porque exceções, precisaram de autorização constitucional expressa...

O efeito vinculante dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 não passa de jurisprudência defensiva para desafogar os tribunais; não se destina a melhorar a prestação da Justiça no Brasil, pois não é rasgando-se a Constituição que se atinge esse desiderato.