



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Salvador
2012

ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior

Salvador
2012

ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Fredie Souza Didier Junior

Mestre (Universidade Federal da Bahia), Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e Livre-Docente (Universidade de São Paulo).

Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 04 de abril de 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Fredie Didier Junior, pela orientação, pela excelência, pelo estímulo, pelos conhecimentos, pela troca de idéias e pelas novas idéias.

À Professora Ana Paula Costa e Silva, pela co-orientação, pela disponibilidade e por todo o apoio na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Aos Professores Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Leonardo Cunha e José Henrique Mouta, pela avaliação e por compartilharem o conhecimento.

Aos Professores Mônica Aguiar e Paulo Pimenta, pela dedicação à coordenação do Programa.

Aos Professores Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora Minahim, Heron Santana e Paulo Bezerra, pelo aprendizado proporcionado nas disciplinas e atividades do Doutorado.

A Ana Carolina Mascarenhas, pela amizade e pelas orientações metodológicas.

A Fábio Periandro, João Glicério Oliveira e Pedro Henrique Nogueira, por termos caminhado juntos ao longo do Doutorado.

Às equipes das bibliotecas da Faculdade Baiana de Direito e do Curso de Direito da UNIFACS, pela disponibilidade e pelo material bibliográfico.

A Marco, Lídia, Gustavo, Isabela, Carlos Eduardo (Cadado) e Cléa, Adriana e André Pellegrino, Ana Elisa Matos e Adriano Keleti, Sérgio Matos, Isadora Pinheiro, Anna Carla e Ricardo Deiró, Ruy Andrade, Carlos e Priscilla Rátis, Fabrício Nunes e Renata Chenaud, Guilherme, Luciano Figueiredo e Flávia Mendonça, Fernando Leal Neto, Tiago César, Bruno e Paula Brasil, Rafael Oliveira Saraiva, Danilo Araújo, Raquel Franco, Solange Borges, Roberto Figueiredo, Gustavo Prazeres, Alberto e Patrícia Lira: “felicidade se acha em horinhas de descuido” (Guimarães Rosa).

A Lara, Tiago Agostinho, Carla, Ana Patrícia, Ana Paula Santos, Adroaldo Leão, Bernardo Lima, Leonardo e Laís Cruz, Fabrício Olivieira, Salominho, Ermiro Neto, pela contribuição dada, cada um ao seu modo.

Aos meus alunos e ex-alunos, especialmente Paula Freitas, Ramon Ouais, Marina Ximenes, Igor Xavier, Vinícius Cerqueira e Larissa Rainha, por tudo o que aprendi com vocês.

Aos colegas da UFBA, Faculdade Baiana de Direito e UNIFACS, pelas discussões e troca de idéias.

A todos os que contribuíram para a realização deste trabalho e dos meus estudos.

RESUMO

Esta tese busca realizar uma leitura do julgamento das demandas repetitivas à luz do devido processo legal, com as particularidades que são próprias desta espécie de causas, e que fazem com que os modelos de tutela individual e de tutela coletiva previstos no ordenamento brasileiro não se mostrem completamente adequados para o seu processamento. O texto demonstra que a massificação social provocou a formação de relações jurídicas materiais homogêneas, causando, também, a apresentação de uma grande quantidade de conflitos semelhantes para a apreciação dos órgãos jurisdicionais. O fenômeno evidenciou a necessidade de emprestar uma nova feição ao sistema jurídico pátrio, o que levou à realização de uma série de reformas no campo legislativo e a uma releitura das funções do Poder Judiciário quanto à sua atuação na criação e na estabilização do Direito. A tese demonstra que a aplicação de decisões de casos já julgados a situações que lhes são semelhantes consiste em um dos mecanismos essenciais para o tratamento isonômico dos jurisdicionados, além de permitir que os integrantes de uma determinada sociedade possam antever a provável solução dos conflitos, em razão da expectativa de utilização do entendimento já firmado por um determinado tribunal. Evidencia-se, assim, que o emprego dos precedentes judiciais mostra-se indispensável para o processamento das causas repetitivas, razão pela qual a tese faz um estudo sobre a sua respectiva teoria, inclusive no que diz respeito às técnicas de aplicação, de distinção e de superação do entendimento anteriormente fixado pelos órgãos jurisdicionais. À luz destes elementos, procede-se ao exame da conexão, da atuação das partes em contraditório, do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, da adequação procedimental, da competência, da fundamentação das decisões judiciais e do julgamento liminar de improcedência, que consistem em institutos diretamente relacionados ao processamento das demandas de massa e que devem ser interpretados sistematicamente.

Palavras-chave: Direito processual civil; Demandas repetitivas; Devido processo legal; Precedente judicial.

ABSTRACT

This thesis seeks to achieve a reading of the trial of repetitive demands in light of the due process of law clause, with the characteristics that are typical to this kind of causes, and that make the models of individual and collective protection, in Brazilian Law, not suitable for processing them. The text demonstrates that the social massification provoked the appearance of homogeneous legal materials relationships, also causing the submission of lots of similar conflicts to the assessment of courts. The phenomenon has highlighted the necessity of giving a new configuration to the Brazilian legal system, which led to legislative reforms and to a reassessment of the functions of the Judiciary Branch in respect to its role in creating and stabilizing of Law. The thesis demonstrates that the implementation of decisions taken on cases already judged to similar situations consists in one of the key mechanisms in order to give an isonomic treatment to the population. Furthermore, it allows members of a given society to predict the the likely reasons used for the resolution of conflicts. In this way, it becomes clear that the use of judicial precedents is indispensable for the repetitive causes processing. For this reason, the thesis analyzes the theory of precedents, including the techniques of application, distinguishing and overruling them. Taking these elements into consideration, we have interpreted the brazilian civil procedural law in a consistent way to the mass demands.

Keywords: Civil Procedural Law; repetitive demands; due process of law; judicial precedent.

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à obtenir une lecture de l'essai de demandes répétitives à la lumière de la clause de due process of law, avec les caractéristiques qui sont typiques de ce genre de causes, et qui font des modèles de protection individuelle et collective, dans la loi brésilienne, ne convient pas pour les traiter. Le texte démontre que la massification sociale provoqué l'apparition de relations homogènes documents juridiques, également à l'origine de la présentation des lots de conflits similaires à l'évaluation des tribunaux. Le phénomène a mis en évidence la nécessité de donner une nouvelle configuration pour le système juridique brésilien, qui a conduit à des réformes législatives et à une réévaluation des fonctions de l'appareil judiciaire en ce qui concerne son rôle dans la création et la stabilisation de la loi. La thèse démontre que la mise en œuvre des décisions prises sur les cas déjà jugés à des situations similaires se compose dans l'un des principaux mécanismes afin de donner un traitement isonomique à la population. En outre, il permet aux membres d'une société donnée pour prédire les raisons pour lesquelles les probables utilisées pour la résolution des conflits. De cette façon, il devient clair que l'utilisation de précédents judiciaires est indispensable pour le traitement répétitif des causes. Pour cette raison, la thèse analyse la théorie des précédents, y compris les techniques d'application, en distinguant et en les overruling. Compte tenu de ces éléments en considération, nous avons interprété le code de procédure civile brésilienne d'une manière cohérente aux exigences de masse.

Mots-clés: le droit procédural civil; demandes répétitives; respect de la légalité; précédent judiciaire.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível;

ADC – Ação de Declaração de Constitucionalidade;

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;

AgR – Agravo Regimental;

AI – Agravo de Instrumento;

Art. – Artigo;

Arts. – Artigos;

BA – Bahia;

C. Cív. – Câmara Cível;

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90);

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

CPC/1973 – Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73);

DF – Distrito Federal;

DJ – Diário de Justiça;

DJE – Diário de Justiça Eletrônico;

EC – Emenda Constitucional;

e.g. – *exempli gratia*;

HC – Habeas corpus;

Inc. – Inciso;

Incs. – Incisos;

Julg. - Julgamento

MG – Minas Gerais;

Min. – Ministro;

MS – Mandado de Segurança;

MP – Ministério Público;

n.º - Número;

NCPC – Projeto de Lei que visa à criação de um novo Código de Processo Civil brasileiro. Projeto de Lei do Senado – PLS 166/2010, com a redação dada pelo Parecer n.º 1.741, de 2010, da Comissão Diretora, e que atualmente, tramita perante a Câmara dos Deputados, onde recebeu o n.º 8046/2010;

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil;

p. – página;

PL – Projeto de Lei;

PLS – Projeto de Lei do Senado;

RE – Recurso Extraordinário;

Rel. – Relator;

REsp – Recurso Especial;

RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*;

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança;

RJ – Rio de Janeiro;

RS – Rio Grande do Sul;

SP – São Paulo;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal;

TJ – Tribunal de Justiça;

TRF – Tribunal Regional Federal;

v.g. – *verbi gratia*;

Vol. – Volume.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	DEMANDAS REPETITIVAS	16
2.1	A SOCIEDADE DE MASSAS E A CONFORMAÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	16
2.2	AS SITUAÇÕES JURÍDICAS HOMOGÊNEAS	19
2.2.1	Distinção entre as situações jurídicas homogêneas e os direitos transindividuais	23
2.3	O MODELO DAS <i>GROUP ACTIONS</i> . A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS DAS <i>CLASS ACTIONS</i> E DAS AÇÕES INDIVIDUAIS	27
2.4	SITUAÇÕES JURÍDICAS HOMOGÊNEAS, INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	32
2.4.1	Interesse público	32
2.4.1.1	Interesse público primário e interesse público secundário	34
2.4.2	Interesse público e direito individual	36
2.4.3	Interesse público e direitos transindividuais	39
2.4.4	A relação entre as situações jurídicas homogêneas, o interesse público e os direitos transindividuais	40
2.4.4.1	Proteção à isonomia	41
2.4.4.2	Proteção à segurança jurídica	43
2.4.4.3	Proteção à razoável duração do processo	46
2.4.4.4	Proteção à moralidade, à boa-fé objetiva e à liberdade	47
2.4.4.5	O julgamento das demandas de massa como uma modalidade de <i>public law Litigation</i>	48
2.5	AS REFORMAS LEGISLATIVAS E OS PRIMEIROS CONTORNOS DO PROCESSO REPETITIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	49
2.6	NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO JULGAMENTO DAS CAUSAS REPETITIVAS	54
3	DEVIDO PROCESSO LEGAL	58
3.1	A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	61
3.2	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	68
3.3	ISONOMIA	70

3.4	JUIZ NATURAL	73
3.5	INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL	76
3.6	ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL	79
3.7	DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	81
3.8	MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	84
3.9	PUBLICIDADE	88
4	PRECEDENTE JUDICIAL	90
4.1	CONCEITO	90
4.2	ESTRUTURA	91
4.2.1	<i>Ratio decidendi</i>	91
4.2.2	<i>Obiter dictum</i>	94
4.3	CLASSIFICAÇÃO	95
4.4	NATUREZA NORMATIVA DA <i>RATIO DECIDENDI</i> NA TEORIA DO <i>STARE DECISIS</i>	101
4.5	TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E DE SUPERAÇÃO	107
4.5.1	<i>Distinguishing</i>	108
4.5.2	<i>Overruling</i>	111
4.5.3	<i>Overriding, reversal, technique of signaling e transformation</i>	116
5	O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DEMANDAS REPETITIVAS	119
5.1	PREMISSAS PARA A ANÁLISE DO PROCESSAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO	120
5.1.1	Os meios processuais de fixação das teses no ordenamento jurídico brasileiro	120
5.1.1.1	A fixação da tese como poder-dever do órgão jurisdicional	121
5.1.2	Compatibilização do interesse público com os direitos fundamentais processuais das partes nas demandas repetitivas	124
5.1.3	A aplicação da teoria dos precedentes no processamento de demandas repetitivas no sistema jurídico brasileiro	130
5.1.3.1	A atribuição de eficácia aos precedentes pelo sistema brasileiro	130
5.2	OS CRITÉRIOS PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS AOS PRECEDENTES NO JULGAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	136
5.2.1	A modulação dos efeitos dos precedentes	141
5.3	A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NAS DEMANDAS REPETITIVAS	143

5.3.1	A proteção da confiança justificada e a superação do precedente	145
5.3.2	A modulação temporal da eficácia da decisão que supera um precedente	148
5.4	A CONEXÃO POR AFINIDADE ENTRE AS DEMANDAS REPETITIVAS	151
5.5	A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS REPETITIVOS	156
5.5.1	O contraditório na solução de casos repetitivos com a aplicação de entendimento já firmado pelo Poder Judiciário	157
5.5.2	O contraditório na formação do entendimento jurisprudencial sobre causas repetitivas	161
5.5.2.1	A delimitação da questão controvertida	166
5.5.2.2	O amadurecimento dialético do entendimento a ser firmado como elemento de estabilização do precedente	167
5.6	LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO NAS DEMANDAS DE MASSA	171
5.6.1	Litisconsórcio multitudinário no incidente de resolução de demandas Repetitivas	172
5.6.1.1	Ampliação do litisconsórcio multitudinário no incidente de resolução de demandas repetitivas em decorrência da interposição de recursos para o STJ ou para o STF	178
5.6.2	Litisconsórcio multitudinário no incidente de fixação da tese jurídica no processamento de recursos repetitivos	179
5.6.3	Litisconsórcio multitudinário na apreciação da repercussão geral e no julgamento de recurso extraordinário “único”	181
5.7	INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS DEMANDAS REPETITIVAS	183
5.7.1	<i>Amicus curiae</i>	184
5.7.2	Intervenção das pessoas jurídicas representativas dos interesses das partes e dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal	186
5.7.3	Intervenção dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal, mas que não figuram como partes nos processos que estão pendentes no momento em que se instaura o aludido procedimento	189
5.8	A ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO	191
5.8.1	A adaptabilidade procedimental para a fixação da tese	192

5.8.2	A adaptação procedimental para a aplicação da tese já fixada	193
5.9	A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	195
5.9.1	A importância da fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese	196
5.9.1.1	A fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese por meios processuais expressamente previstos para tal finalidade	196
5.9.1.1.10	O problema da elaboração do texto representativo da tese para a sua aplicação aos casos futuros	197
5.9.1.2	A fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese por meios processuais que não foram expressamente previstos para tal finalidade	201
5.9.2	A importância da fundamentação das decisões judiciais no julgamento das demandas repetitivas, com a aplicação ou o afastamento da tese	204
5.9.2.1	A fundamentação das decisões judiciais na aplicação da tese	204
5.9.2.2	A fundamentação das decisões judiciais no afastamento da tese	208
5.10	JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO	209
5.10.1	Harmonia do julgamento liminar de mérito com o sistema jurídico brasileiro. Aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas	214
6	CONCLUSÃO	218
	REFERÊNCIAS	244

1 INTRODUÇÃO

Durante o século XX, as sociedades contemporâneas ocidentais se massificaram. Este fenômeno emprestou uma nova feição aos vínculos sociais, repercutindo em parcela das relações jurídicas materiais, que foram homogeneizadas e tiveram um exponencial crescimento quantitativo.

De maneira reflexa, os conflitos delas decorrentes também cresceram numericamente e passaram a apresentar um perfil que lhes é próprio, não se identificando por completo com as causas individuais a que estamos tradicionalmente acostumados a lidar, nem com as demandas coletivas.

Atentos a estas modificações, diversos ordenamentos (a exemplo do brasileiro, do português, do espanhol, entre outros) têm empreendido reformas no direito processual civil, com vistas a racionalizar o modo de solucionar estas contendas massificadas, que se tornam repetitivas e sobrecarregam o Poder Judiciário.

No Brasil, foram realizadas alterações legislativas tanto em nível constitucional, como no âmbito infraconstitucional. No primeiro aspecto, podemos citar o exemplo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário e a súmula vinculante. No segundo, foram criados os institutos do julgamento liminar de mérito, da súmula impeditiva de recurso, da súmula de jurisprudência dominante, além de terem sido regulamentadas a repercussão geral e a súmula vinculante, entre outras tantas inovações.

Estas transformações têm exigido uma revisão do modo como os órgãos jurisdicionais lidam com o processamento das causas repetitivas e também do papel do Poder Judiciário em relação à sua participação na (re-)criação dos atos normativos. Neste contexto, os precedentes ganham especial relevo, diante da eficácia que, tanto o legislador, como os próprios órgãos jurisdicionais, vêm conferindo às decisões proferidas nas demandas que versam sobre um conflito homogeneizado em relação ao julgamento de outras tantas lides que lhes são semelhantes.

Conforma-se, assim, uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características próprias, que as distingue daquelas outras duas. Este novo paradigma traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos valores fundamentais do processo garantidos constitucionalmente. O

processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo da tutela puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultural particularizada.

O presente texto tem a finalidade de realizar uma leitura do tratamento destas demandas à luz do devido processo legal.

Para tanto, começaremos pelo enfrentamento do conceito das demandas repetitivas, analisando a sua origem, as suas características, os valores e os interesses nelas envolvidos, para distingui-las das puramente individuais e das coletivas. Em seguida, passaremos ao exame da adequação, ou não, dos modelos de tutela individual e coletiva a estes conflitos homogeneizados, para constatar se existe a necessidade de realizar uma leitura do devido processo legal no julgamento das causas repetitivas.

Em seguida, far-se-á necessário expor o que entendemos por devido processo legal, tanto no seu aspecto formal, como no substancial, com especial atenção para os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, da adequação, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da razoável duração do processo e da publicidade, além da garantia da motivação das decisões judiciais. Tudo isso à luz do constitucionalismo contemporâneo.

Depois, precisaremos analisar as implicações que as demandas de massa têm provocado nas funções do Poder Judiciário, com uma re-leitura da sua atuação na criação e na sedimentação do Direito. Neste contexto, o estudo dos precedentes judiciais mostra-se indispensável. Trata-se de um dos aspectos nucleares para a análise do devido processo legal nas demandas repetitivas, na medida em que a aplicação de decisões de casos já julgados a situações que lhes são semelhantes consiste em um dos mecanismos essenciais para o tratamento isonômico dos jurisdicionados, além de permitir que os integrantes de uma determinada sociedade possam antever a provável solução dos conflitos, em razão da expectativa de aplicação do entendimento já firmado por um determinado tribunal.

Neste sentido, examinaremos o conceito dos precedentes judiciais, como eles se estruturam e são classificados, qual é a eficácia que o sistema jurídico brasileiro lhes empresta e qual é a sua natureza, para identificar se consistem, ou não, em atos normativos, capazes de vincular ou de persuadir julgamento futuros sobre lides semelhantes. Verificando que a sua aplicação é importante para o processamento das causas homogêneas, será necessário analisar as técnicas que permitem a sua utilização. Considerando, ainda, que um sistema baseado em decisões

anteriores não pode levar à imutabilidade do Direito, será necessário proceder à análise dos meios para o arejamento do sistema, com a superação do entendimento jurisprudencial já fixado e com o exame da similitude ou diferenciação entre o caso concreto e os que foram julgados anteriormente.

Estabelecido o problema e os fundamentos para o seu enfrentamento, passaremos à leitura do devido processo legal nas demandas repetitivas. Ela será realizada à luz do ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que diz respeito à legislação vigente, como ao entendimento jurisprudencial que vem sendo firmado pelos tribunais pátrios. Procederemos também a um cotejo dos dispositivos propostos no Projeto de Lei que visa à criação de um novo Código de Processo Civil brasileiro.

A análise se baseará, ainda, em três premissas que consideramos relevantes, a saber: a conformação dos meios processuais que podem ser utilizados para a fixação das teses, a compatibilização do interesse público com os direitos fundamentais processuais envolvidos no processamento das demandas repetitivas e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no sistema brasileiro.

À luz destes elementos, procederemos ao exame da conexão, da atuação das partes em contraditório, do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, da adequação procedimental, da fundamentação das decisões judiciais e do julgamento liminar de improcedência, que consistem em institutos diretamente relacionados ao processamento das demandas de massa.

2 DEMANDAS REPETITIVAS

2.1 A SOCIEDADE DE MASSAS E A CONFORMAÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

O século XX foi palco de diversos eventos históricos relevantes para o estabelecimento de uma sociedade de massas, entre os quais se destacam a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa, os levantes operários na Europa, a formação de grandes partidos políticos, a consolidação de regimes totalitários, a depressão econômica de 1929¹, a Segunda Grande Guerra² e a bi-polarização do mundo em dois grandes blocos político-econômicos, o capitalista e o socialista. Em 1989, o mundo assistiu à queda do muro de Berlim, com a afirmação, na década de 1990, dos Estados Unidos da América como potência hegemônica mundial.

O período foi marcado por revoluções políticas e culturais, perpassando pelos ideais liberais, sociais e neoliberais, e também por conquistas científicas e tecnológicas que alteraram o perfil das sociedades³. As dimensões globais, a instantaneidade das informações e da comunicação e o estabelecimento de economias de mercado consistem em características dominantes que se alastraram por todos os continentes, estreitando-os e homogeneizando-os. A consolidação de um capital internacional também provocou o surgimento de novas formas de dominação, impondo aos povos o desafio de desenvolver-se, aderindo aos padrões globais, sem, no entanto, perder as diferenças regionais e as peculiaridades locais.

Foi neste contexto que a sociedade de massa se conformou, trazendo consigo suas próprias tensões internas.

Sob um primeiro aspecto, as relações homogeneizadas ganharam terreno sobre os vínculos individualizados, sem, no entanto, extingui-los. Os dois passaram a coexistir, ocupando espaços que ora se confundem, ora se distinguem. Indivíduo e massa passam a conviver simultaneamente, sem que um deva excluir o outro. Um dos desafios da sociedade passa a ser a manutenção do equilíbrio entre ambos. Não é possível pensar somente num modelo massificado, sob pena de acabar com a identidade e a significação do indivíduo e de sua

¹ Cfr. Osvaldo Coggiola (2005; 2009).

² Cfr. Marcelo Roncayolo (1985), Alan Milward (1986), Ernest Mandel (1989), Osvaldo Coggiola (1995) e Tony Judt (2008).

³ Confira-se Tony Judt (2008) e Eric Hobsbawn (1995), especialmente as p. 61-90.

diferença em relação ao outro. Mas também não é possível conceber um paradigma puramente individualista, dada a dinâmica da inserção social em grupos, classes ou categorias, com vantagens para todos os que os integram e problemas que afligem a coletividade. A obtenção destes proveitos e a solução destes problemas são inalcançáveis ou de difícil alcance para uma só pessoa. Daí a relevância do grupo.

Mas se, de um lado, os mecanismos que atingem a coletividade se proliferam e se sofisticam, instrumentalizando-a passivamente, de outro lado, ela percebe a crescente necessidade de legitimar-se também ativamente, manifestando as suas reivindicações nas mais diversas expressões⁴.

Essa crise se reflete no campo jurídico (embora não se resuma a ele), ante a necessidade de regulamentar as relações sociais e de resolver os conflitos daí advindos.

No âmbito do direito público, pode-se mencionar a adoção de políticas públicas direcionadas para a inclusão social e para o controle de certas atividades, atendendo aos anseios e ao bem-estar da coletividade. Surgem programas estatais voltados à saúde, à educação, à segurança, ao trabalho, à economia, à atuação do Estado no mercado, entre inúmeros outros, que devem se revestir de juridicidade tanto na sua concepção, como na sua execução. Com a concepção do Estado Social, que intervêm na sociedade para ordená-la e, muitas vezes, para substituí-la, e com a projeção exponencial do número de administrados, percebeu-se um crescimento vertiginoso nas relações entre o Estado-Administração e os particulares⁵.

De outro lado, a atuação estatal pauta-se na isonomia e na impessoalidade, deparando-se com a tensão “indivíduo – massa”. Ela pressupõe condutas que preservem a igualdade material, sem o estabelecimento de distinções entre os administrados que se enquadram na mesma situação, segundo os tipos legais pré-estabelecidos. A isonomia material pressupõe um tratamento igualitário e desigual na medida da semelhança e da dessemelhança. Para tanto, é necessário identificar grupos e distingui-los de outras categorias e de indivíduos que não estão ali localizados. Assim acontece, por exemplo, no que tange ao fisco e à previdência social.

⁴ Analisando a questão política da emergência das massas no cenário histórico contemporâneo, Antonio Gramsci (1975, p. 311) afirmava que “as grandes massas haviam se afastado da ideologia tradicional, não acreditando mais no que antes acreditavam. A crise consiste exatamente no fato de que o velho morre e o novo não consegue nascer”. Ele propunha que as soluções seriam criadas a partir do desenvolvimento de uma consciência histórica da realidade e de uma ação política voltada a elevar a condição intelectual e moral das massas, que deveriam organizar-se democraticamente, formando uma sociedade realmente “civil”. O autor italiano aduzia que a “crise de autoridade”, de hegemonia ou de “Estado no seu conjunto” haveria de dar-se pela transição da posição das massas da passividade política para a apresentação de reivindicações que, mesmo num conjunto não orgânico, mostram-se como um movimento (1975a, p. 1603).

⁵ Domingos Soares Farinho (2003, p. 03).

A homogeneização também se percebe na seara do direito privado, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo. A cultura difundida pelos meios de comunicação, com o seu alcance global, associada à tecnologia de produção de bens e de prestação de serviços em massa, provocou um aumento de relações instrumentalizadas pelos contratos por adesão, cuja utilização ganhou crescente espaço, ao lado dos contratos *de gré à gré*⁶, mitigando o exercício da vontade na sua plena autonomia⁷.

Além de terem experimentado uma mudança qualitativa, as relações materiais passaram por um significativo aumento quantitativo.

De maneira reflexa, os conflitos delas decorrentes também têm crescido numericamente⁸ e apresentam um perfil que lhes é próprio, não se identificando por completo com as lides

⁶ Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano (2003, p. 182-183) explicam: “O contrato de adesão singulariza-se pelo afastamento, quanto aos caracteres essenciais, dos contratos em geral, já que seu teor é predeterminado pelo fornecedor, restando ao consumidor a prerrogativa de aceitação das cláusulas, desde que faça por inteiro, ‘em bloco’. (...) A doutrina procedeu, outrossim, à distinção entre dois métodos de celebração de contratos: *por adesão* e o conhecido *de adesão*. Os primeiros seriam aqueles nos quais a aceitação se coloca de forma compulsória perante o consumidor, como ocorre nas estipulações unilaterais do poder público. De outro lado, os contratos de adesão dependeriam de aceitação com o seu caractere de incerteza, visto que faculdade do consumidor. Todavia, furtou-se a lei consumerista da função de distinção e estabeleceu as formas contratuais em menção como correlatas, não abarcando, no conceito trazido pelo art. 54, qualquer ponto de divergência entre um e outro. Sem efeito, portanto, maiores digressões a respeito”. Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Júnior (GRINOVER *et al*, 2004, p. 622) explica: “A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e os contratos *por adesão*. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita. O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de *contrato de adesão*. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (‘aprovadas pela autoridade competente’, art. 54, *caput*, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de *contrato de adesão*. Opõe-se ao contrato de adesão ‘o contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*), ou seja, aquele concluído mediante negociação das partes, cláusula a cláusula. O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala”.

⁷ Em relação aos contratos de adesão, Orlando Gomes (2001, p. 126) afirma que “tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes”.

⁸ O número de processos protocolados no STF em 1940 equivalia a 2.419; em 1950, o número subiu para 3.091; em 1960, para 6.504; em 1970, foram 6.367; em 1980, registrou-se a marca de 9.555; em 1990, o número praticamente dobrou, com 18.564 processos protocolados na Suprema Corte; o registro no ano 2000 foi de 105.307 processos protocolados. Os maiores índices estão nos anos de 2002, com 160.453 processos; de 2006, com 127.535 processos; em 2007, foram 119.324 processos; e em 2008, foram 100.781 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009). De outro lado, a população do Brasil saltou de 41,2 milhões para 183,9 milhões de habitantes entre 1940 e 2007 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2009a), o que representa um aumento de 446,36%. Assim, entre 1940 e 2007, houve um aumento de 4.932,78% processos protocolados na Suprema Corte contra os 446,36% equivalentes ao aumento da população brasileira no mesmo período.

individuais, nem com as demandas coletivas com as quais estamos tradicionalmente acostumados a lidar.

2.2 AS SITUAÇÕES JURÍDICAS HOMOGÊNEAS

As demandas repetitivas se fundam em situações jurídicas homogêneas, que possuem um perfil que lhes é próprio e não se resumem aos direitos individuais homogêneos, como vem sendo tratados por parcela da doutrina⁹.

Esse aspecto é importante para estabelecer o perfil que lhes é peculiar e para classificá-las segundo categorias próprias.

Cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. São as demandas-tipo. Elas versam sobre questões afins, cujos liames jurídicos concretos são similares entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo. Podem-se tomar os exemplos dos processos em que diversos correntistas buscam a certificação judicial de que a cobrança de certa tarifa bancária é indevida; em que diferentes segurados visam à correção de certo benefício previdenciário; ou em que diversos contribuintes perseguem a devolução do valor pago por um determinado tributo, considerando que a lei que o instituiu é inconstitucional. Não se trata da *mesma* causa de pedir (ex. do mesmo contrato, de uma só relação entre um segurado e a previdência social, nem de uma única relação entre o contribuinte e o fisco etc.), nem de *um só* pedido (ex. a devolução em dobro do mesmo valor, o reajuste de um único benefício previdenciário, uma só devolução do valor do tributo cobrado indevidamente etc.). Não lhes é comum o objeto, nem a causa de pedir. Caso fossem idênticos, configurar-se-ia a conexão nos termos do art. 103 do CPC/1973. Tampouco se trata de comunhão de direitos (ex. como os dos credores solidários em relação ao devedor comum)

⁹ Domingos Soares Farinho (2003, p. 04), por exemplo, diz que “as perspectivas que referimos reconduzem-se à tutela de interesses individuais comuns a vários particulares, normalmente por força de pronúncias semelhantes da Administração. Esta tutela pode ser prevista através de vários mecanismos, todos visando impedir ou responder a situações de processos em massa. Quer através de acções para protecção desses interesses individuais homogêneos, quer através de outras soluções processuais, que permitam garantir os direitos dos particulares ao mesmo tempo em que se agiliza o processo administrativo”, e prossegue (p. 16-17): “São este tipo de interesses individuais homogêneos que se manifestam no fenómeno dos processos de massas, uma vez que podem surgir como consequência dos mesmos efeitos ou actos (entenda-se actos idênticos, como os actos administrativos em massa), dando lugar a uma pluralidade de pretensões semelhantes contra a Administração”.

ou de obrigações (ex. como as dos devedores solidários em relação ao mesmo credor) relativamente à lide, nos termos do art. 46, I, do CPC/1973. As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. Em que pese sejam contratos semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos por adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só contrato. A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que afinidade.

O delineamento da relação-modelo, com a causa de pedir e o pedido padronizados, importa para a criação do precedente, propiciando a elaboração de uma solução-padrão, com sua posterior aplicação às causas afins que estejam pendentes ou que venham a ser ajuizadas (como permite o art. 285-A do CPC/1973, por exemplo) e para outras finalidades previstas pelo sistema, como o exame de admissibilidade de recursos interpostos em demandas homogêneas (como autoriza o art. 518, § 1º, do CPC/1973), a identificação da repercussão geral (arts. 543-A e 543-B do CPC/1973), o julgamento e o sobrestamento de recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC/1973).

A identificação do elemento subjetivo (partes) de cada demanda não é relevante para a formação da tese jurisdicional que se aplicará ao caso-padrão¹⁰. No exemplo em que os correntistas postulam, em diferentes processos, a certificação da ilicitude da cobrança de certa tarifa bancária, a resposta judicial modelo será produzida de maneira indistinta para todos eles, não importando a individualização de um determinado consumidor ou de uma certa instituição financeira neste ou naquele feito. A particularização subjetiva será importante somente para o caso concreto, e não para a identificação do perfil da demanda repetitiva.

Contudo, as demandas repetitivas não se configuram somente pela similitude das causas de pedir e dos pedidos vertidos em diversos processos. Além da conformação da causa-padrão pelos seus elementos objetivos, o processamento diferenciado das demandas homogêneas também pressupõe a sua massificação, de modo que elas sejam apresentadas em larga escala ao Judiciário.

¹⁰ Domingos Soares Farinho (2003, p. 03) explica: “Em muitos casos, não só as situações jurídicas se multiplicaram como também se copiaram, repetindo-se quanto ao objecto e havendo uma mera alteração dos sujeitos envolvidos com a Administração”.

Comentando os arts. 543-A, 543-B e 543-C do CPC/1973 (que versam sobre a repercussão geral e sobre os recursos extraordinários e especiais repetitivos), José Carlos Barbosa Moreira (2009, p. 616) explica:

Em mais de um país tem-se feito sentir o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas. O grande número de litígios que lhes chegam, sobretudo por via recursal, é fator importante de retardamento do desfecho dos pleitos. Ademais, a considerável variedade dos temas suscitados pode desviar a atenção dos juízes para assuntos menores, com prejuízo da respectiva concentração nas questões de mais relevância.

A existência de demandas semelhantes entre si não é uma novidade e os sistemas jurídicos já possuíam mecanismos hábeis para lidar com elas, como se extrai, por exemplo, do art. 46, IV, do CPC/1973, que permite a formação do litisconsórcio facultativo simples por afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. A circunstância de haver causas afins é requisito necessário, mas não suficiente para a configuração dos litígios em massa. O problema não surge com a semelhança entre as demandas, mas com a sua repetição em grande quantidade¹¹. O processamento de causas semelhantes, por si só, não desafia, de maneira significativa, a capacidade da estrutura judicial, nem os valores jurídicos fundamentais (como os da isonomia, da segurança jurídica, da efetividade e da razoável duração do processo), enquanto elas estiverem diluídas em pequeno volume nos órgãos judiciais.

Analisando o fenômeno das demandas de massa, Andrea Giussani (2009, p. 152-153) esclarece que ele tem por origem a necessidade de superação dos obstáculos ao acesso à justiça para a tutela dos direitos individuais homogêneos, há muito identificados. O ponto de partida da análise do doutrinador italiano é a distinção entre os conceitos de “parte habitual” e de “parte ocasional”. Ele explica que o contencioso voltado para a tutela dos direitos individuais homogêneos é inevitavelmente repetitivo, de modo que os litigantes habituais estão conscientes de que podem usufruir da economia de escala e da vantagem estratégica na sua gestão, seja no plano do acesso à informação, seja na influência sobre a formação das

¹¹ Em estudo sobre os processos de massa no contencioso administrativo português, Domingos Soares Farinho (2003, p. 03-04) explica: “Esta massificação, no quadro das exigências de justiça e segurança do Direito Administrativo, tornou-se uma burocracia pesada e morosa, tanto no plano de execução por parte da Administração, como no plano judicial, a propósito da emergência e resolução de litígios. A Administração via-se muitas vezes perante pedidos idênticos por parte de um conjunto alargado de particulares ou era ela mesma que decidia de forma idêntica em relação a muitos deles. Por sua vez, os tribunais, em consequência dessa similitude de situações, provocada pela massificação das relações Administração-Particulares, eram sobrecarregados de pedidos idênticos, merecendo um tratamento idêntico. O Direito Administrativo começou por isso a ser um campo de estudos e reflexões no sentido de poder admitir soluções técnicas que permitissem, por um lado, aos particulares condensarem as suas pretensões comuns, num único pedido perante os tribunais, com as consequentes vantagens; e, por outro, aos tribunais reagirem à afluência de processos em massa”.

regras de decisão. Assim, eles investem racionalmente num volume muito maior de lides levadas ao Poder Judiciário do que cada um dos integrantes do grupo que com eles litigam¹².

O jurista vai mais além e esclarece que o investimento que o litigante habitual faz nas causas de massa depende, sobretudo, da eficácia do precedente judicial: ainda que ele não assuma formalmente o valor de fonte do direito, sua influência na resolução dos conflitos que envolvem fatos e aspectos jurídicos semelhantes é crucial para a conduta da parte habitual, mas não para o litigante ocasional. O valor real do processo proposto por um primeiro indivíduo corresponde aproximadamente à soma dos valores de todos os outros potenciais conflitos referentes a direitos homogêneos isomórficos¹³.

A categorização das demandas de massa dá-se pelos critérios acima expostos: identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala. A elas contrapõem-se demandas *que lhes são* heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude *com aquelas* causas homogêneas, nem *o mesmo* julgamento conjunto ou com base *nos mesmos* precedentes. Deve-se notar que a identificação de demandas homogêneas é sempre *relacional*. Só é possível identificá-las e tratá-las num exame comparativo, com base na afinidade objetiva a que já referimos anteriormente. Não há como afirmar que uma demanda é homogênea sem que seja comparada com outras. É possível, portanto, cogitar a existência de demandas que são afins entre si, guardando pertinência em relação a um determinado conjunto. Mas elas serão heterogêneas em relação a tantas outras. Estas, por sua vez, também podem guardar uma relação de homogeneidade no que diz respeito a algumas que lhe são afins, ou podem ser completamente particularizadas, sem nenhum traço em comum com qualquer outra. Podemos afirmar que uma maçã possui homogeneidade se ela estiver num cesto de maçãs. Neste contexto, uma banana será um elemento estranho, mas não o será se estiver inserida num outro cesto, repleto

¹² Eis o texto original: “Gli ostacoli di fatto all’accesso alla giustizia a tutela dei diritti individuali omogenei sono stati identificati da così tanto tempo da costituire ormai un luogo privilegiato di dibattito per la letteratura scientifica in materia di teoria delle decisioni razionali. Il punto di partenza dell’analisi è costituito dalla notissima distinzione fra ‘parti abituali’ e ‘parti occasionali’: il contenzioso a tutela dei diritti individuali omogenei è inevitabilmente ripetitivo, sicché l’avversario del gruppo, oltre a fruire di economie di scala e vantaggi strategici nella sua gestione – sia sul piano dell’accesso alle informazioni, sia su quello dell’influenza sulla formazione delle regole di decisione –, è razionalmente indotto a investire nella lite somme assai più considerevoli di quelle che ciascuno dei componenti del gruppo stesso può a sua volta razionalmente investire”.

¹³ Andrea Giussani (2009, p. 153). Eis as palavras do doutrinador italiano em seu próprio idioma: “Questo divario nella propensione a investire nella causa dipende soprattutto dall’asimmetria delle poste in gioco determinata dall’efficacia del precedente giudiziario: anche quando quest’ultimo non assume formalmente il valore di fonte del diritto, la sua influenza sulla risoluzione giurisdizionale delle controversie caratterizzate dalle stesse questioni giuridiche e fattuali è comunque decisiva²⁰, sicché per la parte abituale – ma non per la parte occasionale – il valore effettivo della causa in via individuale promossa per prima corrisponde approssimativamente alla somma dei valori di tutte le altre potenziali controversie isomorfe relative a diritti omogenei”.

de bananas. Bananas, maçãs e laranjas (frutas), no entanto, podem ser consideradas homogêneas entre si, se forem comparadas com manteiga, queijo e iogurte (derivados do leite).

Eis aqui a classificação que se deve adotar: *demandas homogêneas x demandas heterogêneas*, de acordo com o grau de semelhança e de repetição, numa análise comparativa.

Este critério não se confunde com outros já existentes, não sendo válido contrapô-los entre si. Neste passo, não se pode restringir as situações jurídicas homogêneas aos interesses individuais homogêneos, pois teremos aí uma comparação realizada sobre bases distintas.

De um lado, há os interesses jurídicos individuais, que estão ligados às situações jurídicas ativas, na qualidade de vantagem conferida a um sujeito de uma relação jurídica, e que consiste num conjunto de faculdades a ele vinculadas, permitindo-lhe ter proveito de determinados bens e reagir contra uma lesão ilícita perpetrada contra essa mesma situação jurídica¹⁴⁻¹⁵.

Além deles, há os direitos trans ou supra-individuais, que afetam uma coletividade e cuja gênese sociológica “se vincula a la complejidad y la masificación de las relaciones económicas y sociales que tienen lugar en la sociedad de nuestros días, que se condensan en el fenómeno que se há dado em llamar socialización” (CABIEDES; CAVIEDES, 1999, p. 66).

2.2.1 Distinção entre as situações jurídicas homogêneas e os direitos transindividuais

Sob este prisma, distinguem-se os interesses difusos, dos coletivos e dos individuais homogêneos, cuja tipificação, no ordenamento brasileiro, está no parágrafo único do art. 81 do CDC.

Os primeiros são os de natureza indivisível, de que seja titular o grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. O seu exercício é necessariamente coletivo, sendo impossível fruí-los individualmente. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 282) os consideram como “a refração em cada indivíduo de interesses da comunidade, global e complexivamente considerada”. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti

¹⁴ Neste sentido: Rosa Rota (1998, p. 34) e Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes (1999, p. 39).

¹⁵ Não adentraremos aqui o exame das divergências existentes entre as teorias da vontade (propugnada por Savigny e Windscheid), do interesse (defendida por Ihering) e a mista (sustentada por Jellineck, Saleilles e Michoud), por não consistirem no nosso objetivo.

Junior (2010, p. 74) os consideram como os “transindividuais (...), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, (...)”. É o caso da preservação do meio ambiente, em que a atuação judicial de uma pessoa ou de um grupo de pessoas sempre aproveitará a todos, e não excluirá as interferências exteriores na esfera jurídica, nem à reação contra essas influências¹⁶.

Além deles, há os direitos coletivos, cuja natureza é indivisível, mas os seus titulares são determinados ou determináveis, restringindo-se a um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – “reportam-se a um grupo de pessoas que se encontrem de forma comum e simultânea numa mesma situação jurídica, na qual todos os sujeitos sintam a mesma necessidade por um bem do qual se aproveitam de modo conjunto e indivisível” (FARINHO, 2003, p. 13)¹⁷.

Há, por fim, os individuais homogêneos, que nada mais são do que direitos que podem ser exercitados extrajudicialmente por cada sujeito, e que diz respeito à sua própria esfera de interesses. Os titulares não têm necessariamente uma relação jurídica comum entre si, nem com a parte adversa. Decorrem de uma origem comum, compartilhada por um elevado número de sujeitos, sem, no entanto, perder as características de incidência sobre a esfera de cada um¹⁸. A relação jurídica nasce da própria lesão ou ameaça de lesão: “o que têm em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato, que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010, p. 77). Por isso, só podem ser considerados impropriamente coletivos. É a sua repetição que lhes dá essa significação, e não a esfera de interesse atingida. Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes (1999, p. 111) assim consideram: “derechos subjectivos privativos, particulares de cada uno de sus titulares y como consecuencia de ello, solo por ellos disponibles, tanto en el âmbito material como en el processual. Es decir, estamos ante auténticos derechos individuales, si bien el problema o conflicto fáctico y, por ende, jurídico, adquiere una relevância o alcance plural, ‘colectivo’, por encontrarse involucradas em él diversas – o incluso muchas – personas”. Diante da lesão, a

¹⁶ Domingos Soares Farinho (2003, p. 13).

¹⁷ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2010, p. 75) esclarecem que “o elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos”.

¹⁸ Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes (1999, p. 110).

reação pode ser individual ou em grupo. Na primeira hipótese, a atuação do titular aproveitará somente a si. Na segunda, a ação do ente legitimado protegerá todos os sujeitos que se enquadrem naquela dada situação. Ainda assim, a vantagem será experimentada na esfera de cada indivíduo. Antonio Gidi (1995, p. 30-31) afirma que “a homogeneidade decorre de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos”.

Em síntese: pode-se cogitar de situações pura ou tipicamente individuais, que dizem respeito a uma única pessoa (ou a poucas pessoas), atingindo a(s) sua(s) própria(s) esfera(s) de interesses e cuja fruição será individualizada. Ao lado dela, pode-se pensar nas situações coletivas (ou trans ou metaindividuais), que são de exercício coletivizado e que se referem a sujeitos indeterminados e indetermináveis, atingindo a todos indistintamente (ex. meio ambiente, saúde pública etc.), conhecidas no campo jurídico como interesses difusos; ou que dizem respeito a um grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis (ex. certa situação tributária ou determinado aumento do piso salarial de uma categoria), interferindo na esfera jurídica dos seus respectivos integrantes, enquanto grupo organizado, conhecidas no campo jurídico como interesses coletivos propriamente ditos. Por fim, é possível conceber a existência de situações que, embora sejam individuais, são repetidas em larga escala, ganhando dimensão coletiva. Se analisadas uma a uma, teríamos a mesma perspectiva das demandas pura ou tipicamente individuais, mas se examinadas no seu conjunto, surge um interesse metaindividual, por atingirem de modo semelhante um grande número de pessoas, caracterizando uma espécie de interesse coletivo, que, no entanto, é de fruição individual e atinente aos que se encontram naquela situação-padronizada¹⁹. No âmbito jurídico, são consideradas como situações individuais homogêneas.

¹⁹ Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2010, p. 190-191) aludem a uma *situação-de-fato tipo* e explicam que “convém lembrar que os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC, que cuidam do julgamento por amostragem de *recursos extraordinários* (recurso extraordinário para o STF e recurso especial para o STJ) em causas repetitivas, prevêm um novo caso de conexão no direito brasileiro: uma *conexão por afinidade* entre esses recursos. As ‘causas repetitivas’ são exatamente aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por *afinidade*, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente. De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos arts. 103-105 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa de pedir iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solução de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela *afinidade* de algumas questões de fato ou de direito. Sucede que, em vez de essa conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos (como ocorre com a conexão para fim de

Podemos considerar os interesses individuais homogêneos como objeto das demandas repetitivas, sim. Do ponto de vista de cada processo, trata-se de um conflito individual, cuja resolução atingirá a esfera jurídica das partes ali envolvidas. Enfocando o conjunto de processos repetitivos, cuidar-se-á de uma demanda-tipo, em relação à qual haverá um procedimento apropriado que objetiva alcançar uma solução-padrão para os litígios concretos que se enquadrem naquela situação homogeneizada.

Mas também podemos cogitar em demandas de massa que envolvam interesses coletivos. Basta tomarmos o exemplo em que cada conselho de classe (ex. OAB/BA, OAB/SP, CREA/BA, CREA/RJ, CRM/MG, CRM/RS etc.) propõe uma ação questionando se as sociedades simples de profissionais que integram a respectiva categoria estão obrigadas a recolher certo tributo (ex. COFINS). Elas possuem homogeneidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido. Por isso, estarão sujeitas ao regime dos processos repetitivos. Assim, podem ser julgadas conjuntamente; o Judiciário pode determinar o sobrestamento de todas elas, para que se faça o julgamento das que são consideradas paradigmas; os tribunais podem fixar uma só tese acerca da obrigatoriedade do pagamento do tributo por tais pessoas jurídicas, independentemente de consistirem em sociedades de advogados, de engenheiros, arquitetos, médicos, da Bahia, do Rio de Janeiro, etc.; o precedente poderá ser aplicado às futuras ações coletivas semelhantes, ajuizadas por outros conselhos de classe.

Temos aí situações jurídicas coletivas e homogêneas, o que evidencia que as técnicas de processamento de causas massificadas não estão adstritas aos interesses individuais isomórficos.

É possível conceber, ainda, a semelhança entre demandas individuais e coletivas, com base nos critérios já expostos de afinidade entre as causas de pedir e os pedidos das diversas demandas. É o que pode acontecer se diversas sociedades de advogados ajuizarem suas respectivas ações individuais e se alguns Conselhos Seccionais da OAB propuserem ações coletivas, todas perquirindo sobre um aspecto em comum: o dever de as sociedades de advogados recolherem determinada espécie tributária. É possível que todas estas causas sejam reunidas para julgamento conjunto ou sucessivo, como já aconteceu quando do julgamento do REsp 1110549/RS, que será oportunamente analisado.

modificação de competência, art. 103, CPC), outros são os efeitos jurídicos desta nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns ‘recursos-modelo’ e b) sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem. De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação, que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa”. (itálicos existentes no texto original)

A contraposição entre homogeneidade e a heterogeneidade consiste, portanto, num critério de classificação próprio e indispensável para a interpretação adequada das demandas repetitivas. Ele se distingue das demais formas de classificação e com elas não se confunde.

2.3 O MODELO DAS *GROUP ACTIONS*. A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS DAS *CLASS ACTIONS* E DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

O surgimento de causas semelhantes e massificadas tem emprestado uma nova feição à atividade jurisdicional e ao modo de resolver tal espécie de conflitos.

As questões referentes ao processamento dos conflitos de massa ainda não se apresentavam à época da concepção do CPC/1973, fazendo-se perceber sociologicamente apenas a partir de meados da década de 1980, com reflexos na legislação a partir da década de 1990. Foi no início desta década que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) veio a lume. A limitação ao litisconsórcio facultativo multitudinário, contida no parágrafo único do art. 46 do CPC/1973, só foi inserida no Código com o advento da Lei 8.952, em 1994. Atento às modificações no perfil e na quantidade de demandas, o legislador tem empreendido reformas no ordenamento jurídico, com vistas a racionalizar o modo de solucionar esta espécie de contenda, atribuindo-lhe regime próprio, distinto dos que são utilizados para solver as demandas puramente individuais e as coletivas.

No Brasil, as alterações legislativas têm ocorrido tanto em nível constitucional, como no âmbito infraconstitucional. No primeiro aspecto, podemos mencionar o exemplo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. No segundo, foram criados os institutos da súmula de jurisprudência dominante, da súmula impeditiva de recurso e uma nova modalidade do julgamento liminar de mérito, além de terem sido regulamentadas a repercussão geral e a súmula vinculante, entre outras tantas inovações.

Estas transformações têm atribuído às decisões judiciais proferidas nas demandas representativas de um conflito homogeneizado uma crescente influência no julgamento de outras tantas lides que lhes são semelhantes.

Conforma-se, assim, uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características intrínsecas, que a distinguem daquelas outras duas. Este novo paradigma

traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos direitos fundamentais processuais, garantidos constitucionalmente. O processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo da tutela²⁰ puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultural e

²⁰ A expressão “tutela jurisdicional” é polissêmica, podendo ser entendida sob diferentes aspectos. Sob um primeiro ponto de vista, a tutela jurisdicional consiste na proteção que o Poder Judiciário dá a uma das partes, através da prestação da jurisdição. José Joaquim Calmon de Passos (2004, p. 19-20) explica: “Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional* da *tutela jurídica*. São coisas diversas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à decisão, sempre devida, em face do exercício, por qualquer pessoa física ou jurídica, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado pelo sujeito que exercitou o direito de ação, que lhe é devido segundo prescrição do direito positivo do sistema em que atua o julgador, ou seu indeferimento, por ser o réu o merecedor de ter seu patrimônio ou sua pessoa preservados da ingerência nele pretendida pelo autor. A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada a todos que a reclamem. Já a tutela jurídica diz respeito a um bem da vida que transcende o processo e cuja obtenção se pretende *mediante o processo*. A prestação jurisdicional, portanto, faz-se presente em todo processo. A tutela jurídica, diversamente, ainda quando *se pretenda* obtê-la mediante o processo, pode deixar de nele ocorrer, sem que deixe de existir a prestação da atividade jurisdicional (sentença). E assim é porque são coisas distintas o *direito à prestação da atividade jurisdicional*, direito a uma resposta do juiz à postulação que lhe é dirigida (direito a uma sentença) e o *direito ao bem da vida*, atribuído a alguém pelo ordenamento jurídico e perseguido mediante o processo, bem da vida que é o objeto do direito subjetivo material que se quer ver certificado e aplicado no processo. Mas a pretensão à prestação da atividade jurisdicional, que se formaliza com o processo é, por seu turno, um bem da vida, uma vantagem, objeto de um *outro* direito subjetivo público, constitucionalmente assegurado a todo e qualquer sujeito de direito, pelo ordenamento – o direito de ação” (itálico existente no original). Para Candido Rangel Dinamarco (2004, p. 104), a tutela jurisdicional é “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em um processo”. Numa acepção mais ampla, Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. 7-8) a considera como a própria atuação da função jurisdicional em prol da proteção dos direitos lesionados ou ameaçados no “plano material”, não realizados voluntária, nem espontaneamente. Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 145-146) considera a tutela jurisdicional como a prestação de um provimento judicial, que pode, ou não, proteger o direito que é objeto da lide. Nesta concepção, ela deve ser compreendida como uma modalidade de tutela de direitos, ao lado da legislativa e da administrativa. Assim, o doutrinador paranaense a diferencia da tutela de direitos, afirmando que “resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas no caso em que a técnica processual reconhecer o direito, isto é, quando a sentença for de procedência” (2004, p. 146). Consideramo-la, aqui, numa dupla acepção. De um lado, a tutela jurisdicional é realmente uma modalidade de proteção de direitos, como afirma Luiz Guilherme Marinoni. De outro lado, ela, em si mesma, também consiste num direito fundamental, que deve ser protegido. Tanto é assim que o art. 5º, XXXV, da CF/88, afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito, estabelecendo um direito fundamental, como explica Fredie Didier Junior (2010, p. 88-89): “Trata-se, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro. Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court*”. Ocorre que a constatação de que o direito de ação corresponde somente ao dever do Estado em exercer a atividade jurisdicional tornou-se insuficiente. O direito de acessar a ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada. Neste sentido, explicamos (BASTOS, 2009, p. 21-34). Na mesma esteira, Gisele Mazzoni Welsch (2008, p. 359-360) explica: “Os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas ‘prestada’ pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo. (...) Nesse sentido, torna-se necessário conceber a idéia de processo como instrumento não apenas de realização do direito material, mas como instrumento da jurisdição. Além disso, a visão da sociedade como sociedade em crise/conflicto exige do

dogmática particularizada²¹. Neste passo, deve-se identificar e distinguir os dispositivos voltados aos conflitos homogêneos em meio ao corpo legal²².

A existência de *ações de grupo* começa a firmar-se doutrinariamente. Elas consistiriam em “procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de *incidente coletivo* dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma ‘não-parte substituída’. É a tentativa de estabelecer ‘algo análogo a uma *class action*, mas sem classe” (CABRAL, 2007, p. 128).

Neste passo, as referidas *ações de grupo* seriam mais um meio para atingir os valores da razoável duração do processo, da eficiência e da amplitude de acesso à justiça, ao lado das ações coletivas, *representativas de classe*, sem, no entanto, possuir algumas das contradições teóricas e obstáculos práticos inerentes às *class actions*, assim consideradas como as que visam à melhor resguardar a esfera jurídica do grupo de indivíduos em face em relação a lesões de massa, pois haveria situações em que eles (os indivíduos) ficariam sem proteção, seja pela falta de interesse individual ou pela ausência de benefício claro diante de uma tutela

legislador novas formas de minimizar o ‘necessário’ tempo do processo, que é aquele mínimo imprescindível para que sejam respeitadas as demais garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação dos atos processuais, entre outros”. Assim, o direito à tutela adequada, enquanto atividade jurisdicional (independente da procedência do pedido, isto é, da existência do direito objeto da lide), consiste num direito fundamental processual, com guarida constitucional.

²¹ A atenção a este tipo de tutela jurisdicional deve ser redobrada nos ordenamentos (como o brasileiro) que vêm sendo alterados por uma política de mini-reformas no Código de Processo Civil. Tal estratégia legislativa compromete a sua unidade e coloca em questão a coerência interna que se espera de um sistema jurídico, dificultando a interpretação dos dispositivos que se referem às causas repetitivas. Sobre os aspectos positivos e negativos das mini-reformas, leia-se o artigo intitulado “Avaliação crítica das últimas reformas no Processo Civil”, de José Joaquim Calmon de Passos (1999).

²² Kazuo Watanabe (2006, p. 28) chama a atenção para a circunstância de que “uma das dificuldades consiste em saber se as pretensões deduzidas em juízo são efetivamente individuais, ou seja, se a relação jurídica de direito substancial a que essas pretensões estão referidas admite a formulação de vários pedidos individualizados da mesma espécie, ou acaso, pela sua natureza e peculiaridade, é ela de natureza incindível, de modo que, em princípio, são inadmissíveis postulações individuais”, exemplificando com o caso pertinente às tarifas de assinatura telefônica, que, no seu modo de entender, consiste em demandas *pseudo-individuais*. Quanto aos referidos casos repetitivos, eles consistiram em diversas ações individuais, ajuizadas por inúmeros consumidores, pedindo que fosse judicialmente certificada a ilegalidade de cobrança de tarifa de assinatura na prestação de serviços de telefonia fixa. O argumento homogêneo utilizado pelos consumidores era o de que a tarifa ofendia o CDC, já que havia a cobrança por um serviço que não é prestado. O STJ entendeu que a cobrança da assinatura básica mensal, previstas nos contratos de concessão pública, está amparada na Lei n.º 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e por resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), responsável pela regulação do setor no Brasil. O Tribunal ressaltou, ainda, que a tarifa justifica-se para garantir a manutenção do serviço. O entendimento sedimentado da Corte encontra-se expresso no enunciado da Súmula 365, que diz: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”, tendo como referência o julgamento de inúmeros recursos especiais, entre os quais estão os de n.º 911.802/RS, 870.600/PB, 994.144/RS, 983.501/RS e 872.584/RS.

muito custosa, complicada ou onerosa. Assim, faz-se necessário identificar uma ‘comunhão de questões’, uma similitude fática ou jurídica que una os direitos do grupo ou da classe. Aqui, o sistema jurídico percebe a necessidade de tutelar os direitos coletivos *lato sensu*²³.

Se, de um lado, as demandas coletivas diminuem a desigualdade entre pequenos e grandes litigantes²⁴, de outro lado, elas trazem inconveniências como (a) a de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em prol do interesse de uma coletividade geograficamente dispersa²⁵, cujos indivíduos não são conhecidos na sua totalidade, e que, muitas vezes, não possuem sequer notícia da demanda coletiva e dos seus efeitos²⁶; (b) a existência de conflitos internos na classe representada que não são considerados na propositura e no julgamento do conflito coletivo²⁷; (c) a falta de opção dos indivíduos substituídos em manifestar em juízo a vontade de não serem atingidos pelos efeitos da demanda coletiva; (d) a inexistência de comprometimento dos substituídos com a questão debatida; e (e) de que alguns órgãos do Estado ou mesmo entidades representativas, legitimados em caráter geral e abstrato, não estejam tão próximos dos fatos²⁸.

Sob outro enfoque, as *group actions* representam um avanço em relação às demandas estritamente individuais, cujo paradigma tem se mostrado insuficiente e ineficaz para solucionar conflitos em bloco²⁹, decorrentes da massificação das relações sociais e jurídicas.

²³ Neste sentido: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2010, p. 56).

²⁴ Conforme lição de Neil Andrews (2008), que, no entanto, se refere a “pequenos litigantes e grandes réus”.

²⁵ Antonio do Passo Cabral (2007, p. 125).

²⁶ Quanto à legitimação e à conceituação das partes nas ações de grupo, Neil Andrews (2008) afirma: “Group actions are different from class actions because each group litigant is a member of a procedural class as a party, rather than a represented non-party”, o que também toca ao problema dos efeitos da decisão judicial e à eficácia da coisa julgada no que tange aos indivíduos: “The essence of a group action includes a set of parties (normally claimants, but they might be defendants) shepherded into a single flock, travelling the long road of settlement without the separate consideration of a multiplicity of identical or similar issues. It is a compact form of macro-justice because it allows common issues to be decided efficiently, consistently, with finality, with an equitable allocation of responsibility for costs, and with due speed” (ANDREWS, 2008). O texto consta na edição dedicada aos litígios em grupo, intitulada “Debates over Group Litigation in Comparative Perspective – What Can We Learn from Each Other?” do Duke Journal of Comparative & International Law.

²⁷ Neil Andrews (2008) explica: “This concerns the danger of superficial adjudication. Representative proceedings can cause injustice if the action steamrolls over relevant differences between individual claims or defenses. To avoid this, the court must be alert to ensure that salient differences are teased out during the litigation. (...) Representative proceedings notoriously can violate people’s legitimate interests in receiving due process, namely in receiving due notice of the claim, having their dispute properly articulated, and enjoying an opportunity to state their case”.

²⁸ Miguel Teixeira de Sousa (2005).

²⁹ Em estudo dedicado à análise das reformas processuais à luz do direito constitucional, Osvaldo Alfredo Gozaíni (2007, p. 61), afirma que “La expansión del interes (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado la posibilidad de debatir en la causa, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que en los procesos se discute aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a otros conflictos (sociales, colectivos, de la víctima indirecta, etc.). No queremos decir que se deba abandonar el presupuesto de admisión (legitimación para obrar), solamente planteamos su

A racionalização no processamento e no julgamento dos conflitos repetitivos propicia isonomia e segurança jurídica, além de contribuir para a razoável duração do processo e para a sua efetividade.

Se considerarmos cada processo por si só, não haverá problema algum em conceber que o Judiciário chegue a esta ou àquela solução sobre um determinado caso concreto. Se, no entanto, tomarmos o universo das situações jurídicas homogêneas, não parece admissível que possa haver resultados distintos, e até opostos, para demandas que versem sobre um contexto fático e jurídico que lhes é semelhante. Além de violar a isonomia entre os sujeitos que estão submetidos a uma conjuntura padronizada, esta álea também coloca em risco a segurança jurídica, afinal a existência de decisões judiciais antagônicas para situações que se enquadram num mesmo modelo impede que os membros da sociedade possam pautar-se em condutas que visam a evitar a ofensa ao ordenamento jurídico, além de impedir que tenham segurança quanto às conseqüências que o eventual descumprimento dos atos normativos poderá lhes trazer.

O julgamento em bloco ainda traz vantagens para a razoável duração do processo, permitindo a fixação da tese judicial que será aplicada ao conjunto de casos-tipo que estão pendentes ou que venham a ser propostos³⁰.

Em 30/04/2008, o STF realizou os dois primeiros julgamentos de recursos extraordinários em bloco e cumulou esta técnica com a criação de súmulas vinculantes, numa sessão considerada histórica. De acordo com as estatísticas do Tribunal, ao fazê-lo, o Supremo decidiu quase 800 processos em tramitação na corte – 580 referentes à indexação dos adicionais pelo salário-mínimo e outros 200 sobre o soldo dos militares. Estes números, no entanto, se referem apenas às ações que tramitavam naquela Corte. Inúmeras ações discutem exatamente os mesmos temas e se repetem aos milhares nos demais órgãos judiciais brasileiros. Somente o Tribunal Superior do Trabalho possuía, àquela data, 2.405 ações versando sobre os adicionais.

Sem for bem aplicada, a técnica de julgamento de causas isomórficas também representa um ganho qualitativo em relação à repetição, pura e simples, de decisões proferidas em outros

inconsistencia con el movimiento en pro del acceso a la justicia. Esta característica agrega un elemento más para ponderar porqué, cuando el tema de la acción se lo estudia desde la influencia de lo constitucional en el proceso, se encuentran respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil” e prossegue: “Por otra parte, es necesario abordar desde esta perspectiva social, la entrada al proceso, porque los modelos estandarizados de conflictos entre partes, cada día más, pierden la esencia que los justifica. Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan, es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país” (p. 64).

³⁰ Neste sentido, confira-se o nosso “A razoável duração do processo” (2009), especialmente as p. 66/67.

processos individuais, evitando o exercício da jurisdição de maneira inconvenientemente “pasteurizada”³¹. A leitura dos institutos referentes às demandas repetitivas à luz do devido processo legal permite, por exemplo, o estabelecimento de parâmetros para a interpretação e para a adequada aplicação dos precedentes judiciais aos casos concretos, bem como a fixação de critérios para a participação e a intervenção em julgamentos em bloco.

2.4 SITUAÇÕES JURÍDICAS HOMOGÊNEAS, INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Resta-nos investigar, ainda, em que medida as situações jurídicas homogêneas estão ligadas ao interesse público e aos interesses individuais, inclusive no que tange à disponibilidade.

2.4.1 Interesse público

Sabemos da dificuldade enfrentada pela doutrina para conceituar o “interesse público” e da polissemia que a expressão traz consigo³². Consideraremos-lo, aqui, no sentido que lhe

³¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva (2008, p. 10-11) frisa: “Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando - com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato - uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’. Não há como ser diferente. O normativismo burocrático invade os cantos e recantos do sistema, contaminando a prática forense. Não há remédio capaz de superar esta contingência. Pelo menos, não há remédio, até o ponto em que nossa vista pode alcançar”.

³² Carlos Alberto Salles (2003, p. 58-59) entende tratar-se de conceito indeterminado: “não obstante a centralidade desse conceito para a teoria geral do direito, sua definição apresenta dificuldades, devido à necessidade de formulação de um conceito suficientemente genérico para abranger um número muito grande de situações, envolvendo opções entre uma pluralidade de interesses dispersos pela sociedade e, na maior parte dos casos, excludentes”. Susana Henriques da Costa (2009, p. 53) afirma que “a noção de interesse público é equívoca e sua definição se apresenta como um dos grandes dilemas do direito. Variável segundo fatores históricos, socioeconômicos e culturais, há vozes que pugnam pela inconsistência e indeterminação do conceito. Por mais que se reconheça que não há um conteúdo único, todavia, é impossível ao operador do direito prescindir da idéia de interesse público, uma vez que ela é insita à própria noção de Estado e constitui objeto central de determinados ramos do direito público”. C. W. Cassinelli (1967, p. 54) explica que: “Políticos, funcionários públicos, jornalistas e professores de ciência política desde muito fazem uso da expressão ‘*interesse público*’ sem visível embaraço e presumivelmente na expectativa de serem compreendidos. Recentemente, alguns autores têm posto em dúvida a propriedade dessa atitude sem crítica; têm procurado uma definição do *interesse público* e ocasionalmente têm sugerido que não é possível defini-lo”. Afirmando tratar-se de conceito jurídico indeterminado, Marçal Justen Filho (1999, p. 133) ensina que “a determinação do conteúdo do *interesse público* produz-se ao longo do processo de produção e aplicação do Direito. Não há *interesse público* prévio ao Direito, senão como manifestação abstrata insuficiente para determinar uma solução definida. O processo de concretização do Direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como *interesse público* em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado apto a qualificar o interesse como

empresta Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 59), que afirma tratar-se do interesse “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem”. José Carlos Vieira de Andrade (1993, p. 277) apresenta conceito que àquele se aproxima, explicando tratar-se do “bem comum que constitui a raiz ou a alma de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam e fundam o Estado como a forma (actualmente) mais perfeita de organização social (...): é o *interesse público* por natureza, a *salus pública*, que se pode exprimir sinteticamente na composição de necessidades do grupo para a realização da *Paz social* segundo uma idéia de *Justiça*” (itálicos no original)³³. O interesse público, portanto, é tomado em consideração do bem comum³⁴⁻³⁵, cuja noção também “é fluida e varia segundo a ideologia política que se adote” (COSTA, 2009, p. 55).

Há quem defina o interesse público e o bem comum pelo aspecto procedimental. Sob esta perspectiva, a manifestação da vontade geral representará o interesse público se a decisão for tomada mediante a aplicação de meios e procedimentos legitimados pela vontade coletiva, considerados aptos pelo consenso do grupo social. O interesse público seria aquele

público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o *interesse público*”. Gerhard Colm (1967, p. 126) o considera como fenômeno complexo, sob os pontos de vista metassociológico, sociológico, judicial (ou legal) e econômico. Sob o primeiro aspecto, seria aquele derivado de um sistema unitário de valores, o interesse público coincide com o que está em consonância com um valor supremo e unitário, como ocorre em sociedades teocráticas ou monolíticas. Na segunda perspectiva, o interesse público consiste nos valores manifestados unicamente através das articulações sociológicas, que são expressões sociais ou de grupos: “a mescla de interesses pessoais e gerais difere nos vários grupos e indivíduos, porém destas variações na importância atribuída aos valores surge um consenso acerca do que constitui o *interesse público* dentro do marco de referência da sociedade particular e de sua cultura” (p. 128). Sob o prisma legal, o doutrinador alude à supremacia do *interesse público* sobre o particular: “O uso do conceito de *interesse público* nesse sentido permite considerações que são superiores aos interesses particulares, e inclusive permite à interpretação judicial das leis positivas marchar ao compasso dos desenvolvimentos efetivos no conteúdo do conceito” (p. 128). No âmbito econômico, por fim, ele se traduz em determinadas metas de execução (que têm por finalidade assegurar o regular funcionamento da economia) e de realização (que estão ligadas a conteúdos específicos, como um nível adequado de vida para o povo, educação, defesa, conservação e incremento dos recursos de maneira mais apropriada para as necessidades dos países em desenvolvimento) (p. 130).

³³ Susana Henriques da Costa (2009, p. 53) também afirma que o “Estado é um ente autônomo que não se constitui da soma, mas da síntese de seus membros. Sua vontade é a vontade geral, que se diferencia da vontade de todos”.

³⁴ No mesmo sentido: Miguel Teixeira de Souza (2003, p. 31) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 217-218).

³⁵ No século XX, desenvolveram-se as teorias pluralista e corporativista, na tentativa de definir o “bem comum”. Para a primeira, o Estado possui um poder próprio, estando apto a tomar decisões prospectivas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social de uma dada sociedade, deixando de mediar os interesses particulares (COSTA, 2009, p. 55-56). A última, por seu turno, considera o Estado como um ente neutro, que representa um bem comum. Ela parte da concepção de que existe uma unidade social, desde que as organizações socioeconômicas ajam de maneira autônoma e independente, mas ligadas entre si e com o Estado (COSTA, 2009, p. 56). Sob esta perspectiva, o bem comum consistiria nos valores buscados por esse Estado, que poderia ser até mesmo antidemocrático e totalitário (COSTA, 2009, p. 56; CARNOY, 1988, p. 50).

contemplado por uma decisão validamente produzida, não importando qual é o seu conteúdo (SALLES, 2003, p. 62). Esta teoria é criticada por permitir decisões que são contraditórias entre si, desde que seja observado o aspecto formal para a sua adoção. Além disso, elas podem não representar as escolhas sociais, em face de algum defeito procedimental³⁶.

Neste passo, há corrente doutrinária que defende que os critérios substanciais são indispensáveis para caracterizar o interesse público. Susana Henriques da Costa (2009, p. 58-59) explica que há um conteúdo mínimo, ligado à idéia de justiça vigente em cada momento histórico de uma determinada sociedade, mas que deve ser voltada ao desenvolvimento livre, igualitário e digno de todos os seus membros. Carlos Alberto de Salles (2003, p. 64-65) diz que devem ser tomados em consideração os parâmetros mínimos pelos quais a convivência social é possível em um regime de liberdade, conciliando interesses particulares, de indivíduos e grupos, com os de toda a coletividade. Miguel Reale (1996, p. 276) entende que o bem comum está relacionado com a medida histórica de justiça, “ou a justiça em plena concreção histórico-social”, sempre com vistas à “*convivência social ordenada segundo valores da liberdade e da igualdade*” (destaque existente no original).

Entendemos que uma visão não se opõe à outra. Ao revés disso, complementam-se. Assim, parece-nos que o interesse público está intimamente ligado à concepção de justiça na realização de valores jurídicos fundamentais, nas relações entre os membros de uma determinada sociedade, tanto entre si, como entre eles e o Estado, e que a sua manifestação deve originar-se de um procedimento legítimo de tomada de decisão, assim considerado o meio hábil pelo consenso social. Ao buscar a concretização desses valores fundamentais, mediante procedimentos pré-estabelecidos e adotados mediante acordo da vontade geral, o Estado visa ao bem comum e ao interesse público.

2.4.1.1 Interesse público primário e interesse público secundário

Devemos, ainda, distinguir o interesse público do interesse do Estado, na qualidade de seu gestor. Sabe-se que a Administração Pública deve voltar-se para a consecução do interesse da

³⁶ Carlos Alberto de Salles (2003, p. 63) afirma que “não é possível endossar um modelo de justiça puramente processual, porque algumas coisas continuarão sendo um mal a despeito de provenientes de um procedimento perfeitamente justo. (...) A qualidade das decisões estatais – políticas ou judiciais – não pode ser avaliada somente pelo processo decisório que as gerou, não obstante a importância funcional dessa espécie de estrutura normativa”.

comunidade política que compõe o Estado. As prerrogativas a ela atribuídas têm especial contorno, seja nas relações materiais, como na sua atuação contenciosa, na medida em que ela deve resguardar tal espécie de interesse. Por isso, parte da doutrina fala em supremacia do seu interesse em relação ao do particular, como veremos mais adiante; no âmbito judicial, ela desfruta de certas garantias, como os prazos majorados em relação aos do particular, o reexame necessário etc. Tudo isso com vistas a resguardar o interesse da coletividade. Mas, nem sempre acontece a coincidência entre os interesses do grupo social e os da Administração, surgindo a distinção entre o interesse público primário e o secundário, como preconiza Renato Alessi (1974, p. 226). Este entendimento é seguido por doutrinadores brasileiros. O interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo³⁷. Somente ele pode ser validamente objetivado, por se tratar do interesse consagrado na lei e entregue à compita do Estado como representante do corpo social. Já o interesse secundário é aquele que diz respeito tão-só ao aparelho estatal, na qualidade de entidade personalizada e que, por isso mesmo, pode lhe ser referido “e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa”³⁸. Em que pese os interesses secundários deverem ser validamente realizados quando coincidirem com os interesses primários e nos limites dessa coincidência³⁹, há situações em que eles entram até mesmo em rota de colisão, o que se evidencia, por exemplo, nas demandas movidas pelo Ministério Público em face do próprio Estado⁴⁰.

Definido o interesse público na sua acepção primária como o interesse da comunidade política considerada na sua totalidade, ele se mostra indisponível, dada a impossibilidade de sacrificar-se um valor que não é passível de apropriação por nenhum indivíduo, nem mesmo pelo Estado, que detém a qualidade de mero gestor⁴¹.

³⁷ Marçal Justen Filho (2005, p. 39) explica: “O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso”.

³⁸ Neste sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 57-58).

³⁹ Susana Henriques da Costa (2009, p. 60).

⁴⁰ Veja-se outro exemplo, trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 58): “Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37 § 6º da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido danos), estará contrariando o interesse público, no afã de buscar o interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer mais “rico”, menos onerado patrimonialmente, lançando, destarte sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos”.

⁴¹ No mesmo sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 64): “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os represente não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”. Anotamos que não nos parece ser a hipótese de “representação” dos interesses

Aos agentes públicos, inclusive aos julgadores, tocam os poderes-deveres de nortear-se pelas diretrizes do interesse público e também os de salvaguardá-los, defendendo-os, sendo-lhe vedado aliená-los ou deles dispor⁴².

2.4.2 Interesse público e direito individual

A indisponibilidade do interesse público primário não significa, no entanto, que ele deva prevalecer sobre um direito individual, sobretudo quando este consiste num direito fundamental.

O assunto não é pacífico.

De um lado, há quem defenda a vigência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cujo principal campo de aplicação é o Direito Administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 87), trata-se de princípio geral de Direito, inerente a qualquer sociedade, sendo a própria condição de sua existência⁴³. Para os seus que seguem esta linha, trata-se de um princípio implícito⁴⁴, que pode ser inferido da Constituição Federal, não estando positivado de maneira expressa no seu texto, por ser ínsito ao próprio sistema.

A supremacia do interesse público é relevante para esclarecer que a Administração e os agentes públicos em geral não possuem autonomia de vontade, devendo cumprir a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei, em atividade vinculada, dentro dos limites e fundamentos instituídos pelo Direito.

Criticando a significação que parte da doutrina vem lhe emprestando, Humberto Ávila (1999, p. 100-101) anota que, apesar de ser descrito como um princípio fundamental do Direito Público, ele é explicado com duas características específicas: a de um “princípio jurídico” e a de consistir num “princípio relacional”. Ocorre que, da análise de ambas, pode-se concluir que não se trata propriamente de um princípio

pelo órgão administrativo, como alude o doutrinador. Na realidade, toca-lhe a prática de atos que devem tê-lo como fundamento e que visem a exercitá-lo e protegê-lo.

⁴² Neste sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 223) e Susana Henriques da Costa (2009, p. 67-68).

⁴³ Eis o que ensina o doutrinador: “Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dela, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social” (MELLO, 2005, p. 87).

⁴⁴ Neste sentido: Paulo de Barros Carvalho (1995, p. 98) e Misabel de Abreu Machado Derzi, em notas à obra de Aliomar Baleeiro (1997, p. 21 e p. 35).

Sob o primeiro aspecto, ele consistiria numa norma-princípio, que tem por função principal a regulação das relações entre o Estado e o particular. O professor gaúcho explica que essa “pressuposta validade e posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro permitiriam que ele fosse descoberto *a priori*, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico” (ÁVILA, 1999, p. 101). Tratar-se-ia, assim, de um axioma.

Em segundo lugar, ele regularia a prevalência do interesse público sobre o privado. Assim é que o seu âmbito de incidência não atingiria o agente público, mas o particular. Além disso, o seu conteúdo normativo pressupõe a possibilidade de conflito entre os interesses público e particular, e a solução deveria ser, em abstrato, em favor do primeiro.

Ocorre que os conceitos e conteúdos de tais espécies de interesse não são contraditórios entre si. Antes disso, o interesse público muitas vezes configura-se como pressuposto para o fomento do interesse privado, formando uma unidade normativa e axiológica (SCHIER, 2005, p. 120; BORGES, 2006, p. 47; BINENBOJM, 2007, p. 141-142). Afinal, aquela primeira espécie de interesse visa ao bem comum, assim considerada como “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’” (ÁVILA, 1999, p. 102).

De outra banda, a modernidade içou os direitos fundamentais a elemento central nas Constituições, como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder, principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito (NOVAIS, 1987, p. 16-17), deslocando para o homem a legitimação do Direito, da Constituição e da Ordem Social, que outrora estava situada na Natureza e/ou numa concepção de divindade (SCHIER, 2005, p. 116).

Neste contexto, a compreensão de uma Constituição deve partir dos direitos fundamentais, na qualidade de direitos vinculados à proteção do homem (HESSE, 1998, p. 38). São eles que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública são exemplos de institutos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais (SCHIER, 2005, p.; NOVAIS, 1987, p. 82-122) que permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito (NOVAIS, 1987, p. 231-233), embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado (BONAVIDES, 2001, p. 514)⁴⁵.

⁴⁵ Hans Peter Schneider (1991, p. 17) ensina que “em todas as constituições modernas encontramos catálogos de direitos fundamentais, nos quais os direitos das pessoas, dos indivíduos, são protegidos frente às pretensões que

Portanto, o Estado legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele.

Dada a sua relevância, os direitos fundamentais possuem um modelo jurídico especial de proteção⁴⁶⁻⁴⁷, não podendo haver uma cláusula geral que vise a restringi-los, nem às liberdades e garantias fundamentais⁴⁸⁻⁴⁹.

Nesta senda, não se pode admitir que o interesse público prevaleça sobre os direitos fundamentais individuais, *a priori* e em abstrato. A colisão entre um e outro deve ser sempre analisada à luz do caso concreto, mediante critérios de ponderação.

Assim, o “princípio da supremacia” consistiria, antes, numa “regra de preferência” do que num princípio⁵⁰. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 122) chega a afirmar que “a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público”⁵¹.

se justificam por razões de Estado. O Estado não deve poder fazer tudo o que em um momento determinado lhe é mais cômodo e lhe aceite um legislador complacente. A pessoa deve possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor. Os direitos fundamentais devem reger a Lei Fundamental; não devem ser apenas um adorno da Lei Fundamental (...). (tradução livre)

⁴⁶ Há doutrinadores que afirmam haver uma distinção estrutural das diferentes normas que estabelecem direitos fundamentais, afirmando que tal modelo não é o mesmo quando se trata, de um lado, de direitos, liberdades e garantias fundamentais, e, de outro lado, de direitos econômicos, sociais e culturais (BARROS, 1996, p. 145).

⁴⁷ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 142-143) afirmam que a legislação desempenha papéis multiformes no que diz respeito aos direitos fundamentais, podendo (i) definir o âmbito constitucional de cada direito fundamental; (ii) definir as restrições nos casos constitucionalmente autorizados; (iii) definir garantias e dispor condições de exercício; (iv) satisfazer o cumprimento de direitos fundamentais específicos quando tal consistir na criação de instituições ou prestações públicas (como no caso da generalidade dos direitos sociais); (v) definir meios de defesa e (vi) alargar o seu âmbito de incidência.

⁴⁸ Nesta esteira: Paulo Ricardo Schier (2005, p. 119-120) e Roberto Alexy (1993, p. 277).

⁴⁹ Acerca da restrição a direitos fundamentais, emergem os seguintes *topoi* na dogmática constitucional (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 121-126 e p. 133-135): (i) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição; (ii) não existe uma cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; (iii) a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este (poder constituinte originário) autorizou expressamente pela via da lei (reserva de lei), sendo, portanto, ilícita a restrição pelo veículo regulamentar; (iv) não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública; (v) mesmo quando autorizada, a restrição só poderá ser reputada legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido, sujeitando-se, logo, aos princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade; (vi) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato, e, por fim, (vii) as leis restritivas devem estar materialmente vinculadas ao princípio da preservação do núcleo essencial.

⁵⁰ Conforme Humberto Ávila (1999, p. 102-103) e Paulo Ricardo Schier (2005, p. 122-123).

⁵¹ Em linha de conclusão, o doutrinador assim estabelece: (i) interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro; (ii) eventuais colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito); (iii) outras colisões são remetidas ao campo das restrições dos direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (observado o princípio da reserva de lei) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (ou princípio) da proporcionalidade e respeito (manutenção) do núcleo essencial daqueles (por decorrência da proibição do

Portanto, na eventual colisão entre tais espécies de interesses, o esforço hermenêutico deve ser no sentido de harmonizá-los, e não o de, *a priori*, fazer com que um prevaleça sobre o outro. Não sendo possível compatibilizá-los, deve-se ponderá-los, levando em consideração a situação concreta.

2.4.3 Interesse público e direitos transindividuais

Deve-se diferir o interesse público dos direitos metaindividuais. O assunto não é tranqüilo. De um lado, Vittorio Denti (1981, p. 44-45) afirma que são institutos distintos, inconfundíveis entre si, pois o interesse público é aquele almejado pelo Estado, ao passo que os metaindividuais são dos particulares, porém indivisíveis e de fruição generalizada. De outra banda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 224) entende que o primeiro é gênero do qual os interesses gerais, difusos e coletivos são espécies. No seu entender, todos são metaindividuais por não corresponderem à somatória de interesses individuais. Na mesma linha, Carlos Alberto de Salles (2003, p. 56) afirma que “a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos tenha o significado de trazer para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes”. Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 27) também afirma que há interesses metaindividuais que não são difusos, nem coletivos.

O interesse que aqui chamamos de público é uma espécie de interesse geral que diz respeito a toda a comunidade política, não atingindo somente uma determinada coletividade.

Susana Henriques da Costa (2009, p. 61) afirma que tais interesses se diferenciam por uma escala decrescente de difusão e fluidez, além de possuírem mecanismos processuais específicos de tutela. Enquanto o interesse público (geral) diz respeito à totalidade da comunidade que integra o Estado, vimos que estes podem atingir sujeitos indetermináveis ou podem cingir-se a um determinado conjunto de pessoas.

excesso); (iv) um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer. Logo, repise-se, ***não existe portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado.*** (SCHIER, 2005, p. 123) (negrito e itálico já existentes no original)

Os interesses difusos abrangem um grupo indeterminável de pessoas reunidas pela mesma situação de fato. Assim, o sujeito legitimado a defendê-los sempre o faz de maneira extraordinária, não lhe sendo lícito deles dispor, até por serem indivisíveis. Alguns doutrinadores entendem que a fronteira entre o interesse difuso e o interesse público primário é tão tênue, que eles chegam a se confundir. Luís Filipe Colaço Antunes (1989, p. 22) afirma que “os interesses difusos são interesses públicos latentes, eventualmente fragmentados”.

Quanto aos direitos coletivos, entendemos que a circunstância de serem compartilhados em igual medida por todos os integrantes do grupo não os torna indisponíveis da mesma forma que os difusos. Tomados sob a perspectiva do grupo, eles possuem natureza indivisível e o sujeito legitimado a defendê-los, na qualidade de substituto, não os tem à disposição, senão por autorização especial e expressa de todos os seus integrantes, até porque não abrangem toda a comunidade, limitando-se a uma parcela dela. Se, de outra banda, forem considerados sob a perspectiva da esfera jurídica de cada integrante, poderão tornar-se plenamente disponíveis, de acordo com a sua natureza, caso em que não serão mais considerados coletivos. Serão individuais.

Já em relação aos individuais homogêneos, parece-nos que só poderá cogitar-se de disponibilidade no âmbito puramente individual, e não no coletivo, dada a impossibilidade de identificação de todos os substituídos e a conseqüente obtenção de sua autorização.

Além disso, a efetivação do interesse público não está relacionada à satisfação direta de algum interesse individual. É possível resguardar o interesse geral protegendo de fato um só indivíduo ou um grupo deles⁵².

2.4.4 A relação entre as situações jurídicas homogêneas, o interesse público e os direitos transindividuais

⁵² Neste sentido: Susana Henriques da Costa (2009, p. 63). Ao explicar os interesses difusos, Miguel Teixeira de Sousa (2003, p. 133) afirma: “Como esses interesses se desdobram numa dimensão individual e numa dimensão supra-individual, não há interesses difusos que não satisfaçam efetivamente uma necessidade de todos e de cada dos membros de uma coletividade. Assim, enquanto os interesses públicos são os interesses gerais da coletividade, os interesses difusos são os interesses de todos aqueles que vêem as suas necessidades concretamente satisfeitas como membros de uma coletividade”. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 133) destaca que, no direito português, a expressão “direito difuso” corresponde ao que chamamos de “direito coletivo” no Brasil, aludindo ao gênero, isto é, aos difusos, aos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos.

O enfrentamento das situações jurídicas homogêneas traz no seu âmago um interesse público primário que diz respeito à isonomia, à segurança e à razoável duração do processo. Parcela da doutrina chega a considerar que a existência de decisões díspares também viola a moralidade, a boa-fé objetiva e a liberdade, como veremos a seguir.

2.4.4.1 Proteção à isonomia

O enquadramento de sujeitos em situações semelhantes não lhes pode provocar conseqüências diferentes e até antagônicas entre si. As soluções para contendas isomórficas hão de guardar similitude entre umas e outras, sob pena de violar a igualdade material, aspecto indesejado da jurisprudência lotérica⁵³, assim definida por Eduardo Cambi (2001, p. 111):

A idéia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. (destaques existentes no original)

No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 239) afirma que “não se deve admitir que alguém, na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida”. O professor pernambucano (2009, p. 242) diz que os princípios da isonomia e da legalidade estão engendrados⁵⁴. O primeiro deve vincular tanto o legislador, quando da elaboração das normas, como também o julgador, a quem incumbe conferir tratamento igualitário às pessoas que se encontrem em uma mesma situação jurídica, em um mesmo contexto histórico e social.

⁵³ Sem utilizar tal expressão, mas referindo-se ao mesmo fenômeno, Fábio Ulhoa Coelho (2006) alude ao “grau de imprevisibilidade das decisões judiciais”, afirmando que ele tem “(...) aumentado bruscamente e os profissionais da área cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas. Lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da lei e dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham, nutriam expectativa diversa para o caso. Quem não é profissional da área também estranha. À maioria das pessoas será, hoje, familiar a notícia de dois processos idênticos decididos de modo opostos”.

⁵⁴ No mesmo sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier (1997, p. 150), que acrescenta: “De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes”.

O problema da convivência, num mesmo sistema, de decisões díspares, e até mesmo antagônicas, é uma preocupação que extrapola o campo do direito processual, dizendo respeito ao Direito como um todo⁵⁵. Chaïm Perelman (1999, p. 36-37) explicita a inquietação:

Quando aparecem as antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorremos à *equidade*. Esta, que poderíamos considerar a muleta da justiça, é o complemento indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se mostra impossível. Consiste ela numa *tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial*. A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é tornado impossível pelo fato de se levar em conta, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação (itálico já existente no original).

Se duas ou mais pessoas estão em situações jurídicas semelhantes e os conflitos em que elas se encontram envolvidas são homogêneos, deve-se lhes dar o mesmo tratamento, na medida da sua igualdade. Preserva-se, assim, o princípio da igualdade no seu aspecto material, e não somente no seu caráter meramente formal.

A aplicação isonômica da lei, por sua vez, está ligada ao princípio da legalidade. Para que a supremacia da lei vigore é imprescindível que esta sua preeminência seja observada também no momento de sua aplicação. Permitir que a lei seja aplicada de modo distinto em situações jurídicas idênticas implica em violar tal idéia de supremacia. Defender a aplicação de precedentes judiciais, inclusive atribuindo-lhes eficácia vinculante, não envolve uma idéia de contrariedade entre a legislação e a jurisprudência, mas, sim, uma idéia de complementação e harmonização. Se o sistema preza pela legalidade, mister que essa primazia seja observada também na aplicação. Permitir tratamentos diferenciados para situações jurídicas homogêneas implica em violar a unidade do ordenamento.

Não pode o juiz, sob o argumento da livre convicção, decidir de forma individualizada, fazendo valer sua vontade sobre o entendimento resultante da maturação de um assunto jurídico realizada por diversos sujeitos (tanto partes e terceiros, como magistrados). Defender o direito de o juiz decidir em desconformidade com as suas próprias decisões e com as dos tribunais superiores, “é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo” (MARINONI, 2009, p. 206-207).

⁵⁵ Sobre o assunto, Hans Kelsen (1998, p. 55-56) entende que “a única norma que pode valer como princípio de justiça e igualdade é a norma segundo a qual todos devem ser tratados igualmente, sem que nenhuma das desigualdades que efetivamente existem devam ser tomadas em consideração”.

A igualdade prevista na lei (igualdade formal) não é suficiente, ante a aplicação de interpretações diversas sobre situações isomórficas. Não é apenas a lei, enquanto norma geral e abstrata, que deve prever a isonomia. A jurisprudência, enquanto interpretação da lei, também deve observar o princípio, aplicando-o ao caso concreto. Só assim será observada a igualdade material e efetiva. Ronald Dworkin (1999, p. 225) afirma que o sistema judiciário só poderá ser considerado estruturado e coerente se observar a igualdade na prestação jurisdicional e na formação dos julgados.

Na sua dimensão material, a isonomia abrange um aspecto positivo, que é a permissão para que a lei, válida e abstratamente, crie discriminações e privilégios, mas também contempla um aspecto negativo, que é a proibição de aplicar *discrímén* para situações concretas semelhantes.

Neste passo, a estabilização proporcionada pelos precedentes minimiza a ocorrência de uma *justiça lotérica*, caracterizada pela coexistência de decisões completamente díspares para casos semelhantes entre si.

2.4.4.2 Proteção à segurança jurídica

A convivência, no sistema, de decisões que dão desfechos opostos às situações semelhantes deve ser evitada tanto quanto possível, por se tratar de aspecto social e juridicamente negativo, comprometendo a segurança.

Assim é que, além de violar a igualdade material, a discrepância ofende a segurança, criando uma álea comportamental e impedindo que os integrantes da sociedade possam pautar-se em condutas que não transgridam o ordenamento jurídico ou que possam, até mesmo, mensurar quais serão as conseqüências decorrentes da eventual inobservância do sistema⁵⁶.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 258) desenvolve a concepção de segurança jurídica em torno de duas idéias nucleares: a sua estabilidade, uma vez que as decisões dos poderes públicos não devem ser arbitrariamente modificadas, e a sua previsibilidade, que traduz a calculabilidade pelos indivíduos em relação aos atos dos poderes públicos. O constitucionalista português afirma que “a segurança jurídica é a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e a realização do direito” (2003, p. 257), reconduzindo-a ao

⁵⁶ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (1997, p. 150), “trata-se de uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa do sistema contra a arbitrariedade”.

princípio da proteção da confiança, segundo o qual o cidadão deve contar com a garantia de poder confiar que aos seus atos, ou às decisões públicas que versam sobre os seus atos, ligam-se os atos jurídicos previstos e calculados no ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 257). Neste contexto, a imprevisibilidade das decisões judiciais viola os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Do ponto de vista da sociologia jurídica, Max Weber (1994, p. 604-606) afirma que, em um sistema jurídico racional, as decisões judiciais estão revestidas de um alto grau de previsibilidade e calculabilidade. Por conseqüência, os indivíduos confiam em um maior grau de previsibilidade de suas próprias condutas quanto mais racional for um sistema jurídico, tornando mais calculáveis as suas relações à luz do ordenamento.

Araken de Assis (2007, p. 805) acrescenta que “a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides”.

A inexistência de uma prognose sobre o conteúdo das respostas jurisdicionais impede que os membros da comunidade tenham uma percepção clara sobre a conduta que devem adotar, chegando mesmo a fazer com que deixem de praticar determinados atos ou de celebrar certos negócios, ante o risco a que podem se submeter em decorrência da instabilidade.

A previsibilidade das respostas jurisdicionais é importante para a estabilização social e econômica, influenciando, inclusive, nos investimentos realizados em determinado país. Neste sentido, a atividade judicial apresenta reflexos sobre o desenvolvimento das sociedades. São inúmeros os estudos que abordam a inter-relação entre o Direito, o Poder Judiciário e a Economia⁵⁷. No livro intitulado “*A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos*”, Fabiana Rodrigues Silveira (2007) analisa os pontos de contato entre a efetividade na prestação jurisdicional e os desafios do desenvolvimento econômico. O Banco Mundial também já se ocupou do assunto, com a elaboração do Documento Técnico 319, publicado em julho de 1996. O estudo analisa o Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, com o intuito de proceder a um levantamento de elementos para a sua reforma. Após constatar que há uma crise institucional instalada no Poder Judiciário, o documento indica alguns valores necessários para a superação desse cenário, a exemplo da ampliação do acesso

⁵⁷ Sobre o assunto, confira-se ainda: Miguel Carlos Teixeira Patrício (2005), Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005), Vasco Rodrigues (2007), Alexandre Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares (2009), Jairo Saddi (2007), Luciano Benetti Timm (2008) e Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005).

à justiça (adoção de meios alternativos de solução de conflitos), da credibilidade (combate à corrupção), da eficiência, da transparência, da independência, da previsibilidade, da proteção à propriedade privada e do respeito aos contratos. De acordo com o relatório, a adoção desses valores mediante uma reforma institucional e criação de padrões internacionais, é imprescindível para o estabelecimento de um ambiente propício ao crescimento da integração econômica entre países e regiões. Em mais um texto da sua lavra, Fabiana Rodrigues Silveira (2011) entende haver um paradoxo nos países latino-americanos: de um lado, há um ambiente institucional inseguro para investimentos; e, de outro, o Poder Judiciário tenta minimizar os efeitos do lucro mal distribuído. A doutrinadora frisa que a superação desse impasse consiste num desafio, sobretudo à luz da auto-ajustabilidade da economia na produção do bem-estar geral.

Sob esta perspectiva, a uniformização e a estabilização jurisprudenciais são importantes para atribuir confiabilidade à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, apresentando resultados positivos nos negócios jurídicos. Elas influem diretamente na solidificação de uma situação de paz entre as partes, sejam particulares ou o próprio Estado, contribuindo para o fortalecimento das entidades que integram o Estado Democrático de Direito. Cristine Mendonça (2005, p. 48) considera a segurança daí decorrente como um primado “dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.

Fábio Ulhoa Coelho (2006) aduz que a imprevisibilidade das decisões judiciais atrai especuladores, interessados em aportar capital a curtíssimo prazo em determinado país, em detrimento de sérios investimentos a longo prazo, já que não existem elementos para calcular o risco de sua atividade e de obter o cumprimento dos negócios celebrados⁵⁸.

Devemos observar que a segurança jurídica não pode ser confundida com a certeza do Direito. A primeira atua no plano do dever ser. Para produzir efeitos consistentes e harmônicos, provocando conseqüências concretas, ela pressupõe a utilização dos instrumentos colocados à sua disposição pelo sistema. José Augusto Delgado (2011) ensina que a segurança é de natureza subjetiva e abstrata, ao passo que a certeza é objetiva, entregando ao cidadão a

⁵⁸ Eis o que ele afirma: “(...) a falta de segurança jurídica distorce o sistema de preços, ao elevar o risco e custo dos negócios; desencorajar investidores e a utilização do capital disponível; estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; e diminui a qualidade da política econômica, tornando-a mais instável e deixando de coibir a expropriação do Estado, desestimulando, dessa forma, o investimento, a eficiência, o progresso tecnológico e, por conta de vários desses fatores, as exportações” (COELHO, 2006).

necessária estabilidade da regra legal, seja pelo caminho da decisão judicial, seja pela revogação legislativa. Mauro Nicolau Junior (2006) explica que a segurança consiste no “mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

Ao examiná-la, José Augusto Delgado (2011) afirma que ela deve ser compreendida sob os aspectos (a) da garantia de previsibilidade das decisões judiciais; (b) do meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; (c) do veículo garantidor da fundamentação das decisões; (d) dos obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; (e) da entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; (f) da fundamentação judicial adequada.

Neste diapasão, a jurisprudência deve ser considerada e utilizada como um dos instrumentos voltados para consagrá-la, mediante a solução, de maneira uniforme, dos conflitos homogêneos, atribuindo confiabilidade aos negócios jurídicos em face da previsibilidade de regras conhecidas e estáveis que os regulam.

2.4.4.3 Proteção à razoável duração do processo

A uniformização na solução dos conflitos de massa também contribui para a razoável duração do processo, inclusive para incrementar a produtividade do trabalho judicial.

Do ponto de vista da atividade jurisdicional, as situações jurídicas homogêneas trazem vantagens para a razoável duração do processo, permitindo a utilização de precedentes para os casos-padrão.

A razoável duração decorrerá da aplicação de meios nos próprios processos já instalados, a exemplo da abreviação do procedimento, como veremos adiante, de maneira mais aprofundada.

Além disso, ela pode decorrer da diminuição do número de processos. Evaristo Aragão dos Santos (2010, p. 43) anota que, quanto menor for o respeito atribuído às decisões judiciais, maior será o volume de demandas levadas ao Judiciário, gerando assim uma “reação em cadeia”. Neste passo, Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira (2008, p. 121) afirma que uma das funções dos precedentes é “permitir que os juízes procedam à solução das demandas que de fato precisem ser tuteladas; excluindo-se, assim, da pauta de julgamento, aquelas consideradas repetitivas”.

Se os membros da comunidade já conhecem o entendimento acerca das situações jurídicas em que figuram como partes, eles podem nortear suas condutas, o que evitará a ocorrência de litígios⁵⁹.

Mesmo havendo conflito, a previsibilidade da resposta diminui o número de processos que são levados ao Judiciário. Na medida em que se sabe qual será o provável desfecho da lide, a tendência é de que a parte não “arrisque a sorte” num processo judicial, afinal a álea terá sido reduzida⁶⁰.

2.4.4.4 Proteção à moralidade, à boa-fé objetiva e à liberdade

Parcela da doutrina chega a considerar que a existência de decisões díspares também viola a moralidade e a boa-fé objetiva⁶¹, por desprezar a ordem institucional ou jurídica (MEIRELLES, 2006, p. 90), prejudicando diretamente alguns jurisdicionados, na medida em que deixa de dar a um ou a outro um direito que a lei lhe confere. Em última análise, ao decidir o mesmo assunto de maneiras diferentes, o Estado-juiz atua contra fato próprio, transgredindo o princípio do *venire contra factum proprium*, que decorre diretamente da boa-fé objetiva (LIMA, 2009, p. 26).

Também há quem afirme que o fenômeno viola o princípio da liberdade⁶², na medida em que ela está presente em uma sociedade quando cada um dos seus integrantes tem uma previsão sobre o resultado

⁵⁹ José Augusto Delgado (2011) explica: “A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranqüilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições”.

⁶⁰ Analisando as causas que influenciam diretamente o surgimento e/ou aumento da imprevisibilidade das decisões judiciais, Tallita Cunha de Lima (2009, p. 14) aponta (1) o critério subjetivo utilizado pelo julgador, (2) o excesso das leis e (3) a ausência de uniformização jurisprudencial. Em suas palavras: “A existência de jurisprudência uniformizada resulta na confiança da sociedade quanto aos seus direitos, bem como no conhecimento das normas formais. Diminui, portanto, a provocação do Poder Judiciário, uma vez que, de uma forma ou de outra, já se conhece a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida” (LIMA, 2009, p. 19).

⁶¹ Analisando o tema, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 90) afirma que “a moralidade se compara à boa-fé objetiva do Direito Privado, na qual é vista como uma norma de comportamento leal ou um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”.

⁶² A liberdade aqui é considerada numa acepção ampla, dada por José Afonso da Silva (2008, p. 233), como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Assim, ela consistiria na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Neste contexto, Hans Kelsen (1998, p. 49) afirma que, em sua forma originária, a liberdade não permite nenhuma

dos seus atos e sobre as conseqüências de suas ações. Assim, existe o direito de conhecer, com um alto grau de previsibilidade, quais normas serão aplicadas e como o serão. Por isso, há a necessidade de buscar decisões judiciais homogêneas, permitindo aos indivíduos que planejem suas vidas⁶³.

Assim, a insegurança e a imprevisibilidade quanto às decisões judiciais desencadeiam perdas altamente nocivas ao país, sejam de ordem política, jurídica ou econômica. Além disso, colaboram para abalar a credibilidade nas instituições oficiais, no Estado e na palavra oficial de governo⁶⁴.

2.4.4.5 O julgamento das demandas de massa como uma modalidade de *public law litigation*

A uniformização e a estabilidade da jurisprudência, materializadas através da formação e da aplicação de precedentes, consistem em questões de ordem pública. Trata-se de valores que não estão ligados somente ao interesse das partes em conflito, dizendo respeito a todo o grupo social. No ordenamento brasileiro, o constituinte considerou tais valores como supremos, indicando-os expressamente no preâmbulo da Magna Carta de 1988, cuja função é nortear a interpretação e a integração do texto constitucional⁶⁵.

Parece-nos tratar de uma modalidade de *public law litigation*, na concepção de Abram Chayes (1976, p. 1281-1316), por lidar com interesses referentes à preservação de valores e objetivos consagrados constitucionalmente pela comunidade.

Entendemos tratar-se de uma técnica de solução de conflitos, que está consubstanciada num interesse primário de toda a comunidade na fixação da tese, com as conseqüências já indicadas.

Este interesse não está à disposição das partes, nem do magistrado. Além disso, independe da questão jurídica debatida, seja ela de direito material ou processual, de mérito ou formal. O interesse público e indisponível de fixação da tese não se confunde com aquele sobre o qual versa o mérito do processo ou do recurso. Este, sim, pode ser objeto de negociação, renúncia, liberalidade etc., de acordo com a sua natureza. Como se vê, trata-se de interesse público tanto sob a perspectiva material, como sob o ponto de processual. De um lado, ele abrange os

norma limitadora da conduta do homem em face dos outros. Por isso, a sua concepção deve sofrer transformação para se tornar um princípio social e de justiça.

⁶³ Neste sentido: Tallita Cunha de Lima (2009, p. 29).

⁶⁴ Nesta esteira: Misabel Abreu Machado Derzi (2006, p. 961), que chega a afirmar que o fenômeno chega a atingir “o cerne da República democrática”.

⁶⁵ Neste sentido: José Afonso da Silva (1999).

valores mínimos que o processo deve observar para que o seu desenvolvimento atenda ao interesse da comunidade quanto a uma prestação jurisdicional adequada, segundo os critérios constitucionais de cada ordenamento. Por isso, são conferidos poderes ao magistrado para que ele possa, de ofício, zelar pela integridade de aspectos indisponíveis como o juízo natural e a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa, a isonomia, a segurança, a lealdade processual, a publicidade etc. Trata-se de valores que envolvem o “conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter pública na elaboração formal das normas” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010, p. 35). Neste passo, o interesse público na fixação e na aplicação da tese não consiste numa questão processual de “interesse das partes” (abrangendo, inclusive, os interesses do Estado-Administração, quando atua num dos pólos parciais da relação processual).

Esta ordem de idéias é importante para a correta aplicação do devido processo legal ao paradigma dos processos repetitivos, pois temos, de um lado, um interesse público indisponível em derredor da sistemática dos precedentes, ao passo que, de outro lado, estão os direitos fundamentais processuais das partes, também consagrados constitucionalmente.

Veremos oportunamente como eles devem interagir.

2.5 AS REFORMAS LEGISLATIVAS E OS PRIMEIROS CONTORNOS DO PROCESSO REPETITIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

São diversas as reformas legislativas que têm conformado o processo de massa no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao estabelecer a repercussão geral (art. 103, § 3º, da Constituição Federal de 1988) como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, o legislador passou a exigir que o STF só examine as questões constitucionais discutidas num determinado caso concreto que possuam relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, *caput* e § 1º, do CPC/1973). Como é sabido, o recurso extraordinário é um dos meios pelos quais o STF pode realizar o controle difuso de constitucionalidade, podendo ser veiculado numa demanda individual que verse exclusivamente sobre os interesses dos sujeitos que dela participam, sem que seus efeitos se alastrem sobre os interesses de terceiros estranhos à causa. Com a modificação, o recurso excepcional ganha nova característica, pois a manifestação do STF sobre o mérito de

determinada questão constitucional pressuporá a existência da mencionada repercussão, o que fará com que ela atinja não só as partes do processo, abrangendo também pretensões isomórficas de outros tantos sujeitos⁶⁶.

O art. 543-B, inserido no CPC/1973 pela Lei n.º 11.418/2006, ainda estipula que, se houver multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos do conflito e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até que a Suprema Corte se pronuncie definitivamente⁶⁷⁻⁶⁸.

O § 3º do mencionado artigo de lei determina que, julgado o mérito do recurso extraordinário pelo STF, os recursos sobrestados deverão ser apreciados pelos próprios Tribunais *a quo*, pelas Turmas de Uniformização ou pelas Turmas Recursais, conforme o caso. Estes órgãos poderão declarar tais recursos prejudicados ou retratarem-se. O parágrafo seguinte afirma que, se a decisão for mantida e o se o recurso for admitido, o STF poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada, nos termos do seu Regimento Interno.

Some-se a tais aspectos a *modulação* dos efeitos que o Plenário do STF vem emprestando aos julgados que profere no controle difuso. Fredie Didier Junior (2007, p. 41) explica que, em tais situações, a Suprema Corte tem atribuído eficácia *ultra partes* a tais decisões.

A conjunção destes fatores faz com que, ao apreciar um recurso extraordinário, o Supremo só analise questões constitucionais que extrapolem os limites estritamente subjetivos envolvidos

⁶⁶ Explicando o novo papel do STF, Vilian Bollman (2006, p. 163) entende que duas das novas características do recurso extraordinário são a “possibilidade de eficácia subjetiva universal, ou seja, o tribunal dar à decisão individual o caráter de vinculação para todos, incluindo o Poder Executivo” e um “procedimento democrático de participação da Sociedade Civil, com ampla divulgação da questão que estará sendo decidida e irrestrito acesso às manifestações por *amicus curiae*”.

⁶⁷ Neste sentido: José Carlos Barbosa Moreira (2009, p. 621).

⁶⁸ Antonio do Passo Cabral (2007, p. 129-130) compara o instituto às *causas piloto* ou ao *processos-teste*, denominados de *casi pilota*, *Pilotverfahren* ou *test claims*, pela doutrina estrangeira, conforme lições de Neil Andrews (2008) e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 60-61). As *causas piloto* consistem em uma ou algumas demandas escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite a célere solução de todas as demais demandas que lhe apresentem similitude quando à tipicidade. Sob outro prisma, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 117-118) explica que a disposição legal “ataca, de maneira frontal, (...) as causas seriadas ou a constante repetição das mesmas questões em sucessivos processos, que levam à Suprema Corte milhares de recursos substancialmente iguais, o que é muito freqüente, *v.g.*, em temas de direito público, como os pertinentes ao sistema tributário e previdenciário e ao funcionalismo público. A exigência da repercussão geral em processos isolados, e não repetidos em causas similares, na verdade, não reduz o número de processos no STF, porque, de uma forma ou de outra, teria aquela corte de enfrentar todos os recursos para decidir sobre a ausência do novo requisito de conhecimento do extraordinário. O grande efeito redutor dar-se-á pelos mecanismos de represamento dos recursos iguais nas instâncias de origem, os quais, à luz do julgado paradigma do STF, se extinguirão sem subir à sua apreciação (art. 543-B, § 2º); e ainda pela extensão do julgado negativo do STF de um recurso a todos os demais em tramitação sobre a mesma questão (art. 543-A, § 5º)”.

na causa e que a eficácia de sua decisão também ultrapasse a esfera jurídica individual das partes envolvidas, sobretudo se for proferida pelo Plenário.

O art. 103-A da CF/88, por sua vez, estabelece a possibilidade de a Suprema Corte, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional⁶⁹, editar, rever ou cancelar súmulas que vinculem os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual ou municipal.

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 2º, da CF/88)⁷⁰.

Ao exigir que a súmula vinculante pressuponha reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Texto Maior impõe que tenha havido debate e discussão entre os Ministros do STF acerca da matéria em casos concretos, só podendo ser editada depois de decisões repetidas das suas Turmas ou de decisão do Plenário, sobre questões de massa ou homogêneas⁷¹.

As súmulas persuasivas (não vinculantes) dos Tribunais, especialmente as dos Tribunais Superiores e do STF, também ganharam especial destaque no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 9.756/1998 deu nova redação ao *caput* do art. 557 do CPC/1973, atribuindo ao relator o poder de, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Ao inserir o § 1º ao art. 518 do CPC/1973, a Lei 11.276/2006 conferiu idêntico poder ao juízo de primeiro grau. Ela ampliou a aplicação da súmula impeditiva de recurso (mais particularmente da apelação), autorizando o magistrado de primeira instância a negar

⁶⁹ Manoel Lauro Wolkmer de Castilho (2007, p. 115) entende que “a exata compreensão do regime dos recursos extraordinários (...) tem direta relação com a edição de súmulas vinculantes que sejam extraídas dos julgamentos respectivos”.

⁷⁰ Assim explica Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 48-50): “A ampliação do acesso à justiça, impulsionada pela Constituição de 1988, abriu o Poder Judiciário a um número cada vez maior de pessoas e de causas, tendo como consequência um significativo impulso à crise numérica dos recursos ao Supremo Tribunal Federal. Como muitos desses pleitos eram pretensões homogêneas – casos de massa, como v.g., os casos ligados a planos econômicos, questões previdenciárias, etc. –, as causas repetitivas e os recursos ao Supremo se multiplicaram. (...) Uma das respostas adequadas para o desafio criado por um crescimento desmesurado foi a súmula vinculante, que não tem apenas o efeito de impedir os recursos sobre a matéria já sumulada, mas, sobretudo, o de fixar uma orientação a ser obrigatoriamente seguida pelo Poder Judiciário em geral. E, especialmente, pela Administração direta e indireta, responsável pela maioria dos recursos perante o Supremo Tribunal Federal”.

⁷¹ Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 50).

seguimento à apelação que ataque sentença que esteja em conformidade com a súmula do STJ ou do STF.

A influência do julgamento de outros casos sobre a lide apresentada em um determinado processo mostra-se ainda maior na medida em que o § 1º-A do art. 557 do CPC/1973, também acrescido pela Lei 9.756/1998, permite ao relator a apreciação do mérito do recurso (e não só o exame de admissibilidade) se a decisão impugnada estiver em manifesto conflito com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Assim, as súmulas tradicionais e a jurisprudência dominante passaram a influenciar no julgamento de diversos processos individuais ou coletivos sobre um dado caso concreto, na medida em que possuem eficácia no que diz respeito ao exame de admissibilidade realizado pelo juízo de 1º grau e pelo relator do recurso, nos termos da lei; e no que diz respeito ao mérito do recurso que impugna decisão que confronta os enunciados que emanam dos tribunais superiores.

Outra mudança no que tange às demandas de massa foi empreendida pela Lei 11.672/2008, que positivou o julgamento em bloco de recursos especiais repetitivos, acrescentando o art. 543-C ao CPC/1973. O mencionado dispositivo estabelece que, havendo “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhando-os ao STJ e suspendendo os demais apelos especiais até o pronunciamento definitivo do mencionado Tribunal Superior. Caso não seja adotada tal providência, o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. Os recursos representativos da controvérsia deverão ser julgados com preferência sobre os demais feitos (ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*). Publicado o acórdão do STJ, os recursos especiais sobrestados na origem poderão ter seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação da Corte Superior, ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior, caso em que, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Desta forma, o julgamento dos recursos-paradigma operará os seus efeitos em relação àqueles que estão sobrestados e que versam sobre matéria afim⁷². Para permitir o exercício do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça, e considerando a relevância da matéria cuja tese jurídica será fixada, o § 4º do art. 543-C autoriza que o relator admita manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros *sui generis*, própria das demandas em massa e inexistente no julgamento das demandas puramente individuais.

A nova feição do processo civil individual evidencia-se também com a positivação do julgamento preliminar de mérito, previsto no art. 285-A, que foi acrescentado ao CPC/1973 pela Lei n.º 11.277/2006. O dispositivo afirma que, se a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos⁷³, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da decisão anteriormente prolatada.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 155) entende que o art. 285-A do CPC/1973 consiste numa restrição ao direito de ação porque “impede a instauração regular do processo, a pretexto de que a questão jurídica suscitada no pedido já recebeu do Juízo solução contrária”, aduzindo que “Nada mais incompatível com o contraditório do que a possibilidade de o litígio resolver-se por meio de sentença transladada de outro processo, em que o autor não interveio. Porque, dessa forma, a lide estará sendo composta sem que a parte prejudicada tenha podido discutir, previamente, os elementos que influíram na motivação da sentença. Esta, no caso, terá sido para o autor (e também para parte contrária em relação à qual o pedido fora formulado) *res inter alios acta*” (2006, p. 156). Sustentando a inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC/1973, o CFOAB propôs a ADIN n.º 3.695-DF, afirmando que o dispositivo infringe as garantias do devido processo legal, da isonomia, da inafastabilidade e do contraditório, como garantia de influência, cooperação intersubjetiva e não surpresa, na trilha do que leciona Dierle José Coelho Nunes (2007, p. 176-178 e p. 180-183). Daniel Francisco Mitidiero (2005, p. 53) afirma ser o contraditório um “ato de três pessoas”,

⁷² José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p. 247) entendem que a finalidade do instituto é permitir “que uma mesma solução fixada pelo STJ, a qual diga respeito a situações repetidas em vários casos, seja aplicada à maior quantidade possível de esferas jurídicas, o que é mais consentâneo com o princípio da isonomia”.

⁷³ A doutrina afirma que a lei não se referiu à tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido), que levaria ao fenômeno da litispendência ou da coisa julgada. A melhor interpretação leva à conclusão de que o texto legal trata de demandas semelhantes, com identidade objetiva, isto é, apenas no que tange à causa de pedir e ao pedido, e não às partes (NUNES, 2006, p. 184). Parece-nos, no entanto, que a hipótese não é de plena identidade, mas de afinidade, como já referimos anteriormente.

considerando o dispositivo inconstitucional (2006, p. 173-174). Entendemos que o mencionado dispositivo não é inconstitucional. Pelo contrário, ele está alinhado à CF/88, respeitando o direito de ação, que deve ser sempre interpretado de maneira qualificada, conforme veremos oportunamente.

Exatamente por permitirem que decisões proferidas em processos individuais exerçam influência no julgamento de outros casos concretos, que lhes são homogêneos, todas estas transformações denotam a existência de um novo paradigma processual e não podem ser tratadas isoladamente, sob pena de propiciarem decisões que violam o devido processo legal, além de outros valores que dele decorrem como o do contraditório e da ampla defesa, o da publicidade e o da isonomia, todos com guarida no Texto Constitucional.

2.6 NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO JULGAMENTO DAS CAUSAS REPETITIVAS

O estabelecimento de um modelo processual de massa merece uma sistematização própria, à luz do devido processo legal, com vistas a compatibilizar o interesse individual envolvido em cada demanda com o interesse público na fixação do precedente. A observância do *due process* neste contexto também busca proteger os interesses homogêneos de terceiros, de determinada classe ou da coletividade, que podem ser atingidos pelo julgamento de conflitos em casos semelhantes.

Não se trata de uma mera questão de gestão da quantidade e das espécies de processos nos órgãos judiciais. Na medida em que o modo de produção do Direito influencia no seu resultado, o processamento das demandas de massa não se restringe aos aspectos administrativos e de estruturação humana e logística dos tribunais. O tratamento massificado dos conflitos judiciais não pode ser confundido com a gerência, em larga escala, daqueles produtos ou serviços em relação aos quais o método de gestão não interfere no objeto que se apresenta ao final. Não estamos cuidando aqui de uma técnica de gerenciamento que, ao final, propicia a entrega um determinado bem da vida ao destinatário num tempo maior ou menor, com mais ou menos eficiência, sem interferir na essência do objeto. A solução do conflito,

como produto de um processo judicial, sofre a influência do modo pelo qual se desenvolve o processo⁷⁴.

Não se trata simplesmente de ter um aumento no número de processos, com a correspondente ampliação na quantidade de juízes, servidores, da estrutura física e logística. Se a questão for considerada somente sob este foco, teremos a repetição, sem critérios, de decisões proferidas em outros processos, em relação aos quais as partes não tiveram a oportunidade de participar. Aí, sim, ocorrerá uma “pasteurização” no sentido negativo da expressão.

Já avultam as situações que evidenciam que a prestação jurisdicional das demandas repetitivas não se confunde com a que se aplica às lides exclusivamente individuais, até por envolverem valores jurídicos próprios e distintos, a exemplo da questão de ordem no REsp 1063343/RS, atinente à possibilidade de desistência do recurso especial repetitivo, à qual já referimos acima.

Há outros exemplos do estabelecimento de um paradigma próprio de processos de massa, ainda no campo dos recursos especiais repetitivos, desta vez no que diz respeito ao exame de admissibilidade dos que ficaram sobrestados no tribunal de origem, aguardando o julgamento daqueles que foram selecionados. O § 7º, II, do art. 543-C afirma que, publicado o acórdão do STJ em relação à tese jurídica, os recursos especiais sobrestados na origem serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior. O § 8º do mesmo artigo de lei complementa, estabelecendo que, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial que estava suspenso. Indaga-se, então, se, uma vez já fixada a tese jurídica das demandas repetitivas pelo STJ, o tribunal de origem deverá negar seguimento ao apelo especial por lhe faltar um pressuposto de admissibilidade (ex. preparo, tempestividade, regularidade formal etc.). Caso a resposta seja negativa, o recurso será admitido e o STJ terá a oportunidade de examinar a matéria e, se for a hipótese, aplicar a tese já fixada ao caso concreto, atendendo à finalidade do instituto. Caso seja positiva, o recurso será inadmitido, em observância do devido processo legal nos moldes da prestação jurisdicional puramente individual, respeitando cada processo por si só. Contudo, nada obstará que os recorrentes que tiveram seu recurso especial inadmitido por tais razões possam propor ações rescisórias sobre a mesma matéria, provocando a indesejável manutenção do grande volume de conflitos homogêneos, e, pior ainda, eles se estenderiam por um tempo ainda maior, afinal os

⁷⁴ Neste sentido: José Joaquim Calmon de Passos (2001, p. 10-12).

recorrentes ainda disporiam dos dois anos para o ajuizamento da demanda rescisória. Analisaremos a questão posteriormente.

Percebe-se, pois, a necessidade de estabelecer as características de um devido processo legal para as causas homogêneas, cuja disciplina se situará ao lado do devido processo legal das demandas puramente individuais e das demandas coletivas.

Às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas puramente individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinária e legal sobre as regras de estabilização da demanda e de distribuição dos ônus da defesa e da prova, por exemplo.

Tampouco pode incidir o regramento das demandas coletivas, como estão regulamentadas pelo direito positivo brasileiro, com as mesmas regras de substituição processual ou com a aplicação dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, enfrentando os obstáculos e dificuldades já referidos.

Alguns ordenamentos estrangeiros, como o alemão e o inglês, possuem um procedimento-modelo (denominado *Musterverfahren* na Alemanha, e *Group Litigation* na Inglaterra), destinado às ações homogêneas, que visa compatibilizar os interesses individuais e supra-individuais, com pedidos de coletivização da demanda e o desenvolvimento dos respectivos incidentes⁷⁵, envolvendo o seu registro público, decisões de instauração da tratativa coletiva, a escolha dos líderes das partes, a suspensão dos processos dependentes e a possibilidade de participação de interessados⁷⁶, lidando, ainda, com os efeitos da coisa julgada, inclusive sobre os ausentes (TUCCI, 2007). Todas estas questões merecem aprofundado estudo e vinculam-se diretamente ao devido processo legal.

Examinando o *Musterverfahren*, Humberto Theodoro Junior, Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Bahia (2009, p. 40-41) explicam que o procedimento se articula em três fases. A primeira versa sobre a admissibilidade, com a propositura do incidente de coletivização e a verificação da existência de procedimentos que mereçam uma decisão modelo. Na segunda,

⁷⁵ “A premissa é de que uma parte da *fattispecie* constitutiva dos interesses individuais pode ser definida em uma demanda coletiva. A cognição judicial, nos incidentes, é cindida: neles seriam apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto. No incidente coletivo é resolvida parte das questões que embasam a pretensão, complementando-se a atividade cognitiva no posterior procedimento aditivo. A efetividade do incidente coletivo é proporcional, portanto, à possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos de muitas pretensões similares, e que possam tais questões ser resolvidas coletiva e uniformemente para todas as demandas individuais” (CABRAL, 2007, p. 128-129).

⁷⁶ Note-se que, ao regulamentar a súmula vinculante, o legislador permitiu a intervenção de terceiros (art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006), o que demonstra o amplo interesse no julgamento.

ocorrerá a suspensão de todos os procedimentos nos juízos de origem e as partes terão a oportunidade de apresentar suas defesas, o que legitima o efeito vinculante da decisão modelo. Para evitar o tumulto, o tribunal nomeia, de ofício, litigantes-modelo, que representarão os autores e réus. Após a prolação da decisão o seu trânsito em julgado, inicia-se a terceira fase, com o depósito da decisão passada em julgado em cada processo individualizado, definindo as pretensões de cada autor ou réu nos seus respectivos litígios. Ao tempo em que advertem que esta técnica não deve ser transportada ao direito brasileiro sem maiores reflexões, os mencionados doutrinadores afirmam que “a divisão da cognição, que o incidente viabiliza, mitiga os problemas de análise das especificidades de cada demanda e viabiliza um melhor julgamento dos aspectos ‘idênticos’ das ações seriais” (2009, p. 41) e que ela “representa um exemplo de busca de dimensionamento do problema das ações repetitivas sem negligenciar as garantias processuais do modelo constitucional de processo, como a técnica de processo-teste, como a repercussão geral, v.g., pode conduzir”.

Embora já existissem alguns mecanismos que, de certa maneira, possuam traços de coletivização no processo civil brasileiro⁷⁷, eles vêm sendo tratados pontualmente, sem a abrangência, a repercussão e a sistematização que merecem no novo contexto.

Neste passo, parece-nos fundamental uma nova leitura de institutos como o litisconsórcio, a intervenção de terceiros, a uniformização da jurisprudência, a conexão, além do estabelecimento de métodos para julgamentos em bloco e de uma redefinição do sistema de precedentes.

⁷⁷ A exemplo do incidente de reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade, previsto pelo art. 97, da CF/88, e pelos arts. 480 a 482, do CPC/1973; do incidente de uniformização de jurisprudência de que tratam os arts. 476 a 479, do CPC/1973; e do incidente de uniformização de interpretação de lei federal em face da divergência entre Turmas Recursais, estatuído pelo art. 14, da Lei n.º 10.259/2001.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processamento das demandas repetitivas conforma uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características que lhe são próprias. Por tal razão, o seu julgamento exige uma matriz particularizada, não podendo ser realizado sob o modelo daquelas outras espécies de tutela. Este aspecto provoca a necessidade de uma nova leitura do devido processo legal, visando à preservação dos valores fundamentais do processo, garantidos constitucionalmente.

Neste sentido, faz-se necessário expor o que entendemos por *due process of law*, tanto no seu aspecto formal, como no substancial, especialmente no que diz respeito à isonomia, ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, à inafastabilidade do controle jurisdicional, à adequação procedimental, à razoável duração do processo, à motivação das decisões judiciais e à publicidade.

Anotamos, de logo, que a abordagem será realizada à luz da constitucionalização do ordenamento, foco pelo qual as normas constitucionais espraiam os seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. Por este prisma, a interpretação do texto constitucional possui um efeito expansivo, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o sistema jurídico, legitimando a sua interpretação. Ao apresentar o conceito de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, Riccardo Guastini (2003, p. 56-57) explica cuidar-se de um processo de transformação de um determinado sistema, ao término do qual ele estará totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais, tornando-se capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, além de influenciar na atuação dos atores políticos e nas relações sociais. Neste contexto, a interpretação das leis deve ser realizada à luz do Texto Maior, para verificação da sua consonância, ou não, com a Carta Magna, já que não existe texto normativo que tenha um só significado, determinado antes da interpretação⁷⁸⁷⁹.

⁷⁸ No mesmo passo, Luís Roberto Barroso (2005) explica que o neoconstitucionalismo, desenvolvido na Europa ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988, floresceu no ambiente filosófico do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional: “Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por

Neste contexto, a Constituição possui um *locus* destacado, sendo o horizonte interpretativo de todo o sistema jurídico, inclusive no que tange ao seu aspecto cultural e às mudanças de valores na sociedade.

É oportuno destacar que adotaremos uma concepção cultural da Constituição, pela qual as compreensões sociológica, política e jurídica do Texto Maior se interligam, de maneira dinâmica e em mutação constante, atentas às alterações da sociedade. Pablo Lucas Verdú (1998, p. 39-40) destaca o condicionamento cultural e a fundamentação axiológica da Teoria da Constituição, explicando haver uma relação intrínseca entre a cultura, os valores e o direito constitucional, com base nas lições de Hellpach, para quem a cultura é “a ordenação de todos os conteúdos da vida e formas de vida de uma nova sociedade humana desde o ponto de vista de um valor (ou grupo de valores) superior determinante do todo”⁸⁰. Sob tal perspectiva, o Direito é um objeto cultural⁸¹ e as normas jurídicas variam ao longo do tempo, de acordo com os lugares, os povos, a história, mas também não podem ser concebidas como valor, mas como um seu meio de concretização ou de realização, com ele não se confundindo. Neste passo, J. H. Meirelles Teixeira (1991, p. 58-79) afirma que o Direito é parte da cultura, por ser produto da atividade humana, incorporando valores às coisas e situações. A cultura é dotada de unidade, já que todas as suas partes (economia, técnica, ciência, arte etc.) estão em conexão, interagindo umas com as outras⁸². Neste contexto, o Direito não é só fato social, interagindo também com os demais campos culturais. Se, de um lado, reflete a sociedade, em

justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”.

⁷⁹ Riccardo Guastini (2003) afirma existirem sete condições, que devem estar presentes para que um ordenamento esteja “constitucionalizado”: a existência de uma Constituição rígida, protegida contra alterações, derrogações ou ab-rogações sem um procedimento especial de revisão constitucional; a garantia jurisdicional da Constituição, com o controle *a priori* ou *a posteriori* da constitucionalidade das normas por órgão jurisdicional; a força vinculante da Constituição, seja no que tange ao conteúdo dos princípios como às normas programáticas; a “sobre-interpretação” da Constituição, que equivale à interpretação das leis em face da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição, já explicada acima; e a influência da Constituição sobre as relações políticas. Destaca, ainda, que as duas primeiras condições são necessárias para a constitucionalização, ao passo que as demais são condições suficientes para a obtenção de graus distintos de tal característica. Afirma, ainda, que algumas das condições (a terceira, a quarta e a quinta) estão vinculadas entre si de modo muito estreito, tanto que se pode dizer que, em certa medida, todas elas vão se complementando. O próprio doutrinador acrescenta que este rol não é exaustivo, consistindo apenas num ponto de partida para a verificação do processo de constitucionalização dos diversos ordenamentos.

⁸⁰ O doutrinador (1998, p. 40) se refere, ainda, à teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, que inclui a dimensão axiológica, a realidade, junto ao estudo da norma.

⁸¹ O Direito não consiste num objeto real (seres que pertencem ao reino da natureza), nem ideal (puramente conceitual e imutável, existindo fora do tempo e espaço, como a quantidade, as figuras matemáticas e a essência).

⁸² Assim: “Existe, assim, uma dinâmica cultural complexa, cujos elementos acham-se todos em relação de causalidade recíproca, ou, na expressão dos sociólogos, em interação, ou em condicionamento recíproco. Cada parte da Cultura é, ao mesmo tempo, condicionado pelas demais, e condicionante destas. Nenhuma parte da Cultura, como acentua Dilthey, se dá isoladamente, ou de modo desconexo, mas sempre em articulação viva e em unidade efetiva com as demais” (TEIXEIRA, 1991, p. 71-72).

sua mutação, funcionando como fato social; de outro, condiciona, molda e dirige-a, possuindo força normativa. A partir de tais premissas, chega-se ao conceito de “Constituição total”, influenciando na evolução cultural com determinados sentidos, “ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação” (TEIXEIRA, 1991, p. 77), reunindo aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos numa perspectiva unitária. W. Friedmann (1972, p. 19-44) explica que, num sistema democrático organizado pelo Estado, há uma grande variedade de interações entre a evolução social e as mudanças legais, razão pela qual o estímulo legislativo pode decorrer de uma variedade de fontes. Diz que o Direito também responde de diversos modos. A velocidade e a maneira de resposta é comumente proporcional ao grau de pressão social, sendo também influenciado pela estrutura constitucional.

Tais premissas aplicam-se diretamente ao modo de compreender o ordenamento e o delineamento do direito processual brasileiro, na medida em que a Constituição traça as suas linhas essenciais. Daí falar-se, no campo do nosso estudo, numa matriz constitucional do processo, que é composta pelo princípio do devido processo legal e pelas garantias que ele informa, compondo um complexo de direitos fundamentais processuais⁸³, que sofrem influências e refletem as mutações culturais ocorrentes na sociedade⁸⁴, sobressaindo e

⁸³ Sobre os direitos fundamentais, Dirley da Cunha Jr (2008, p. 524-525) explica que eles devem ser entendidos “em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana. As normas que os consignam – denominadas de “norma de direito fundamental” – são da espécie “normas-princípio”, já que expressam *mandados de otimização (Optimierungsgebote)*, distinguindo-as das normas-regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e prevêm as conseqüências jurídicas de sua ocorrência. São os direitos fundamentais, portanto, os *princípios jurídico-constitucionais especiais* que conferem densidade semântica, vale dizer, concretizam o *princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante do respeito à dignidade da pessoa humana*. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana”. No nosso campo de estudo, os direitos fundamentais processuais são uma espécie de direitos fundamentais consubstanciados pelas normas constitucionais (GUERRA, 2003, p. 100), de maneira objetiva (aqui, a expressão é utilizada em contraposição aos direitos subjetivos, que conferem posições jurídicas de vantagem a um certo sujeito). Neste diapasão, são protegidos pela Carta Magna e devem direcionar a interpretação do ordenamento jurídico, exatamente por força da constitucionalização do ordenamento. Ocorre que a intelecção do texto normativo através do processo é a sua própria aplicação numa situação de conflito, o que se dá num ambiente de exercício de poder. Portanto, a um só tempo: interpreta-se, aplica-se e comunica-se. Neste sentido, confira-se: Niklas Luhmann (1980) e Hans-Georg Gadamer (2002 e 2003).

⁸⁴ A Constituição traça as linhas fundamentais do processo na medida em que estrutura os órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 79) anotam que, em última análise, o “processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política hão de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico. Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no

norteando a interpretação do texto infraconstitucional, das decisões jurisdicionais e dos demais atos jurídicos, por terem sido consideradas pelo constituinte como requisitos mínimos e indispensáveis para a existência e a validade do processo e para a garantia dos direitos fundamentais protegidos pelo Texto Maior⁸⁵. Trata-se da conformação do processo no ordenamento brasileiro, que, não atendida, coloca em risco todos os demais direitos fundamentais. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 184-185) explica que a própria realização do processo é uma condição de efetivação dos demais direitos fundamentais, na medida em que a sua denegação provocaria a de todos os demais direitos.

3.1 A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal constitui a base dos demais princípios constitucionais do direito processual e está positivado no inciso LIV do artigo 5º da CF/88⁸⁶. Cuida-se de um direito fundamental que impõe limites à atuação do Estado, consistindo num importante antecedente do próprio Estado de Direito.

Cuida-se de cláusula que ganhou destaque na Carta de John Lackland (João Sem Terra), de 1215, na Inglaterra⁸⁷⁻⁸⁸, tendo a expressão se consagrado no *Statute of Westminster of the*

instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios”.

⁸⁵ Pode-se, então, falar em um Direito Constitucional Processual e em um Direito Processual Constitucional. Não se tratam de novos ramos do Direito. O primeiro consiste no conjunto das normas de Direito Processual situadas na Magna Carta, dos princípios do processo ali insculpidos (NERY JR, 2004, p. 29), a exemplo do art. 5º, XXXV, da CF/88. Já o segundo constitui-se dos institutos que visam o exercício da jurisdição constitucional, como o mandado de segurança e o mandado de injunção. São instrumentos de garantia para a atuação da Constituição, como ensina Giuseppe La Greca (1989, p. 205). Adotamos aqui a classificação utilizada por Nelson Nery Junior (2004), distinta daquela apresentada por Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 79-80), que afirmam que o Direito Processual Constitucional abrange a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e a jurisdição constitucional, que equivalem ao Direito Constitucional Processual e ao Direito Processual Constitucional para Nelson Nery Junior.

⁸⁶ Dirley da Cunha Jr. (2008, p. 680) noticia que a positivação do princípio no texto constitucional foi inédita na história constitucional brasileira.

⁸⁷ Embora parcela da doutrina afirme que o *due process of law* tenha surgido na referida Carta, há outros doutrinadores que afirmam ser a sua origem mais remota. Neste sentido, Adhemar Ferreira Maciel (1997, p. 176-177) explica que os princípios morais e religiosos, não escritos, invocados por Antígona, na peça teatral de Sófocles (cerca de 441 a.C.), já eram uma primeira referência ao devido processo legal. Ele acrescenta, ainda, que Aristóteles (384-322 a.C.) fez referência a tal passagem ao cuidar de justiça e equidade na sua Arte Retórica, e que Cícero (106-43 a.C.), na linha dos estóicos, tentou demonstrar que o direito não era proveniente só das convenções dos homens, mas estava na natureza das coisas. Ruitemberg Nunes Pereira (2005, p. 15-20) explica que, na Alemanha Medieval, em maio de 1037, Conrado II editou cláusula escrita sobre o direito de propriedade, preservando os direitos dos senhores feudais, e que tal disposição teria sido posteriormente transportada para a Carta Inglesa de 1215.

⁸⁸ Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 07) explica que o art. 39 da Carta de 1215 utilizava a expressão latina “per legem terrae”, que, em língua inglesa, corresponderia a “law of the land”, e nota que os textos legais muitas

Liberties of London, baixado por Eduardo III em 1354⁸⁹. Com a sua evolução histórica, ela se consolidou como ampla proteção à vida, ao patrimônio e à liberdade.

Consiste em norma basilar de toda e qualquer atividade jurídica⁹⁰, compreendendo outros tantos princípios, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e da razoável duração do processo. Cuida-se de uma cláusula geral, cujo conteúdo pode ser visualizado tanto sob um aspecto formal, como sob um aspecto substancial.

Durante muito tempo, a doutrina e a jurisprudência viam no aludido princípio apenas as garantias sob a primeira vertente, que hoje se denomina *procedural due process*. Por tal perspectiva, toda e qualquer pessoa tem o direito a um processo previamente delineado, previsto pelo ordenamento, antes de sofrer limitações em sua esfera jurídica⁹¹. Mais ainda: assegura-se a oportunidade de a parte alegar e demonstrar suas razões, bem como manejar os meios para controlar os atos de poder praticados por uma autoridade, que deve ser imparcial. Sob esta perspectiva, a solução justa pressupõe a observância de regras procedimentais conhecidas com anterioridade, de modo que alguém que figure como parte em um processo possa utilizar-se dos meios jurídicos de defesa postos à sua disposição, com a paridade de armas (igualdade) em relação à parte adversa⁹².

Ocorre que a noção hodierna é mais ampla e não se restringe somente ao referido aspecto. Ela também abrange um aspecto substancial, que, na sua origem, se relacionou à doutrina do

vezes eram escritos em latim, inclusive para evitar que fossem de amplo conhecimento da população. Desta maneira, relata que o art. 39 da Carta Magna tinha a seguinte redação: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisetur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”.

⁸⁹ “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law”

⁹⁰ Nelson Nery Jr. (2004, p. 60) considera-o como um postulado constitucional fundamental do processo, razão pela qual bastaria a sua previsão para que todas as garantias a um processo e a uma sentença justa estivessem contempladas. Seriam elas despiciendas. No seu entendimento, tratar-se-ia da norma que agasalha e encerra todas as demais, como um “guarda-chuva” que alberga todos os demais princípios, como o da publicidade, o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, entre outros tantos. Humberto Ávila (2004, p. 88-89) define um postulado normativo como norma de “segundo grau” que não impõe um fim ou um comportamento específico, mas estrutura o dever de realizá-lo. Trata-se de um descrição estruturante da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivar princípios e regras, não se confundindo nem com estas, nem com aqueles, pois não buscam um “fim”, nem estabelecem uma “conduta”.

⁹¹ Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi (2006, p. 73) afirmam que o devido processo legal “trata-se de um princípio democrático que pretende possibilitar que os cidadãos participem das decisões, com a finalidade de se legitimar socialmente o exercício do poder estatal” (2006, p. 73).

⁹² Conforme lição de André Ramos Tavares (2007, p. 677): “A plenitude de defesa, referida no conceito de devido processo legal, significa o direito à defesa técnica, à publicidade da decisão, à citação, à produção ampla de provas, ao juiz natural, aos recursos legais e constitucionais, à decisão final imutável, à revisão criminal, ao duplo grau de jurisdição”.

judicial review, pela qual o Poder Judiciário pode examinar a constitucionalidade das leis⁹³. Este controle, que, dependendo do sistema jurídico, pode acontecer de maneira concentrada ou difusa, autoriza o órgão jurisdicional a sopesar a compatibilidade de determinado ato normativo (não só as leis, mas também as sentenças etc.) com o texto constitucional (daí cogitar-se, eventualmente, a “sentença inconstitucional”, a exemplo do que dispõe o art. 475-L, II c/c o § 1º, do CPC/1973), para reconhecer a sua (in)constitucionalidade.

A noção substantiva do devido processo evoluiu historicamente, passando a abarcar a razoabilidade, a finalidade e a justiça dos atos normativos, possibilitando que o cidadão exija que o legislador e/ou o julgador não exerça os seus poderes arbitrariamente. José Joaquim Calmon de Passos (1982, p. 38) enfatizava que o *substantive due process* carecia “de significação, se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos que a ele mesmo, Estado, sejam oponíveis, funcionando como limites ao seu arbítrio de detentor de instrumentos de coerção social”. Para Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.245), o devido processo legal substancial constitui um “vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*)”. Em decorrência de aspectos culturais e circunstâncias próprias do sistema brasileiro, o viés substancial do devido processo ganhou coloração própria entre nós, estando ligada à razoabilidade dos atos jurídicos, sobretudo (mas não exclusivamente) nos âmbitos administrativo e judiciário⁹⁴. Aqui, o *substantive due process* refere-se à observância da proporcionalidade.

Considerado sob ambas as perspectivas, o devido processo legal pode ser tomado como o núcleo mínimo de garantias processuais que compreende o direito de ser comunicado sobre a existência de atos que venham a restringir a esfera jurídica de um sujeito, o direito de ter a oportunidade de exercitar a defesa, expondo e demonstrando as razões (direito à manifestação e à prova), o direito de ser julgado por órgãos pré-determinados em lei, que sejam idôneos e imparciais, cujas decisões estejam sujeitas a controle⁹⁵, inclusive no que tange ao conteúdo.

⁹³ A respeito do tema: Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi (2006, p. 73). Ainda, Nelson Nery Junior (2004, p. 67-68), que explica: “A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”.

⁹⁴ Neste sentido: Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006, p. 06) e Fredie Didier Jr. (2010, p. 47-48).

⁹⁵ Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006, p. 06), o devido processo legal, nos âmbitos processual e substancial, representa “o núcleo central da integração do binômio direito e processo e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo”. José Joaquim Calmon de Passos (1982, p. 03) preceitua que “o devido processo legal impõe

Não basta a regularidade formal para que os atos jurídicos sejam hígidos. Considerando a aplicação do princípio ao processo jurisdicional, a decisão deve ser substancialmente razoável⁹⁶. Não é suficiente que se propicie aos litigantes o acesso ao Judiciário e a plena utilização dos instrumentos de defesa do seu interesse jurídico, se a solução for desarrazoada, teratológica, caso em que a jurisprudência pátria admite a utilização do mandado de segurança como meio de correção de decisões absurdas⁹⁷. Além da tutela processual formalmente correta, o jurisdicionado tem direito de obter uma resposta que seja adequada e proporcional no que diz respeito ao seu conteúdo⁹⁸.

Na qualidade de princípio constitucional, o *due process of law clause* aplicado ao processo judicial visa salvaguardar o próprio processo, considerando objetivamente, “como fator legitimante do exercício da jurisdição”, e não como direito público subjetivo de interesse das

assegurar-se a todos acesso ao seu juiz natural, com o direito de ser ouvido em processo contraditório, institucionalizando-se os meios de controle da exatidão do resultado”. Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 23) afirma que a garantia do devido processo legal não se exaure na observância das formalidades legais para tramitação das causas em juízo, compreendendo algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), e de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX). Para o jurista mineiro o devido processo legal assimila a idéia de processo justo, desempenhando função de superprincípio, no sentido de coordenar e balizar todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento (2003, p. 23).

⁹⁶ Neste passo: Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 681).

⁹⁷ Confira-se a jurisprudência do STJ sobre o assunto: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL (ART. 8º DA LEI 1533/51). 1. O Mandado de Segurança contra ato judicial só é cabível em situações excepcionais, exigindo-se que a decisão caracterize-se como de natureza teratológica e produza danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte impetrante. 2. Ausência na decisão atacada dos vícios acima apontados. 3. Dívida tributária com exigibilidade suspensa por haver depósito judicial expressando a sua garantia. 4. Agravo regimental contra decisão de Presidente de Tribunal que suspendeu decisão proferida em mandado de segurança. Recurso em tramitação. 5. Direito líquido e certo indemonstrado ‘initio litis’. 6. Aplicação do art. 8º, da Lei 1.533/51. 7. Recurso ordinário improvido”. (STJ, 1ª Turma, RMS 14773/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.08.2002, DJ 23.09.2002 p. 227).

⁹⁸ Assim pensa Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 297-306): “Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito. Para isso, em primeiro lugar, é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir *decisões* capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas. (...) Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia de processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: *o acesso à justiça*. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*” (itálico existente no original).

partes⁹⁹, na esteira, aliás, em que todos os direitos fundamentais processuais devem ser interpretados.

Embora tenha surgido como uma garantia voltada à atividade judicial, o devido processo legal espalhou-se para outros campos da atuação estatal, aí considerados os procedimentos administrativos. Neste diapasão, o art. 5º, LV, da CF/88, é expresso ao assegurar o contraditório e a ampla defesa aos litigantes também em processo administrativo. Incide, da mesma maneira, na seara legislativa, forçando a observância não só do procedimento de criação das leis, mas também da razoabilidade e da racionalidade no seu conteúdo. Tanto é assim que existem diferentes procedimentos legislativos para a elaboração das diversas espécies de lei (complementares, ordinárias, delegadas etc.), respeitadas as suas particularidades e a relevância de cada uma delas no ordenamento jurídico. As normas que estabelecem direitos fundamentais constitucionais não se destinam somente aos partícipes do processo judicial, aplicando-se à Administração Pública e ao legislador no desempenho de suas funções¹⁰⁰. Pode-se reputar, pois, inconstitucional, a lei criada ao arrepio do procedimento correspondente ou sem a esperada razoabilidade no que tange às suas disposições, porque violadora do devido processo legal formal ou substancial.

Interessante notar que a cláusula do devido processo legal vem ganhando uma amplitude tão grande no direito brasileiro que deixou de ser uma premissa somente para a proteção do particular em face do Estado. Passou a ser concebido também no que toca à defesa dos direitos-função¹⁰¹ entre diferentes autoridades, de modo que uma não invada a esfera destinada à outra.

⁹⁹ Neste passo: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 82).

¹⁰⁰ Assim entendeu o Min. Carlos Velloso, ao prolatar o seu voto na ADIN 1.511-MC: “Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa. (STF, ADIN 1.511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-96, DJ de 6-6-03).

¹⁰¹ Goffredo Telles Júnior (2001) explica o que são os direitos-função, distinguindo-os dos direitos subjetivos simples: “Os Direitos Subjetivos se definem: *PERMISSÕES DADAS POR MEIO DE NORMAS JURÍDICAS*. São *autorizações*, fundadas no Direito Objetivo, para o uso das faculdades humanas. O que os caracteriza e distingue é, precisamente, o *meio* pelo qual as permissões são dadas. Por serem dadas *por meio de normas jurídicas*, essas permissões são *permissões jurídicas*. Logo, os Direitos Subjetivos podem também ser definidos com estas precisas palavras: *PERMISSÕES JURÍDICAS*. (...) Quem tiver *permissão jurídica* - permissão dada *por meio de norma jurídica* - para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o *direito* (o *Direito Subjetivo*) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la, isto é, está *juridicamente autorizado* a fazê-la ou não fazê-la, a tê-la ou não tê-la. Quem não tiver tal *permissão*, tal *autorização*, não possui esse

O preceito ganhou contornos ainda mais abrangentes, incidindo também como proteção nas relações privadas¹⁰².

direito. (...) não são Direitos Subjetivos, as permissões que consistem em meras liberalidades, em generosidades fortuitas e ocasionais. Assim, não são Direitos Subjetivos, as permissões, dadas a alguém, de atravessar eventualmente propriedade alheia; de caçar e pescar, em terras e águas pertencentes a outrem; de assistir a programas na televisão do vizinho; de usar, gratuitamente, o telefone do amigo. Também não são Direitos Subjetivos, as permissões dadas para a prática de ato ilícito (p. 255-256). “São Direitos Subjetivos, as permissões dadas por meio de *qualquer espécie de norma jurídica*, e não, apenas, os conferidos por meio das leis, no sentido técnico desta palavra. Em consequência, são também exemplos de Direitos Subjetivos as permissões concedidas por *meio de contrato*” (p. 265). “Em certos casos, os Direitos Subjetivos são *permissões e deveres* concomitantemente. Assim, o *direito* do funcionário de ocupar o cargo para que foi contratado é, ao mesmo tempo, o *dever* do funcionário - a sua *obrigação* - de executar as funções que o cargo lhe atribuiu. A prova do que se acaba de afirmar está em que a pessoa legalmente obrigada a exercer determinada função não pode, sem violação de norma jurídica, ser impedida de exercê-la. Se a pessoa não pode ser impedida de exercer determinada função é porque ela tem o *direito* de exercê-la. Tal direito, cujo exercício é legalmente obrigatório, se chama *Direito-Função*” (p. 273), e por fim, “(...) os Direitos de Fazer e Não Fazer compreendem duas espécies de Direitos Subjetivos: o *Direito-Liberdade* e o *Direito-Função*. O *Direito-Liberdade* é o Direito Subjetivo de fazer ou não fazer o que a norma jurídica não proíbe. O *Direito-Função* é o Direito Subjetivo de exercer a função que lhe é designada por norma jurídica e, concomitantemente, a obrigação de exercê-la (...) O que distingue o *Direito-Subjetivo* simples do *Direito-Função* está em que o *Direito-Função* não é mera *permissão* dada por meio de norma jurídica, mas é, também, a *imposição* de um *dever*, feita por meio da mesma norma. Em resumo: o titular de um *Direito-Função* tem o *direito* e a *obrigação* de exercer uma função” (p. 294-295).

¹⁰² Doutrinariamente, é o que preconiza Edilton Meireles (2007, p. 29): “O problema ocorrente encontra enquadramento em norma constitucional que foi descumprida pela ré. Dispõe a nova Carta Magna da República, no art. 5º LV, que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...), são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ou seja, ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa. (...) O direito de defesa é sagrado, regra essa também da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não basta que tenha havido comissão de inquérito ou delegação no modo referido. Seria preciso que o autor fosse intimado pela ré para produzir sua defesa, e, ai sim, depois, em procedimento contraditório, poderia ser punido do modo como o foi. A punição em tela foi nula de pleno direito por afrontar a Constituição Federal”. No mesmo sentido: Paula Sarno Braga (2008, p. 241) leciona: “Assim como o poder estatal – legislativo, jurisdicional e administrativo – é limitado pela cláusula do devido processo legal, coibindo-se excessos, abusos e arbitrariedades em face do particular, também o é a autonomia privada, na condição de poder negocial de auto-regramento dos interesses privados. Todo poder só pode ser exercido dentro das restrições, limites, condicionamentos impostos pela ordem jurídica; só pode atuar por meio de um processo legal, cooperativo e equilibrado, que resulte em um ato normativo substancialmente justo e razoável. Não poderia ser diferente com a autonomia privada”. Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 596-598) reforça tal concepção, afirmando haver uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominada de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, de “eficácia privada dos direitos fundamentais” e de “eficácia externa dos direitos fundamentais”. Luís Roberto Barroso (2005, p. 141) também defende esta posição. No âmbito jurisdicional, o STF também reconheceu a incidência do *due process* nas relações privadas: “Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-05, DJ de 27-10-06)”

Assim, o devido processo legal passou por uma evolução, que o transformou de cláusula asseguradora da utilização dos instrumentos de defesa de interesses jurídicos em processos judiciais com o fito de propiciar um julgamento formalmente justo, para uma cláusula geral do Direito¹⁰³, consistindo num complexo de garantias que abrange a atividade estatal em toda a sua pluralidade e também as relações privadas em sua diversidade. Exatamente por ser impossível delimitar, com precisão, o seu conteúdo e o seu alcance, o constituinte originário optou por formulá-la de maneira aberta¹⁰⁴.

Considerando que o devido processo legal abrange um complexo de garantias fundamentais, passaremos à análise das que estão ligadas ao processamento das demandas repetitivas, já enumeradas no início deste Capítulo.

Antes, contudo, será necessário advertir que, muitas vezes, as mencionadas garantias estão contempladas por princípios e que, havendo colisão entre eles, deve-se proceder ao seu sopesamento (e não à sua exclusão)¹⁰⁵, para identificar em que medida cada um incidirá na situação concreta.

¹⁰³ Fredie Didier Jr. (2010, p. 41).

¹⁰⁴ A técnica de utilização de uma norma aberta permite o estabelecimento de uma previsão legal ampla e genérica, que funcionará como diretriz para todo o sistema jurídico, cujo conteúdo deve ser posteriormente concretizado, através de outros dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais que lhe diminuam a abstração e complementem a significação, chegando-se, ao fim, à efetiva adaptação do núcleo semântico-normativo (esse, sim, inarredável) às peculiaridades de cada caso concreto, o que se dará na atividade processual propriamente dita. Examinando o processo civil à luz dos direitos fundamentais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004a, p. 13) afirma haver três aspectos essenciais na sua concepção, a saber: a) a normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão; b) a supremacia do direito fundamental: “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”; e c) o caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas. O professor gaúcho conclui que “o direito fundamental apresenta-se como norma aberta, a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim, àquelas normas que contêm uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de forma mais ou menos direta” (2004a, p. 13-14). Na mesma linha, Dirley da Cunha Jr. (2008, p. 525), sustenta que “os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais, como concretização da dignidade humana, impõem aos órgãos do poder político o dever à efetivação das normas constitucionais. É nesse contexto que se defende o *direito fundamental à efetivação da constituição*, com a emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional”. José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 64) explica que “nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico”. O STF afirma existir um conteúdo mínimo nos dispositivos que estabelecem os direitos fundamentais processuais, independentemente da interpretação da lei ordinária: “A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline” (RE 255.397, 1ª Turma, Pertence, DJ 7-5-04).

¹⁰⁵ Sobre o assunto, devem ser consultadas as lições de Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (1993, 1997 e 2001) e Humberto Ávila (2004), entre outros.

3.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A garantia do devido processo legal está diretamente relacionada ao contraditório e à ampla defesa, positivados no art. 5º, LV, da CF/88, e que, por sua vez, estão intimamente ligados entre si, compondo um todo indivisível.

De um lado, consistem no direito de ter pleno conhecimento de todos os atos praticados no processo, seja pela parte adversa, pelo Ministério Público, pelo terceiro interveniente, pelo juiz ou pelos mais diversos auxiliares da justiça (testemunhas, peritos etc.). Mas não basta ter conhecimento do que está ali acontecendo, é necessário que se tenha poder de reação¹⁰⁶. Por isso, os princípios em comento também dizem respeito ao direito e ao poder de formação do convencimento do magistrado, influenciando-o por meio de alegações de fato e de direito, produção de provas, interposição de recursos, entre outros tantos meios disponibilizados pelo sistema para a obtenção de decisão justa. Consistem em proteções objetivas para o alcance do objetivo político do provimento jurisdicional, formando o trinômio informação-reação-diálogo, pela participação ativa dos litigantes na atividade processual.

A CF/88 explicitou que tais garantias são inerentes ao processo judicial e ao administrativo¹⁰⁷ e consistem num direito fundamental dos litigantes, que são aqueles apresentam pretensão e defendem interesses jurídicos, diretos ou reflexos, no processo. Assim, a proteção abrange não só as partes, mas também os terceiros intervenientes e o Ministério Público, quando ele atual como *fiscal da lei*, devendo o juiz velar pelos seus plenos respeito e consecução¹⁰⁸. Ao estatuir que o contraditório é assegurado “aos acusados em geral”, o constituinte apenas explicitou que o réu nas demandas civis e penais, bem como o servidor ou o administrado quando ocupam o pólo passivo nos procedimentos que tramitam perante a Administração Pública, podem defender-se amplamente. Também assim, a parte de uma relação de direito

¹⁰⁶ Neste passo: Fredie Didier Jr. (2010, p. 52).

¹⁰⁷ Confira-se o entendimento do STF: “A garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos”. (RE 426.147-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-3-06, DJ de 5-5-06); “Servidor público. Ascensão funcional. Anulação determinada pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato administrativo praticado em procedimento que não observou o devido processo legal. Inobservância do contraditório e da ampla defesa em relação aos servidores prejudicados. Consumação, ademais, de decadência do poder da administração de anular ou revogar seus atos. Violação de direito líquido e certo. Segurança concedida. Aplicação do art. 5º, LIV e LV, da CF, e art. 54 da Lei n. 9.784/99. Precedentes. Ofende direito líquido e certo do servidor público, a decisão do Tribunal de Contas da União que, sem assegurar-lhe o contraditório e a ampla defesa, determina a anulação de sua ascensão funcional, mais de 5 (cinco) anos depois do ato que lhe concedeu”. (MS 26.790, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-4-08, DJE de 30-5-08)

¹⁰⁸ Cândido Rangel Dinamarco (2002a, p. 124).

material no que tange aos direitos que emanam do próprio liame¹⁰⁹. Quis o legislador destacar, sem, contudo, limitar. Tanto é assim que explicita ser este um direito dos litigantes e dos acusados em geral, pertencendo a todo partícipe que apresente interesse na solução de um conflito¹¹⁰ ou na prática de um ato jurídico.

As partes podem manejar os meios e recursos inerentes à defesa da sua pretensão e/ou resistência. Em uma primeira análise, o texto demonstra a amplitude do direito fundamental, não podendo haver restrições desarrazoadas impostas pelo legislador, nem pelo magistrado. Assim, por exemplo, as partes possuem o direito de produzir provas, ouvindo testemunhas, trazendo documentos, requerendo a produção de laudos periciais, a fim de demonstrar ao juízo o acontecimento dos fatos por elas alegados e a maneira como eles sucederam.

Ocorre que a atividade processual também há de ser racional, e não comporta a prática de atos inúteis, que provocam a sua dilação temporal sem qualquer serventia. Aliás, o art. 17 do CPC/1973 reputa como de má-fé a conduta da parte que opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inc. IV); que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inc. V); que provocar incidentes manifestamente infundados (inc. VI); ou que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (inc. VII). Por isso, não viola o contraditório a decisão que indeferir a produção de provas inúteis, relacionadas a fatos irrelevantes, impertinentes ou incontroversos, desde que devidamente motivada¹¹¹.

Observação final, mas não de menor relevância, é a de que o contraditório e a ampla defesa conjugam-se com todos os demais princípios processuais constitucionais, formando o complexo do devido processo legal. Mas, em especial, a sua interpretação à luz do princípio

¹⁰⁹ Neste sentido: "Não assegurar, por exemplo, ao empregado o direito de defesa em casos de aplicação de sanções, partindo-se, tão somente, da acusação do empregador para que sua vontade unilateral se concretize, é, sem dúvida, restringir bem (direito) do trabalhador sem respeito ao devido processo. Acusa-se e pune-se sem direito de defesa" (MEIRELES, 2007, p. 30).

¹¹⁰ Nelson Nery Junior (2004, p. 171) exclui as testemunhas e o perito do âmbito de incidência do texto constitucional, por se tratarem de auxiliares do juízo, não possuindo interesse na sorte da futura decisão.

¹¹¹ Eis o entendimento do STF sobre o assunto: "Eis o entendimento do STF: "Ampla defesa: o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária não ofende o art. 5º, LV, da Constituição: precedentes" (AI 590.140-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-6-07, DJ de 3-8-07); "Contraditório e Ampla defesa: não ofende o art. 5º, LV, da Constituição acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária. O mencionado dispositivo constitucional também não impede que o julgador aprecie com total liberdade e valorize como bem entender as alegações e as provas que lhe são submetidas. Precedentes" (AI 623.228-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-07, DJ de 14-9-07); "Recurso extraordinário: inadmissibilidade: caso em que as instâncias ordinárias endossaram afirmativa do próprio requerente, ao desistir da produção da prova pericial, de que essa já se tornara sem objeto dado o decurso do tempo: inoportunidade de ofensa à garantia da ampla defesa. É da jurisprudência sedimentada deste Tribunal que não viola o art. 5º, LV, da Constituição, o indeferimento da prova tida por desnecessária (AI 144.548-AgR, Pertence, RTJ 159/688, AI 382.214-AgR, 2ª T., 29-10-02, Celso); com maior razão, se a parte mesma, ao desistir da diligência, é a primeira a afirmar sua ociosidade". (RE 446.517, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-3-07, DJ de 18-5-07)

da igualdade material, também assegurada constitucionalmente, dá vez à consagrada expressão da “paridade de armas”. Tal concepção dá a dimensão de que o poder de reação dos litigantes deve ser distribuído de maneira isonômica, dando-lhes as mesmas oportunidades (*Chancegleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*), para que possam exercer os mesmos direitos e pretensões. A igualdade de que falamos não é a meramente formal, mas sempre a material e relativa¹¹².

No processamento das demandas repetitivas, precisaremos analisar se e em que medida a aplicação de teses firmadas pelos órgãos jurisdicionais em processos nos quais determinados sujeitos não são partes pode violar o contraditório e a ampla defesa. Precisaremos, analisar, ainda, se estes sujeitos possuem o direito de ingressar, seja como litisconsortes ou como terceiros, nos feitos em que será sedimentado o entendimento dos tribunais acerca de certa matéria repetitiva.

3.3 ISONOMIA

Em inúmeros dos seus dispositivos, o texto constitucional consagra o princípio da isonomia, dispondo o *caput* e o inc. I do seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos” da Constituição.

Ele visa a preservar a igualdade material, estando ultrapassada a sua concepção apenas quanto ao aspecto formal. Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 26-27) explica que o caráter individualista vigente nos séculos XVIII e XIX concebia a atuação estatal como “mero acessório à iniciativa privada, ou mera proteção negativa da liberdade de vontade”, fazendo com que a absoluta igualdade jurídica gerasse uma desigualdade econômica. Assim foi que, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativo, passou-se para a igualdade real, em seu aspecto positivo. Enquanto a dimensão negativa da igualdade pressupunha que a lei não devia estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos; na conceituação positiva, admitia-se o estabelecimento de distinções, agasalhando a idéia de uma igualdade proporcional, que procura a efetivação do princípio sem o sacrifício da liberdade. Neste passo, a igualdade material é entendida como direito reconhecido a cada homem de participar do bem-estar social. A proteção garantida pela Constituição brasileira de 1988 visa a tratar igualmente os

¹¹² Nelson Nery Junior (2004, p. 188-189).

iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas diferenças. A paridade entre as pessoas ou as situações é relativa, ocorrendo sob certos aspectos e circunstâncias. O constitucionalismo contemporâneo não enuncia um postulado formal e abstrato acerca da isonomia jurídica, buscando, pelo contrário, uma aproximação social, política e econômica do que efetivamente acontece¹¹³. Este aspecto material da isonomia decorre do devido processo legal substancial¹¹⁴.

O princípio da igualdade traça uma limitação à atividade legislativa e direciona a interpretação do ordenamento¹¹⁵. Sob a primeira perspectiva, ele proíbe o legislador de editar regras que estabeleçam privilégios injustificados. A lei que assim fizer será inconstitucional. No que tange à interpretação, todos os que a realizam, inclusive os órgãos jurisdicionais, não poderão estabelecer *discrimens* infundados¹¹⁶.

O princípio incide plenamente no direito processual. Primeiramente, para afirmar que autor e réu, bem como os seus procuradores, são iguais, possuindo as mesmas oportunidades, direitos e deveres no processo, razão pela qual o Judiciário deve dispensar-lhes tratamento idêntico, a teor do que dispõe o art. 125, I, do CPC/1973. Se o demandante pode apresentar suas alegações sobre fatos e direito, produzir provas, recorrer etc., os mesmos poderes e direitos tem o demandado na formação do convencimento do magistrado. Há uma paridade de armas entre as partes, isto é, dispõem elas dos mesmos meios processuais para defender os seus respectivos interesses.

¹¹³ Neste sentido: Carlos Roberto de Siqueira Castro (CASTRO, 1983, p. 52).

¹¹⁴ Paulo Bonavides (2002, p. 395) anota que, embora não exista uma cláusula geral positivando a proporcionalidade no sistema brasileiro, ela está contemplada em normas esparsas, inferindo-se, ainda, de “outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade”. Elimar Szaniawski (2000, p. 71) também explica: “É através do princípio da proporcionalidade-igualdade que se garante a igualdade da pessoa no ordenamento jurídico vigente e daquele que haverá de vir a ser promulgado. É pela boa aplicação do princípio da proporcionalidade-igualdade que o magistrado irá realizar a interpretação da Constituição, ponderando os princípios e os direitos fundamentais que estejam em conflito aplicando-os aos interesses postos em causa. Através dessa ponderação e da pesagem dos direitos e interesses, verificará o magistrado para que lado deverá pender a balança e decidir qual dos interesses do caso concreto que, embora legitimamente tuteláveis, deverá ceder ao outro, sempre observando o meio menos gravoso à parte, quando por diversos modos poderá ser outorgado direito à outra”.

¹¹⁵ Neste sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1967, p. 237) e José Afonso da Silva (2008, p. 218-219), que sintetiza o princípio da igualdade jurisdicional em dois prismas: “(1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça”.

¹¹⁶ Confira-se o seguinte julgado do STF acerca da igualdade substancial no que tange à concorrência, cuja linha de raciocínio aplica-se a outras situações: “A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível” (STF, ADIN 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, *DJE* de 7-3-08).

Mas, também no campo processual, a igualdade não é formal, havendo normas que atribuem prerrogativas a alguns dos sujeitos, para que a distribuição da justiça observe a igualdade substancial. Neste sentido, o art. 188 do CPC/1973 determina que se conte em quádruplo o prazo para a Fazenda Pública e o Ministério Público contestarem e em dobro para que eles recorram¹¹⁷. O art. 100 do mesmo Diploma dispõe que é competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos (inc. II), por considerá-lo a parte mais frágil da relação jurídica. O art. 6º, VIII, estatui a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”¹¹⁸. O art. 101, I, do mesmo Código estabelece uma prerrogativa de foro para o consumidor, afirmando que a ação pode ser proposta no local em que ele está domiciliado quando for o autor da ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços. Trata-se de hipóteses em que há diferenças justificadas e fundadas¹¹⁹.

¹¹⁷ Presumindo que o interesse da Fazenda seria apenas o interesse público primário, e não apenas o secundário, Nelson Nery Junior (2004, p. 79) explica que “quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando um outro particular, mas sim o próprio povo, razão bastante para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo”. Paulo Henrique dos Santos Lucon (1999, p. 119), por outro lado, afirma que o dispositivo não se alinha ao texto constitucional. Regina Helena Costa (2000, p. 84) afirma que o desequilíbrio entre a Fazenda e o particular, em juízo, “é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas, ou pelo menos, de algumas delas”.

¹¹⁸ Neste sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (1999, p. 1805), explicam tratar-se “de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4º I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio da constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei”.

¹¹⁹ Sob o mesmo enfoque, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto no RE 453.740, que teve por objeto o exame da constitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, que regula os juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Destaca-se o seguinte trecho: “Discute-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, o qual decorre da Medida Provisória no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. A Lei n. 9.494, de 1997, em linhas gerais, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da discussão deste Recurso Extraordinário centra-se no aludido art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997, que dispõe: ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. (...) A decisão teve por base no Enunciado n.º 32 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: ‘O disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.’ Não penso assim! O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade. É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: ‘computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público’. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR — rel. Min. Celso de Mello, *DJ*- 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria,

O princípio da isonomia, sob a sua perspectiva material, pode sofrer inflexões jurisdicionais, de acordo com as particularidades de cada sujeito. Cuida-se da adequação subjetiva do processo¹²⁰.

O princípio tem aplicação nas demandas repetitivas, na medida em que os órgãos jurisdicionais não devem proferir decisões com conteúdos diversos para sujeitos que possuem relações jurídicas materiais e conflitos semelhantes entre si. Investigaremos quais as técnicas processuais utilizadas no processamento das causas de massa para que ele seja respeitado.

3.4 JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural visa a garantir a imparcialidade e o tratamento isonômico das partes no exercício da atividade jurisdicional, observada a legalidade. Exatamente porque as partes não conseguiram resolver a lide por si próprias (seja por não terem chegado a uma autocomposição, seja porque não lhes é permitido fazê-lo em determinadas situações, como ocorre em relação aos direitos indisponíveis), elas buscam a intervenção de terceiro para alcançar uma heterocomposição. Este sujeito há de ser isento e independente¹²¹, para que a solução seja justa e atenda ao direito objetivo, não tendendo para uma das partes sem que lhe assista razão.

Ele se apresenta em três principais dimensões, que passamos a analisar.

que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925-ED-EDV Emb. Div. nos Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 19-4-02). Com efeito, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a prazo em dobro para recursos (RE 133984, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 15-12-98). Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei n. 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei no 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos. (RE 453.740, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-07, *DJ* de 24-8-07)".

¹²⁰ Fredie Didier Jr. (2010, p. 60).

¹²¹ Neste sentido: "Com efeito, a garantia do juízo natural, proclamada no inciso LIII do art. 5º da Carta de Outubro, é uma das mais eficazes condições de independência dos magistrados. Independência, a seu turno, que opera como um dos mais claros pressupostos de imparcialidade que deles, julgadores, se exige." (STF, RE 418.852, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 6-12-05, *DJ* de 10-3-06).

A primeira delas é a proibição de criação de órgãos jurisdicionais *ad hoc*. Ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, o art. 5º, XXXVII, da CF/88 vedou a criação de órgão para decidir determinado caso. Aí está incluída a proscrição ao poder de comissão, ou seja de criação de juízos extraordinários. Obsta-se também a designação de juízo ou tribunal para resolver certo litígio em concreto, aí inserido o poder de avocação¹²². Existe tribunal de exceção quando o órgão é instalado ou incumbido de julgar “por encomenda”, isto é, de apreciar certa demanda, por suas características particulares ou pelos sujeitos nela envolvidos, com o fito de prejudicar ou beneficiar alguém. A estipulação de regras genéricas e abstratas de substituição de magistrados não malferem o princípio aqui estudado. O que não se permite é a designação de um juiz ou órgão para um caso específico¹²³.

Assim, não pode haver órgão *ex post facto* (criado após um fato e em razão dele)¹²⁴, nem *ad personam* (criado para uma pessoa)¹²⁵. A proibição é destinada ao Estado, mas também ao cidadão, que só pode submeter-se ao juízo preconcebido que lhe é apresentado pelo ordenamento para a solução da lide¹²⁶.

A segunda dimensão refere-se à garantia de um julgamento por juízo competente¹²⁷. Embora a jurisdição seja una (até por decorrer do poder estatal, que é indivisível e indelegável sob pena de colocar em risco a própria soberania do Estado), o seu exercício deve ser fracionado, sendo realizado por diversos órgãos, cujas atribuições não são necessariamente idênticas entre si. Com efeito, há juízos voltados para o processamento de demandas envolvendo relações

¹²² Neste sentido: Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira (2004, p. 104).

¹²³ É o que entende o STF: “Designação de Magistrado. Ato genérico. Inexistência de ofensa ao princípio do juiz natural. (...) A designação de Juiz para atuar, de forma genérica, em uma determinada Vara, não ofende o princípio do juiz natural. Configura nulidade processual apenas a designação específica, casuística, de Magistrado para atuar em determinado feito. Diante do pedido de afastamento do Juiz titular, por motivo de foro íntimo, o processo deve ser encaminhado para o outro Juiz, designado pelo Tribunal de Justiça, ante o acúmulo de processos, para ter exercício naquela Vara” (RHC 89.890, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5-12-06, DJ de 2-3-07).

¹²⁴ Para Nelson Nery Junior (2004, p. 98), não é importante que o caso já tenha ocorrido, sendo irrelevante a existência prévia do órgão: “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal”. Em sentido contrário, pensa André Ramos Tavares (2008, p. 681): “Veda-se, portanto, que surjam tribunais ou juízos singulares, ou quaisquer outros órgãos julgadores, após a ocorrência dos fatos a serem apreciados. Também fica proscribida a indicação de órgãos para o julgamento de casos determinados”. Confirma-se a seguinte decisão do STF acerca do assunto: “A definição constitucional das hipóteses de prerrogativa de foro *ratione muneris* representa elemento vinculante da atividade de persecução criminal exercida pelo Poder Público. (...) O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado — que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção —, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*”. (AI 177.313-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-4-96, DJ de 17-5-96)

¹²⁵ Fredie Didier Jr. (2010, p. 108-109).

¹²⁶ Neste passo: André Ramos Tavares (2008, p. 681).

¹²⁷ “Não basta a existência de um juízo ou tribunal prévio, mas também são necessárias regras prévias e objetivas para determinação da competência dos órgãos julgadores” (TAVARES, 2008, p. 681).

contratuais, outros cuidam de causas tributárias, de trabalho, de família, de consumo etc. Há os que processam casos de interesse da União, dos Estados etc. Existe ainda a divisão territorial das atribuições judicantes. A distribuição da função judicante, de acordo com critérios previamente estabelecidos, decorre da necessidade de adequação da prestação jurisdicional, atendendo a diversos critérios, como a complexidade das relações sociais e jurídicas, a quantidade de conflitos e o número de integrantes da sociedade. A divisão em competências também possibilita o controle das decisões judiciais por meio de recursos, de uma instância a outra.

Ao estatuir que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, o inc. LIII do art. 5º da CF/88 complementa a positivação do princípio do juiz natural no ordenamento brasileiro, garantindo que a contenda seja resolvida por órgão que tenha a atribuição para tanto¹²⁸.

A divisão dos órgãos jurisdicionais e o estabelecimento de competências não se confundem com os tribunais de exceção, porque, ao estabelecer que um órgão possui certa função, o legislador a atribui, em abstrato, para o julgamento de uma (ou algumas) espécies de litígio, envolvendo os conflitos que se enquadrem naquelas características, e não de um litígio específico¹²⁹.

As regras de competência hão de ser prévias, objetivas e abstratas¹³⁰, e estão em todos os níveis do ordenamento jurídico, sendo elas estipuladas nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, nas legislações federal e estadual, bem como no ajuste de vontade entre as partes, como pode acontecer na hipótese de eleição de foro, admitida pelo art. 111 do CPC/1973¹³¹.

A última dimensão diz que o juiz competente deve ser subjetivamente imparcial. Além de o órgão ser previamente previsto em lei e ser competente para julgar a demanda, o magistrado não deve ser impedido, nem suspeito, nos termos dos arts. 134 e 135 do CPC/1973¹³².

¹²⁸ A regra de competência também pode ser objeto de convenção entre as partes, nos casos de competência relativa.

¹²⁹ Nelson Nery Junior (2004, p. 98-99) anota que a prerrogativa de foro, como ocorre em relação às regras do art. 100, I e II, do CPC, e a especialização dos órgãos, como faz o art. 92 da CF/88, dão-se em razão do interesse público.

¹³⁰ Neste sentido: André Ramos Tavares (2008, p. 681). Fredie Didier Junior (2006, p. 94-95) afirma que também as regras de distribuição devem estabelecer critérios prévios, objetivos e gerais e aleatórios para a determinação do juízo que processará uma causa. Por isso, o seu desrespeito implica em incompetência absoluta.

¹³¹ Neste particular, Nelson Nery Junior (2004, p. 100) entende que, no processo civil, o princípio do juízo natural só se aplica às situações de competência absoluta, por se tratar de preceito de ordem pública.

¹³² Sobre o assunto, Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa (2012) explicam que a independência do magistrado constitui pressuposto inexorável da imparcialidade.

Destacamos que as três dimensões devem ser entendidas de maneira cumulativa, sendo complementares entre si. A mácula em uma delas ofende o princípio do juízo natural.

No campo do processamento das demandas de massa, nota-se haver situações que atinam à competência. É o que pode acontecer como a aplicação do art. 555, § 1º, do CPC/1973. Ele estabelece que, ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, o relator poderá propor que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. Se for reconhecido o interesse público na assunção de competência, o recurso deverá ser apreciado pelo aludido órgão. Como vimos, há um interesse público primário na fixação da tese jurídica que deverá ser utilizada para a solução de inúmeros casos repetitivos. Neste contexto, revela-se possível a aplicação do dispositivo supra mencionado, com a assunção da competência por um determinado órgão jurisdicional para apreciar matéria que consta num recurso que foi distribuído e encontra-se submetido à análise de outro.

Faz-se necessário identificar se existe ofensa ao princípio do juiz natural em hipóteses como esta.

3.5 INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Considerando que a existência de conflitos sempre consistiu em elemento desagregador do convívio social, e que a autodefesa também foi e é danosa à congregação humana, o Estado fortaleceu-se e vedou a prática da autotutela como regra geral, admitindo-a somente em casos excepcionais, expressamente previstos em lei e sempre submetidos a um controle judicial postecipado.

Proibida a solução dos conflitos pelas mãos dos próprios litigantes, e tendo o Estado convocado o monopólio da jurisdição para si, passou a tocar-lhe o poder-dever de prestá-la¹³³. Assim, a jurisdição passou a consistir num poder-dever do Estado, e, de outro lado, também num direito do jurisdicionado. O indivíduo passou, portanto, a ter uma pretensão em face do

¹³³ É o que explica Araken de Assis (2002a, p. 80): “Em decorrência do veto estatal à justiça de mão própria, a lide na qual se debatem os particulares, quanto à realização de um direito subjetivo, se resolve na jurisdição. Logo, a proibição imposta ao agir privado, ou o monopólio da jurisdição pelo Estado, constitui a causa da relação processual. Além disto, haja vista o princípio da unidade, vigente no ordenamento brasileiro, também os conflitos entre particulares, de um lado, e a administração, de outro, acabam na via jurisdicional, atribuindo ao respectivo poder uma feição extraordinária do ângulo da proteção jurídica ao indivíduo”.

Estado-juiz. Numa primeira perspectiva, o direito de ação consiste no poder de provocar a atividade jurisdicional.

Sob outro enfoque, a ação pode ser considerada como um meio de participação democrática da sociedade, seja para o exercício de direitos individuais, difusos ou coletivos. Considerando, de um lado, que a democracia não se esgota no momento em que são criadas as instituições, mas se estende ao longo do tempo e na dinâmica social, exigindo que a legitimação do poder seja constante e ininterrupta; e, de outro lado, que o Poder Judiciário também exerce um poder político, também se revela indispensável que o exercício deste poder seja legitimado pelos meios próprios: o processo judicial com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Esta percepção consiste num ponto fulcral da análise do julgamento das causas repetitivas, já que o interesse na fixação das teses pelos tribunais exorbita da esfera jurídica das partes que atuam no processo em que será formada a tese, atingindo terceiros. Ademais, temos assistido a um deslocamento da tensão do campo do processo político nos moldes tradicionais (a edição das leis pelo poder do povo, representado pelos parlamentares eleitos), para o exercício do direito de ação, inclusive porque boa parte dos direitos já se encontra consagrada na CF/88 e na legislação infraconstitucional. Assim, o direito de ação pode consubstanciar-se numa forma de participação democrática¹³⁴, qualificada e legitimada pela efetiva possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que este direito-poder de ação pode ser exercido individual e/ou coletivamente. Nesta hipótese, haverá uma legitimação extraordinária para determinado ente, consagrando uma democracia participativa e representativa. Os modelos de tutela individual e de tutela coletiva refletem, no Brasil, esta realidade.

¹³⁴ Sobre o princípio democrático, vejamos o que diz José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p.288): “Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa — órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos”. Ao nos referirmos, aqui, à participação democrática, aludimos ao exercício do princípio democrático pelo povo junto às instituições, depois que ela já estão conformadas. Sob este ponto de vista, a democracia significa a constante legitimação do exercício de qualquer poder, já que ele emana do povo, conforme lição de Elival da Silva Ramos (1991, p.20): “Em outras palavras: “governo do povo” é aquele constituído por meio de consenso; significa governo legítimo, a denotar que o que se discute é a qualidade de algo existente e não o seu funcionamento. Não se nega, entretanto, que a adesão do povo ao poder encarnado pode implicar, de *per si*, em participação política, na hipótese de convocação de Assembléia Nacional Constituinte ou de *referendum* do texto elaborado. Trata-se, contudo, de participação episódica, que antecede, em termos de rigorismo lógico, o governo legítimo. No caso de legitimação das instituições, *a posteriori*, pela adesão tácita dos governados, por outro lado, a participação se dilui sobremaneira, tornando-se imperceptível. A participação do povo no exercício do poder (o governo pelo povo) é a responsável pela dinâmica do sistema político democrático. Por meio dela o princípio da soberania popular adquire feições concretas no ambiente sócio-político, deixando de ser mera figura de retórica ou algo que interessa apenas no nascedouro das instituições democráticas”.

No ordenamento brasileiro, este direito-poder de ação (de participação democrática) encontra-se positivado no art. 5º, XXXV, da CF/88, que afirma ser vedada a exclusão da apreciação do Poder Judiciário em relação à alegação de qualquer lesão ou ameaça a direito. Em outras palavras, não se pode criar obstáculos para que a parte vá ao Judiciário¹³⁵⁻¹³⁶. Mais do que isso: deve-se propiciar meios para facilitar o seu acesso¹³⁷.

Mas, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em sua plenitude, compreende não só o direito de apresentar demandas perante os órgãos do Judiciário, mas, sim, o alcance da “ordem jurídica justa”. Espera-se que o processo cumpra seu desiderato social, político e jurídico: é necessário pacificar a sociedade, resolvendo os conflitos com lastro no ordenamento, para propiciar às pessoas em conflito exatamente aquilo que pleiteiam (se lhes for devido), fazendo-o com a duração exigida e devida para o processamento da causa¹³⁸.

¹³⁵ Eis o que diz a doutrina sobre o assunto: “O *princípio da inafastabilidade* (ou o princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 138); “O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. (SILVA, 1997, p. 411)

¹³⁶ O art. 217, § 1º, da CF/88, no entanto, determina que o “Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, mas o parágrafo seguinte do mesmo artigo limita o prazo de 60 dias, contados da instauração do processo, para que a justiça desportiva decida. Note-se que a “justiça desportiva” não é órgão do Judiciário, consistindo, na realidade, num órgão administrativo.

¹³⁷ Eis a lição de Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 274): “A *universalidade da tutela jurisdicional* constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fato de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico”. A concretização da inafastabilidade da jurisdição dá-se por diversos mecanismos, como a criação dos juizados especiais, previstos pelas Leis 9.099/95 e 10.259/2001 (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 676-677), a limitação à estipulação de custas judiciais (conforme dispõe a Súmula 667 do STF, que estabelece: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”), e a gratuidade da justiça, prevista pela Lei 1.060/1950.

¹³⁸ José Eduardo Carreira Alvim (2003, p. 05) explica: “Para *Cappelletti*, a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. O sentido mais divulgado é o primeiro”. Na mesma esteira, Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 305-306): “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia de processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: *o acesso à justiça*. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que

Neste prisma, o direito de ação do indivíduo não corresponde somente ao dever do Estado de exercer a atividade jurisdicional. Ele compreende o direito de acessar a ordem jurídica justa, exigindo uma prestação qualificada.

Essa adjetivação apresenta diversas vertentes, das quais destacamos a da adequação procedimental e a da razoável duração do processo.

3.6 ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

Sob o aspecto procedimental, o processo consiste num conjunto de atos teleologicamente organizados com vistas à obtenção de uma decisão¹³⁹.

A sequência destes atos pode ser fixada com anterioridade e de maneira mais rígida pelo legislador ou pode estar sujeita à atuação do juiz e/ou das partes do processo. Cogita-se, assim, a existência de três sistemas: de um lado, o da legalidade das formas, em que o rito é estipulado exclusivamente pelo legislador; no outro extremo, o da liberdade das formas, em que o juiz e/ou as partes têm completa ingerência no delineamento do procedimento; e um misto, intermediário, em que o rito é estipulado pelo legislador, admitindo, dentro de certos limites, que o órgão jurisdicional e/ou as partes possam influir na estipulação do rito a ser observado em determinado caso¹⁴⁰. Utilizaremos as seguintes denominações para nos referirmos a cada um deles: o da legalidade estrita, o da liberdade e o misto.

Em todos eles, vige o princípio da adequação procedimental, que consiste na estipulação de um rito em conformidade com as peculiaridades do processo, considerando a sua natureza e o seu objeto¹⁴¹.

Ela pode ocorrer no momento legislativo ou no jurisdicional¹⁴². Na primeira situação, o princípio informa a produção da lei que regulamenta, em abstrato, o procedimento¹⁴³. O legislador deve estar atento para a estruturação de ritos que prezem os direitos fundamentais à

todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*".

¹³⁹ Cuidaremos aqui dos procedimentos judiciais, não olvidando, contudo, que existem procedimentos no que tange à atividade legislativa, administrativa, negocial etc. enfim para a elaboração de qualquer ato jurídico, como, aliás, exporemos mais adiante.

¹⁴⁰ Embora explique existirem os três sistemas, Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 225) os classifica apenas em dois: no da legalidade e no da liberdade das formas.

¹⁴¹ Neste sentido: Humberto Theodoro Jr. (2005b, p. 04).

¹⁴² Fredie Didier Junior (2010, p. 68).

¹⁴³ Galeno Lacerda (1976) também se ocupa do tema.

efetividade do processo¹⁴⁴ e à inafastabilidade da jurisdição, no que diz respeito à tutela específica e a razoável duração do processo. Na segunda hipótese, é possível que a conformação do procedimento também aconteça durante a prestação jurisdicional, podendo o juiz e/ou as partes adequarem o procedimento, no caso concreto, com vistas a aperfeiçoá-lo em relação às peculiaridades da causa, quando verificam que a utilização das regras legais de forma torna o processo estéril, dissipando os seus fins inutilmente. A adaptação do procedimento no momento da prestação jurisdicional não inflige à segurança, nem viola a previsibilidade, desde que seja garantida a oportunidade de participação e a ciência às partes. Portanto, não é a anterior previsão legal, a rigidez das respectivas regras ou a sua cogência que garantem a observância do devido processo legal.

A doutrina costuma apontar três requisitos para que o procedimento seja validamente flexibilizado pela via judicial¹⁴⁵: (a) a sua finalidade (a exemplo da proteção do direito material litigioso, da parte hipossuficiente ou da utilidade do próprio rito); (b) o contraditório prévio; e (c) a motivação. Pensamos que, na realidade, estes requisitos também estejam presentes na adequação do rito pela atividade legislativa, mas em dimensões diferentes, afinal todo rito previsto em lei também deve voltar-se para um determinado objetivo. A previsão é que pode ser mais abstrata (*eg.* rito ordinário para processamento da ação de conhecimento) ou mais específica (*eg.* rito especial do mandado de segurança, prerrogativa de foro do domicílio do consumidor nas ações de responsabilidade do prestador de serviços ou do produtor de bens). Em segundo lugar, a sociedade também participa da elaboração das leis, por meio de seus representantes eleitos, já que, via de regra, vige, entre nós, a democracia representativa. Por fim, a criação de uma lei deve estar acompanhada da respectiva exposição de motivos.

Respeitados os mencionados requisitos, a adequação pelos sujeitos do processo aumenta a legitimidade do procedimento estruturado em contraditório especificamente voltado para um fim, já que o órgão jurisdicional e as partes tiveram a oportunidade de colaborar para a formação da decisão não só no que tange ao seu conteúdo, mas também no que diz respeito aos meios que levaram a ela¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 304).

¹⁴⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 225).

¹⁴⁶ Neste sentido: Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 225).

Nos sistemas adeptos à legalidade estrita, o princípio da adequação incide exclusivamente no momento legislativo. Os outros dois modelos permitem a adaptação no momento jurisdicional, podendo ela acontecer em maior ou menor grau.

O ordenamento brasileiro é adepto do sistema misto, admitindo a adequação jurisdicional com temperanças. Assim, o juiz e/ou as partes podem eleger o rito, alterá-lo ou mesclá-lo, desde que haja autorização legal.

Importa-nos, aqui, estabelecer que o procedimento não é apenas uma sequência fixa de ações determinadas. Pelo contrário, o seu desdobramento decorre das decisões seletivas dos participantes. Considerado de maneira mais ampla, pode ser visto como um sistema social que desempenha uma função específica, legitimando o exercício do poder, por consistir na transformação estrutural de uma/algumas expectativa(s), através do processo efetivo de comunicação, que deve acontecer em conformidade com os regulamentos jurídicos. Trata-se de um acontecimento real e concreto, que influi diretamente na elaboração de um ato jurídico, não se restringindo a uma relação normativa que visa a uma mera justificação do aludido ato. Ele fundamenta uma presunção de exatidão do seu conteúdo¹⁴⁷. Essa noção aplica-se em qualquer atividade que vise à elaboração válida de um ato normativo, cogitando-se procedimentos legislativos, judiciais, administrativos etc.

Diante desta concepção, o procedimento adequado é um dos meios mais eficazes para garantir o contraditório, que, por sua vez, consiste num dos elementos mais importantes do devido processo legal¹⁴⁸.

No campo das demandas repetitivas, precisaremos analisar como se haverá a necessidade de estabelecer de proceder à uma adequação procedimental para a fixação de uma tese pelos tribunais e como o princípio também pode repercutir no momento de aplicação do precedente já firmado para as situações assemelhadas àquela(s) que originou(aram) a tese.

3.7 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A prestação jurisdicional qualificada ainda versa um processo com duração razoável. A decisão tardia prolonga a situação conflituosa existente entre as partes. A dilação indevida do processo proporciona a quem não tem razão o benefício de manter indevidamente o bem

¹⁴⁷ Niklas Luhmann (1980, p. 01-47).

¹⁴⁸ Neste sentido: Rogério Ives Braghittoni (1998, p. 224).

litigioso sob seu poder por um lapso temporal demasiadamente longo, privando a parte adversa do gozo deste mesmo bem¹⁴⁹. Esta circunstância não é danosa somente aos que estão envolvidos na lide. Ela atinge toda a comunidade. Na medida em que não há uma definição sobre a titularidade do direito, partes e terceiros não contam a segurança jurídica para praticar outros atos que dependam da solução dada ao conflito, como a celebração de negócios jurídicos que tenham por objeto a coisa ou o direito litigioso, por exemplo.

A preocupação com a tempestividade da resposta jurisdicional tornou-se ainda maior ao longo do Século XX¹⁵⁰, chegando a ser expressamente positivada no texto constitucional com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º, pela EC 45/2004¹⁵¹.

O preceito direciona a atividade legislativa a criar inúmeros meios para garantir um processo sem dilações indevidas¹⁵², como, por exemplo, o estabelecimento de diferentes ritos e

¹⁴⁹ Assim explica Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 182-183): “O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu. O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isso que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão”. No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 791): “A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório e a ampla defesa. (...) Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea”. No mesmo sentido: Adolfo Gelsi Bidart (1981, p. 121), José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 431) e Héctor Fix-Zamudio (1974, p. 91).

¹⁵⁰ Neste sentido: Humberto Theodoro Júnior (2005a, p. 68), que também afirma tratar-se de um problema enfrentado por inúmeros países. Na mesma linha: Paulo Hoffman (2005).

¹⁵¹ Antes mesmo disso, a doutrina já afirmava que o conteúdo do inc. XXXV do art. 5º não encerrava somente o direito de acessar os órgãos judiciários, contemplando também a prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Eis o que explicava Fredie Didier Jr. (2002, p. 28), antes da EC 45/2004: “O conteúdo desta garantia [de acesso à justiça] era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”. No mesmo contexto, Luiz Guilherme Marinoni (1999a, p. 152) já advogava a idéia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva consistia um direito fundamental, então previsto pelo art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Também em texto anterior à aludida Emenda Constitucional, José Rogério Cruz e Tucci (1999a, p. 259-260) ensinava que o direito a um processo com duração razoável é consequência direta do devido processo legal, que já estava expressamente previsto no art. 5º, LIV, da CF/88. Além de consectário do devido processo legal, o direito sob comento já era norma de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro por força da sua previsão no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário.

¹⁵² É o que explica Humberto Theodoro Júnior (2005a, p. 537-538): “Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais, que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional. Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de

adequações procedimentais para o processamento das causas; a valorização das decisões dos tribunais superiores; e/ou a atribuição de poderes para que o relator possa, em decisão unipessoal, negar seguimento a recursos cujo conteúdo contrarie as súmulas dos tribunais superiores, adaptando e abreviando o procedimento às peculiaridades do caso concreto, uma vez comparado com outros semelhantes que já foram julgados, levando os tribunais a firmar um entendimento consolidado sobre determinada matéria¹⁵³.

O princípio também norteia a atividade jurisdicional¹⁵⁴. É nela que a abstração dos dispositivos legais ganham significado mais preciso, concretizando-se com a aplicação em face das particularidades de cada caso concreto.

No entanto, não há como definir o que seja uma duração razoável para todo e qualquer processo, de maneira geral¹⁵⁵. Tal valoração deve ser realizada em cada caso, segundo as suas circunstâncias particulares e respeitadas as demais garantias fundamentais¹⁵⁶.

Nesta senda, a Corte Européia dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, estabeleceu três critérios para a verificação do respeito à garantia ao julgar o recurso *Guillemin x França*, em 21/02/1997: (a) a complexidade da matéria deduzida em juízo; (b) o comportamento dos

títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.). Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas *tutelas diferenciadas*, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas *tutelas de urgência*, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de *efetividade*” (itálico já existente no original).

¹⁵³ Neste sentido: José Henrique Mouta Araújo (2007, p.182) destaca alguns mecanismos adotados pelas recentes reformas pelas quais passou o CPC/1973: “a) ampliação dos poderes os relatores (art. 557 do CPC); b) implantação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de processamento de recursos; c) distribuição imediata dos processos; d) deslocamento de competência de alguns feitos para a Justiça Militar; e) criação de novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário (RE) – a repercussão geral”.

¹⁵⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004a, p. 15) ensina que “a concretização [dos direitos fundamentais e dos princípios] realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado diante de fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito. Em contrapartida, o conteúdo da regra está previsto na própria regra, com maior ou menor precisão”.

¹⁵⁵ José Rogério Cruz e Tucci (1999a, p. 239-240) cuida do assunto: “O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados. Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória. (...) E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional”.

¹⁵⁶ Fernando da Fonseca Gajardoni (2003, p. 57-60) conclui que a tutela jurisdicional tempestiva verifica-se “quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional”.

litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; e (c) a atuação do órgão jurisdicional¹⁵⁷.

Como vimos acima, os valores que informam o modelo constitucional de processo hão de se equilibrar, buscando dar-lhe efetividade, sem, no entanto, suprimir as garantias fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à motivação das decisões judiciais etc. Se, de um lado, desarrazoada é a dilação considerada indevida, de outro lado, também é desarrazoado o desprezo às garantias processuais e materiais em prol da velocidade do processo. Não é qualquer atitude causadora de demora que viola o direito fundamental sob comento, já que o regular exercício do direito de defesa demanda tempo. O que o ordenamento veda é a atitude que implique em dilação indevida.

No Capítulo 5, veremos como o princípio em foco se relaciona com o processamento das causas repetitivas.

3.8 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O inciso IX do art. 93 da CF/88 impõe a indispensabilidade da motivação das decisões judiciais. Consiste ela na explicitação, pelo julgador, das razões que o levaram a adotar determinado entendimento; quais foram os meios de prova que o convenceram e de que maneira o fizeram; qual é a interpretação jurídica do fato conflituoso; quais são as normas jurídicas que incidem sobre o caso e o porquê da sua aplicação; se a pretensão do demandante decorre daquele exercício lógico, devendo ser acolhida. Tudo com remissão às peculiaridades do caso concreto e aos elementos existentes nos autos do processo.

Pela motivação, cumpre-se o desiderato de comunicar as razões que fundaram o exercício intelectual do magistrado. Propicia-se o controle da decisão, na medida em que se verifica o seu alinhamento, ou não, ao sistema jurídico em que foi proferida, incluindo aí os precedentes firmados em casos semelhantes que já foram examinados pelos órgãos jurisdicionais. Evita-se assim a arbitrariedade e que a sorte do litígio seja definida de acordo com a exclusiva convicção íntima do julgador, sem lastro demonstrável. A necessidade de motivação é uma

¹⁵⁷ Também neste sentido: Antônio de Pádua Notariano Júnior (2005, p. 60) e José Rogério Cruz e Tucci (1999a, p. 239), entre outros.

das salvaguardas da imparcialidade do julgador, da legalidade da decisão¹⁵⁸ e da demonstração da igualdade.

Cuida-se de elemento conformador do Estado de Direito Democrático, existindo doutrinadores que afirmem ser exigência anterior à própria Constituição¹⁵⁹, razão pela qual não precisariam sequer estar expressa no Texto Maior.

O CPC/1973 possui diversos dispositivos que homenageiam o princípio, como o art. 458, II, o art. 165, primeira parte, os arts. 273, §§ 1º e 4º, e 461, § 3º, todos a exigir a fundamentação nas decisões.

O sistema não se contenta com a motivação formal. Exige, sim, que ela seja material. A só-afirmação de que “estão presentes os pressupostos exigidos pela lei” para a concessão de determinada tutela não é suficiente¹⁶⁰, por não demonstrar *o que* o julgador concluiu e *como* ele chegou àquele desfecho. Mister se faz a clara e precisa demonstração do suporte fático, com lastro nos elementos contidos nos autos, e do aspecto jurídico do seu raciocínio¹⁶¹. Portanto, a fundamentação meramente formal, que não expressa a riqueza dos fatos e do Direito de cada caso concreto, não é suficiente para satisfazer a exigência do art. 93, IX, da

¹⁵⁸ Neste sentido: José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 87). O STF já concluiu o seguinte: “Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados”. (STF, RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-08, DJE de 2-5-08).

¹⁵⁹ Neste sentido: José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 88).

¹⁶⁰ Neste sentido, consulte-se Athos Gusmão Carneiro (2002, p. 89), que afirma que as expressões “estando presentes os pressupostos exigidos em lei, defiro a medida postulada”, “concedo a liminar” e “denego a liminar” não constituem, por si só, fundamentação alguma. Eis o que afirma José Joaquim Calmon de Passos (2004, p. 47): A fundamentação só é atendível como clara e precisa quando ela é explícita e completa, quando suficientemente clara no tocante ao suporte que o juiz oferece para suas decisões sobre questões de fato e de direito configuradas no pleito. Se o fato não é controvertido, inexistente questão de fato, dispensada a fundamentação, bastando a referência ao fato certo. Se houver controvérsia, a decisão só é fundamentada quando o juiz apreciar a prova de ambas as partes a respeito e deixar claras as razões por que aceita uma e repele outra. Já no tocante às questões de direito, suas decisões são fundamentadas quando expõe o embasamento doutrinário, jurisprudencial ou dogmático sério que o leva a decidir como decide, tendo em vista os fatos já admitidos para formação de seu convencimento, nos termos precedentemente expostos, e quanto positivado como Direito”. Também assim: Nelson Nery Junior (2004, p. 218-220) e Misael Montenegro Filho (2006, p. 64-65).

¹⁶¹ Sobre o assunto, confira-se também o que afirma Antônio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 552-553): “Clara, portanto, é a motivação do provimento antecipatório que permite a fácil compreensão do porquê o juiz reputou existentes a prova inequívoca e o fundado receio de dano irreparável, ou a prova inequívoca e o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, ou ainda, o porquê de ter considerado irreversíveis os efeitos que se antecipam. Clara é a fundamentação que se mostra inteligível à leitura atenciosa, a que não revela nenhum tipo de contradição, nem de obscuridade quanto a avaliação de fatos ou quanto às qualificações jurídicas destes. Precisa, por outro lado, é a motivação que se contém nos limites do requerimento e dos fundamentos apresentados pela parte. É a motivação que não traz em seu bojo divagações ou considerações irrelevantes, ou pouco relevantes, sobre fatos ou qualificações jurídicas”.

CF/88. A motivação material da decisão é uma declaração do magistrado. Ela demonstra qual foi “o caminho cognitivo” percorrido para chegar ao dispositivo.

Sob outro aspecto, ela é a medida do regime democrático de Direito, é o elemento que o distingue do arbítrio, legitimando a decisão judicial, de um lado, e, de outro, possibilitando o controle do exercício do poder¹⁶².

De um lado, cogita-se uma função endoprocessual da motivação, na medida em que ela fornece elementos para que as partes possam controlar o exercício do poder, utilizando os recursos previstos pelo sistema, e para que os órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores ao que proferiu a decisão possam examiná-la, mantendo-a ou não.

De outra banda, a fundamentação é relevante por sua função exoprocessual (ou extraprocessual), pela qual se permite o controle da decisão pela sociedade, por meio da via difusa da democracia participativa¹⁶³. Sob esta perspectiva, a motivação vai além do interesse das partes do processo, de maneira que também ao grupo social interessa saber como os juízes estão decidindo os casos que lhe são submetidos¹⁶⁴. Sob esta perspectiva, as razões de decidir podem ser vistas como um consectário natural do Estado Democrático de Direito, como uma garantia de toda a sociedade contra o abuso de poder e, aqui está um elemento que interessa a este trabalho, como um elemento imprescindível para a estruturação de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais, modelo que vem ganhando espaço no ordenamento brasileiro¹⁶⁵.

Com efeito, num Estado Democrático, o verdadeiro titular do poder político é o povo, razão pela qual aqueles que exercem esse poder estão sujeitos ao seu controle¹⁶⁶. Assim, a

¹⁶² Assim já se manifestou o STF: “Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (...). A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. Na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Motivação insuficiente. (...)” (HC 91.414, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-3-08, *DJE* de 25-4-08)

¹⁶³ Neste sentido: Michele Taruffo (1975, p. 407), Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 290).

¹⁶⁴ Wilson Alves de Souza (2008, p. 197) e Maria Thereza Gonçalves Pero (2001, p. 176-177).

¹⁶⁵ Sérgio Nojiri (1988, p. 36 e 62).

¹⁶⁶ Wilson Alves de Souza (2008, p. 198).

participação popular consiste no seu traço característico, seja para a gestão da coisa pública, seja para o controle de tal atividade¹⁶⁷.

Ao indicar os motivos pelos quais decidiu de determinada maneira, o órgão jurisdicional permite o exercício de um duplo controle sobre a decisão: de um lado, por meio dos recursos e demais meios de impugnação previstos no sistema; de outro lado, pela opinião pública ou em outras demandas semelhantes, em decorrência da repercussão que a decisão terá em casos futuros¹⁶⁸. Como a tese exposta na fundamentação pode produzir efeitos também sobre outros casos (e, conseqüentemente, sobre uma diversidade de pessoas), influenciando ou vinculando o seu resultado, a fundamentação passa a atender também aos interesses que envolvem a criação de um sistema de precedentes.

Voltando ao texto constitucional, ele não só impôs o dever de fundamentar, como também afirmou ser nula a decisão desprovida de fundamentação¹⁶⁹.

Os tribunais brasileiros vêm afirmando que, havendo deficiência na fundamentação, não ocorre violação ao art. 93, IX, da CF/88, cuidando-se de vício ocorrente no âmbito infraconstitucional¹⁷⁰.

Sobre o assunto, vale acrescentar que o STF tem entendido não haver nulidade se existe fundamentação, ainda que não seja completa, isto é, que não abranja todos os aspectos expostos pelas partes, desde que expresse as razões que o juiz entende sejam suficientes para lastrear a decisão, salvo se a questão suscitada pela parte e não analisada pelo magistrado for capaz para alterar a sorte do litígio¹⁷¹. A Suprema Corte também tem considerado atendido o requisito constitucional se o julgamento fizer alusão ao parecer oferecido pelo Ministério

¹⁶⁷ José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 90 e 2004, p. 107).

¹⁶⁸ Wilson Alves de Souza (2008, p. 198).

¹⁶⁹ Eis o entendimento do STF sobre o assunto: “(...) A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes”. (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, DJ de 23-11-07)

¹⁷⁰ Eis o entendimento do STF: “O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional”. (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-03, DJ de 5-9-03)

¹⁷¹ Confira-se: “Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o *decisum* não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior”. (AI 351.384-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 26-2-02, DJ de 22-3-02); “A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado”. (HC 74.073, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-97, DJ de 27-6-97)

Público como razão de decidir, desde que o órgão atue como *custos legis*¹⁷². Nesta hipótese, tratar-se-ia de motivação *per relationem*, cuja validade está condicionada à existência do parecer nos autos do processo, ao seu prévio conhecimento pelas partes e à concessão de prévia oportunidade para que elas se manifestem sobre ele. Além disso, o opinativo deverá estar dialeticamente fundamentado¹⁷³ e não deve ter havido suscitação de fato ou arugmento novo¹⁷⁴.

Reputa-se válida, ainda, a motivação que faz referência à jurisprudência ao enunciado das súmulas dos tribunais, não sendo necessário aludir a outros julgados no mesmo sentido¹⁷⁵.

3.9 PUBLICIDADE

A transparência dos atos praticados pelas autoridades públicas é um corolário do Estado de Direito Democrático, já que eles atingem diretamente a sociedade, seja ela considerada como um todo, seja uma sua parte (classe, grupo ou categoria) ou determinados sujeitos, como as partes de um processo.

Assim também ocorre no que tange aos atos processuais, que não devem ser realizados em sigilo, salvo para resguardar a intimidade ou o interesse social, nos termos do art. 5º, LX, da CF/88¹⁷⁶.

O art. 93, IX, do Texto Constitucional, complementa o preceito, estatuinto que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, (...), podendo a lei limitar a

¹⁷² Confira-se: “Parecer do Ministério Público como *custos legis*. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como *ratio decidendi*, da manifestação, a título de *custos legis*, do Ministério Público” (RE 360.037-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-07, DJ de 14-9-07); “Habeas corpus. Parecer do Ministério Público como razão de decidir. Não constitui falta de fundamentação a adoção de parecer do Ministério Público como razão de decidir” (HC 75.385, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 7-10-97, DJ de 28-11-97).

¹⁷³ No mesmo passo: Nelson Nery Junior (2004, p. 218).

¹⁷⁴ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 299).

¹⁷⁵ É o que se depreende da leitura do seguinte trecho do acórdão proferido no RE 359.106-AgR: “Motivação dos julgados (CF, art. 93, IX): validade da decisão que se cinge à invocação de jurisprudência pacífica corroborada posteriormente em enunciado de Súmula: inexistência de violação à exigência constitucional” (RE 359.106-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-6-04, DJ de 6-8-04).

¹⁷⁶ A Constituição de 1967, após a EC 1/69, não positivava o princípio da publicidade. Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 133), no entanto, considerava-o implicitamente previsto por acompanhar necessariamente o devido processo legal, previsto no art. 153, § 4º, e por decorrência do § 36 do mesmo art. 153, cuja redação era a seguinte: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Sob um primeiro ângulo, a publicidade dos atos processuais visa a propiciar o seu controle tanto em caráter preventivo, como repressivo. Na primeira hipótese, considera-se que os atores (juízes, advogados, promotores, partes etc.) tendem a praticá-los da maneira que considerarem a mais correta possível por saberem que o ato será levado ao conhecimento público. Já a função corretiva permite que as partes do processo e a sociedade tomem conhecimento da sua efetiva prática, quanto à forma, ao modo e ao conteúdo¹⁷⁷, podendo utilizar os meios previstos no sistema para corrigi-los.

Pensamos que, em ambas as perspectivas, pode-se estabelecer um raciocínio análogo ao das funções endo e exoprocessuais da motivação. De um lado, o magistrado, o advogado, a parte etc. tendem a praticar um ato da maneira que entendem ser a mais adequada e correta possível porque ele será levado ao conhecimento dos demais atores do processo, podendo ser controlado posteriormente à sua prática por meio dos recursos, por exemplo. De outro lado, a publicidade ganha um contorno muito mais amplo se pensarmos no fenômeno sob a perspectiva externa ao processo. Com a atribuição de força aos precedentes judiciais, importa à sociedade conhecer o posicionamento dos tribunais acerca das questões jurídicas repetitivas, o que pode levar ao direcionamento dos atos que os integrantes do grupo social pretendem praticar, com o eventual alinhamento ao entendimento fixado pelos órgãos jurisdicionais e com a conseqüente diminuição da quantidade de conflitos. Eis aí a perspectiva preventiva da função exoprocessual da publicidade. Sob o ângulo repressivo, deve-se notar que o precedente judicial pode exercer função persuasiva ou vinculante em relação aos casos semelhantes ao(s) que lhe deu(ram) origem. Nesta esteira, é importante que os próprios órgãos jurisdicionais conheçam aos entendimentos sedimentados pelos tribunais, sobretudo pelas Cortes superiores, para aplicá-los às demandas repetitivas ou para enfrentá-los à luz de novos fundamentos e superá-los, se for o caso.

Assim, precisamos repensar a dimensão que damos à publicidade das decisões judiciais no que diz respeito ao julgamento de conflitos de massa.

¹⁷⁷ Neste sentido: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 69).

4 PRECEDENTE JUDICIAL

O estudo dos precedentes é um dos aspectos centrais para a análise do devido processo legal nas demandas isomórficas. Com efeito, a aplicação de decisões de casos já julgados a situações que lhes são semelhantes consiste em pedra de toque para o tratamento isonômico, além de permitir que os integrantes de uma determinada sociedade possam antever a provável solução dos conflitos, em razão da expectativa de aplicação do entendimento já firmado por um determinado tribunal.

4.1 CONCEITO

Numa primeira e mais ampla acepção, o precedente pode ser considerado como uma decisão judicial que poderá ou deverá servir de parâmetro nos posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação para o futuro.

Não se trata, contudo, de qualquer decisão pretérita. Além da característica da anterioridade, ele deve possuir um núcleo essencial, apreensível por indução, que poderá ou deverá funcionar como premissa para decisões de futuros casos semelhantes¹⁷⁸. Deve-se notar que há sistemas jurídicos que conferem ao precedente eficácia meramente persuasiva, situação em que ele poderá servir para o julgamento dos litígios que lhe sejam isomórficos, ao passo que há outros sistemas que lhe atribuem força vinculante, hipótese na qual ele deverá ser utilizado para a solução dos conflitos similares. Trata-se de instituto contemplado por todos os ordenamentos jurídicos, possuindo as mesmas qualidades extrínsecas em qualquer deles (SOUZA, 2008, p. 176). A sua relevância é que pode diferir de um sistema para outro, podendo lhe ser conferida eficácia obrigatória ou meramente persuasiva, situação em que possuirá um caráter secundário em relação às normas legisladas. Conceito e eficácia não se confundem, contudo. Por isso, trataremos desta última mais adiante.

¹⁷⁸ Black (1990, p. 1176) define o precedente judicial da seguinte maneira: “*an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*”. Numa tradução livre: “um caso julgado ou uma decisão de uma corte, considerada como fornecedora ou como autoridade para um caso idêntico ou similar surgido posteriormente ou para uma questão similar de direito”. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 381) explicam o precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Além dos predicados acima indicados, o precedente também deve ter analisado a matéria de direito com o enfrentamento dos principais argumentos jurídicos a favor e contra a tese veiculada no(s) caso(s) concreto(s). Toda decisão judicial versa sobre os fatos (controvertidos ou não) de determinado conflito e sobre as questões jurídicas. Sob o ponto de vista dos fatos, a decisão paradigma não consiste num precedente. Primeiramente, porque, sob este prisma, cada caso é considerado único¹⁷⁹. Em segundo lugar, porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos litígios semelhantes (MARINONI, 2010a, p. 216). Assim, ele pode surgir da interpretação jurídica de diversas contendas que envolvem fatos que guardam certa similitude entre si, embora sejam diferentes uns dos outros. O precedente, portanto, provém da análise jurídica dos principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do(s) caso(s) concreto(s), dando-lhes interpretação à luz de uma categoria de fatos, mas não de fatos específicos.

4.2 ESTRUTURA

Se é somente a interpretação jurídica que consiste num precedente, constata-se que não é a decisão paradigma como um todo que poderá ou deverá lastrear a solução dos futuros conflitos que lhe sejam isomórficos. Assim, resta necessário identificar que trecho do julgado possui tal eficácia. Por tal razão, a análise da estrutura e do conteúdo das decisões judiciais é essencial para o entendimento do assunto.

4.2.1 *Ratio decidendi*

Como já visto, o precedente judicial constitui-se numa decisão já proferida, a qual versa sobre as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia concreta e a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. A *ratio decidendi*, também denominada de *holding* nos Estados Unidos da América, consiste no fundamento jurídico que lastreia a decisão, ou seja, a tese jurídica aplicada na resolução do conflito. Trata-se da conclusão do

¹⁷⁹ Neste sentido: Rupert Cross e J. W. Harris (1991, p. 169) e Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 110).

raciocínio jurídico desenvolvido para se chegar à solução de um caso concreto ou aos desfechos de vários deles, e que será aplicada aos futuros julgamentos *inter alia*.

São diversas as teorias que tentam conceituá-la¹⁸⁰, propondo diferentes métodos de identificá-la numa decisão ou num conjunto delas. Vejamos as mais relevantes.

Em sua teoria clássica, Eugene Wanbaugh (1894, p. 11-18), afirma que, para extrair a *ratio decidendi* do caso anterior, deve-se analisar se a conclusão da decisão do caso a ser solucionado permaneceria a mesma, caso fosse invertido o teor do núcleo decisório. Se a hipotética inversão implicar mudança da decisão, estar-se-á diante de uma *ratio decidendi*. Do contrário, a tese originária não constitui uma *holding*. Portanto, a “razão de decidir” consistiria na regra ou proposição sem a qual a decisão não seria mantida¹⁸¹.

Por sua vez, Herman Oliphant (1928, p. 71-77) afirma que a *ratio decidendi* é a combinação dos fatos levados ao juiz, funcionando como estímulo a uma resposta judicial, não guardando relação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão. Esta teoria, denominada “estímulo-resposta” ou “fatos-resposta”, era representativa do realismo jurídico americano, e nega que o precedente possa ser considerado uma norma geral e abstrata.

Já Goodhart (1953, p. 203-204 e 222) a concebe como o conjunto dos fatos tidos como fundamentais pelo juiz (*material facts*) e a decisão proferida com base neles.

Rupert Cross (1968, p. 77) entende tratar-se de uma regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como etapa necessária para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada.

Em qualquer das teorias, a *ratio decidendi* emana da fundamentação da decisão, não se identificando com a decisão paradigma como um todo. Logo, não é a decisão que terá a aptidão de criar normas para casos futuros. Nos sistemas que assim admitem, apenas a razão de decidir possuirá tal eficácia.

De um lado e como já visto, a *ratio* não versa sobre as questões de fato específicas do caso concreto, mas, sim, sobre as questões de direito conformadas aos fatos relevantes. Com efeito, a decisão acerca de uma questão de fato (se um determinado fato aconteceu, ou não, e como ele aconteceu, no caso concreto) não pode constituir-se num precedente, na medida em que a

¹⁸⁰ Karl N. Llewellyn (1960, p. 77-89) realizou estudo, identificando sessenta e quatro técnicas para identificar a *ratio decidendi*.

¹⁸¹ Diversos doutrinadores acompanham este entendimento, a exemplo de Edmund M. Morgan (1948, p. 155) e James Louis Montrose (1968, p. 12).

decisão sobre fatos é sempre única (MARINONI, 2010a, p. 110). O precedente consiste na interpretação jurídica sobre um fato-padrão, tido como um gênero.

Entre o precedente e a norma que dele pode emanar (que é a *ratio decidendi*, a *legal rule*), caso o sistema jurídico lhe atribua esta eficácia, há uma relação de conteúdo e continente (TARANTO, 2010, p. 07).

A distinção mostra-se relevante, primeiramente, por evidenciar que a *ratio decidendi* pode ser inferida a partir dos motivos determinantes das decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte vencida. É possível que, num dado caso, o autor tenha apresentado diversas causas de pedir concorrentes, todas referentes a um só pedido, e que o réu tenha saído vitorioso no que diz respeito à inaplicabilidade de uma causa de pedir, mas que tenha saído perdedor, por força do acolhimento de um dos outros fundamentos invocados pelo demandante.

A diferenciação entre precedente e a razão de decidir realça, ainda, ser possível que uma só decisão possa conter diversas razões de decidir, circunstância, aliás, razoavelmente comum no Direito brasileiro. Se um único precedente possuir várias questões nucleares, cada *quaestio iuris* que constitua o *thema decidendum* e que seja enfrentada no julgado representará uma diversa *ratio decidendi*. É o que sói acontecer na cumulação de pedidos em que pode haver tantas *holding* quantos sejam os pedidos¹⁸². A diferenciação ainda permite identificar a existência de uma *ratio* nas decisões sobre questões preliminares ou prejudiciais, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso¹⁸³, quando com ele não se confundem¹⁸⁴. Tomem-se, a título ilustrativo, os Enunciados 279 e 282 da súmula do STF, que versam sobre a admissibilidade de recursos¹⁸⁵. Além de evidenciar a possibilidade de existência de uma *holding* referente a uma questão preliminar ou a uma prejudicial, quando ela é distinta da questão principal de mérito, tal concepção também demonstra que pode haver uma pluralidade de *rationes* numa única decisão, na medida em que uma(s) pode(m) tratar da preliminar ou da prejudicial, enquanto outra(s) versam sobre a questão principal de mérito, ligada ao pedido formulado pelo autor. Mais do que isso: tal exemplo também reforça a ideia de que a *ratio decidendi* é inferível a partir da rejeição de certa fundamentação jurídica

¹⁸² Marinoni (2010a, 261) trata do assunto, explicando a ocorrência da pluralidade de razões de decidir apenas na cumulação simples de pedidos. cremos, no entanto, que seja possível a sua ocorrência também nas outras espécies de cúmulo de pedidos.

¹⁸³ Neste sentido: Taranto (2010, p. 16) e Marinoni (2010a, p. 260).

¹⁸⁴ Observamos que também existem preliminares e prejudiciais que consistem em questões principais de mérito.

¹⁸⁵ Enunciado da Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Enunciado da Súmula 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

apresentada pela parte. É o que pode acontecer quando o réu alega uma preliminar e ela é rejeitada.

Releva destacar, ainda, que, se a *ratio* emana da fundamentação, ela não se confunde com o dispositivo¹⁸⁶. Este aspecto é importante para distinguir a eficácia normativa do precedente da que decorre da coisa julgada material, já que esta recairá somente sobre a conclusão da decisão judicial, não atingindo a motivação. Abordaremos o assunto oportunamente, em item que lhe será dedicado.

4.2.2 *Obiter dictum*

Por outro lado, o precedente judicial também pode ser composto pelo *obiter dictum* ou, simplesmente, *dictum*. Trata-se do argumento acessório elaborado para o deslinde do caso, mas que não possui substancial influência para a decisão. Os *obiter dicta* consistem nas proposições constantes da decisão que não influenciam no resultado do caso ou da questão. Trata-se de proposições jurídicas laterais, que não integram a *ratio decidendi*. Eles não consistem num fundamento necessário para se chegar à solução de dada questão (MARINONI, 2010a, p. 280). Tome-se o exemplo da questão da responsabilidade do advogado, por não ter informado ao cliente sobre o prazo de 15 dias para pagar o valor objeto da condenação, sob pena de incidência da multa de 10% prevista pelo art. 475-J do CPC, que foi abordada no Acórdão do REsp n.º 954.859, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros. A questão central do recurso aludia ao termo *a quo* da contagem do aludido lapso temporal para cumprimento espontâneo da sentença, tendo a 3ª Turma do STJ decidido que o prazo se iniciava após o trânsito em julgado, independentemente de intimação específica.

A sua identificação se dá negativamente. Deve-se identificar a *holding* e, por exclusão, a proposição jurídica constante na decisão que não for necessária para alcançar a conclusão acerca do *thema decidendum*, consistirá no *dictum*. Via de regra, cuida-se de aspectos não abordados por nenhuma das partes ou declarações pelo Poder Judiciário sobre fatos hipotéticos.

¹⁸⁶ Karl Larenz (1997, p. 611) explica: “Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora”.

A identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* num precedente consiste num aspecto de extrema importância, evidenciando qual o trecho do precedente que possui eficácia (vinculante ou persuasiva) em relação aos julgamentos posteriores. Exatamente por não ter sido o objeto principal do conflito, o *obiter dictum* não possui a mesma eficácia que emana da *ratio decidendi*, restringindo-se a persuadir em futuros julgamentos.

As proposições que se constituem em *obiter dicta* têm mais ou menos poder persuasivo, a depender da Corte de que emanam, do respeito de que goza o julgador na comunidade jurídica, da força dos argumentos utilizados e do grau de relação com a questão principal.

O *obiter dictum* pode ser classificado, de um lado, em *gratis dictum* e, de outro, em *judicial dictum*. O primeiro consiste nas afirmações ditas sem necessidade e que não têm um mínimo de relação com a questão principal. Assim, é de pouca importância e quase sem poder persuasivo. A seu turno, as *judicial dicta* constituem-se nas declarações precedidas de extensa argumentação sobre aspecto relacionado à questão principal, possuindo uma maior força de persuasão.

Por fim, cumpre ressaltar que, embora a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* estejam situados na fundamentação do precedente, eles não são delimitados, nem identificados pelo órgão criador do precedente. Caberá ao julgador que examinar o novo caso a função de interpretá-lo em cotejo com o conflito que lhe foi submetido, extraindo o raciocínio fundamental que poderá ser aplicável à situação concreta. A verificação da existência e da pertinência de um precedente a um dado caso será realizada num momento posterior ao da criação do precedente. Não sendo tais elementos individuados pelo órgão julgador que profere a decisão, mas pelos juizes dos casos futuros, existirá um risco de enfraquecimento do precedente, se houver equívoco na identificação da *ratio decidendi*, já que ele acabará não sendo seguido¹⁸⁷.

4.3 CLASSIFICAÇÃO

São diversos os critérios de classificação dos precedentes.

¹⁸⁷ É o que anota Taruffo (2010, p. 05): “Nota-se que mesmo no sistema inglês, no qual o precedente tem maior eficácia, os Juizes utilizam numerosas e sofisticadas técnicas de argumentação, incluindo o *distinguishing* e o *overruling*, para o fim de não considerarem vinculante o precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, enquanto é esperado, a princípio, que o Juiz sucessivo o siga – como efetivamente muitas vezes ocorre – mas esta força é sempre revogável, porque o segundo Juiz pode desconsiderar o precedente, quando achar oportuno fazê-lo, ao fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir”.

Considerando o precedente como uma decisão judicial que servirá como parâmetro para julgamentos futuros, constata-se que ele está presente em todos os sistemas jurídicos. Resta saber se e como ele pode influenciar em julgamentos futuros.

Sob uma primeira perspectiva, é possível distinguir os precedentes *lato sensu* dos *stricto sensu*. Enquanto aqueles consistiriam em qualquer decisão judicial pretérita que pudesse ser invocada como referência para a solução de um caso futuro, os últimos são definidos à luz da teoria do *stare decisis* (SOUZA, 2008, p. 176-177), que consiste numa teoria baseada em duas características fundamentais: a força obrigatória dos precedentes e a idéia de hierarquia funcional entre eles, conforme o tribunal do qual emanem¹⁸⁸. Com efeito, a eficácia do precedente pode se dar na forma horizontal, quando diz respeito à própria Corte que o criou, ou na vertical, quando atinge as instâncias hierarquicamente inferiores ao órgão jurisdicional que elaborou o precedente. Assim é que o precedente judicial de uma corte superior possui eficácia vinculante em relação às cortes que lhes são inferiores, constituindo o *binding precedent*. Trata-se de uma vinculação vertical¹⁸⁹.

Note-se que a decisão será de observância obrigatória não apenas em relação ao caso em que foi proferida, mas incidirá também em relação aos casos análogos que serão julgados pelos órgãos inferiores, identificando-se aí, respectivamente, os âmbitos interno e externo de eficácias da decisão (TUCCI, 2004, p. 170). Essa sistemática caracteriza o julgamento pela “auto-referência” jurisprudencial, devendo a fundamentação de uma decisão fazer expressa alusão à decisão precedente do próprio órgão ou de tribunal superior.

Os precedentes judiciais também podem ser classificados quanto ao seu poder declarativo ou criativo do direito. O primeiro é aquele que tem por base direito já existente, seja uma norma legislada ou mesmo um precedente anterior. A primeira teoria afirmava que o juiz não tinha o

¹⁸⁸ Luiz Lênio Streck (2008, p. 164) aborda o assunto, afirmando que “precedentes são formados para resolver casos concretos e, (...) eventualmente, influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos – características presentes na lei – que são editados visando a solução de casos futuros. No fundo, o caso paradigma é o que menos importa para a edição de uma súmula”. Entendemos, contudo, que a “súmula” (na realidade, o enunciado da súmula) representa o entendimento de um determinado tribunal sobre certo assunto que foi submetido àquela Corte, levando-o a fixar um entendimento. Desta maneira, o órgão jurisdicional foi provocado a partir de casos concretos para manifestar-se, chegando a uma certa tese, que passa a se aplicar a outros casos semelhantes. Ocorre que, para a edição de um desses enunciados, o legislador impõe regras específicas quanto ao procedimento, à competência etc. Mesmo no caso das “súmulas vinculantes”, o STF edita os respectivos enunciados a partir de casos concretos que lhe foram submetidos, não estando autorizado a, discricionariamente, se manifestar sobre determinado assunto, como se legislador fosse.

¹⁸⁹ Eis o que explica José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12-13): “O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior”.

poder de criar um novo direito, restringindo-se a manter e declarar um direito já conhecido, mesmo que fixado num precedente¹⁹⁰.

De outro lado, a segunda teoria admite o papel criativo da atividade jurisdicional, afirmando que o juiz cria uma nova regra jurídica.

Insta salientar que esta classificação só pode ser adotada à luz da teoria constitutiva, que reconhece o poder criativo do precedente (*judge make Law*), já que, à luz da teoria declarativa ou ortodoxa, o Direito, numa situação conflituosa, preexiste à decisão judicial¹⁹¹.

Atualmente, prevalece a concepção, com a qual concordamos, de que a atividade jurisdicional é criativa. A teoria declarativa foi superada, primeiramente, nos sistemas que se filiam à tradição do *common law*¹⁹², sendo ultrapassada, posteriormente, nos sistemas afiliados ao *civil law*, em que se costumava afirmar que o juiz era a “boca da lei”. Não se aceita mais a ideia de o juiz exercer mera atividade de subsunção, revelando o que “já estava dito”, de maneira casuística, pelo legislador, sobretudo com o advento do constitucionalismo, do controle jurisdicional de constitucionalidade e da adoção da técnica legislativa, cada vez mais comum, de estabelecer cláusulas gerais¹⁹³⁻¹⁹⁴.

Os precedentes podem ser classificados, ainda, quanto ao seu caráter meramente persuasivo (*persuasive precedent*) ou vinculante (*binding precedent*)¹⁹⁵.

Diz-se persuasivo o precedente cuja eficácia não obriga os juízes a aplicá-lo, ao examinarem caso análogo posterior. A sua *ratio decidendi* poderá, ou não, ser seguida, a depender do grau de convencimento do juiz, que estará relacionado com diversos fatores como a correção da

¹⁹⁰ Assim: MacCormick (1966, p. 203).

¹⁹¹ Neste sentido: Souza (2008, p. 41-46).

¹⁹² Tratando do assunto na tradição do *common law*, em obra originalmente de 1765, William BLACKSTONE (1979), por exemplo, defendia que a atividade jurisdicional era declarativa. McCormick (1966, p. 204) noticia que Bentham e Austin criticaram a teoria declaratória, afirmando que o juiz possui autoridade para criar o direito (*law-making authority*). Peter Wesley-Smith (1987, p. 74) explica que o direito é o produto da vontade judicial, não sendo descoberto pelo julgador, mas por ele criado. No original: “Law was the product of judicial will. It was not discovered but created”.

¹⁹³ Neste sentido: Fredie Didier Jr. (2010, p. 70-74) e Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 58-88).

¹⁹⁴ Há diversos conceitos de cláusula geral, a exemplo daqueles trazidos por Cláudia Lima Marques (2002), por Judith Martins-Costa (1998) e por Rodrigo Mazzei (2006, p. 34). Em que pese não haja uma uniformidade conceitual, todas as concepções confluem para a circunstância de que esta maneira de legislar exige que o órgão jurisdicional dê concretude aos termos vagos ao interpretar o texto legal, na análise do caso concreto que lhe foi submetido. Esta atividade é verdadeiramente criativa e integradora do sistema, com a atribuição de conseqüências jurídicas à hipótese fática prevista de maneira vaga pelo legislador.

¹⁹⁵ Ao lado dos precedentes persuasivos e vinculantes, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 390) ainda identificam uma terceira espécie de precedente judicial em razão do seu efeito, denominando de obstativo de recurso, que seria um “desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes”. Cuida-se de hipóteses em que o magistrado poderá negar seguimento a determinado recurso interposto com base em decisões precedentes.

proposição, a posição hierárquica do órgão que proferiu a decisão, o prestígio do Juiz condutor da decisão, entre outros.

Já os vinculantes são os que devem ser seguidos em julgamentos posteriores, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Cumprirá ao julgador verificar a pertinência de certo precedente ao caso concreto¹⁹⁶, exercendo o *distinguishing* enquanto método. Constatando a similitude do conflito que lhe foi submetido com o precedente, deverá aplicar a *ratio decidendi* na fundamentação da sua decisão. Enquanto o persuasivo poderá ser observado em casos posteriores, o vinculante deverá obrigatoriamente ser seguido. Considera-se ter sido proferida *per incuriam*, a decisão que ignora um precedente obrigatório.

Aqui, é oportuno anotar que os precedentes não possuem eficácia vinculante ou persuasiva por si próprios. Sua força decorre da atribuição que lhes é dada por cada sistema jurídico.

Os sistemas que atribuem força vinculante ao precedente são adeptos da teoria do *stare decisis*, na qual a tese examinada pelo órgão jurisdicional é absorvida pela sociedade como norma de conduta, não sendo razoável alterá-la posteriormente, sem que haja, por exemplo, a modificação de valores sociais ou peculiaridades de um caso concreto. Se isso ocorrer, poderá haver a superação do precedente ou o seu afastamento em um dado caso.

O *stare decisis* pressupõe um sistema de hierarquia funcional bem estruturado. Na medida em que as decisões das Cortes Superiores possuem autoridade vinculante com relação às instâncias inferiores, a clara compreensão das relações hierárquicas entre as instâncias é indispensável, a fim de que se saiba quais as decisões obrigatórias para cada instância. Na Inglaterra, por exemplo, estando a *House of Lords* no topo da hierarquia, suas decisões obrigam todas as demais instâncias; já as decisões da *Court of Appeal* vinculam a *High Court of Justice*, mas não obrigam a *House of Lords* (SESMA, 1995, p. 38-43).

Destacamos que não existe uma correspondência estrita entre os sistemas adeptos à tradição do *common law* com a eficácia vinculante dos precedentes¹⁹⁷, nem dos que se afiliam ao *civil law* com a sua eficácia persuasiva. Na realidade, cada um dos sistemas jurídicos é que opta

¹⁹⁶ Neste sentido: Didier Jr., Braga, Oliveira (2009, p. 389).

¹⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 33-35) demonstra não existir tal correlação, afirmando, inclusive, que o *common law* nasceu “séculos antes de alguém se preocupar com tais questões [relativas à eficácia vinculante dos precedentes], ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*”, e que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX (p. 32).

por atribuir determinada eficácia aos precedentes, podendo, inclusive, modulá-la ou fazê-lo em situações específicas.

Esclareçamos.

Primeiramente, deve-se distinguir os conceitos de sistema jurídico e de tradição jurídica. Um sistema jurídico pode ser definido como o conjunto de preceitos legais, processos e normas vigentes em determinado Estado soberano ou Organização internacional de tais Estados¹⁹⁸. Por sua vez, a tradição jurídica consiste num aspecto cultural ligado ao ordenamento jurídico. Trata-se de um conjunto de “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão” (MERRYMAN; PÉREZPERDOMO, 2009, p.23). Assim, pode haver diversos sistemas jurídicos (do Brasil, de Portugal, da França etc.), cada qual com sua autonomia e com suas diferenças procedimentais e institucionais, que, podem, ou não, estar ligados a uma mesma tradição jurídica.

A distinção fundamental entre as tradições do *civil* e do *common law* reside nos significados atribuídos à legislação e à função que o juiz exerce ao considerá-la. No *common law*, a lei não é criada com a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar. Portanto, os sistemas adeptos a esta tradição não se preocupam em ter, na legislação, todas as regras capazes de solucionar os casos conflituivos. O *common law* não nega ao juiz o poder de interpretar a lei. Não há a concepção de que um Código pudesse eliminar a possibilidade de o juiz interpretá-la como se fosse “sua boca”, através de sua “aplicação mecânica”¹⁹⁹.

Assim, não se pode afirmar que o *civil law* tem como característica a existência de um amplo acervo legislativo, contido em Códigos, e a lei como principal fonte do Direito; e que o *common law* seria oriundo de países com direito consuetudinário e escassa produção legal, conferindo aos juízes o poder de firmar precedentes que serão seguidos e respeitados. Muito menos se pode dizer que os precedentes persuasivos estão associados aos sistemas de *civil law*, ao passo que os vinculantes estão relacionados aos de *common law*.

¹⁹⁸ Eis o que explicam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 21): “Em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais”.

¹⁹⁹ Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 55-56).

É importante perceber que, embora autônomos entre si, os sistemas afiliados ao *civil law* e os que se alinham ao *common law* não estão isolados uns dos outros, inclusive porque os diversos Estados soberanos podem compartilhar aspectos históricos e culturais que lhes sejam comuns e/ou semelhantes. Neste panorama, os sistemas jurídicos vêm perdendo a característica de estarem afiliados, pura e simplesmente, a uma das aludidas tradições. Já que os diversos Estados soberanos desenvolvem uma relação de mútua influência entre si, a exemplo do controle de constitucionalidade (que existe em ambas as tradições), eles têm comunicado características dos seus sistemas, uns para os outros. Assim, países cujos ordenamentos são marcadamente influenciados pela tradição do *civil law* vêm produzindo precedentes vinculantes, sobretudo em sede de jurisdição constitucional²⁰⁰.

A força vinculante está ligada, ainda, a outros fatores, como a posição hierárquica do órgão jurisdicional que cria o precedente. São assim considerados os proferidos pelo próprio órgão e os que emanam dos tribunais a ele superiores (denominados de precedentes verticais). Ao julgar um caso, o juiz estará adstrito às anteriores decisões que tenha proferido em casos semelhantes, bem como às exaradas pelo tribunal ao qual esteja subordinado. Por outro lado em relação aos órgãos de mesma hierarquia, situados em uma mesma faixa horizontal (e por isso chamados de precedentes horizontais), os precedentes são meramente persuasivos, não sendo de observância obrigatória.

Por fim, os precedentes obrigatórios podem ser considerados pela sua autoridade. Trata-se de tarefa bastante complexa, por depender de uma série de peculiaridades e relações dialéticas, como (i) a relação entre a questão jurídica versada no precedente e no caso em julgamento; (ii) a relação hierárquica entre o tribunal que produziu o precedente e o tribunal do caso em julgamento; (iii) a circunstância de o precedente ser citado na própria Corte que o produziu ou em outra; (iv) o fato de o precedente apresentar ou não fundamentação suficiente; (v) o aspecto de o precedente encontrar-se em conflito com outro precedente da mesma Corte; (vi) o fato de a questão de direito não ter sido decidida pela maioria dos membros do órgão julgador, em virtude de os diversos juízes terem apresentado variadas razões, tendo a questão sido julgada por voto médio. Exatamente por força de tal complexidade, não há consenso doutrinário quanto à classificação por tal critério.

Marcelo Alves de Souza (2008, p. 45-56) afirma que se pode cogitar a existência de precedentes relativamente obrigatórios, que podem ser afastados caso sejam claramente incorretos, e dos absolutamente obrigatórios, que devem ser seguidos ainda que sejam

²⁰⁰ Concordamos com o entendimento de Ataíde Júnior (2011, p. 63) neste sentido.

considerados incorretos ou irracionais. Sesma (1995, p. 37) percebe que um mesmo precedente pode ser persuasivo, relativamente obrigatório e absolutamente obrigatório, a depender da situação. Assim, prefere classificá-lo apenas em persuasivo e obrigatório.

É importante destacar que o precedente absolutamente obrigatório não encontra mais espaço nos diversos ordenamentos jurídicos, pois, ao menos, as Cortes Supremas têm o poder de revogar seus próprios precedentes, quando assim o exigir a evolução social ou a substancial mudança do cenário fático-normativo. Atualmente, nos países filiados à tradição do *common law*, a vinculação horizontal é apenas relativa (SOUZA, 2006, p. 149), pois se a Corte deve seguir seus próprios precedentes, também pode rejeitá-los, quando os mesmos se tornarem injustos ou inadequados em virtude da evolução da própria sociedade, da mudança dos valores vigentes, da substancial alteração no mundo dos fatos, por exemplo²⁰¹.

4.4 NATUREZA NORMATIVA DA *RATIO DECIDENDI* NA TEORIA DO *STARE DECISIS*

No item anterior, vimos que há sistemas que atribuem eficácia meramente persuasiva aos precedentes, podendo eles ser utilizados posteriormente, no julgamento de outros conflitos. De outra banda, há ordenamentos que lhes conferem força vinculante, devendo ser aplicados aos casos futuros que lhes forem análogos.

Assim, todos os ordenamentos jurídicos admitem a existência de precedentes, não havendo distinção na sua estrutura em qualquer que seja o sistema. O que pode variar é a eficácia que cada sistema lhes atribui. Se, nos ordenamentos adeptos da teoria do *stare decisis*, a tese examinada pelo órgão jurisdicional deve ser aplicada aos casos isomórficos, pode-se concluir que ela é absorvida pela sociedade como norma de conduta, não havendo porque alterá-la posteriormente, sem que haja motivação adequada para sua superação ou significativa alteração da realidade fático-normativa.

Portanto, o precedente possui natureza de norma jurídica.

Para demonstrar tal afirmação, é necessário distinguir os conceitos de “norma” e de “lei”, evidenciando que tais institutos jurídicos não se confundem nem mesmo nos sistemas que seguem a tradição do *civil law*.

²⁰¹ Cappeletti (1993, p. 85) registra que, na Inglaterra, até o ano de 1966, a *House of Lords* encontrava-se vinculada aos seus próprios precedentes.

Por “norma” deve se entender o sentido que se depreende da inteligência sistemática do texto normativo, que embasa a atividade interpretativa. Portanto, a norma é o resultado da interpretação, não se confundindo com o texto, que é o seu objeto²⁰².

Não havendo correspondência entre norma e texto, já é possível evidenciar a diferenciação entre norma e “lei”. De um lado, esta consiste no texto, no conjunto de palavras “ditas” pelo legislador. Se, de um lado, ela consiste no resultado de um processo legislativo, pode-se afirmar que, sob outro prisma, ela funciona como um dos objetos (e não o único, como demonstraremos mais adiante) da interpretação do operar jurisdicional. Aqui, pode ser uma de suas premissas. Assim, a lei é um ato-fato. Ato por emanar de uma conduta humana, quando o fenômeno é considerado sob o enfoque do processo legislativo. Se a enfocarmos sob o ponto de vista da sua aplicação, nas suas mais diversas aplicações jurídicas (a exemplo do que ocorre na solução de conflitos por um órgão jurisdicional ou na celebração de um contrato), será considerada como um fato, por ser um acontecimento que não depende da vontade de quem a criou.

Na confrontação norma *versus* lei, a norma emana da inteligência da lei, enquanto texto.

Ocorre que, se a norma emana da interpretação de um texto jurídico, ela não está restrita às “palavras da lei”, podendo ser depreendida também do texto que consta numa decisão judicial, ou num conjunto delas.

José Joaquim Calmon de Passos (2001, p. 11-12) explica que nada é, por si só, jurídico. A jurisdição é o resultado da significação atribuída pelo homem a um determinado ato, fato ou ato-fato²⁰³.

²⁰² Neste sentido: Humberto Ávila (2004, p. 22) e Riccardo Guastini (1998, p. 16).

²⁰³ Eis as lições do doutrinador: “Ontologicamente, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é o *sentido e significação* que se empresta a determinados atos dos homens, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que *o direito não existe como objeto material*. E isso afirmamos para conscientizar as pessoas de que o direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico), só existindo *depois de produzido*, representado, sempre, pelo *resultado* do agir comunicativo dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global, que é a sociedade. (...) Usamos, para facilitar a compreensão, o exemplo da música. Quem a compõe, só pode entificá-la quando a traduz em sons, para ser ouvida, ou em signos musicais, na partitura, para ser executada. Mas essa partitura não é música, dela nenhuma melodia se pode extrair ou com ela nenhuma melodia pode ser produzida, salvo se um músico traduzir em sons o que está apenas posto no papel em termos de notações musicais. Mas a melodia só existirá, como melodia, enquanto executada pelo instrumentista ou entoada pelo cantor e, logo que façam soar a última nota, não mais haverá melodia. Aqui, o *produto* não subsiste, dissociado do processo de sua produção e do produtor. (...) No tocante ao direito, um produto do operar comunicativo do homem (ação, no sentido de Hannah Arendt dá a este termo), as coisas se passam à maneira como se passam com a música. E é em razão disso que afirmamos *inexistir* o direito sem prévio processo de sua produção e dissociado dele e de um querer humano. Porque o *sentido* que os homens dão a determinados acontecimentos não é algo que adere nem integra a coisa ou o acontecimento, enquanto pura materialidade, pelo

Da mesma maneira que o texto legal pode ensejar um trabalho interpretativo, atuando como fonte para a norma, ela também pode ser extraída de outras bases textuais, como um contrato ou uma decisão judicial, desde que um determinado sistema jurídico lhes atribua tal eficácia, identificando, inclusive, que é(são) o(s) sujeito(s) que está(ão) autorizado(s) a exercer tal atividade, já que ela representa o exercício de um poder²⁰⁴. Portanto, nos sistemas que adotam o *stare decisis*, o precedente consiste numa norma e num ato-fato produzido jurisdicionalmente (como o resultado de um processo jurisdicional), que deverá nortear situações jurídicas semelhantes às que foram objeto do julgamento, integrando o ordenamento.

Antes de evoluirmos no assunto, importa destacar: (1) trata-se de um ato, porque é produzido por uma conduta humana [decisão do(s) sujeito(s) que integra(m) determinado órgão jurisdicional], mas também é fato porque sua aplicação independe da vontade de quem a produziu; (2) cuida-se de norma, porque consiste no resultado da interpretação da decisão precedente; e (3) que, na qualidade de norma, não direcionará apenas o julgamento de futuros conflito análogos ao que consta no precedente, mas a conduta, de uma maneira geral, dos membros do grupo social submetidos àquele dado ordenamento. Assim, os integrantes de determinada sociedade devem levar a mencionada norma em consideração no momento de praticarem diversos atos, como a celebração de contratos por particulares, a exoneração de pessoal pelo administrador público etc.

Portanto, o precedente consiste numa norma que resulta da interpretação que se faz sobre um texto, esteja ele numa lei, num contrato ou numa decisão judicial²⁰⁵, desde que o sistema jurídico atribua tal poder ao(s) sujeito(s) que realiza(m) a interpretação e tal eficácia ao resultado daquele específico labor.

De outro lado, também vimos que, atualmente, prevalece a concepção de que a atividade jurisdicional é criativa, não se restringindo somente a declarar direitos. Constatamos, ademais, que esse entendimento se aplica tanto nos sistemas alinhados à tradição do *common law*, como nos que se filiam à do *civil law*.

que só pode se revestir de efetividade e ser operacional enquanto internalizado ou imposto por alguém, que o atualiza e lhe dá realidade, o que, de certo modo, é *produzi-lo*”

²⁰⁴ Neste sentido: José Joaquim Calmon de Passos (1999, p. 41-52).

²⁰⁵ Com isso, não queremos dizer que a norma emane somente da interpretação de um texto. Essa é apenas uma das suas fontes, pois é possível que a norma seja extraída de um costume. Assim, ela decorre da interpretação de qualquer ato, fato ou ato-fato.

Acrescentando este elemento aos de que os precedentes possuem natureza de norma jurídica, chegamos à conclusão de que, além de vincularem as soluções de casos futuros, eles atuam no sistema como fonte criadora de direitos.

Com efeito, já está ultrapassada a concepção de que a atividade interpretativa consiste numa mera declaração. Ela também é criativa.

A concepção de “objetivação” do direito no caso concreto e do processo como simples método de sua declaração está lastreada na concepção de que o ponto central da atividade hermenêutica é a escolha de um “método correto”, que possibilitaria a intelecção da coisa a ser perquirida, na sua “objetividade”. Encontrada tal técnica, ela seria aplicada, aferindo-se a “essência” do objeto investigado e provocando o alcance da “verdade”, numa concepção cartesiana. Se o sujeito não alcançasse o “correto sentido” do objeto da investigação, a falha estaria na adoção do mecanismo de conhecimento.

A esta linha de entendimento contrapõe-se o pensamento de Hans-Georg Gadamer, que abraçou a filosofia fenomenológica de Heidegger (1988), desenvolvendo-a²⁰⁶. Para eles, a compreensão, a interpretação e a aplicação constituem uma atividade única e inseparável, pela fusão do horizonte do intérprete (para este trabalho, o julgador) com o horizonte do que se quer compreender (para este trabalho, o texto normativo), num contexto histórico, mediante conceitos previamente formados²⁰⁷. Compreender, interpretar e aplicar são atividades volitivas, dotadas de prévias escolhas subjetivas, e, por isso mesmo, valorativas e criativas.

O processamento e o julgamento de uma causa pelo órgão jurisdicional é exercício de poder e não está livre de aspectos culturais e ideológicos. Assim, o processo não é um mero instrumento para declarar o direito no conflito concreto. Sendo uma situação litigiosa submetida à atividade jurisdicional, o “Direito” só acontecerá (só será produzido) *no* processo e *pelo* processo, que consiste num elemento integrativo na criação da norma jurídica²⁰⁸.

²⁰⁶ Eis aqui a premissa teórica que adotamos neste trabalho.

²⁰⁷ Gadamer (2003, p. 390) os denomina de “tradição”: “Desse modo, o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. Aprender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala”. Preferimos não utilizar o termo neste trabalho, para não provocar confusão semântica com as referências que fazemos ao *common law* e ao *civil law*, enquanto tradições jurídicas.

²⁰⁸ Eis o que explica Gadamer (2003, p. 410-411): “A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva acaba cindindo definitivamente o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da ‘congenialidade’ que uniria o criador e o intérprete de uma obra. (...) Ao contrário, nós somos capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala. A

Ocorre que a norma jurídica que emana do precedente não decorre do dispositivo da decisão judicial.

Vimos que a *ratio decidendi* é extraída da fundamentação da decisão, não se identificando nem com a decisão paradigma como um todo, nem com o seu dispositivo. Assim, não é a decisão, na sua inteireza, que possuirá eficácia persuasiva ou vinculante. Nos sistemas que admitam esse tipo de eficácia, apenas a razão de decidir a possuirá.

Como já mencionamos anteriormente, este aspecto é importante para distinguir a eficácia normativa do precedente da que decorre da coisa julgada material.

Na solução de um conflito, podem emanar duas normas jurídicas distintas de uma única decisão judicial.

Como cediço, as decisões no Direito brasileiro são compostas de três elementos: relatório, fundamentação e dispositivo.

A eficácia da coisa julgada atuará sobre o comando judicial, tornando imutável a resposta dada ao caso específico. Ela incidirá sobre a conclusão quanto à procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor. Logo, surge daí uma norma jurídica concreta e individual, que emana da interpretação do dispositivo, imutabilizado pela coisa julgada.

Quanto ao seu aspecto objetivo, a coisa julgada diz respeito apenas ao julgamento da relação processual posta em juízo, em resposta ao pedido principal formulado, nos limites do objeto litigioso. Sob uma perspectiva subjetiva, via de regra, as partes e o juiz ficam vinculados ao que foi decidido, devendo respeitar o comando concreto, que, via de regra, não atingirá terceiros²⁰⁹.

Portanto, de um lado, surge uma norma concreta e individual que emana da interpretação do dispositivo. Via de regra, ela opera seus efeitos somente em relação às partes do processo, tornando-se imutável em decorrência dos efeitos da coisa julgada, mas não atinge a motivação.

hermenêutica, no âmbito da filologia e da ciência espiritual da história, não é um ‘saber dominador’, isto é, apropriação por apoderamento; antes, ele se submete à pretensão dominante do texto. Mas quem fornece o verdadeiro modelo para isso é a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa divina não são evidentemente formas de domínio mas de serviço. Essas interpretações, que incluem aplicação, estão a serviço daquilo que deve valer. O postulado é, pois, que também a hermenêutica histórica deve realizar o trabalho da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou”.

²⁰⁹ Há hipóteses em que a coisa julgada opera efeitos em relação a sujeitos que não integraram a relação processual, como no processo coletivo, em que a eficácia pode ser *ultra partes* ou *erga omnes*.

De forma diversa, poderá haver outra norma decorrente da mesma decisão. Ela será depreendida da *ratio decidendi*, que não se encontra no dispositivo, mas, agora sim, na fundamentação²¹⁰.

Sob o ponto de vista do precedente judicial, vimos que a sua eficácia não decorre da sua estrutura, nem do seu conteúdo, mas de um elemento que lhe é externo. Trata-se de um atributo que lhe é dado pelo sistema jurídico. Por este prisma, a eficácia normativa do precedente é considerada como fato, e não como ato, sendo anexada à decisão judicial pelo ordenamento. Assim, a fundamentação do precedente judicial poderá produzir uma norma jurídica (*legal rule*) com potencial para ser aplicada a diversos outros casos futuros.

Portanto, surge uma primeira norma jurídica concreta, que emana da interpretação do texto contido no dispositivo da decisão e que é imutabilizada pela eficácia da coisa julgada. Além dela, da interpretação da fundamentação da decisão judicial pode emanar outra norma que se refere à tese jurídica desenvolvida.

Parece-nos que essa norma geral não surgirá de toda decisão judicial²¹¹. Para tanto, será necessário que estejam presentes as outras características configuradoras da *ratio decidendi*, como o pioneirismo da decisão e o enfretamento dos principais argumentos jurídicos relativos à questão. Em síntese, acreditamos que é possível que haja decisão judicial cuja fundamentação não possua os pressupostos para a formação de um precedente.

Conformando-se uma *holding* a partir da fundamentação da decisão judicial e, caso o ordenamento jurídico lhe atribua força vinculante, serão os seus fundamentos jurídicos que deverão ser observados no caso homogêneo. A eficácia vinculativa incidirá sobre o raciocínio desenvolvido para se chegar a uma determinada conclusão e recairá sobre a tese jurídica desenvolvida (*ratio decidendi*). É essa regra de direito (não de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*²¹².

²¹⁰ É o que explicam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 297): “Embora a fundamentação não fique indiscutível pela coisa julgada [...] o “efeito vinculativo” que se busca retirar de um precedente judicial está relacionado à fundamentação da decisão paradigma; é o que foi decidido na fundamentação que poderá ser vinculativo para outras situações semelhantes; é a norma geral criada na fundamentação que poderá ser ‘sumulada’, e, portanto, aplicável a outras situações”.

²¹¹ Em sentido contrário, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 382) afirmam: “É importante assentar o seguinte: ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, *necessariamente*, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da interposição da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis, etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise” (destacamos).

²¹² Neste sentido, explica Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 32): “A eficácia vinculante almeja isolar os fundamentos determinantes da decisão, impedindo que os órgãos públicos que aplicam o direito possam negá-

Se, de um lado, a coisa julgada opera seus efeitos *inter partes*, de maneira restrita ao caso concreto, de outro lado, o precedente é aplicável a casos futuros, atingindo os sujeitos que estiverem em situações isomórficas àquela(s) que ensejou(aram) a formação do precedente²¹³.

Assim, a *ratio decidendi* produz efeitos externos ao processo em que foi produzida. Utilizando a expressão que vem sendo empregada pelo STF: cuida-se de uma eficácia transcendente da motivação²¹⁴.

4.5 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E DE SUPERAÇÃO

Como vimos anteriormente, o modelo calcado em precedentes deve prezar pela uniformização do entendimento dos tribunais acerca de determinado tema, com a estabilização do sistema, preservando a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo, que restariam comprometidas com a prolação de decisões aleatórias²¹⁵.

Mas a adoção de um sistema baseado em decisões anteriores não pode levar à imutabilidade do direito. Não se pode perder de vista que o precedente há de ser fruto do amadurecimento de um entendimento jurídico em derredor de uma matéria, dentro de um contexto histórico e

los. Assim, além de não se limitar ao dispositivo, a eficácia vinculante não se volta a dar segurança às partês, e, portanto, está muito distante da coisa julgada”. No mesmo sentido: José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175).

²¹³ Como observa José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 176): “a *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal”, que repercutirá nos casos futuros, ao contrário da coisa julgada que é a disciplina dada do caso real.

²¹⁴ Eis um trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, na Reclamação 2.363/PA, afirmando o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do STF: “a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no ‘caput’ e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada da Transcendência dos Motivos Determinantes e da Força Normativa da Constituição em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame”. No mesmo sentido, transcreve-se o seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello: “Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento do RE 197.917/SP. Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917/SP (...)”

²¹⁵ Neste sentido: Eduardo Cambi (2001, p. 119) explica: “A uniformização da jurisprudência visa proporcionar a certeza jurídica dentro de determinado contexto histórico, cultural, político, social e econômico, mas sem prejudicar a justiça da decisão, já que não impede a evolução do direito pelos Tribunais, os quais devem estar sempre preocupados em rever seus posicionamentos e, inclusive, modificá-los quando alterados os fatores que ensejaram a formação do precedente judicial”. Tratando da preservação da igualdade: Paulo Roberto de Gouvêa Medina (1996).

social. Assim, devem existir meios para o arejamento do sistema e eles devem contemplar tanto influências internas como externas ao ordenamento jurídico.

Sob um primeiro aspecto, é possível que surjam novos entendimentos sobre determinado tema, antes não aventados, nem examinados, sem que tenha havido qualquer modificação no ambiente histórico, cultural, político ou econômico. Eles seriam o resultado de novas teses estritamente jurídicas, de interpretações antes não suscitadas acerca do ordenamento jurídico considerado em si mesmo. Neste sentido, a eficácia dos precedentes (quer seja ela vinculante ou persuasiva) não pode tolher dos órgãos judicantes a possibilidade de interpretar de novas maneiras os textos e as normas jurídicas²¹⁶.

Sob outra perspectiva, é possível que também sobrevenham interferências exteriores ao ordenamento, fazendo-se necessário desenvolver novas reflexões jurídicas a partir de alterações históricas, culturais, sociais etc. Trata-se, portanto, de um modelo heteropoiético²¹⁷.

Além disso, os novos entendimentos estritamente jurídicos e as alterações na conjuntura social acontecem continuamente, e não de maneira estanque no tempo, o que caracteriza a dinamicidade dos sistemas baseados em precedentes.

A identificação da *ratio decidendi* de caso(s) anterior(es) e a verificação da sua pertinência ao caso concreto pelo órgão judicante, bem como a revisão dos posicionamentos anteriores, devem ser balizadas por técnicas que permitam o controle da aplicação do precedente, e a sua superação em relação a uma dada situação concreta, com atenção à estabilidade do sistema jurídico, sem, no entanto, engessá-lo.

Os dois mecanismos mais importantes, e dos quais decorrem os demais, são o *distinguishing* e o *overruling*. Vejamo-los.

4.5.1 *Distinguishing*

Para que a *ratio decidendi* seja utilizada na solução de um conflito é necessário que haja certo grau de identidade entre ele e o precedente. Tal averiguação deve ser realizada pelo método da distinção (ou distintivo). Numa primeira acepção, o *distinguishing* pode ser compreendido como a técnica de comparação entre casos, a fim de identificar as similitudes ou o

²¹⁶ Neste sentido: José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 05).

²¹⁷ Utilizamos o conceito de sistema heteropoiético de Niklas Luhmann (1991, 1995 e 1996).

distanciamento de um em relação ao outro²¹⁸. Aqui, a expressão alude a um meio, a uma atividade de comparação. Além desta significação, o termo também é utilizado para se referir ao resultado do confronto, apontando as diferenças entre eles²¹⁹. Aqui, diz respeito ao fim alcançado. A compreensão de que existem duas definições para o mesmo termo é relevante. Tomando a expressão pela sua primeira significação, constata-se que, ao examinar um determinado precedente, cotejando-o com o caso concreto, o órgão jurisdicional sempre realiza o *distinguishing*, afinal ele utiliza uma técnica de confrontação, para saber se a *ratio decidendi* do julgado anterior deve ser aplicada ao litígio que está em exame. Independentemente da conclusão a que se chegue (de existir, ou não, similitude entre os dois casos), o método comparativo foi empregado. Se a expressão for considerada pela segunda definição, haverá *distinguishing* somente se forem constatadas diferenças que impeçam a aplicação das razões de decidir do precedente ao conflito concreto que deve ser resolvido.

Na primeira perspectiva, o magistrado deve comparar os elementos objetivos do litígio que lhe foi submetido com os elementos caracterizadores da(s) demanda(s) primitiva(s). O *distinguishing* permite verificar se os fatos fundamentais (*material facts*) do caso posto identificam-se com os do paradigma, a fim de adotar a *ratio decidendi* do precedente²²⁰. As distinções sobre fatos não fundamentais, ou irrelevantes, não justificam a não observância do precedente. Somente as dos fatos materiais é que são relevantes (MARINONI, 2010a, p. 327). Por tal razão, o precedente deverá gozar de um certo grau de generalidade, representando uma categoria abstrata de fatos, que possuem o atributo de membro de uma categoria²²¹.

Parece-nos, contudo, que o *distinguishing*-resultado depende da maneira que se realize o *distinguishing*-método, provocando diferentes consequências para a manutenção, ou não, da eficácia de um precedente.

Como vimos, a verificação da pertinência entre o precedente e o novo litígio não ocorre no momento do julgamento do caso primitivo, mas na sua aplicação aos que lhe são posteriores. Ao examinar um novo caso concreto, o órgão jurisdicional poderá aplicar uma interpretação mais restritiva ou mais ampliativa, o que poderá levá-lo a concluir se há, ou não, pertinência

²¹⁸ Nesta acepção: José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 174).

²¹⁹ Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 393) admitem o instituto em seu duplo significado.

²²⁰ Analisando o sistema jurídico inglês, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 183) afirma que “o juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim entendido o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, portanto, do particular para o geral.”

²²¹ Neste sentido: Andrea Guissani (2009, p. 152-155), Karl N. Llewellyn (1930) e Thomas Ian McLeod (1996, p. 141).

entre os fatos do litígio que lhe foi submetido com os *material facts* que compõem a *ratio* do precedente. Referindo-se à decisão do conflito *Scruttons Ltd. versus Midland Silicones Ltd.*, Thomas Ian McLeod (1996, p. 142) afirma que o Lord Reid chegou a reconhecer que o resultado de um julgamento poderia depender do esforço que o julgador faz ou deixar de fazer para obter uma *ratio* estreita²²². Caso o magistrado lhes dê uma interpretação restritiva, o precedente não incidirá na solução daquele determinado conflito, por inexistência de semelhança, o que pode mitigar a sua utilização num dado sistema. É possível, no entanto, que o julgador realize uma interpretação ampliativa, não exigindo uma identificação mais precisa entre os aspectos fundamentais da *ratio decidendi* com as peculiaridades do litígio a ser solvido. Nesta hipótese, ter-se-á um *ampliative distinguishing*, que estende a abrangência do preceito consubstanciado no precedente, permitindo que ele abranja outros casos, de semelhança mais tênue.

Sesma (1995, p. 78) adverte que os tribunais muitas vezes se utilizam da distinção para não aplicar o precedente cuja solução considera injusta ou incorreta, chegando a distinguir o indistinguível como a única maneira de afastar um precedente circunstancialmente indesejado²²³. Trata-se das distinções inconsistentes (*the drawing of inconsistent distinctions*²²⁴). Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 333) admite a utilização de distinção incompatível com as razões do precedente, para afastar sua aplicação, sem ter que revogá-lo formalmente. Tratar-se-ia de “um passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade” (MARINONI, 2010a, p. 333), quando a Corte ainda não está plenamente convencida de que o precedente deve ser revogado²²⁵. Embora não o faça formalmente, o Tribunal abandona o entendimento fixado no precedente ou nega parcialmente a tese até então vigente.

É importante anotar que, por meio das distinções inconsistentes, as Cortes buscam proteger a confiança que a sociedade deposita na força de determinado precedente. Pode acontecer de o precedente não ter sido questionado em decisões anteriores, nem pela doutrina. A fim de evitar uma “revogação surpresa”, o órgão jurisdicional evidencia uma possível mudança de entendimento, sem, no entanto, alterar o núcleo do precedente.

²²² No original: “*The result might depend on whether or not I was striving to obtain a narrow ratio*”.

²²³ No mesmo sentido: Michael Zander (1989, p. 257).

²²⁴ Melvin Aron Eisenberg (1998, p. 136).

²²⁵ No mesmo sentido, William O. Douglas (1979, p. 524) explica que distinguir os precedentes consiste numa via gradual oposta ao procedimento de derrogação, concluindo que, para ele, o processo de distinção realmente pode servir para a derrogação, ou ter os seus mesmos efeitos.

As restrições e ampliações inerentes à interpretação e à aplicação dos precedentes consistem numa importante técnica para a *stare decisis*, pois proporcionam a uniformidade, a previsibilidade e a estabilidade na aplicação do direito, mas também propiciam a sua evolução e o seu progresso. Tanto num como n'outro caso deve-se ter em mira a preservação da isonomia²²⁶. É ela a pedra de toque para aplicação ou o afastamento do precedente, mas também o seu limite, já que o fundamento do sistema de precedentes é o tratamento semelhante de casos que são similares entre si (*treat like cases alike*).

Daí, o resultado da atividade comparativa depender da maneira como o órgão jurisdicional que aprecia o novo conflito a realiza, indicando as similitudes e diferenciações entre os dois casos.

Em qualquer hipótese, a adequada aplicação do método pressupõe uma fundamentação específica, com a demonstração dos pontos de aproximação e de distanciamento do caso concreto em relação à tese jurídica firmada no precedente. É na fundamentação, em cada novo conflito apresentado ao Judiciário, que o órgão judicante deve demonstrar a existência que o repertório de fatos materiais que compuseram a *ratio* do caso paradigma difere ou se assemelha como o caso em julgamento.

4.5.2 *Overruling*

Se, de um lado, a afinidade entre o caso analisado e o precedente permite a aplicação da *ratio decidendi* para solucionar um litígio concreto, ela também pode propiciar, de outra banda, a superação do precedente, se o magistrado concluir pela sua incorreção ou pela sua incongruência, ao interpretá-lo. É o que pode acontecer se, por exemplo, forem alterados os valores que informam uma determinada sociedade e/ou se houver alteração do quadro fático-normativo²²⁷. O raciocínio de que, cessando as razões para a existência da norma jurídica, ela deixa de existir por si só (*cessante ratione, cessat ipsa Lex*), também pode ser aplicado aos precedentes, o que implica sua superação (SOUZA, 2008, p. 145). Tal aspecto ganha relevo por impedir o engessamento do sistema jurídico, mesmo que se considere que os precedentes possuem eficácia vinculante.

²²⁶ Neste sentido: Melvin Aron Eisenberg (1998, p. 139-140) e José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 171-172).

²²⁷ Charles D. Cole (2006, p. 23) explica que a superação não se dá necessariamente num processo de uma única etapa, mas numa refinação gradativa do precedente a cada situação fática análoga que surge, “de forma que o refinamos e o tornamos mais compreensível e aplicável.”

O *overruling* acontece quando um precedente é integralmente substituído (*overruled*) por outro, que lhe seja posterior e cuja eficácia prevalecerá sobre a do anterior²²⁸. Trata-se da superação de um entendimento²²⁹. Parcela da doutrina o compara à revogação de uma lei por outra²³⁰.

Trata-se de técnica a ser utilizada pelo próprio órgão jurisdicional que analisou o caso paradigma, quando há perda de congruência social e/ou de consistência sistêmica. Estes predicados deixam de existir quando a matéria da *ratio* se torna controvertida. Tal circunstância também acontece quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõe sua superação. Neste contexto, o precedente já vinha sendo alvo de distinções inconsistentes, *signaling*, *transformation*, *overriding*. Dada a anterioridade da utilização destas técnicas, ou mesmo de críticas doutrinárias, não se cogita afronta à estabilidade, nem às justas expectativas dos jurisdicionados, que já vinham sendo informados da iminente revogação do precedente.

Tal aspecto não pode ser esquecido, pois a estabilidade do Direito é um dos valores perseguidos nos sistemas que adotam os precedentes, sobretudo quando lhe atribuem eficácia vinculante. Dessa forma, recomenda-se que a superação ocorra quando as razões que favorecem o *overruling* forem mais fortes que as que determinam a manutenção do entendimento primitivo, sem perder de vista a proteção da confiança e a prevenção da surpresa injusta, que consistem em valores norteadores dos sistemas que se baseiam em precedentes.

Para fazer tal demonstração, a carga de fundamentação exigida para a superação é consideravelmente maior, pois o magistrado terá que analisar as questões de fato e direito do novo caso, cotejando minuciosamente a nova tese com a anterior²³¹.

A revogação tanto pode acontecer expressamente, quando o novo julgamento alude à decisão paradigma, como pode se dar de maneira implícita, diante da adoção de posição divergente da que consta no precedente, sem fazer menção expressa quanto à sua superação.

²²⁸ Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 148) noticia que, até 1966, o sistema de *Common Law* inglês não admitia a técnica de superação dos precedentes, seguindo estritamente a visão da doutrina do *binding precedent*. A partir daquele ano, no entanto, a *House of Lords*, mais alta corte da justiça inglesa, anunciou, em *Practice Statement*, a possibilidade de adoção do método de revogação dos precedentes.

²²⁹ Neste sentido: Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 236); Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 395-396), entre outros.

²³⁰ Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 149) e Luiz Guilherme Marioni (2010a, p. 389-402).

²³¹ José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180-181).

Aspecto polêmico diz respeito à modulação temporal da eficácia da decisão que supera um precedente, anunciando uma nova tese. O que se busca saber é se a nova regra criada terá eficácia retroativa, atingindo fatos pretéritos, ou apenas prospectiva, projetando-se para o futuro.

Os que concebem que a aplicação deve ser retroativa, afirmam que ela pode ser pura, atingindo todos os casos anteriores, inclusive os que já transitaram em julgado; ou pode ser clássica, que exclui os casos anteriores que possuam decisão transitada em julgado. Ela é adotada pelos ordenamentos aderentes à Teoria Declarativa do direito, que considera que a decisão judicial apenas reconhece e declara direito pré-existente.

Sesma (1995, p. 171-172) enumera os argumentos favoráveis a esta maneira de modulação temporal dos efeitos: (tradução livre)

- a) A teoria declarativa do Direito segundo a qual as decisões são uma mera evidência do que o direito é, e não uma evidência conclusiva acerca dele. Portanto, quando uma decisão é derogada, não se torna Direito equivocada. Na realidade, nunca houve Direito naquela situação;
- b) A aplicação prospectiva usurparia a função legislativa. Os tribunais afirmam que sua função é interpretar e declarar, não promulgar, e somente o Legislador possui o poder de alterar o Direito de maneira prospectiva;
- c) Uma regra prospectiva seria mero *dictum*. Os tribunais devem decidir as controvérsias entre as partes do processo, e somente o trecho da decisão necessário para resolver a disputa pode ser considerada por tribunais posteriores, segundo a ótica da doutrina do *stare decisis*.
- d) Os advogados não teriam incentivo para apelar de uma sentença se soubessem que qualquer mudança afetaria somente os futuros litigantes, e não os seus clientes imediatos;
- e) Boa parte da teoria em que se baseia a aplicação prospectiva está fundada na confiança que as pessoas têm depositado nas decisões anteriores dos tribunais. A alegação de confiança introduz, nos casos, um novo elemento e uma prova quase impossível. O uso de uma teoria da confiança pode também delinear a questão do ‘devido processo’ constitucional.

A superação do precedente, por outro lado, pode ter aplicação apenas prospectiva (*prospective overruling*), não atingindo casos pretéritos. Sob um primeiro prisma, as críticas a este tipo de modulação equivalem às vantagens da aplicação retroativa, já enumeradas acima. Sob outro ângulo, a prevenção às surpresas injustas que a mudança de entendimento pode provocar aos

jurisdicionados, que depositaram confiança justificada no precedente revogado, pode ser apontada como o seu aspecto mais relevante e favorável. Assim, permite-se compatibilizar, de um lado, a consistência do direito com a realidade social, e, de outro, a confiança justificada no precedente revogado.

Cogitam-se três espécies de aplicação prospectiva: a pura (*pure prospective overruling*), a clássica (também denominada simplesmente de *prospective overruling*) e a “a termo” (*prospective prospective overruling*). A primeira aplica-se apenas aos fatos futuros, excluindo-se o caso que deu origem à nova tese²³². Nega-se a aplicação da tese ao próprio conflito em que ela foi elaborada. A segunda tem aplicação tanto nos casos futuros como no próprio caso em que o precedente foi superado. A última, por sua vez, ocorre quando a aplicação é postergada para uma data futura e certa²³³.

Pedro Aillon Forbrig (2011, p. 62-63) anota que, aparentemente, o *pure prospective overruling* e o *prospective prospective overruling* gerariam situações de injustiça, na medida em que a parte que utilizou os argumentos que fundaram a modificação da tese pelo órgão julgante não gozará dos benefícios do seu êxito, já que o novo precedente só será aplicado para situações futuras. Ressalta, no entanto, que não há qualquer injustiça em tais espécies de modulação, pois, ao assim proceder, o órgão jurisdicional o fez com base na confiança justificada dos jurisdicionados, incluindo-se, aí, a parte contrária.

Estas duas espécies de superação prospectiva também são criticadas sob o fundamento de que o trecho da fundamentação, cujos efeitos não retroagirão (consistindo numa *prospective overruling*, como veremos logo adiante), não integra a *ratio decidendi*. Tratar-se-ia de um *dictum*, não havendo garantias de que as Cortes inferiores adotariam o novo entendimento. Este argumento, que coincide com a vantagem indicada na letra “c”, acima, por Sesma, para a modulação retroativa, esbarra na possibilidade de interposição de recurso contra as decisões dos órgãos hierarquicamente inferiores, de modo que, chegando o processo na instância superior, que superou o precedente, ela aplicaria o novo entendimento²³⁴.

De mais a mais, as modalidades “pura” e “a termo” apresentam a vantagem de impedir que as distinções inconsistentes se avolumem²³⁵, o que acaba protegendo a isonomia. Ao demonstrar que o precedente será revogado em breve, o Tribunal evita a contínua e indiscriminada

²³² Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 287).

²³³ Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 422).

²³⁴ Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 290-291).

²³⁵ Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 292).

utilização de distinções inconsistentes, o que provoca uma álea, na medida em que são prolatadas decisões em diversos sentidos para casos isomórficos.

Em qualquer situação, a escolha pela modulação temporal da eficácia, com a sua aplicação retroativa ou prospectiva, deve sopesar o fim almejado pela nova regra, inclusive com atenção para o grau de confiança que o Estado e os cidadãos depositaram no precedente a ser superado (SOUZA, 2008, p. 174). Com efeito, se, de um lado, a incorreção do precedente a ser superado pode provocar a sua revogação, não se pode perder de vista que, ao valer-se do *overruling*, o órgão jurisdicional deve levar em consideração um aspecto macro no que tange à estabilidade do sistema jurídico, afinal a mudança de paradigma provoca, em maior ou menor grau, alteração no sistema jurídico. Tais inconvenientes podem ser mitigados com a correta modulação para o futuro da eficácia temporal ao novo precedente.

Cogita-se, ainda, o *antecipatory overruling*, que ocorre quando um órgão inferior deixa de aplicar um precedente de um tribunal superior, afastando a sua eficácia vertical. Não se trata exatamente de uma superação, pois não cabe à uma Corte inferior fazê-lo em relação a uma tese fixada por outro Tribunal. Como vimos, o *overruling* pressupõe que o próprio órgão que criou o precedente venha a superá-lo. Na realidade, seria uma espécie de “antecipação”, realizada pelo órgão inferior, acerca do *overruling*, que poderá ser efetuado pela Corte superior.

O fenômeno tem lugar quando o Tribunal inferior possui fundamentos objetivos a evidenciar que a Corte superior está prestes a substituir o precedente, como sói acontecer, por exemplo, quando este último órgão passa a utilizar fundamentos incompatíveis com a *holding* em suas novas decisões, demonstrando que o precedente está desgastado (*undermined*); quando ele aplica fundamentos compatíveis, mas que se afastam da tendência que vinha adotando anteriormente; ou quando ele está aguardando um novo caso, paradigmático, para exercitar o *overruling*.

A vantagem da “antecipação” é a garantia do tratamento isonômico entre os casos anteriores ao *overruling*, quando a modificação da tese já está razoável e socialmente solidificada.

Assim como acontece em relação a qualquer modificação de entendimento nos sistemas calcados na eficácia dos precedentes, o manejo do *antecipatory overruling* deve dar-se com a devida preocupação de não provocar a instabilidade e a imprevisibilidade das decisões judiciais, o que acabaria violando a confiança do jurisdicionado.

4.5.3 *Overriding, reversal, technique of signaling e transformation*

Entre as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, há outras que delas decorrem, a saber o *overriding*, o *reversal*, a *technique of signaling* e a *transformation*.

O *overriding* consiste na limitação da incidência do precedente. Não se trata propriamente de uma revogação parcial. Portanto, não é uma *overruling* parcial. Pelo contrário, trata-se de uma técnica que se aproxima do *distinguishing*. Apesar de o resultado do caso ser incompatível com a totalidade do precedente, a restrição se dá pela realização de distinções consistentes, com fulcro em situação relevante que não estava envolvida no momento da criação do precedente. Trata-se, pois, de um confronto entre as características do litígio sob julgamento e do precedente²³⁶. Ele pode ser considerado como uma situação particular de desvinculação do precedente, decorrente de distinções consistentes.

Sua aplicação pressupõe que o órgão julgante possua novo entendimento sobre determinada questão e/ou que a situação fática se apresente sob uma nova perspectiva. É o que acontece quando, por exemplo, um Tribunal limita o alcance de um precedente por ter criada uma nova regra ou princípio legal²³⁷.

Considerando que o resultado decorrente da utilização do *overriding* é incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, há quem o entenda como uma revogação parcial implícita do entendimento anterior²³⁸. Parece-nos, contudo, tratar-se de uma particularização do *distinguishing*-método, quando aplicado a elementos surgidos posteriormente à criação do precedente, provocando um *distinguishing*-resultado.

Já o *reversal* decorre da reforma, pelo órgão jurisdicional superior, ao rever a decisão proferida pelo órgão inferior, retirando o seu efeito naquele mesmo caso concreto. Não deve ser confundida com a *overruling*, que implica a revogação (e não reforma) da decisão pela própria corte que a prolatou, superando o precedente anterior, que não servirá mais de orientação para o deslinde de casos homogêneos.

Com a *technique of signaling* (técnica da sinalização), o tribunal aponta para a perda de consistência do precedente e sinaliza para a sua futura revogação. Tal conduta decorre da prevalência da segurança jurídica (MARINONI, 2010a, p. 335). A Corte não ignora que o

²³⁶ Eis o que explica Marinoni (2010a, p. 347): “A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução”.

²³⁷ Neste sentido: Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 397).

²³⁸ Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 347).

conteúdo do precedente está equivocada ou não mais deve ser observado, mas prefere não revogá-lo de imediato. Assim, sinaliza que, provavelmente, vai alterar o seu entendimento sobre determinada matéria, mas decide o conflito com base na tese fixada no precedente. Por esta técnica, o órgão jurisdicional posterga o reexame do seu entendimento para os casos vindouros²³⁹.

O emprego deste mecanismo pauta-se na proteção da confiança justificada, com vistas a informar à sociedade que o precedente está prestes a ser revogado, permitindo que os jurisdicionados não mais planejem seus atos com base no precedente ainda em vigor, pois ele provavelmente será superado, por meio do *overruling*. Os membros da comunidade que assim o fizerem, não poderão alegar afronta à previsibilidade.

Via de regra, esta técnica é utilizada quando o precedente não é mais confiável²⁴⁰, mas a sua aplicação ainda possui força no âmbito social, não tendo sido objeto de distinções inconsistentes, nem de críticas doutrinárias. Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 337-338) admite a sua utilização também nas situações em que as condutas e o planejamento dos atos pelos integrantes da sociedade está estritamente calcado na confiança nas decisões judiciais.

Embora o *signaling* se assemelhe ao *prospective overruling*, aqui considerado no seu sentido *lato*, por propiciarem a proteção à confiança justificada do jurisdicionado ante a necessidade de revogação de um precedente, as duas técnicas não se confundem. Em primeiro lugar, porque a utilização do *signaling* não provoca a modificação no resultado do julgamento. O órgão jurisdicional sinaliza em sentido diverso daquele para o qual aponta o precedente, mas decide em consonância com ele. Em segundo lugar, na sinalização, a revogação do precedente ocorrerá se e quando houver um novo conflito sobre a matéria, ao passo que o *prospective overruling* provoca a mudança do entendimento na data fixada pela decisão do próprio conflito na qual a técnica foi empregada, independentemente de sobrevir outro litígio²⁴¹⁻²⁴².

²³⁹ Neste passo: Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 296).

²⁴⁰ Melvin Aron Eisenberg (1998, p. 122).

²⁴¹ Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 296).

²⁴² Pedro Aillon Forbrig (2011, p. 64) anota que caberá ao órgão jurisdicional, na análise do caso concreto, adotar uma ou outra técnica, escolhendo a que melhor alcance o objetivo de compatibilizar o *overruling* com a proteção a confiança justificada, mas adverte que, em princípio, a sinalização parece ser mais eficaz para os casos em que o Tribunal “não tem como precisar o tempo necessário para se proteger a confiança, enquanto que o *prospective overruling* pode ser mais bem aplicado nos casos em que há uma data estimada em que a confiança não mais subsistirá como, por exemplo, em questão que diz respeito a contagem de prazos materiais e processuais. Nesse caso, a Corte poderá precisar como termo inicial do novo entendimento a data em que todos os prazos contados a partir da jurisprudência anterior já estariam esgotados”.

Tampouco se identifica com o *antecipatory overruling*, já que este é realizado por um tribunal inferior ao que elaborou o precedente, ao passo que o *signaling* consiste numa indicação efetuada pela própria Corte que fixou a tese.

Pela *transformation*, o tribunal tenta compatibilizar a solução do caso que lhe foi submetido com o precedente transformado ou reconstruído, mediante a atribuição de relevância aos fatos que foram considerados de passagem (MARINONI, 2010a, p. 344, 347). Na realidade, esta técnica propicia um resultado para o litígio que é incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, obtendo efeitos semelhantes aos da revogação²⁴³. Não se trata, contudo, de *overruling*. Aplicando a *transformation*, o órgão jurisdicional conclui pelo erro da tese do precedente, ou seja, da sua razão determinante. No entanto, considera correto o julgamento do caso concreto. Tendo um pedido sido julgado improcedente, admite-se que o seu resultado (improcedência) esteja correto, porém através de fundamento equivocado. Para tanto, o órgão pode, inclusive, utilizar fatos não considerados no precedente anterior. *Transformation* e *overruling* diferenciam-se, já que, neste último, considera-se ter havido erro tanto nas razões quanto no resultado do precedente²⁴⁴. No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 346), “a *transformation* apenas se sustenta enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Se a questão está madura para ser definida, achando-se a Corte em condições de definir a nova regra e revogar o precedente, impõe-se o *overruling*”.

²⁴³ Neste passo: Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 236).

²⁴⁴ É o que anota Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 346).

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Como vimos anteriormente, a realidade de uma sociedade massificada provoca a ocorrência de situações jurídicas homogêneas e, conseqüentemente, de conflitos isomórficos. Constatamos, ademais, que tais litígios devem ser resolvidos de maneira uniforme, para preservar a igualdade, a boa-fé e a segurança jurídica, atendendo à confiança que o jurisdicionado deposita na função jurisdicional e buscando combater a imprevisibilidade das decisões judiciais.

Além disso, o Judiciário deve dar vazão aos processos que versam sobre tais contendas na mesma proporção em que elas lhe são submetidas, ou o mais próximo possível disso. Uma vez consagrado o entendimento jurisprudencial acerca de certa matéria, ele deve ser aplicado aos processos que a tenham por objeto, salvo se houver sua superação. Não há razão para que o processamento de um feito se estenda temporalmente se a questão ali debatida não necessitar de um amadurecimento, exatamente por já ter sido objeto de prévia maturação. Neste passo, deve-se respeitar a razoável duração do processo, com vistas a racionalizar o trabalho jurisdicional, evitando a prática de atos inúteis, o represamento das demandas e o retardamento de soluções cujo conteúdo já é conhecido, com a perpetuação das insatisfações e das instabilidades decorrentes da manutenção dos conflitos entre os integrantes do grupo social.

Por tais motivos, o legislador e os tribunais brasileiros vêm dedicando sua atenção ao julgamento das demandas repetitivas e às suas peculiaridades.

Ocorre que as causas homogêneas possuem peculiaridades que as distinguem das puramente individuais e das coletivas, demandando uma leitura própria do devido processo legal. Ela envolve uma análise da conexão, da atuação das partes em contraditório, do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, adequação procedimental, da fundamentação das decisões judiciais e do julgamento liminar de improcedência.

Essas particularidades evidenciam a necessidade de construção de um novo modelo processual pelo legislador. Enquanto isso não ocorre, surgem manifestações de adequação jurisdicional, como veremos ao longo do texto.

Diante deste contexto, faremos uma análise abordando tanto o Direito vigente, com a interpretação que a doutrina e a jurisprudência vêm emprestando ao processamento das demandas repetitivas, como o Projeto de Lei que visa à criação de um novo Código de

Processo Civil²⁴⁵, examinando em que medida o legislador vem construindo um modelo para as causas homogêneas.

5.1 PREMISSAS PARA A ANÁLISE DO PROCESSAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Parece-nos necessário estabelecer algumas premissas para proceder à análise da aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas. Elas dizem respeito à conformação dos meios processuais que podem ser utilizados para a fixação das teses, a compatibilização do interesse público com os direitos fundamentais processuais envolvidos no processamento das demandas repetitivas, e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no sistema brasileiro.

5.1.1 Os meios processuais de fixação das teses no ordenamento jurídico brasileiro

Da análise do ordenamento brasileiro, podemos constatar que existem duas espécies de meios processuais que podem levar à fixação de teses.

No primeiro deles, a fixação de uma tese pode se dar por meios expressamente previstos para tanto, como acontece, por exemplo, com o incidente de uniformização de jurisprudência ou com o § 1º do art. 555 no CPC/1973²⁴⁶. A utilização de tais mecanismos processuais produz uma decisão que consistirá no entendimento fixado pelo tribunal. Aqui, o objetivo é chegar a uma tese, que deve representar a conclusão a que chegou o tribunal acerca da questão repetitiva que lhe foi submetida.

Ocorre que um órgão jurisdicional também pode sedimentar certo entendimento em decisões proferidas em casos concretos, por meios que não foram expressamente previstos para a fixação de uma tese. É o que pode acontecer quando o pleno do STF julga um recurso

²⁴⁵ Trata-se do Projeto de Lei do Senado – PLS 166/2010, com a redação dada pelo Parecer n.º 1.741, de 2010, da Comissão Diretora. Atualmente, o mencionado Projeto tramita perante a Câmara dos Deputados, onde recebeu o n.º 8046/2010.

²⁴⁶ No Código projetado, há a proposição de institutos afins, como o incidente de “resolução de demandas repetitivas”. Além disso, o § 2º do art. 882 do NCPC atribui aos tribunais o poder de estabelecer, em seus regimentos internos, formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

extraordinário e, objetivando-o²⁴⁷, atribui eficácia *ultra partes* à sua decisão; quando o STJ aprecia o mérito dos embargos de divergência ou do recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea “c”, da CF/88. Cuida-se de meios processuais que visam à solução de um conflito específico. Aqui, a fixação do entendimento não é o único objetivo almejado no recurso. Trata-se também de um meio para chegar à solução do litígio²⁴⁸.

Portanto, o sistema prevê meios “concentrados” e meios “difusos” para fixação de teses pelos órgãos jurisdicionais.

A distinção é importante para analisar os problemas ligados à aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas.

Veremos, por exemplo, que os tribunais estão autorizados a iniciar de ofício os procedimentos criados expressamente com a finalidade de fixação da tese, e a dar-lhes continuidade, independentemente da vontade das partes; e que existe a necessidade de delimitação da questão jurídica repetitiva que será objeto de tais procedimentos, com conseqüências para os limites do contraditório nos momentos da formação da tese e da sua aplicação aos casos futuros, e para a participação de terceiros.

5.1.1.1 A fixação da tese como poder-dever do órgão jurisdicional

Como já vimos, a aplicação da tese consiste num importante mecanismo para a solução dos conflitos massificados, protegendo a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

Vimos, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê meios processuais que foram concebidos especificamente para a consolidação de uma tese jurídica, quando existe questão controvertida na jurisprudência, envolvendo litígios massificados, a exemplo dos incidentes de uniformização de jurisprudência e de formação de precedentes no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

²⁴⁷ Trataremos do tema da “objetivação” do recurso extraordinário mais adiante. Por ora, basta-nos a noção de que, ao fazê-lo, o STF atribui “eficácia transcendente” aos motivos determinantes da decisão proferida no controle concreto de constitucionalidade, ou seja: as razões de decidir que levaram à declaração de inconstitucionalidade da lei ultrapassam a esfera jurídica das partes envolvidas no processo, independentemente de haver resolução do Senado suspendendo os efeitos da lei.

²⁴⁸ Neste sentido, tratando especificamente dos objetivos dos embargos de divergência: Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 351).

Passemos a analisar se, estando presentes os pressupostos para a instauração de um desses meios, o órgão jurisdicional possui o poder-dever de deflagrá-lo, com vistas a fixar uma tese.

A indagação surge a partir da análise da jurisprudência do STJ, que vem afirmando existir uma discricionariedade dos tribunais para a instauração dos meios de fixação da tese jurídica, expressamente previstos pelo legislador para tanto²⁴⁹. No entendimento da mencionada Corte Superior, os tribunais possuem a faculdade para fazê-lo, mesmo quando provocados neste sentido. Parcela da doutrina acompanha este entendimento, afirmando que “o requerimento da parte não é vinculante, não gerando direito subjetivo processual à instauração do incidente; é mais uma provocação para que a turma, câmara ou grupo de câmaras aprecie a proposta” (GRECO FILHO, 2006, p. 393)²⁵⁰.

Não podemos olvidar que há um interesse público primário de toda a comunidade na fixação da tese e na sua aplicação, a fim de resguardar os já referidos valores da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo. A existência de uma tese judicialmente consolidada provoca uma série de conseqüências para a sociedade, tanto no âmbito extrajudicial (como o direcionamento da conduta de cada um dos seus integrantes quanto à previsibilidade das conseqüências dos atos por eles praticados, atendendo à segurança jurídica), como na esfera judicial (como a abreviação do procedimento, em observância à razoável duração do processo; o dever de enfrentamento do entendimento, seja para aplicá-lo ou para superá-lo, com conseqüências na fundamentação da decisão dos casos repetitivos e no procedimento dos recursos contra ela interpostos; e a configuração da litigância de má-fé quando houver postulação contrária à tese sedimentada, sem a exposição de fundada razão para superá-la).

²⁴⁹ Confira-se, a título exemplificativo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 5.478/68, ART. 13, § 2º.

1. A instauração do incidente de uniformização de jurisprudência não é obrigatória, constituindo-se em uma faculdade do órgão julgador e, quando pleiteada pela parte (art. 476, parágrafo único), deverá ser suscitada nas razões do recurso ou, quanto feita em petição avulsa, antes de seu julgamento. Precedentes da Corte Especial.

(...) 3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no Ag 1308476/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 29/11/2011).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VENCIMENTO-BASE INFERIOR AO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE. REMUNERAÇÃO TOTAL SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça, a instauração do Incidente de Uniformização de Jurisprudência constitui faculdade do Juízo, e não obrigação.

(...) 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 930.930/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 06/12/2010)

²⁵⁰ Também neste sentido: Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 476).

Como vimos, a fixação da tese consiste num interesse público primário, que não está à disposição das partes. Tanto é assim que os procedimentos para a sua formação, pela uniformização de entendimentos jurisprudenciais divergentes, pode, de regra, ser iniciada de ofício. Uma vez instaurados, eles seguirão até o seu desfecho independentemente da vontade das partes de um determinado processo. Foi o que constatamos quando tratamos da compatibilização entre o interesse público primário e o interesse das partes no incidente que acontece no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Na medida em que o órgão jurisdicional pode iniciá-los de ofício, eles consistem num poder conferido ao órgão julgante, até porque visam a resguardar o interesse público primário de estabelecimento e posterior aplicação de uma tese.

Mas se as partes não dispõem de tal interesse, ele tampouco pode consistir numa discricionariedade do órgão jurisdicional. Em face da relevância da existência dos precedentes para toda a sociedade, a sua formação não pode ficar ao alvedrio do Judiciário, desde estejam presentes os pressupostos para o procedimento de uniformização, inclusive o amadurecimento dialético do entendimento acerca da questão jurídica controvertida. Portanto, entendemos que a fixação a tese jurídica em tais hipóteses consiste não só num poder, mas também num dever do órgão jurisdicional²⁵¹. Trata-se, pois, de um poder-dever, em relação ao qual não há margem de conveniência e oportunidade para o seu exercício.

Assim é que, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 (que equivalem ao art. 990 do NCPC) para o incidente de fixação do precedente acerca da questão jurídica objeto de recursos excepcionais repetitivos, o presidente do tribunal de origem ou o relator no Tribunal Superior deverá deflagrá-lo. Da mesma maneira, presentes os pressupostos exigidos para a instalação do incidente de uniformização de jurisprudência, positivados pelo art. 476 do CPC/1973, o tribunal não tem a discricionariedade de fazê-lo, ou não.

No âmbito do Código projetado, o art. 882, I, estipula que “sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, [os tribunais] deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante”. Parece-nos que a possibilidade a que alude a redação proposta diz respeito à verificação dos requisitos para a instalação do

²⁵¹ Especificamente em relação ao incidente de uniformização de jurisprudência, de que tratam os arts. 476 a 479 do CPC/1973, José Marcelo Menezes Vigliar (p. 2003, 204) afirma: “O incidente de uniformização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requisitos – impõem os valores *igualdade, segurança, economia e respeitabilidade* – deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao Judiciário”. No mesmo sentido: Ernane Fidélis Santos (1998, p. 600).

procedimento voltado à formação da tese e/ou a atribuição de uma eficácia diferenciada a ele, o que corroboraria a concepção que defendemos, no sentido de que o órgão jurisdicional possui o poder-dever de iniciar o procedimento estruturado para a fixação da tese.

Já ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas, o art. 933, § 1º, do Projeto de Lei estabelece o contrário. Ele permite que, além de verificar se estão presentes os requisitos objetivos de admissibilidade indicados no art. 930, o tribunal pode verificar a conveniência de adotar uma decisão paradigmática.

Entendemos que a proposta de redação dada ao § 1º do art. 933 do NCPC merece ser reexaminada, pois, uma vez preenchidos os requisitos para a instalação de um procedimento voltado para a formação de um precedente com a atribuição de eficácia diferenciada a ele, o órgão jurisdicional não possui a discricionariedade de fixar, ou não, o seu entendimento²⁵². Ele possui o poder-dever de assim atuar, em face do interesse público primário que funda a fixação de uma tese.

5.1.2 Compatibilização do interesse público com os direitos fundamentais processuais das partes nas demandas repetitivas

Como vimos no Capítulo 2, o processamento das demandas repetitivas consiste numa técnica de solução de conflitos que está consubstanciada, de um lado, num interesse público primário de toda a comunidade na fixação da tese, e, de outro lado, na aplicação deste mesmo entendimento. Este interesse não está à disposição das partes, nem do magistrado que analisa um determinado caso concreto e independe do mérito da questão jurídica debatida.

²⁵² Como veremos oportunamente, a única interpretação que nos parece plausível do § 1º do art. 933 do NCPC levaria à conclusão de que a margem de conveniência a que alude o texto diz respeito à verificação do amadurecimento jurisdicional acerca do tema. Ocorre que esta interpretação só é possível se concebermos (como, de fato, fazemos) que o incidente de resolução de demandas repetitivas possa ser utilizado com finalidade preventiva ou preventiva e repressiva. Com efeito, não há dúvida de que a proposta de redação do art. 930 do NCPC contempla a função preventiva do instituto, por considerá-lo admissível quando for 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. Assim, exige-se apenas a potencialidade e não a efetiva multiplicação de processos, ou a potencialidade de causar grave insegurança jurídica e não a efetiva insegurança. Ocorre que, se o incidente é admitido para evitar a multiplicação de feitos e/ou a insegurança jurídica, ele também deve ser utilizado para corrigir as situações em que já há múltiplos processos sobre um mesmo tema jurídico ou em quando efetivamente já existe insegurança jurídica. De mais a mais, o art. 934 do NCPC estabelece que, admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Ao determinar que se suspendam os processos pendentes, o Projeto acaba reconhecendo a utilização do instituto quando já existe efetiva multiplicação deles. Havendo inúmeros processos versando sobre uma determinada questão jurídica, pode já haver amadurecimento.

Vimos, ainda, que existem direitos fundamentais processuais das partes e que eles estão consagrados constitucionalmente, possuindo tanta relevância quanto o interesse público.

Deste modo, antes de pensar na supremacia deste sobre o interesse da parte, deve-se cogitar a compatibilização deles.

Trata-se de aspecto relevante, que deve direcionar a aplicação do devido processo legal nos processos repetitivos.

Tomemos como exemplo a situação enfrentada pelo STJ em 2009, sobre a possibilidade de o recorrente desistir do apelo especial repetitivo.

Os membros da Corte depararam-se, de um lado, com os preceitos contidos nos arts. 158 e 501 do CPC/1973, que autorizam o recorrente a desistir do recurso, independentemente da anuência do recorrido ou dos eventuais litisconsortes. Basta-lhe a manifestação da vontade neste sentido.

O art. 501 funda-se na concepção de que, ao desistir do recurso, o recorrente manterá sua posição processual de desvantagem e a situação de êxito da parte contrária, até porque o recurso só será admitido se houver interesse recursal, o qual, por sua vez, está ligado à sucumbência e à vedação da reforma para pior (*reformatio in peius*). Mas, toda essa dogmática foi pensada à luz da tutela de direitos individuais, afinal o recorrente desistirá do recurso que lhe aproveitaria. A desistência mantém a *sua* sucumbência, operando efeitos na *sua* esfera jurídica.

De outro lado, o procedimento para julgamento por amostragem dos recursos repetitivos visa à fixação da tese jurídica, que será extraída a partir do exame do mérito dos recursos selecionados. Trata-se de valor jurídico que já não diz mais respeito somente ao interesse individual do recorrente, atingindo, ao menos, a esfera jurídica dos diversos litigantes que tiveram os seus recursos especiais sobrestados²⁵³.

²⁵³ Neste passo: “Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada, pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá uma análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos

O STJ enfrentou a matéria como questão de ordem no REsp 1063343/RS. No mencionado caso, o recorrente apresentou petição, desistindo do apelo especial repetitivo que havia sido selecionado como representativo da controvérsia. O Tribunal “indeferiu o pedido”²⁵⁴, entendendo que existia interesse coletivo em derredor dos recursos repetitivos, uma vez iniciado o procedimento voltado para o seu julgamento. Eis a Ementa²⁵⁵:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.

- É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. (QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009)

individuais homogêneos. Trata-se de um incidente como objeto litigioso coletivo” (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2009, p. 323-324).

²⁵⁴ Na realidade, não se trata de um requerimento de desistência, mas de manifestação que é suficiente por si só, até porque não depende de homologação judicial.

²⁵⁵ Destacamos os seguintes trechos do voto vencedor: “São duas as perspectivas constitucionais sob as quais o incidente previsto no art. 543-C do CPC deve ser analisado: a primeira, de garantir a plena realização do direito à razoável duração do processo; e a segunda, de maximizar o direito fundamental à isonomia. O Direito Processual contemporâneo adotou, inicialmente, a sistemática de coletivização para ampliar o acesso ao Judiciário. Hoje, o mesmo sistema avança, introduzindo instrumentos processuais como o do art. 543-C, idealizado para solucionar o excesso de processos com idêntica questão de direito que tramitam pelos diversos graus de Jurisdição. Por isso, os efeitos previstos no § 7º do art. 543-C ganham especial abrangência porque permitem que o STJ, ao invés de, repetidamente, proferir a mesma decisão, defina a **orientação** que norteará o deslinde das idênticas questões de direito que se apresentam aos milhares. Estamos diante da sistemática da **coletivização** acima mencionada, cuja orientação repercutirá tanto no plano **individual**, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera **coletiva**, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito. (...) Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves conseqüências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país. Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado. Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide. Não se pode olvidar outra grave conseqüência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os *amici curiae*, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência. (...) A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma **orientação** quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos” (grifos contidos no original).

Como se vê, prevaleceu a tese de que não seria possível a desistência do recurso especial representativo da controvérsia multitudinária, quando já iniciado o procedimento que visa à fixação da tese, por existir um interesse coletivo.

Como já dissemos anteriormente, a questão de fundo envolvida no processo e o interesse individual de cada litigante não devem ser confundidas com o interesse público referente ao estabelecimento da tese geral, que se aplicará aos recursos pendentes que versam sobre objeto afim, quiçá a tantos outros processos que versam sobre situações homogêneas. Afinal, as demandas repetitivas caracterizam-se por ser um grupo de conflitos semelhantes.

Deve-se procurar compatibilizar estes valores, sem violá-los.

Note-se, ademais, que a busca da isonomia a que aludem as razões do voto vencedor poderia não ser alcançada por outros acontecimentos do processo (e não somente pela desistência do recorrente). É o que aconteceria se a parte não tivesse interposto o especial. Indaga-se, ainda: e se ela tivesse desistido do apelo excepcional antes de iniciado o procedimento de formação do precedente, por amostragem? Teria permanecido na sua posição de desvantagem, em que pese outros recursos fossem selecionados para representar a controvérsia?

Entendemos que a parte não dispõe do procedimento para fixação da tese por seleção de alguns recursos. Ele é iniciado de ofício e, uma vez deflagrado, deve seguir até o seu final. Essa circunstância, contudo, não impede que a parte desista do seu apelo, tenha sido ele escolhido para representar a controvérsia, tenha ele quedado suspenso²⁵⁶. Respeitar-se-ia, assim, o interesse público sem violar o direito fundamental processual da parte, por consistirem em aspectos distintos.

No NCPC, a possibilidade de desistência do recurso, em particular, está prevista pelo art. 952, cujo *caput* reproduz o conteúdo do art. 501 do CPC/1973. Ocorre que o parágrafo único do dispositivo constante no Código projetado vai além e afirma que, no julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e no julgamento de recursos repetitivos afetados, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo STJ ou pelo STF.

²⁵⁶ Neste mesmo sentido, entendem Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 324): “Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos Resp 1.058.114 e Resp 1.063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência. Em tais casos, o STJ rejeitou a desistência do recurso, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado (...) entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve realizar o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.”

Parece-nos que o mencionado dispositivo deve ser interpretado de modo que dele se extraia a compatibilização entre o interesse público na fixação do precedente com o direito processual da parte de desistir do recurso.

Uma vez apresentado o requerimento de desistência em relação ao recurso-paradigma, o tribunal não deverá apreciar o mérito do mencionado recurso. Assim, não lhe dará, nem negará provimento, razão pela qual prevalecerá, para aquele caso concreto, a decisão judicial anterior, já proferida e que havia sido alvo do inconformismo da parte. No entanto, a desistência não obstará que a Corte utilize os fundamentos veiculados naquele recurso para fixar a tese jurídica, que possuirá eficácia em relação aos demais casos que estiverem pendentes e que tratem da mesma matéria, como, aliás, determinam os arts. 993, 994 e 995 do NCPC.

Nesta mesma esteira, parece-nos que deve ser esta a diretriz a ser inferida do parágrafo único do art. 995, ao estatuir que a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes da prolação da sentença se a questão nela discutida “for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia”.

Na realidade, a redação do aludido parágrafo há de ser aprimorada, substituindo-se o trecho “for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia” por “for semelhante à na tese jurídica fixada no procedimento de formação do precedente”. A sugestão baseia-se na circunstância de que o procedimento visa à formação do precedente e não ao julgamento do recurso. Primeiramente, porque pode ter havido desistência (situação em que será a fixada a tese, sem acontecer o julgamento do recurso). Em segundo lugar, porque, mesmo fixado e aplicado o precedente, ele não definirá, necessariamente, a sorte dada ao julgamento do recurso, que pode dizer respeito a outros pedidos (na hipótese de cumulação) ou pode envolver causas de pedir concorrentes. Assim, o procedimento para fixação da tese é deflagrado a partir dos recursos excepcionais repetitivos que foram interpostos, mas, uma vez iniciado, não mais depende da continuidade ou do julgamento deles para a fixação da tese. Em síntese: a instauração do incidente pressupõe a existência dos recursos repetitivos, mas o seu mérito não está vinculado ao deles.

Corrigida a redação do art. 995 do NCPC ou bem interpretado o dispositivo, ele visa à compatibilização entre o direito processual individual da parte, permitindo que o autor desista do processo, caso em que o mérito sequer será julgado. Isso ocorrerá quando a *ratio decidendi* for contrária ao interesse do autor.

Se a desistência for apresentada antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência, como estabelece o trecho final do parágrafo único do art. 995. Além disso, não será necessário ouvir o réu, em consonância com o art. 472, VIII c/c o § 4º, do NCPC (cuja redação equivale à do art. 267, VIII c/c o § 4º, do CPC/1973).

Mas se ela ocorrer depois de oferecida a contestação? O réu deve ser ouvido?

Uma primeira e mais açodada interpretação nos levou, inicialmente, a uma resposta negativa, afinal já existe uma regulamentação geral sobre a desistência do processo, prevista pelo art. 472, VIII c/c o § 4º do NCPC, que estabelece expressamente ser necessário ouvir o demandado caso o requerimento de desistência seja apresentado após a defesa. Assim, não haveria sentido em o Projeto do NCPC trazer outra previsão legal com o mesmo sentido, no parágrafo único do art. 995, somente para corroborar o que o outro dispositivo já afirmava.

Não podemos olvidar, contudo, que a desistência com fulcro no parágrafo único do art. 995 acontece porque houve a fixação de um precedente por um tribunal superior, operando seus efeitos sobre os casos que tramitam no primeiro grau de jurisdição. Neste contexto, a probabilidade de o autor sair sucumbente e de o réu sair vencedor é muito alta. O demandante, então, requer a desistência em face da constatação de que sairá perdedor exatamente para não sair vencido no mérito, afinal a desistência provocará o término do processo, mas não a solução da lide. Não se trata de renúncia, que, esta, sim, não depende da manifestação da parte contrária. Com a desistência, o que há, portanto, é uma probabilidade de o réu sagrar-se vitorioso naquele conflito em concreto, mas não uma certeza, o que ele só terá com a eficácia decorrente da coisa julgada.

Por isso, pensamos que o réu deve ser ouvido em tal circunstância. Com efeito, o demandado pode ter interesse no prosseguimento do feito até a prolação da sentença de mérito, para que o litígio concreto havido entre ele e a parte adversa seja resolvido, em caráter definitivo, o que deverá acontecer com observância à tese fixada pelo tribunal superior. O interesse do demandado na solução do mérito é justificado pelos seguintes motivos: (1) a solução a ser dada ao mérito estará baseada no precedente que lhe é favorável; e (2) ela será imutabilizada pela eficácia da coisa julgada material, não podendo ser modificada, nem questionada futuramente, mesmo que sobrevenha a superação do precedente, com a alteração do entendimento acerca daquela matéria jurídica. Compatibiliza-se, assim, o interesse público primário de formação e aplicação do precedente também com o direito processual individual do réu.

Anotamos, por fim, que tal raciocínio deva ser aplicado quanto à possibilidade de desistência das ações que versem sobre o precedente fixado por meio do incidente de resolução de causas repetitivas regulado pelos arts. 930 a 941 do NCPC, embora não haja a expressa previsão. Afinal, o julgamento de demandas repetitivas deve direcionar-se pela compatibilização do interesse público primário com os direitos processuais individuais das partes.

5.1.3 A aplicação da teoria dos precedentes no processamento de demandas repetitivas no sistema jurídico brasileiro

A valorização dos precedentes judiciais consiste em importante meio para o alcance da igualdade, da segurança jurídica e da razoável duração no processamento das demandas repetitivas, na medida em que representa o respeito ao entendimento consolidado pelos órgãos jurisdicionais acerca de determinado assunto jurídico, que consiste no objeto de demandas repetitivas.

Dada a sua relevância para a solução de casos isomórficos, devemos examinar se o ordenamento brasileiro lhes atribui eficácia, afinal, como já verificamos em capítulo anterior, os precedentes existem em todos os sistemas jurídicos, mas os seus efeitos serão conferidos por cada um dos ordenamentos. Em síntese: os precedentes não possuem eficácia persuasiva ou vinculante por si próprios. A sua força é um atributo que lhe é anexado pelo sistema no qual está inserido.

Se constatarmos que o ordenamento atribui eficácia aos precedentes, precisaremos identificar quais são os mencionados efeitos.

5.1.3.1 A atribuição de eficácia aos precedentes pelo sistema brasileiro

Para aferir se o sistema brasileiro atribui eficácia aos precedentes judiciais, vamos partir do que estabelecem o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) e o art. 126 do CPC/1973, que consideram a lei como fonte primordial do Direito brasileiro, na medida em que determinam que o juiz decida com base “nas normas legais”, e que, na sua falta, deverá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Destacamos, de logo, que os referidos comandos não aludem à utilização dos precedentes como “base” para a solução dos conflitos apresentados aos órgãos jurisdicionais, o que poderia levar a crer que eles não consistem em fonte do Direito no ordenamento pátrio.

Não podemos, no entanto, nos limitar à interpretação literal dos aludidos comandos. Primeiramente, porque as normas não decorrem exclusivamente das leis. Em segundo lugar, porque o sistema brasileiro atribui aos precedentes uma eficácia normativa, determinando expressamente a sua aplicação.

Vejamos.

O art. 4º da Lei de Introdução e o art. 126 do CPC/1973 retratam uma concepção já ultrapassada ao estatuir que os juízes devem solucionar os conflitos com base nas normas que decorrem das leis e, apenas na omissão legislativa é que se deve aplicar a analogia, os costumes e os princípios. Entre os diversos motivos²⁵⁷ que demonstram que a literalidade dos referidos comandos legais já está obsoleta, um deles nos interessa em especial: a distinção entre os conceitos de “norma” e “lei”.

Como já demonstramos em capítulo anterior, é um equívoco confundi-los, na medida em que as normas não são os textos, nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da sua interpretação. Daí que o texto consiste no aparato que servirá de objeto para a atividade hermenêutica, ao passo que a norma é o resultado de tal atividade. Mais do que isso: vimos que a norma não decorre somente do texto legal, mas também de outros que possuam tal eficácia. Não é demais lembrar que a eficácia não é atribuída pelo texto em si, mas pelo sistema no qual ele está inserido. Assim, as normas podem decorrer também das decisões judiciais, como acontece com a norma individual e concreta, solucionadora de determinado conflito, que se extrai do dispositivo da decisão, ou como sucede com a norma geral, aplicável não só àquele conflito específico, mas também aos que lhe são semelhantes, e que se extrai da fundamentação da decisão, desde que o ordenamento assim estipule. Tanto numa como noutra hipótese, a força normativa deve ser conferida pelo sistema. A eficácia que incide sobre o

²⁵⁷ Pela “letra da lei”, os princípios distinguem-se das “leis”, não estando nelas positivados. Ocorre que já não se concebe mais que os princípios estabelecem os fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. De acordo com tal conceituação, o traço distintivo estaria na qualidade e no grau de abstração. Enquanto a “lei” consistiria numa “ordem”, num “mandamento”, com significado “preciso” e “bem delimitado”, o princípio atuaria como fundamento normativo para a tomada de decisão, possuindo caráter abstrato. Na realidade, são muitas as propostas de conceituação e de distinção da “lei” e do “princípio”, como expõem diversos doutrinadores, a exemplo de Humberto Ávila (2004, p. 24-55), que entende que os princípios também podem estar positivados em leis. Se há princípios previstos em leis, a afirmação de que o juiz deve julgar com base nas normas que estão positivadas na lei, aplicando os princípios somente em caráter subsidiário, perde o seu sentido. Não nos aprofundaremos sobre tal aspecto aqui, por não ser objeto deste trabalho. O que queremos demonstrar é que os mencionados textos não podem ser interpretados na sua literalidade.

texto contido no dispositivo, que se torna imutável, é atribuída pela autoridade da coisa julgada, como se extrai do art. 467 do CPC/1973 e do art. 489 do NCPC.

Diferenciados os conceitos de “norma” e “lei”, resta saber se o ordenamento brasileiro atribui força normativa aos precedentes.

Embora os arts. 4º e 126, respectivamente, da Lei de Introdução e do CPC/1973, não se refiram à aplicação dos precedentes para a solução dos conflitos submetidos ao órgão jurisdicional, constata-se que o ordenamento brasileiro possui inúmeros dispositivos que conferem eficácia de norma às teses firmadas pelos órgãos jurisdicionais.

Em nível constitucional, o art. 103-A da CF/88 estabelece a possibilidade de a Suprema Corte, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar, rever ou cancelar enunciados de súmula que vinculem os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual ou municipal.

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 2º, da CF/88)²⁵⁸.

Também em nível infraconstitucional, constata-se que, pelo menos desde o início da vigência do CPC/1973, o sistema jurídico brasileiro conferia qualidade de norma aos precedentes.

Relembremos do delineamento dado pelo legislador ao incidente de uniformização da jurisprudência, positivado pelos arts. 476 a 479 do CPC/1973. Eles estabelecem que, verificada a divergência em órgão fracionário, é lícito ao juiz determinar, de ofício, ou às partes e ao Ministério Público requererem a sua uniformização. Proposto tal incidente, o reexame necessário, o julgamento do recurso ou da causa de competência originária do órgão fracionário fica suspenso até que seja uniformizado o entendimento do tribunal acerca de certa matéria jurídica. Uma vez fixada a tese, o art. 479 estabelece que ela será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência, desde que decorra do voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal. A doutrina pacificou os seguintes entendimentos sobre o instituto: (1) a tese firmada através do incidente diz respeito a uma

²⁵⁸ Assim explica Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 50): “Uma das respostas adequadas para o desafio criado por um crescimento desmesurado [de causas repetitivas e recursos ao Supremo] foi a súmula vinculante, que não tem apenas o efeito de impedir os recursos sobre a matéria já sumulada, mas, sobretudo, o de fixar uma orientação a ser obrigatoriamente seguida pelo Poder Judiciário em geral. E, especialmente, pela Administração direta e indireta, responsável pela maioria dos recursos perante o Supremo Tribunal Federal”.

questão jurídica controvertida que consta na fundamentação apresentada pela parte ou no voto de um dos julgadores; (2) a decisão do incidente fixa um entendimento, que será utilizado como fundamento para a apreciação do recurso, da causa de competência originária ou no reexame necessário, mas não se confunde com o próprio julgamento, inclusive porque pode haver uma concorrência de fundamentos no(a) recurso/causa e ele pode ser provido/ela pode ser julgada procedente por força do acolhimento de outro motivo nele/nela constante que é distinto e independe da tese firmada por meio do incidente; e (3) no julgamento daquele(a) recurso/causa, em particular, o órgão fracionário não pode realizar interpretação distinta daquela a que chegou o tribunal, por meio do incidente. Assim, ocorre uma divisão da competência funcional para julgamento do(a) recurso/causa. O exame de uma questão incidente passa a ser da competência de um órgão fracionário maior. Quanto à eficácia do precedente em relação a outras demandas, parcela da doutrina afirma que ela será apenas persuasiva, mesmo que o entendimento venha a ser sumulado²⁵⁹, ao passo que outra corrente advoga que o entendimento sumulado possuirá efeito vinculante em relação ao Tribunal que o sedimentou e aos órgãos a ele vinculados, por haver um interesse público de estabilização do Direito a respeito de determinada questão jurídica²⁶⁰.

O mesmo acontece com o reconhecimento de inconstitucionalidade decorrente do incidente de que tratam os arts. 480 a 482 do CPC/1973, inclusive no que diz respeito à controvérsia acerca da eficácia vinculante em relação aos demais casos, que não aquele a partir do qual se originou o incidente²⁶¹.

A esta altura, podemos concluir que o ordenamento brasileiro atribui força normativa ao entendimento judicial uniformizado, determinando que seja aplicado, ao menos, a um litígio em particular, afinal a tese fixada no incidente de uniformização ou no de o reconhecimento de inconstitucionalidade, por um órgão, deverá ser aplicada no julgamento do caso concreto, ainda que não seja determinante para o desfecho do conflito.

²⁵⁹ Nesta linha: Vicente Greco Filho (2006, p. 394-395), Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 368) e Humberto Theodoro Jr. (2005, p. 668-669), cuja lição segue transcrita: “Convém lembrar que a turma, câmara ou grupo, recebendo os autos com o pronunciamento do Tribunal, ficará vinculada à tese de direito proclamada no incidente da ‘uniformização da jurisprudência’. O julgamento do incidente pode ser tomado por votação da maioria simples e valerá para a solução do caso no órgão suscitante. Se, porém, for tomado pela ‘maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula, e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência’ (art. 479). A *Súmula* não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, como instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial, como tem evidenciado a prática do Supremo Tribunal Federal” (destaque existente no original).

²⁶⁰ Neste sentido: José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 259).

²⁶¹ De um lado, alguns doutrinadores afirmam que a eficácia será persuasiva, como pensam Humberto Theodoro Junior (2005, p. 718), Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 392) e Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 107). De outro lado, há quem afirme ser ela vinculante, como pensa Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 509).

Mas, até aqui, só podemos afirmar que a tese firmada à luz de um caso concreto, por meio de um incidente, de competência de outro órgão, deve ser aplicada a ele mesmo. Como expusemos, parte da doutrina afirma que o precedente possui eficácia meramente persuasiva em relação aos litígios análogos. Diante de tal cizânia doutrinária, ainda não podemos concluir que ele incida, obrigatoriamente, sobre outros casos.

Examinemos, agora, se o sistema vai mais além e confere força de norma ao entendimento sedimentado pelos tribunais também em relação a outros conflitos, desde que se assemelhem àquele, do qual se originou a tese.

Tomemos o que dizem o *caput* do art. 557 e o § 1º do art. 518 do CPC/1973.

O primeiro dispositivo, cuja redação foi dada pela Lei 9.756/1998, determina que o relator, em decisão unipessoal, negue seguimento a recurso que esteja em manifesto conflito com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Desta maneira, o entendimento consolidado no enunciado da súmula ou na jurisprudência dominante, ainda que não sumulado, consistirá em norma a ser aplicada pelo relator aos casos semelhantes àqueles que originaram o enunciado sumular ou o pensamento majoritário de uma Corte.

Já o § 1º do art. 518 do CPC, acrescido pela Lei 11.276/2006, determina que também o juízo de 1º grau negue seguimento à apelação que ataque sentença que esteja em conformidade com a súmula do STJ ou do STF, estendendo ainda mais o efeito normativo decorrente dos entendimentos que são objeto da súmula do STJ ou da do STF.

Assim, resta evidenciado que o sistema jurídico brasileiro confere eficácia normativa à tese firmada pelos tribunais em relação aos conflitos semelhantes ao que deu origem ao precedente.

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro atribui eficácia normativa aos precedentes e determina a sua aplicação para a solução dos conflitos, não há sentido em afirmar que o juiz, ao resolver uma contenda, deve levar em consideração a norma decorrente da interpretação do texto legal (como estatuem os arts. 4º e 126 da Lei de Introdução e do CPC/1973, respectivamente) e não a norma que decorre da interpretação do precedente judicial, já que, em outros dispositivos da própria lei, o próprio sistema determina a aplicação do precedente.

Assim, ao solucionar os conflitos concretos que lhe são submetidos, o juiz também deve aplicar as “normas decorrentes dos precedentes” e não somente as que decorrem “das leis”.

No CPC Projetado, o art. 119 corresponde ao 126 do CPC/1973 e a sua redação atual assim dispõe: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”.

Em que pese a redação dada ao art. 119 do NCPC seja melhor do que o texto do art. 126 do CPC/1973, por evidenciar, por exemplo, que os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito não devem ser utilizados na atividade decisória somente em caráter supletivo (como estatui o art. 126 do CPC/1973), ela ainda não alude à utilização dos precedentes como fonte do Direito. Não havendo tal referência, mantém-se a necessidade de realizar a mesma interpretação sistemática a partir dos demais dispositivos do NCPC.

Quanto ao incidente de uniformização de jurisprudência de que tratam os arts. 476 a 479 do CPC/1973, ele não existe no NCPC. No Projeto, o art. 882 preconiza a uniformização e a estabilidade da jurisprudência como política a ser adotada pelos tribunais, mediante uma série de providências: a edição de enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; a determinação de que os órgãos fracionários sigam a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; a estipulação de que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; a observância da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores como elemento norteador das decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; e a modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou da que se originar do julgamento de casos repetitivos, visando ao interesse social e à segurança jurídica.

Quanto ao incidente de reconhecimento de inconstitucionalidade, os arts. 901 a 903 do NCPC deram o mesmo tratamento que os arts. 480 a 482 do CPC/1973 atualmente dão ao instituto.

Já o art. 557 do CPC/1973 encontra correspondência com o art. 888 do NCPC, cujos incisos III, IV e V, atribuem ao relator a incumbência de negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida (inc. III); negar provimento a recurso que contrariar (a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inc. IV); dar provimento ao recurso se a decisão

recorrida contrariar (a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inc. V).

Por fim, não existe dispositivo no NCPC que corresponda ao § 1º do art. 518 do CPC/1973, porque o juízo de admissibilidade da apelação, na sistemática que se pretende implementar com a futura Lei, será realizado exclusivamente pelo tribunal, e não mais pelo órgão de 1ª instância, nos termos do art. 966 do Projeto de Lei.

Da leitura dos dispositivos do NCPC, depreende-se que o sistema jurídico brasileiro continuará atribuindo eficácia normativa aos precedentes judiciais, também em nível infraconstitucional. Assim, não há razão para que eles não sejam levados em consideração no julgamento dos casos semelhantes ao que deu origem à tese.

Estabelecidas tais premissas, passemos à análise do devido processo legal em relação às demandas repetitivas.

5.2 OS CRITÉRIOS PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS AOS PRECEDENTES NO JULGAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Tendo concluído que o ordenamento atribui eficácia aos precedentes, precisaremos identificar quando e como o sistema lhes deve conferir efeito vinculante ou persuasivo.

Para tanto, dois critérios devem ser articulados: o do meio utilizado para a fixação do precedente e o da posição que o órgão jurisdicional ocupa na hierarquia funcional do Judiciário.

Num Estado Democrático, a atribuição de efeito vinculante a um ato normativo pressupõe a sua legitimação, o que exige um procedimento em contraditório, com a possibilidade de participação das pessoas que estarão sujeitas à sua eficácia. Pelas suas características e pela possibilidade de participação, no momento da formação do precedente, daqueles que estarão sujeitos à eficácia do precedente²⁶², pode ser atribuída tal força às teses fixadas nos

²⁶² Nos itens atinentes ao litisconsórcio e à intervenção de terceiros, examinaremos se a participação será pessoal e/ou por representação de pessoa ou órgão legitimado extraordinariamente.

procedimentos especialmente previstos para tal fim, pois existirá a delimitação do tema, a possibilidade de intervenção de terceiros etc.

Já as que se formam no bojo de um procedimento criado para fim diverso devem funcionar apenas como meio de convencimento. Trata-se de precedentes persuasivos, na medida em que não há tão ampla possibilidade de ingresso e participação de pessoas estranhas à relação processual que se desenvolve num determinado caso, não há adequação procedimental para o estabelecimento da tese, não há regra de competência específica que afete a questão a um órgão jurisdicional qualificado etc.

A concepção da existência de uma hierarquia funcional entre os tribunais e ao modo como ela pode influenciar na aplicação dos precedentes consiste no segundo critério relevante para conferir efeitos aos precedentes, à luz do sistema de julgamento de demandas repetitivas.

Cuida-se de elemento fortemente adotado nos países que adotam o *stare decisis*.

A organização de um sistema judicial com instâncias traz consigo a idéia de que os órgãos superiores têm a atribuição de rever as decisões proferidas pelos inferiores, confirmando-as ou reformando-as, após o amadurecimento da questão discutida nas diversas instâncias pelas quais um processo tramita e pelas quais se analisam as questões jurídicas nele veiculadas.

A atuação das partes em contraditório e a prolação das decisões nos diferentes graus de jurisdição, mediante o debate e o estabelecimento de contrapontos, contribui para a sedimentação de um entendimento judicial após a ampla manifestação dos sujeitos interessados e dos magistrados, nos diversos graus de jurisdição.

O que justifica a observância, inclusive no que tange à eficácia vinculante, das decisões anteriormente prolatadas pelos tribunais é a idéia de respeitar o que vem sendo fixado em uma sistemática hierarquizada. Dessa forma, pode-se cogitar a eficácia interna de uma tese em relação ao próprio órgão que a sedimentou, como também uma eficácia externa em relação aos demais órgãos²⁶³.

Para manter a segurança, é preciso assegurar também uma uniformidade no tratamento dos jurisdicionados, inclusive no que tange à igualdade material ao próprio direito de recorrer. Se determinado entendimento já foi certificado pelo tribunal superior, os juízes a ele vinculados,

²⁶³ Neste sentido, leciona José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 170): “O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica da *common Law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário”. (destaques existentes no original)

bem como aos órgãos inferiores, devem, em princípio, seguir este posicionamento para todos os casos análogos que surgirem. Não é isonômico que uma pessoa consiga de logo a tutela jurisdicional que almeja, ao passo que outros sujeitos, em uma idêntica situação jurídica e no mesmo contexto social, tenham que passar por um procedimento muito mais longo e por todos os meios recursais para obter a mesma tutela. Além de violar a igualdade, esta possibilidade sobrecarrega os “infortunados com o ônus da interposição do recurso cabível, o que traz consigo maiores gastos, além de prolongar o tempo do processo e a ansiedade à obtenção da decisão final” (CAMBI, 2001, p. 112).

Além da revisão hierarquizada das decisões, o ordenamento atribui diferentes funções aos órgãos que integram o sistema judiciário. Ao STF, por exemplo, cabe a guarda da Constituição, que ora pode ser exercida pela revisão das decisões judiciais proferidas por outros órgãos, ora pode ser realizada pelo controle concentrado de constitucionalidade, de competência originária da Suprema Corte²⁶⁴. Nesta hipótese, o sistema conferiu especial missão ao STF, atribuindo às suas decisões eficácia *erga omnes*.

O respeito à hierarquia funcional contribui para os valores resguardados pelo tratamento massificado das demandas. Anotamos que esta característica se revela muito mais forte no Código projetado do que no CPC/1973, até porque o NCPC vem sendo elaborado com atenção especial ao fenômeno das demandas de massa, ao passo que o CPC/1973 foi criado à luz da tutela puramente individual de direitos, tendo passado por reformas que alteraram paulatinamente a sua feição²⁶⁵. Neste passo, o art. 882 do Projeto de Lei preconiza a uniformização e a estabilidade da jurisprudência como política a ser adotada pelos tribunais, mediante uma série de providências: a edição de enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; a determinação de que os órgãos fracionários sigam a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; a estipulação de que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; a observância da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores como elemento norteador das decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; e a modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do STF e dos

²⁶⁴ Humberto Ávila (2011, p. 483) aborda o tema, tratando-o como a força normativa material de um precedente, e explica que ela decorre do conteúdo e do órgão prolator da decisão.

²⁶⁵ José Joaquim Calmon de Passos (1999) destaca a perda da sistematicidade como um dos aspectos negativos das mini-reformas pelas quais vem passando o CPC/1973.

tribunais superiores ou da que se originar do julgamento de casos repetitivos, visando ao interesse social e à segurança jurídica.

Nesta ordem de idéias, a articulação dos dois critérios acima referidos funciona como elemento norteador do efeito que deve ser conferido ao precedente.

Examinemo-la à luz de alguns dispositivos vigentes no ordenamento brasileiro.

Tomemos, primeiramente, o art. 518, § 1º, do CPC/1973, cuja redação atual foi dada pela Lei 11.276/2006. Ele determina que o juiz de primeiro grau não receba a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF.

Primeiramente, o dispositivo alude à súmula do STJ e à do STF, onde estão congregados os entendimentos sedimentados por cada um dos mencionados tribunais, mediante procedimentos específicos²⁶⁶, criados para tal finalidade, com uma série de exigências próprias, a exemplo de regras especiais de competência, quórum especial etc.

Neste sentido, o art. 7º, VII, o art. 11, III e o art. 102, § 1º, do RISTF estabelecem, conjuntamente, que a inclusão a alteração ou o cancelamento de enunciados na Súmula do aludido Tribunal competirá ao seu plenário e deve dar-se por deliberação da maioria absoluta dos Ministros da Suprema Corte. De maneira análoga, para que um determinado entendimento jurisprudencial venha a se tornar objeto da súmula do STJ, o § 1º do art. 122 do seu Regimento Interno exige (i) o voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência; ou (ii) que a decisão tenha sido firmada por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

Portanto, o ordenamento estabelece uma série de exigências para que uma tese seja objeto da súmula de uma das referidas Cortes, o que lhe dá uma qualificação diferenciada em relação aos entendimentos que não passam por tal procedimento.

De outra banda, o dispositivo não alude ao precedente de qualquer tribunal. Ele se refere à mais elevada Corte na organização judiciária brasileira e a um dos tribunais superiores. Ambos possuem posição privilegiada na estrutura hierárquica do Judiciário e cada um deles exerce função de extrema relevância na interpretação e aplicação do Direito, seja ele legislado ou criado jurisdicionalmente, como estabelecem os arts. 102 e 105 da CF/88. Enquanto ao

²⁶⁶ José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 42-43) e Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 569).

STF compete a guarda da Constituição, ao STJ cumpre a missão de aplicar a correta interpretação e zelar pela uniformidade na aplicação da lei federal.

Assim, parece-nos que os entendimentos constantes na súmula do STF e na do STJ são vinculativos na hipótese tipificada pelo art. 518, § 1º, do CPC/1973, impondo ao juízo de primeiro grau um poder-dever, e não uma mera faculdade, uma simples opção²⁶⁷. Com efeito, não há sentido que casos análogos percorram todo o procedimento que foi observado pelos casos anteriores, que provocaram a formação do precedente qualificado pelo seu *locus*, para que se chegue à conclusão de que lhe será aplicada uma solução já conhecida e sedimentada, de maneira qualificada, pelo STF ou pelo STJ.

Consideremos, agora, o art. 285-A do CPC/1973, que estabelece a possibilidade da improcedência liminar do pedido, quando ele se sustenta em controvérsia sobre questão unicamente de direito, sobre a qual o juízo já tenha proferido sentença de total improcedência²⁶⁸.

Quanto ao primeiro critério, nota-se que a(s) sentença(s)-paradigma não foram proferidas pelo uso de um procedimento especificamente criado para o estabelecimento do precedente. Aqui, o entendimento é firmado pelo processamento de inúmeras outras ações, observando procedimentos criados para resolver os conflitos apresentados ao juízo de primeiro grau em cada causa, sem peculiaridades que dêem destaque especial à tese fixada por tais meios. Na

²⁶⁷ Neste sentido: Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 390-391). Em sentido contrário, Nelson Nery Junior (2006, p. 747) entende que o art. 518, § 1º, do CPC/1973, atribui uma faculdade ao juiz, embora o texto legal indique que haveria obrigatoriedade de não recebimento em situações que tais. Na visão do doutrinador, as súmulas teriam poder meramente persuasivo, exceto se se tratar de uma súmula vinculante do STF, editada conforme o art. 103-A da CF/88: “Ainda que se considere válida e eficaz a disposição do CPC 518, 1º, não é aplicável a qualquer situação de recurso contrário à súmula, mas apenas quando o for relativamente à súmula vinculante do STF. Essa é a interpretação que nos parece estar conforme a CF, o que tornaria a norma comentada constitucional” (NERY JUNIOR, 2006, p. 518). O aludido jurista (2006, p. 815-816) interpreta o art. 557 do CPC/1973 da mesma maneira. Embora o texto legal deste último dispositivo dê margem a tal interpretação, na medida em que não utiliza o verbo no imperativo, como acontece com o art. 518, § 1º, do mesmo Código, acompanhamos o entendimento de que estes dois últimos dispositivos atribuem uma eficácia vinculativa ao precedente. Como destacado por Eros Roberto Grau (2005, p. 127), o Direito não pode ser interpretado em tiras, “a interpretação do direito é interpretação *do direito*, e não textos isolados, desprendidos *do direito*” (destaques existentes no texto original). Neste passo, os dispositivos de lei devem ser interpretados como partes integrantes de um ordenamento jurídico, considerando os valores e objetivos nele preconizados. Seria inócuo realizar modificações no sistema, alterando as redações do § 1º do art. 518 e do *caput* do art. 557, mantendo-se o mesmo paradigma de comportamento anterior (BOLLMANN, 2006). De mais a mais, na sistemática dos precedentes, o recurso só deverá ser admitido se ficar demonstrada certa peculiaridade no caso concreto, que caracterize o *distinguishing* ou um fundamento para superação do precedente. Admitir o processamento de recursos que tratem de entendimento já sedimentado sem nenhuma distinção, nem fundamentos novos, hábeis para alterar o convencimento já pacificado, consiste num paradoxo que não possui resultado útil algum.

²⁶⁸ Para Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 153), cuida-se de uma situação de emprego de uma “sentença emprestada”. O doutrinador compara a situação com a possibilidade que as partes têm de, em certas circunstâncias, valer-se de provas emprestadas.

construção da tese, em cada um dos processos anteriores, o contraditório fica limitado às respectivas partes.

Além disso, o órgão jurisdicional que estabelece o entendimento é o próprio juízo que irá aplicá-lo e que, nesta hipótese, sequer é colegiado.

Por tudo isso, parece-nos que o precedente que enseja a aplicação do art. 285-A do CPC/1973 possui força persuasiva²⁶⁹.

Nada obstante já ter fixado o entendimento em um sentido, é possível que o próprio magistrado venha a alterá-lo (obviamente, de maneira fundamentada), deixando de aplicar a tese outrora firmada por ele mesmo, não sendo exigido qualquer requisito especial para isso.

A articulação do duplo critério sugerido linhas atrás se coaduna com o entendimento doutrinário que vem ganhando terreno acerca da força vinculante da súmula de um tribunal qualquer em relação aos magistrados a ele vinculados²⁷⁰.

5.2.1 A modulação dos efeitos dos precedentes

²⁶⁹ O efeito persuasivo de um precedente possui relevância para o sistema, funcionando como uma técnica de simplificação de julgamentos de demandas repetitivas, além de inibir o surgimento de novas lides, como entende Luís Filipe Marques Porto Sá Pinto (2010). Essas duas vantagens contribuem para a razoável duração do processo, já que, de um lado, o Judiciário dará maior vazão aos casos que forem levados ao seu conhecimento; e, de outro, se ocupará de um número menor de feitos.

²⁷⁰ Como já demonstramos em nota anterior, parcela da doutrina afirma que o entendimento sumulado por meio do procedimento de uniformização de jurisprudência possui eficácia vinculante apenas em relação ao caso que lhe deu origem. Em relação aos demais, mesmo que processados no mesmo tribunal, ele possuiria força persuasiva. Neste sentido: Vicente Greco Filho (2006, p. 394-395), Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 368) e Humberto Theodoro Jr. (2005, p. 668-669). Ocorre que parte da doutrina vem alterando o seu entendimento inicial acerca da eficácia do precedente formado a partir do incidente de uniformização de jurisprudência, para afirmar que ele será vinculante não só em relação ao caso concreto de que se originou, mas também aos casos isomórficos, quando processados no mesmo tribunal. Eduardo Cambi (2001, p. 120) vai mais além e defende que o incidente previsto no art. 476, I, do CPC, tem cabimento quando o julgamento a ser proferido no caso concreto pretenda contrariar o único entendimento firmado até então, mesmo que inexista prévia divergência jurisprudencial. Esse posicionamento contribui para prevenir futura divergência, e não somente para uniformizar a já existente. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 666-667) explicam que a tese jurídica firmada no incidente vinculará a câmara ou o órgão competente para julgar o recurso a partir do qual se desenvolveu o incidente *in concreto*, mas também atingirá todos os membros do tribunal que a emitiu. No entendimento deles, haverá, portanto, eficácia vinculante interna para o caso em análise, como também externa, em relação às futuras demandas homogêneas a serem julgadas pelo mesmo tribunal. Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 244-245) também afirma que “nada mais natural que a existência do segundo efeito (vinculação para outros casos no mesmo tribunal em que se discuta a mesma tese jurídica), uma vez que o tribunal é um órgão só, apesar de dividido para fins funcionais, em órgãos fracionados. Estes (e os julgadores, individualmente), por conseguinte, devem seguir o entendimento da corte como um todo, representada pela decisão do seu pleno, da corte especial ou da seção cível no precedente de uniformização da jurisprudência”.

Se a eficácia deve ser atribuída de acordo com a articulação dos dois critérios referidos, é possível que um mesmo precedente seja vinculante para alguns órgãos jurisdicionais, sendo, de outro lado, persuasivo para outros órgãos.

Com efeito, é possível que uma certa tese seja alcançada no âmbito de um tribunal de justiça, em decorrência do enfrentamento de uma questão jurídica, vindo a integrar a súmula da aludida Corte, uma vez observados os requisitos exigidos pelo art. 479 do CPC/1973 quanto ao processamento do incidente de uniformização da jurisprudência. Ela possuirá efeito vinculante para os magistrados ligados àquele tribunal, mas não para os que estão vinculados a um outro (mesmo que exerçam suas funções em órgãos de primeiro grau de jurisdição), em relação aos quais a eficácia do mesmo precedente será meramente persuasiva²⁷¹.

Indo mais além, é possível, ainda, que outro tribunal de justiça tenha chegado a uma conclusão diversa, diante do enfrentamento da mesma questão, por meio do mesmo incidente.

Neste cenário, cada magistrado deverá seguir o entendimento fixado pela Corte a que está vinculado.

Considerando que um determinado precedente pode ser vinculativo em relação a alguns órgãos jurisdicionais e, ao mesmo tempo, persuasivo no que diz respeito a outros, resta evidenciado que, no sistema brasileiro, a sua eficácia pode ser modulada, não sendo absoluta, mas, sim, relativa, afinal não atinge a todos os órgãos jurisdicionais, nem aos jurisdicionados, de maneira idêntica.

Examinemos o controle de constitucionalidade realizado na forma do parágrafo único do art. 481 do CPC/1973, que foi inserido no CPC/1973 pela Lei 9.756/1998. O mencionado dispositivo afirma que os órgãos fracionários não irão submeter a arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial do respectivo tribunal se estes mesmo órgãos ou o plenário do STF já tiverem se pronunciado sobre a questão.

Além de evidenciar a eficácia vinculante externa do precedente (já que ele não vai ser aplicado somente em relação ao caso do qual se originou, mas também às demais causas que tramitem naquele tribunal), o mencionado dispositivo ainda evidencia a modulação da eficácia da tese fixada acerca do alinhamento de certo ato normativo à Constituição.

²⁷¹ Nesta linha, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 389) consideram que este entendimento consolidado em súmula possui força vinculante em relação ao próprio tribunal e constitui verdadeira hipótese de precedente vinculante no ordenamento brasileiro, aduzindo que, em relação aos demais tribunais, o precedente formado por tal incidente possui força persuasiva.

Com efeito, se um determinado tribunal de justiça já realizou o controle da constitucionalidade em derredor de uma questão jurídica, ela não será submetida novamente ao seu órgão especial ou ao seu pleno. Isso, contudo, não impede que questão semelhante seja levada ao controle do órgão especial ou do pleno de outro tribunal de justiça.

Mas, se o controle já foi realizado pelo plenário do STF, a questão não deverá mais ser submetida à apreciação do órgão especial ou do pleno de nenhum outro tribunal.

Situação semelhante poderá acontecer no futuro, se o incidente de resolução de demandas repetitivas for aprovado nos moldes propostos nos arts. 930 a 941 do NCPC. É possível que dois tribunais fixem seus respectivos entendimentos sobre determinada questão jurídica e que o façam em sentidos opostos. Nos termos do art. 938 do NCPC, a tese jurídica a que chegou cada tribunal será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Mas, a fim de dirimir a controvérsia existente entre os dois entendimentos, cabe recurso especial ou extraordinário, cuja decisão terá eficácia sobre todo o território nacional, nos termos do art. 938, *caput* e parágrafo único, do NCPC.

Pode-se concluir, portanto, que, em decorrência da maneira como se organizem os critérios de especialização procedimental e de hierarquia funcional, haverá uma modulação da eficácia da tese firmada por um determinado tribunal.

5.3 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Como vimos, a observância à hierarquia funcional consiste em importante elemento para a atribuição de eficácia aos precedentes num determinado sistema jurídico, propiciando a sua estabilidade, além de segurança jurídica e isonomia para os jurisdicionados.

Ocorre que o respeito à estruturação do Judiciário não pode provocar o engessamento do Direito.

Tal paralisação é indesejável por impedir a mobilidade social, que é uma das importantes características das sociedades contemporâneas, consistente na alteração nas condições em que o indivíduo se relaciona com os outros e com a sociedade como um todo²⁷². Com efeito, a

²⁷² Neste sentido: Tallita Cunha de Lima (2009, p. 20). Vejamos, ainda, o que explica Chaïm Perelman (1999, p. 31) sobre o assunto: “qualquer evolução moral, social ou política, que traz uma modificação da escala dos

evolução da sociedade de um determinado período histórico para outro provoca a alteração de valores numa determinada comunidade, ensejando a necessidade de uma renovação das decisões judiciais, como reflexo das mudanças sociais.

Se, de um lado, a instabilidade deve ser evitada, de outro lado, a estagnação também deve ser evitada²⁷³. A imutabilidade do Direito, com a existência de uma jurisprudência rígida e estanque, que não acompanha as mudanças da sociedade, é um mal tanto quanto o é “a anarquia jurisprudencial”, ou seja, a existência desmesurada e injustificada de decisões que provêm soluções distintas para casos semelhantes, sem haver motivação para tais respostas distintas. Do mesmo modo que a estabilidade do sistema deve ser perseguida como um dos objetivos da atividade jurisdicional, a sua estagnação deve ser repudiada.

Diante da necessidade de compatibilizar a estabilidade das relações jurídicas com a possibilidade de alteração social, deve-se permitir o ingresso de novos fundamentos para renovar a jurisprudência, arejando-a conforme as mudanças sociais de determinado local e certa época²⁷⁴. Deve-se, portanto, encontrar mecanismos para que o sistema esteja suscetível à abertura, comunicando-se com elementos externos, desde que haja uma motivação para tanto²⁷⁵⁻²⁷⁶ e meios para controlar o modo como acontecem as modificações, de modo que não se banalizem.

valores, modifica ao mesmo tempo as características consideradas essenciais para a aplicação da justiça. Ela determina, destarte, uma reclassificação dos homens em outras categoriais essenciais”.

²⁷³ Neste sentido, explicita Vicente Greco Filho (2006, p. 389-390): “a ordem jurídica repugna o fenômeno de casos iguais serem decididos de maneira diferente, mas em contrapartida é preciso evitar a estagnação que poderia ocorrer com a uniformização perene”.

²⁷⁴ Neste sentido: Sydney Sanches (1975, p. 07-08).

²⁷⁵ Aqui, a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann (1991, 1995 e 1996) nos é bastante útil. Na sua concepção, o ordenamento jurídico, como todo sistema, guarda em si uma complexidade interna, que consiste em suas próprias categorias, seus mecanismos de criação, de interpretação, de exclusão, de comparação, de sopesamento, de revogação etc. Ele se enquadra como um sistema não-trivial, que tem a capacidade de reflexão, ou seja, de elaborar internamente um modelo do seu meio e uma identidade própria. Sendo assim, o sistema também tem a capacidade de definir e redefinir internamente o que é o sentido, que depois se torna a base da seleção para redução da complexidade do meio e da contingência interna. Sistemas sociais são assim constituídos por sentido e constituem sentido ao mesmo tempo: “O sistema opera de maneira seletiva, tanto no plano das estruturas como no dos processos: sempre há outras possibilidades que se possam selecionar quando se busca uma ordem. Justamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos” (LUHMANN, 1996, p. 137).

²⁷⁶ Misabel Abreu Machado Derzi (2006, p. 979) tratou do assunto, afirmando: “Todos sabemos que o sistema jurídico é, do ponto de vista potencial da pluralidade de sentido, da interpretação, aberto, inegavelmente aberto (...). Ninguém pode desconhecer o inegável: a falibilidade humana, a mutabilidade e a complexidade da realidade social e do direito, a diversidade e a circularidade das fontes de criação jurídica, a existência de conceitos obscuros, indeterminados, das cláusulas gerais e dos princípios abstratos e vagos ou meramente implícitos, a formação da norma ‘em processo’... Trata-se antes de saber como o sistema jurídico, dentro da extrema mobilidade do mundo, se presta a fornecer estabilidade, se presta a acolher as expectativas legitimamente criadas e, portanto, a proteger a confiança. Se assim não for, a ordem jurídica se confundirá com os elementos do ambiente, sociais, econômicos, morais... enfim, fundir-se-á com os demais sistemas e desaparecerá como instrumento que possibilita a vida, o convívio e a tomada de decisões assentadas em um

Sob uma primeira perspectiva, os métodos extensivo e restritivo de interpretação, cada um à sua maneira, conferem maleabilidade ao sistema. O emprego do *distinguishing*, enquanto técnica comparativa, utilizada para averiguar se a *ratio decidendi* do precedente se aplica ao caso posto, propicia certa margem para que os órgãos inferiores possam cotejar o caso concreto com os contornos do precedente²⁷⁷. Tal cotejo deverá ser demonstrado na fundamentação nas decisões, como examinaremos em item próprio.

De outro lado, as formas de superação do precedente mostram-se relevantes para dar dinamicidade e atualidade ao entendimento jurisdicional. A atribuição de força vinculante a um precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, venha a ser ultrapassada, de acordo com a modificação do contexto sócio-político em que está situada determinada comunidade.

5.3.1 A proteção da confiança justificada e a superação do precedente

A utilização destas técnicas não deve fazer prevalecer um entendimento pessoal e isolado que o magistrado considere mais correto para o caso. Muito pelo contrário, devem ser utilizadas para aplicar o precedente ao caso quando realmente houver pertinência. Neste passo, veda-se o uso indevido (ou indiscriminado) das técnicas de superação.

Para realizar a superação com respeito ao devido processo legal, o órgão deve observar a confiança depositada pela sociedade no precedente. Ela consiste no grau de expectativa que os integrantes do grupo social apresentam em relação à previsibilidade dos posicionamentos jurisdicionais, o que pode ser aferido por diversos elementos. A confiança a ser protegida deve ter sido exercitada, o que ocorre quando o precedente efetivamente serviu para direcionar a prática de atos pelos jurisdicionados²⁷⁸. Deste modo, a sua superação pode causar efetivos prejuízos aos que nele depositaram confiança.

O grau de confiança é proporcional à força do precedente e ao seu conhecimento pela sociedade. Quanto maior a eficácia conferida pelo sistema e quanto maior for a publicidade dada ao precedente, maior deverá ser o grau de proteção.

mínimo de confiança. Nesse sentido, o sistema jurídico somente opera fechado, e se reproduz a partir de si mesmo, o conhecimento jurídico somente é possível a partir desse fechamento (...)"

²⁷⁷ Neste sentido: Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 144-145) observa que, muitas vezes, os órgãos inferiores alocados pela vinculação vertical se empenham em distinguir os fatos de modo a afastar precedente que entende incabível para o caso concreto.

²⁷⁸ Neste sentido: Humberto Ávila (2011, p. 490).

Vejamos os principais elementos utilizados para aferir o nível de confiança num precedente²⁷⁹.

Ao firmar um entendimento, um órgão jurisdicional pode fazê-lo como um raciocínio útil, suficiente ou não, para a resolução de certo conflito, ou também pode ter a intenção deliberada de prover uma orientação seja aos demais órgãos jurisdicionais, seja aos jurisdicionados. Na primeira hipótese, a tese pode surgir como um meio para alcançar a solução do conflito. Nada mais. Na última, há uma finalidade orientadora, como acontece com os entendimentos que compõem a súmula de um determinado tribunal²⁸⁰. Na medida em que a sua fixação envolve um maior amadurecimento dialético²⁸¹ sobre uma questão jurídica, a sua superação também demandará um maior grau de maturação do que se faz necessário quando ela acontece como um meio para alcançar uma solução.

Deve-se analisar, ainda, a vinculatividade, ou seja, a eficácia que o ordenamento atribui a um determinado precedente, nos termos já explicados nos itens anteriores. Se um entendimento jurisdicional possui força vinculante em relação a determinado órgão jurisdicional, é mais difícil que ele consiga superá-lo do que pode fazer em relação ao precedente, que, em relação àquele mesmo órgão, é persuasivo.

Quanto maior for o tempo durante o qual o precedente vigeu, maior será a confiança que os jurisdicionados depositaram nele e maior será a dificuldade de superá-lo²⁸². Existe aí uma relação inversamente proporcional entre o lapso de tempo em que a tese foi aplicada e a facilidade de superá-la. Trata-se de uma conseqüência da manutenção dos valores que informam uma certa sociedade. Na medida em que eles se sedimentam, o mesmo acontece com o entendimento jurisdicional que os reconhece.

²⁷⁹ O rol constante no texto não é exaustivo. Há quem identifique a capacidade de generalização como um outro elemento. Neste sentido, Humberto Ávila (2011, p. 487-488) afirma que ela é diretamente proporcional à proteção da confiança justificada, na medida em que, quanto maior for o grau de generalização do precedente, mais atos materiais poderão ser por ele normatizados, o que geraria a prática de um número maior de atos praticados pelo jurisdicionado no exercício da confiança. Assim, os precedentes dos tribunais superiores, por possuírem teor mais abstrato, têm mais capacidade de universalização. Parece-nos, no entanto, que tal questão ora está relacionada à posição hierárquica do tribunal, ora está no cotejo entre o caso concreto e o precedente, o que deve ser aferido pela fundamentação.

²⁸⁰ Neste sentido: Humberto Ávila (2011, p. 486).

²⁸¹ Referimo-nos, aqui, ao amadurecimento dos órgãos jurisdicionais, considerados no seu conjunto, mediante debates sobre determinadas matérias, e não a convicção de um determinado magistrado sobre um conflito específico.

²⁸² Neste sentido: Robert S. Summers (1997, p. 396).

A repetição do uso de um precedente também influi na forma de realizar a sua superação²⁸³. Trata-se de aspecto que está diretamente ligado ao processamento das demandas massificadas. Ao saber como o Judiciário vem tratando uma determinada questão isomórfica, o jurisdicionado norteia a prática dos seus atos, conhecendo, de antemão, quais os elementos que são e que serão utilizados para solucionar os conflitos semelhantes que daí possam advir. Passam, portanto, a depositar certo nível de expectativa no entendimento jurisdicional que está sedimentado. Quanto maior for a confiança daí decorrente, maior será a respeitabilidade do precedente, o que, por sua vez, provocará um crescente aumento no grau de confiança, e assim por diante, num movimento cíclico.

Quanto à hierarquia funcional, não podemos olvidar que a eficácia de um precedente está ligada à posição que o órgão jurisdicional ocupa na organização judiciária, inclusive pelas funções institucionais que o ordenamento lhe confere. Assim, as teses firmadas pelas Cortes superiores possuem uma maior respeitabilidade. Desta maneira, há uma tendência em depositar-lhes uma maior confiança, sendo, por conseqüência, mais difícil a sua superação²⁸⁴.

No que tange ao procedimento utilizado para a superação de um entendimento, vale o raciocínio análogo ao que estruturamos para analisar o procedimento utilizado para o estabelecimento da tese. Na oportunidade, vimos que há procedimentos expressamente previstos para tal fim e que o entendimento sedimentado por um tribunal por meio dele possuirá uma eficácia diferenciada em relação ao que foi elaborado num procedimento estruturado para fim diverso. Aqui, vale a mesma lógica. Existem, por exemplo, procedimentos voltados para a revisão e para o cancelamento dos enunciados da súmula de um determinado tribunal. Parece-nos que, para que a decisão que supera o precedente opere os mesmos efeitos que a própria tese possuía, ela deve ser proferida por meio de tal procedimento.

²⁸³ Pedro Aillon Forbrig (2011, p. 79) entende que o critério do uso repetido é um qualificador da permanência temporal da decisão. No seu entendimento, “com o passar do tempo o entendimento que não é modificado tende a se solidificar, porém a ausência de decisões similares causa o efeito inverso, ou seja, o precedente passa a perder força. De forma que, se o precedente, embora não revogado, deixa de ser aplicado por grande lapso temporal, ele ficará enfraquecido, podendo, inclusive, ser considerado um precedente de exceção, caso em que não seria apto a gerar qualquer tipo de confiança”. Não vemos da mesma maneira. Primeiramente, porque os precedentes não estão necessariamente ligados às demandas repetitivas. É possível que um tribunal estabeleça um entendimento sobre um assunto que, por suas particularidades, não possua alto grau de repetição. Além disso, e mesmo com campo das demandas de massa, devemos lembrar que uma das vantagens que o sistema de precedentes pode propiciar é a previsibilidade acerca dos critérios que o Judiciário utiliza para a solução dos conflitos, o que pode provocar a diminuição da quantidade de litígios. Assim, pode haver o desaparecimento da repetição, nada obstante o precedente continue firme. É o que pode acontecer em decorrência do **enunciado n.º 356 da súmula do STJ. Ao estabelecer que “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”**, o aludido precedente pode provocar uma diminuição no número de ações ajuizadas sobre o tema.

²⁸⁴ Neste sentido: Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 292).

Da fundamentação cuidaremos em item destacado.

A averiguação do nível de confiança perpassa pela análise combinada destes elementos. Assim, por exemplo, a circunstância de um precedente ser utilizado repetidamente não significa que seja difícil a sua superação. Pense-se no exemplo de um juízo de primeiro grau proferir inúmeras sentenças de improcedência *prima facie* nos termos do art. 285-A do CPC/1973, vindo um tribunal superior a editar um enunciado em sua súmula em sentido conflitante ao do entendimento que vinha sendo utilizado pelo órgão mencionado anteriormente; ou da tese, que apesar de ser utilizada repetidamente, passa a receber críticas doutrinárias ou sobre ela os tribunais começam a realizar distinções inconsistentes. Neste contexto, ocorre uma diminuição da confiança dos jurisdicionados sobre aquele entendimento jurisdicional e a sua superação passa a ser mais provável.

5.3.2 A modulação temporal da eficácia da decisão que supera um precedente

Uma vez superado um determinado entendimento jurisdicional, resta saber como a respectiva decisão irá operar seus efeitos no que tange ao tempo. Ela irá operar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*?

O exame da jurisprudência do STJ evidencia que a mencionada Corte vem atribuindo eficácia *ex tunc* a algumas dessas decisões, como se depreende da Ementa do Acórdão proferido no AgRg nos EREsp 702.371:

TRIBUTÁRIO - IPI - CRÉDITO-PRÊMIO - EXTINÇÃO EM 4.10.1990 - PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Da análise dos autos, verifica-se que os argumentos apresentados pela agravante são insuficientes para fazer prosperar o presente recurso.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 396.836/RS, de relatoria do Min. Castro Meira, pacificou o entendimento no sentido de que o referido benefício fiscal foi extinto em 4.10.1990, por força do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, segundo o qual serão considerados revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos fiscais que não forem confirmados por lei. Assim, por constituir-se o crédito-prêmio de IPI em benefício de natureza setorial (já que destinado apenas ao setor exportador) e não tendo sido confirmado por lei, fora extinto no prazo a que alude o ADCT.

3. O crédito-prêmio do IPI, embora não se aplique às exportações realizadas após 4.10.1990, é aplicável às efetuadas entre 30.6.1983 e 5.10.1990.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 702.371/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 218)

Assim, a aludida Corte vem possibilitando que o novo precedente revogador ou modificador da orientação jurisprudencial anterior, bem como o que está em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito, incida sobre atos e fatos ocorridos antes do seu surgimento, na medida em que admite sua observância no julgamento dos recursos pendentes²⁸⁵.

Ao admitir que decisões como essa possuam eficácia retroativa, o Tribunal coloca em cheque a segurança jurídica, representada pela confiança justificada que os integrantes da sociedade depositaram nas decisões dos órgãos jurisdicionais.

Com efeito, uma das vantagens da aplicação do sistema de precedentes ao julgamento das causas repetitivas reside na previsibilidade. Na medida em que os jurisdicionados conhecem a posição sedimentada dos tribunais acerca de determinada matéria, eles têm a oportunidade de planejar-se, de celebrar negócios e de praticar diversos atos jurídicos com base no entendimento consolidado em determinada época e local. Se admitíssemos que a decisão que representa a mudança de certo entendimento pudesse operar efeitos retroativos, ela iria afetar inúmeros vínculos jurídicos que foram estabelecidos com lastro na justa expectativa das pessoas, e que, ao longo do tempo, se solidificou em torno da tese estabelecida pelo tribunal, a qual, supõe-se, também não se formou açodadamente, mas de maneira paulatina e amadurecida. Além de provocar instabilidade entre os jurisdicionados, a quebra de tal confiança também acarreta o descrédito no Poder Judiciário. Se este fenômeno tomar uma proporção ainda maior e passar a se repetir com frequência, o Estado Democrático de Direito será afetado em sua estrutura, em face da fragilização de suas instituições²⁸⁶.

Não é por outro motivo que o art. 27 da Lei 9.868/1999 autoriza o STF a modular a eficácia temporal da decisão que reconhece, pelo controle concentrado, a inconstitucionalidade de ato normativo, devendo fazê-lo com atenção à repercussão política e social que a sua decisão possa vir a causar.

De mais a mais, os tribunais podem valer-se de técnicas apropriadas, existentes na teoria dos precedentes, para sinalizar a sua gradativa mudança de entendimento. Neste sentido, podem acenar com a possibilidade de uma futura modificação do seu pensamento acerca de tese estabelecida sobre questão jurídica repetitiva através do *signaling*, permitindo que a sociedade identifique que o entendimento em vigor não está mais tão firme, podendo vir a ser alterado.

²⁸⁵ Neste sentido: Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2011, p. 239).

²⁸⁶ Correlacionando a segurança jurídica com o Estado Democrático de Direito: Roque Antonio Carrazza (2007, p. 41).

Esta conduta atenderia ao princípio da não-surpresa, resguardando a boa-fé.

Vale dizer, ainda, que esta diretriz não é adotada somente em relação à eficácia das decisões judiciais e à estabilidade das relações jurídicas que nelas se baseiam. Ele é adotado também em relação a diversos outros atos normativos. No que concerne à eficácia das leis, o art. 5º, XXXVI, da CF/88 e, em nível infraconstitucional, o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelecem que, ao entrar em vigor, a nova lei respeitará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, considerando como ato jurídico perfeito aquele que se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Daí cogitar-se a irretroatividade do Direito²⁸⁷, razão pela qual pensamos que a atribuição de eficácia *ex tunc* às decisões que representam a mudança de entendimento dos tribunais viola o devido processo legal²⁸⁸.

Estabelecido o entendimento de que a decisão que supera uma tese não deve operar efeitos *ex tunc*, resta examinarmos quais os critérios que devem ser levados em consideração para modular a eficácia prospectiva, afinal, como vimos no Capítulo anterior, ela também comporta modulações, podendo tratar-se de uma *prospective prospective overruling*, *pure prospective overruling* ou *rospective overruling*.

Parece-nos que este problema está ligado à combinação dos elementos indicados no item anterior.

Com efeito, se a tese vigeu durante um breve lapso de tempo, ela não chegou a sedimentar, na comunidade, um alto grau de confiança. Já se acrescentarmos a repetição a tal elemento, podemos chegar a uma perspectiva diferente. É possível que um determinado precedente tenha sido utilizado por um curto período de tempo, durante o qual, no entanto, serviu para a solução de milhares de casos. Aqui, o grau de confiança pode revelar-se maior do que na situação anterior. Se a este cenário adicionarmos a existência de sinalização, por um tribunal superior, em sentido contrário ao entendimento ao que vem sendo adotado nas decisões proferidas repetidamente por um juízo de primeiro grau, teremos mais uma variação no grau de confiança no precedente.

Assim, quanto maior for o grau de confiança justificada, o número de relações jurídicas materiais e a quantidade de conflitos resolvidos com base na tese superada, mais se justifica o

²⁸⁷ Neste sentido: Roque Antonio Carrazza (2007, p. 45-46).

²⁸⁸ No mesmo sentido: Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 405).

prospective prospective overruling. Sendo menor, deverá a Corte optar pelo *pure prospective overruling* ou pelo *prospective overruling*.

5.4 A CONEXÃO POR AFINIDADE ENTRE AS DEMANDAS REPETITIVAS

Como já analisado anteriormente, os processos repetitivos veiculam demandas homogêneas, que se contrapõem às heterogêneas, sempre numa relação comparativa entre umas e outras. Esta classificação guarda um critério próprio, que não se confunde com outros tantos, estipulados para outras finalidades.

Assim, vimos que pode haver semelhança entre diversas demandas individuais, entre coletivas e entre individuais e coletivas, com base nos critérios já expostos de afinidade das causas de pedir e dos pedidos.

Independentemente de tratarem de direitos individuais ou coletivos, ou de quem sejam as partes, elas se relacionam por possuírem homogeneidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido. Cuida-se de um vínculo de afinidade, decorrente da similitude entre os elementos objetivos dos conflitos, que, no regime dos processos repetitivos, pode provocar diversas conseqüências, como a conexão e a formação de litisconsórcio.

Neste item, cuidaremos da conexão, pois o tratamento do litisconsórcio pressupõe que, antes, analisemos o problema da atuação das partes em contraditório nos processos massificados.

A conexão consiste numa relação de semelhança entre demandas, que provoca diferentes conseqüências, de acordo com a previsão legal. Cuida-se de fato jurídico processual²⁸⁹ que exige a existência de duas ou mais demandas distintas, não havendo tríplice identidade entre elas, e que possuam uma alguma relação entre si. Na medida em que cabe ao legislador estabelecer como se dá a vinculação entre as diferentes demandas e quais os efeitos daí decorrentes, cuida-se de conceito jurídico-positivo.

A observação é importante para esclarecer que a conexão pode ser considerada em diferentes contextos, de acordo com cada hipótese prevista nos dispositivos legais.

²⁸⁹ Fredie Didier Jr (2009, p. 137).

O próprio direito brasileiro traz diversas definições do instituto, não o restringindo ao que estabelece o art. 103 do CPC/1973 (equivalente ao art. 55 do NCPC)²⁹⁰. De acordo com a sua redação, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, provocando a modificação da competência relativa e a reunião de processos, quando houver risco de decisões contraditórias²⁹¹. Pode-se mencionar, como exemplo de outra espécie de conexão, a que é pressuposto para a reconvenção, sobre a qual versa o art. 315 do CPC/1973²⁹². Ela é mais ampla do que a que está prevista no art. 103 do CPC/1973, na medida em que abrange não só a ação principal, mas também o fundamento da defesa²⁹³.

Esclareça-se, ainda, que cada uma das espécies de conexão pode ter finalidades distintas daquela que está prevista no dispositivo legal acima mencionado. Na conexão que enseja a oposição (art. 56 do CPC/1973), por exemplo, a ligação entre as demandas consiste apenas na identidade, total ou parcial, do objeto litigioso. Nesta hipótese, a identidade de causa de pedir não integra o conceito do instituto. A sua finalidade é permitir a mencionada modalidade de intervenção de terceiros. Portanto, nem todas as espécies de conexão visam a evitar que haja decisões em sentidos opostos para uma mesma relação jurídica material.

Por fim, cumpre destacar que as diferentes espécies de conexão provocam efeitos também diversos. Voltemos ao exemplo da conexidade relacionada à oposição. Uma de suas conseqüências é a formação do litisconsórcio passivo, ulterior, necessário e simples entre os opostos, não provocando alteração de competência. Assim, a modificação da competência relativa e a reunião dos processos são apenas dois dos possíveis efeitos da conexão definida pelo art. 103 do CPC/1973. Ademais, deve-se notar que elas não são conseqüências obrigatórias mesmo no que diz respeito a tal espécie de vinculação entre as demandas. Se, por exemplo, um dos processos já foi julgado, não haverá reunião, como, aliás, afirma o enunciado da súmula 235 do STJ, evidenciando que pode haver conexidade nos moldes do aludido dispositivo legal que não provoque a reunião dos processos, nem a modificação da competência. Tome-se, ainda, o exemplo de ações que são conexas, mas tramitam perante juízos que possuem competência absoluta distintas. Nesta situação, elas não serão reunidas.

²⁹⁰ José Carlos Barbosa Moreira (1979, p. 125-126), Celso Agrícola Barbi (1995, p. 465) e Fredie Didier Junior (2011, p. 165) afirmam que o conceito positivado pelo art. 103 do CPC/1973 é insuficiente para explicar o instituto.

²⁹¹ Neste sentido: Olavo de Oliveira Neto (1994, p. 65)

²⁹² No seu art. 326, o NCPC alude ao pedido contraposto, e não mais à reconvenção, mas mantém o requisito da conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

²⁹³ Defendendo tratar-se de conceito jurídico-positivo, Fredie Didier Jr (2009, p. 136-137) explica que diversos institutos processuais pressupõem a conexão, nas suas mais variadas formas, indicando, exemplificativamente, a cumulação de pedidos, o litisconsórcio, a reconvenção e a modificação da competência.

Uma delas deverá ser sobrestada, aguardando a resolução do mérito da outra, a teor do art. 265, IV, alínea “a”, do CPC/1973 (art. 298, V, alínea “a”, do NCPC). Além de cada espécie de conexão produzir diferentes consequências, não podemos tentar conceituar o instituto a partir dos seus efeitos. São aspectos que não se confundem²⁹⁴.

Do que vimos até agora, poderemos concluir (1) que a conexão consiste numa relação de semelhança entre duas demandas; (2) que ela comporta diversas espécies, de acordo com a tipificação; e (3) cada espécie produz diferentes efeitos, também de acordo com a previsão legal.

No campo das demandas repetitivas, a conexão se configura pela afinidade objetiva, ou seja pela similitude no conjunto “causa de pedir + pedido”. Não se exige identidade de causa de pedir, nem de pedido, afinal os fatos materiais e as relações jurídicas materiais debatidas em cada processo não são os mesmos. O pedido não tem o mesmo objeto, mas objetos que se assemelham. A finalidade desta modalidade de conexão é propiciar um julgamento com isonomia, segurança e razoável duração do processo.

O legislador prevê diferentes consequências para esta espécie de conexão. Examinemos o art. 285-A do CPC/1973, que prevê uma hipótese de julgamento *prima facie*, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. De acordo com o mencionado dispositivo legal, a citação do réu será dispensada e o magistrado proferirá sentença de imediato, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. No NCPC, o artigo que corresponde ao 285-A do CPC/1973 é o 307, que também autoriza o juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se ele (o pedido) contrariar súmula do STF ou do STJ; contrariar acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Tanto nos moldes de um, como do outro dispositivo, o principal efeito da ligação entre as causas é a possibilidade de julgar liminarmente improcedente o pedido.

Nos termos dos arts. 543-B e 543-C do mesmo Código (cujos correspondentes no NCPC são os arts. 990 a 995), que positivam a instauração e o processamento do incidente de fixação da tese no curso do julgamento de recursos excepcionais repetitivos, as principais consequências

²⁹⁴ Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 157-158).

são a escolha de alguns recursos-paradigma, a suspensão dos demais processos²⁹⁵ e a instauração do incidente para fixação da tese.

De acordo com todos os dispositivos, a vinculação entre as causas provoca a adaptação do procedimento. O art. 285-A do CPC/1973 (art. 307 do NCPC) o abrevia. Os arts. 543-B e 543-C (arts. 990 a 995 do NCPC) o dilatam, por força da instalação e do processamento do incidente.

Ademais, a conexão pode ocorrer entre demandas individuais, entre coletivas e entre umas e outras.

O STJ enfrentou uma situação que envolvia a conexão entre dois casos afins, em que havia uma demanda coletiva, cujo julgamento poderia ser aproveitado no que diz respeito à resolução de uma outra demanda, individual, já que elas eram isomórficas. Desta maneira, a mencionada Corte Superior determinou o sobrestamento do processo que veiculava a lide individual, para que se aguardasse a solução que seria dada à coletiva.

No julgamento do REsp 1110549/RS, realizado pela Segunda Seção do STJ em 05/11/2009, o órgão jurisdicional aplicou os dispositivos atinentes aos recursos repetitivos, afirmando que, na pendência de ação civil pública, todos os processos individuais referentes aos casos semelhantes devem ser suspensos. O recurso especial fora interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, confirmando sentença, suspendeu o processo individual movido por depositante de caderneta de poupança que visava ao recebimento de correção monetária em virtude de planos econômicos, dada a existência de ação coletiva antes instaurada. A depositante sustentou o descabimento da suspensão do processo individual em virtude da ação coletiva proposta pelo Ministério Público contra o banco em que ela mantinha a conta poupança, sob o argumento de que não tem interesse de que sua ação fique suspensa até o trânsito em julgado da ação coletiva, pois, além de aumentar o tempo de processamento da sua demanda, formulou pedidos sucessivos ao principal, que são diversos daqueles constantes na ação coletiva.

Devemos destacar que o interesse da autora individual em dar prosseguimento ao seu processo encontra sustentação no art. 104 do CDC, que autoriza a coexistência da ação coletiva e das ações individuais homogêneas, dizendo expressamente que o ajuizamento da demanda coletiva não impede o prosseguimento da ação individual, que somente será suspensa a requerimento do seu respectivo autor.

²⁹⁵ Neste sentido: Fredie Didier Jr (2009, p. 147)

No seu voto, o Relator destacou que o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem “a mesma lide”²⁹⁶, caracterizando uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz²⁹⁷.

De acordo com o julgado, a suspensão do processo individual pode dar-se desde o seu início, já que o conflito ali instalado coincide com a tese central da ação civil pública. Uma vez julgada improcedente a demanda coletiva, o juiz de 1º grau poderá proferir sentença liminar de mérito, extinguindo-o (salvo se entender que há motivo para superação do precedente), ou, em caso de sucesso da tese, a demanda individual poderá seguir diretamente para a fase de execução, baseada na sentença da ação coletiva.

O voto do relator, que se sagrou vencedor por maioria, destacou, no entanto, que a pendência da demanda coletiva não pode impedir o ajuizamento dos processos individuais, sob pena causar prejuízos aos autores individuais, por força de eventuais questões processuais no feito coletivo que possam levar à frustração circunstancial do julgamento.

Importante notar que temos aqui um precedente judicial que é, aparentemente, contrária a lei, já que ele teria violado o art. 104 do CDC. Parece-nos que a análise da questão se põe em duas vertentes: a dos interesses em contraste e a dos princípios, também em colisão.

Pela primeira ótica, temos, de um lado, o interesse individual da autora em dar prosseguimento à causa em que ela é parte, e, de outro, o interesse público primário, consistente na sedimentação de um entendimento acerca da questão jurídica homogênea, com todas as vantagens daí advindas, já enumeradas em passagens anteriores, entre as quais estão a racionalização do trabalho jurisdicional e o tratamento isonômico dos jurisdicionados que se

²⁹⁶ Na realidade, não se trata da mesma lide, mas de demandas repetitivas, ou seja, que versam sobre conflitos semelhantes, mas não idênticos.

²⁹⁷ Eis o trecho do voto do Relator, Min. Sidnei Beneti: “10 - Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo. No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema. Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva. Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa. E sempre sobrar a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008)”.

encontram em situações semelhantes. Vimos, ademais, que, na medida do possível, deve-se fazer um esforço para compatibilizar o mencionado interesse público com o interesse individual. Ocorre que, na situação aqui examinada, tais interesses se contrapõem, não havendo como compô-los. Diferentemente do que acontece em relação à desistência do recurso especial repetitivo, que propiciará a solução do conflito individual, sem obstar a formação da tese e a sua aplicação aos casos isomórficos, a pretensão da autora individual de dar seguimento à sua causa, mantém o risco de violação à isonomia, e, mais do que isso, a coexistência de decisões conflitantes (ou, ao menos, em sentidos diversos), perpetuando a *justiça lotérica*. Eis aqui o principal aspecto. Se os dois processos puderem avançar para a prolação de decisões em cada um deles, mantém-se a possibilidade de elas possuírem conteúdos distintos. Ocorre que esta circunstância impede que toda a comunidade possa identificar qual é o entendimento da Corte sobre o assunto repetitivo, até porque é bem possível que ele não tenha se uniformizado (exatamente por existirem decisões em sentidos díspares). Nestas circunstâncias, portanto, o prosseguimento do processo individual significaria a prevalência do interesse individual sobre o interesse público primário, o que não deve ser admitido.

Sob a segunda vertente, teríamos, de um lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, de outro, os princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da isonomia. Por estarem em rota de colisão, devemos sopesá-los. Fazendo prevalecer o primeiro, os outros todos restariam violados, pois não o Tribunal não teria sedimentado o seu entendimento em tal oportunidade. Mas, preponderando os últimos, não haveria ofensa a completa exclusão do primeiro. Afinal, se a demanda coletiva for julgada procedente, poder-se-á aplicar a sua solução ao caso da autora individual. Se for julgada improcedente, o processo individual poderá retomar o seu curso, com base em outros fundamentos e nas suas particularidades. O prejuízo eventualmente sofrido pela demandante diria respeito ao ônus do tempo durante o qual o seu feito permaneceu sobrestado.

Assim, parece-nos que o entendimento da Segunda Seção do STJ visa à racionalização do julgamento das demandas repetitivas, em face da sua homogeneidade, quer ela aconteça em situações jurídicas individuais, quer ocorra em situações coletivas, ou entre umas e outras.

Ele sedimenta a existência, no direito brasileiro, da conexão por afinidade.

5.5 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS REPETITIVOS

A atuação das partes em contraditório também ganha um novo relevo no âmbito das demandas repetitivas.

Para preservar a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo, mister se faz o estabelecimento de novos contornos ao princípio do contraditório, garantia que, como vimos no capítulo dedicado ao devido processo legal, está profundamente ligada à concepção democrática de processo²⁹⁸. O contraditório garante não só a informação às partes, mas também permite que os interessados em determinado assunto jurídico possam contribuir para a formação do convencimento do magistrado e que tenham meios para controlar a decisão judicial²⁹⁹.

5.5.1 O contraditório na solução de casos repetitivos com a aplicação de entendimento já firmado pelo Poder Judiciário

No âmbito da tutela individual, o enfoque fica voltado às partes de determinado processo, sobre quem incidirão os efeitos da coisa julgada material, e aos terceiros interessados, nas formas de intervenção previstas pela legislação, que, embora não sejam afetados diretamente pela *res iudicata*, experimentam os efeitos naturais e/ou reflexos da decisão judicial. Todos eles possuem o poder e o direito de influir no convencimento do julgador, tanto no que diz respeito aos fatos como no que concerne às questões de Direito, inclusive as cognoscíveis de ofício pelo juiz.

²⁹⁸ É o que ensina Fredie Didier Junior (2010, p. 52): “O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de *ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, idéias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”.

²⁹⁹ Lúcio Delfino (2011, p. 40-47).

Neste sentido, o *caput* do art. 10 do NCPC estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”, evidenciando que a garantia do contraditório abrange todas as questões envolvidas no processo, inclusive as que são apreciáveis de ofício. Neste sentido, a redação dada ao referido dispositivo representa um avanço em relação às dos art. 128 e 460 do CPC/1973.

Ocorre que, atento aos processos repetitivos, o parágrafo único do referido artigo excetua a aplicação do *caput* nas hipóteses previstas pelo art. 307 do NCPC. Este dispositivo versa sobre o julgamento liminar de improcedência do pedido, dispensando a citação do réu, de maneira análoga ao que atualmente dispõe o art. 285-A do CPC/1973, que foi inserido no Código vigente pela Lei 11.277/2006.

Na oportunidade da sua inserção no sistema, o art. 285-A foi alvo de críticas, entre as quais destacamos a que afirmava que a sua aplicação malferiria os princípios do contraditório e do devido processo legal, na medida em que afastaria a possibilidade dos sujeitos interagirem no processo.

Com base neste e em outros fundamentos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ADIN 3695. Embora ainda não tenha sido julgada pelo STF, o pedido liminar de suspensão da eficácia do dispositivo foi indeferido. Além disso, o Instituto Brasileiro de Direito Processual requereu sua intervenção como *amicus curiae*, destacando que o aludido dispositivo não impede a triangulação da relação processual. Primeiramente, porque esse fenômeno será viabilizado após a apelação, que poderá ser interposta pelo autor insatisfeito, nos termos do § 1º do artigo de lei. No mesmo passo, asseverou que o direito de ação não pode ser compreendido como um direito à decisão favorável, e que a sentença de improcedência, ainda que liminar, não viola o mencionado direito fundamental. Tampouco ocorreria negativa de prestação jurisdicional na medida em que o caso seria analisado em primeiro grau e, posteriormente, poderia ser revisado pelo respectivo tribunal, sem prejuízo de eventual retratação do juízo *a quo*.

Parece-nos que o dispositivo preserva os valores que informam o *due process of law*, inclusive o contraditório, sob o prisma dos processos repetitivos.

Não podemos olvidar que o contraditório está vinculado às oportunidades que as partes têm na sua atuação processual, mas também às que a autoridade competente possui para julgar a causa.

Sob um primeiro ângulo, o atendimento ao *due process* pressupõe que as formalidades processuais sejam moldadas com o fito de garantir que as partes possam concretizar sua atuação com pertinência. O direito de ação encontra-se inarredavelmente ligado ao devido processo legal, desde que compreendido de maneira qualificada. Com efeito, a participação das partes interessadas no processo apenas ocorrerá eficazmente se condicionada a, pelo menos, duas noções complementares: se, de um lado, a excessiva limitação à participação dos sujeitos viola o direito de ação e compromete a legitimidade do Estado; de outro lado, a intervenção despropositada apenas obstrui a marcha processual e conspira contra a duração razoável do processo.

Sob um prisma complementar, os momentos decisórios estão conectados à definição do instante em que as partes já exerceram influência suficiente para que sejam razoavelmente conhecidas e sopesadas as peculiaridades dos casos concretos. O *due process* garante que partes possam deduzir todos os fundamentos que lhes favoreçam no julgamento da causa, em participação eficaz, desde que possuam interesse processual em fazê-lo. Se não houver qualquer elemento novo que distinga um caso de outro ou que provoque a superação do precedente, o poder de influenciar já terá sido plenamente exercido.

Nesta ordem de idéias, pode-se afirmar que há violação ao direito de ação, ao contraditório e ao *due process* tanto quando o processo civil não está estruturado para garantir a efetiva atuação das partes, tolhendo-lhes o poder de influenciar; como também quando as partes ficam impedidas de assumir posições ativas no processo ou quando acontece um aumento do tempo da prestação jurisdicional sem lhe trazer qualquer benefício. A efetividade da participação pressupõe que ela possa trazer resultado útil à prestação jurisdicional, não se restringindo a um aspecto meramente formal.

A propositura de uma demanda repetitiva enseja a aplicação do art. 285-A do CPC/1973 desde que não haja novo fundamento, antes não analisado pelo Judiciário e que seja capaz de alterar o convencimento do magistrado. Não é razoável que a parte tenha a oportunidade de manifestar-se se ela não tem novos elementos que possam contribuir para a formação do convencimento do julgador.

A utilização desta técnica encontra-se atrelada à concepção de que o direito de ação corresponde não só ao ingresso em juízo, mas a uma prestação jurisdicional adequada, que deve respeitar tanto as peculiaridades de cada situação apresentada em juízo, tratando-as diferentemente, na medida das suas desigualdades; como também deve levar em consideração

a inexistência de tais particularidades, se comparados os casos homogêneos uns com os outros.

O julgamento liminar não traz qualquer prejuízo às partes, em face da inexistência de qualquer elemento diferenciador no caso concreto, uma vez cotejado com os que foram julgados anteriormente.

A circunstância de o réu não ser citado anteriormente à prolação da sentença não viola o direito de defesa. Primeiramente, porque o julgamento *prima facie* só poderá ocorrer na hipótese de repetir as decisões anteriormente prolatadas. Em segundo lugar, porque só poderá ser aplicado se o julgamento for pela completa improcedência do pedido, em nada prejudicando o réu. Em terceiro lugar, porque o contraditório será exercitado pelo réu em momento posterior, caso seja interposta apelação.

Aliás, ao permitir a interposição da apelação e citação do réu para oferecimento das contrarrazões, o legislador assegurou o contraditório sob o prisma do controle das decisões judiciais.

Todo esse raciocínio que se aplica ao art. 285-A do CPC/1973, também encontra equivalência no art. 307 do NCPC. Este dispositivo, contudo, apresenta um avanço em relação ao contraditório, sob o prisma da informação. O seu § 2º é expresso ao afirmar que, não interposta a apelação pelo autor, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. Esta determinação não está expressa no CPC/1973 para o julgamento proferido com base no art. 285-A, mas pode ser inferida através de uma interpretação sistemática do art. 219, § 6º, do mesmo Código.

De outro lado, também é possível que o juiz, num caso repetitivo, não aplique o entendimento fixado anteriormente, por existir fundamento capaz de levar à modificação da sua convicção. Nesta hipótese, as partes devem ter a oportunidade de participar ativamente, em contraditório, influenciando na formação do convencimento do magistrado. Neste contexto, volta-se a aplicar o *caput* do art. 10, devendo o juiz decidir somente com base em fundamento a respeito do qual as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Mas, se a prestação jurisdicional há de ser adequada, com a observância de um contraditório qualificado, que oportunize às partes o poder e o direito de influir, desde que elas possuam elementos capazes de modificar um entendimento fixado com anterioridade pelo(s) órgão(s) jurisdicional(is), deve ser garantido aos sujeitos interessados o prévio conhecimento dos entendimentos consolidados pelos tribunais ao redor de certa matéria que poderá atingir os casos repetitivos.

Neste sentido, o parágrafo único do art. 896 do NCPC determina que os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao CNJ, para inclusão no cadastro.

O assunto também está previsto no RISTF, cujo art. 329 determina que a Presidência do STF promova ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.

De outro lado, não há dispositivo expresso sobre a formação e a manutenção de banco de dados semelhante para as soluções dadas aos recursos excepcionais repetitivos, o que deve ser previsto legislativamente. Caso permaneça a omissão legal, deve ser dada interpretação ampliativa ao parágrafo único do art. 896 do NCPC, para que ele seja aplicado aos posicionamentos firmados pelos tribunais nos julgamentos dos aludidos recursos repetitivos.

Desta maneira, o contraditório no julgamento dos processos repetitivos deve receber tratamento qualificado, tanto no âmbito da informação, como no da influência e no do controle da decisão judicial, quando já existe entendimento consolidado dos tribunais acerca de determinada matéria.

5.5.2 O contraditório na formação do entendimento jurisprudencial sobre causas repetitivas

Se o contraditório recebe contornos próprios na resolução de casos repetitivos quando já existem julgamentos pretéritos de causas isomórficas que vão embasar as decisões de casos posteriores, ele também deve receber coloração específica no momento de sedimentação do entendimento acerca da questão jurídica.

Isso pode ocorrer quando o tema é novo, ou quando, não o sendo, houve modificações sociais, culturais, legais, políticas etc., que provocam a mudança de um entendimento que já estava consolidado. Na primeira hipótese, inexistia a repetição das causas anteriormente, sendo esta a primeira oportunidade em que o Judiciário se depara com a necessidade de julgar um caso que se mostra repetitivo. Na segunda, a tese já havia sido firmada, mas o novo contexto sócio-jurídico enseja a adoção de nova posição pelos tribunais.

Considerando que a tese fixada pelo órgão jurisdicional possuirá eficácia *ultra partes*, sendo utilizada não só no(s) processo(s) em que foi proferida a decisão, mas também nos que lhe são

semelhantes, há sujeitos que, embora não integrem aquela(s) relação(ões) processual(is) específica(s), possuem interesse em influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional, por se encontrarem em situações homogêneas. Embora não sejam atingidas pela coisa julgada do processo no qual foi firmado o precedente, pois nele não figuram como parte, os seus respectivos casos sofrerão diversas influências, atingindo o procedimento (abreviação ou suspensão, por exemplo) e o conteúdo das decisões.

Tomemos o exemplo da objetivação do recurso extraordinário, sobretudo com o advento da repercussão geral.

No ordenamento brasileiro, o exame da constitucionalidade de certo ato jurídico, pelo STF, pode dar-se pelo controle abstrato ou pelo concreto³⁰⁰.

No ordenamento brasileiro, o primeiro ocorre pela via concentrada. As decisões do STF analisam a lei em tese, operando efeito *erga omnes* e vinculante, no que tange aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme determina o art. 102, § 2º, da CF/88. Ao examinar a constitucionalidade da lei em tese, o STF o faz sem que o questionamento acerca do alinhamento da lei ao texto constitucional tenha surgido em decorrência da sua aplicação a um caso concreto³⁰¹. Assim, não se confere diretamente nenhum direito ou vantagem a um determinado sujeito. Nas ações que visam ao controle abstrato, não há partes em sentido material³⁰², tendo o constituinte conferido a legitimidade e a garantia de participação aos entes representativos indicados pelo art. 103 da CF/88. Aí, o contraditório ocorre num contexto de democracia representativa.

De outro lado, ao examinar a constitucionalidade das leis pelo julgamento de recursos extraordinários, o STF realiza um controle concreto, que haveria de operar efeitos apenas *inter partes*, por consistir na verificação da constitucionalidade à luz de um conflito. Neste sentido, os sujeitos diretamente interessados na composição daquele litígio terão a garantia do contraditório, integrando aquela particular relação processual.

Ocorre que a Suprema Corte vem revendo o modo de exercer o controle concreto, exatamente porque lhe cabe dar a última palavra em matéria constitucional. Neste passo, há uma

³⁰⁰ No Brasil, o controle concreto não é atribuição exclusiva do STF, podendo ser realizado pelos demais órgãos jurisdicionais. Daí admitir-se, no ordenamento pátrio, o controle difuso. Na medida em que analisamos a objetivação do recurso extraordinário, interessa-nos, aqui, o controle concreto realizado especificamente pela Suprema Corte, e não pelos demais órgãos jurisdicionais.

³⁰¹ Neste sentido: Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 1067-1068).

³⁰² Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 16-17) alude afirma tratar-se de ações objetivas, em contraposição às ações subjetivas, nas quais há partes em sentido material.

tendência de objetivação do Recurso Extraordinário, com a atribuição de eficácia *ultra partes* a tais decisões, em face da crescente respeitabilidade da função paradigmática³⁰³ do STF, que vem ganhando relevo desde o advento da repercussão geral, prevista pelo art. 102, § 5º, da CF/88. Com a instituição deste requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o STF não mais aprecia recurso excepcional cuja importância se restrinja aos interesses subjetivos envolvidos na causa. Ao examinar um recurso extraordinário, a Suprema Corte preocupa-se com as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transbordem os interesses subjetivos da causa, conforme preceituam o art. 543-A do CPC/1973 e o art. 989 do Código projetado. Se a questão enfrentada pelo STF não diz respeito somente aos sujeitos envolvidos em determinada causa e pressupõe a existência de uma repercussão geral, as decisões proferidas pelo Pleno, no contexto deste novo viés dado ao controle concreto, vêm recebendo eficácia *ultra partes*. Tanto é assim que, nos termos do § 5º do art. 543-A do CPC/1973 (§ 4º do art. 989 do NCPC), negada a repercussão geral em determinado recurso extraordinário, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do RISTF.

Esse fenômeno põe em destaque as funções nomofilática e paradigmática da Corte. A primeira está voltada à preservação da inteireza, validade, autoridade e uniformidade interpretativa do texto constitucional, e a última volta-se para a prolação de decisões capazes de parametrizar o desfecho de muitos recursos que versam sobre a mesma matéria de direito³⁰⁴. Trata-se de funções que ganham maior relevo no processamento das causas repetitivas.

A tendência de objetivação do recurso extraordinário pode ser percebida através das várias manifestações jurisprudenciais e/ou modificações legislativas/regimentais que vêm implementadas no sistema jurídico brasileiro. Vejamos alguns exemplos.

No julgamento da Medida Cautelar no RE n.º 376.852/SC, o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, reconheceu expressamente o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, afirmando que ele “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de

³⁰³ Rodolfo de Camargo Mancuso (2009, p. 162) afirma que, ao decidirem os casos concretos seja no exercício de suas competências originária ou recursal, os tribunais realizam uma tripla missão: a primeira, imediata, denominada dikelógica, consiste na resolução do caso concreto; a segunda, mediata, chamada nomofilática, viabilizada pela aplicação da norma de regência; e a terceira, denominada paradigmática, que consiste na consolidação de um entendimento que servirá de guia para decisão de outros casos análogos. Neste sentido, o aludido doutrinador se refere a uma “decisão quadro”.

³⁰⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso (2009, p. 440).

defesa da ordem constitucional objetiva”. Na oportunidade, o órgão jurisdicional levou em consideração a plausibilidade dos argumentos em favor da constitucionalidade das normas ali questionadas e concedeu liminar para sobrestar os processos que envolviam a mesma matéria constitucional, de forma semelhante ao que acontece nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, por força do art. 21 da Lei nº 9.868/99.

Posteriormente a isso, a Emenda n.º 12, que foi publicada em 17/12/2003, acresceu o § 5º ao art. 321 do Regimento Interno do STF (RISTF), dos quais destacamos os incisos I, III e VI. O primeiro e o último possibilitavam o sobrestamento, na origem, de processos que versassem sobre a mesma controvérsia constitucional que fosse objeto do recurso extraordinário, até o pronunciamento do STF sobre a matéria. Já o inciso III permitia a intervenção de eventuais interessados no recurso extraordinário. Embora o mencionado parágrafo tenha sido revogado pela Emenda n.º 19, de 19/08/2006, a referência a ele é importante para demonstrar a tendência de objetivação do recurso extraordinário, inclusive porque o conteúdo dos hoje revogados incs. I e VI assemelham-se ao que consta no art. 21 da Lei 9.868/1999, e o do inc. III também guarda relação com o que dispõe o art. 7º, § 2º, da mesma Lei.

No processamento do Recurso Extraordinário n.º 416.827/SC, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes, o STF admitiu a sustentação oral do *amicus curiae*, por considerar relevante a matéria, apontando a objetivação do recurso extraordinário, na medida em que os efeitos da sua decisão não ficariam restritos às partes.

Na Reclamação nº 4.335, o voto do Relator foi no sentido de que a decisão proferida pelo STF no HC n.º 82.959 tinha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante mesmo na ausência da resolução suspensiva do Senado, como prevê o art. 52, X, da CF/88. Na oportunidade, o voto fez expressa referência ao quadro de mutação constitucional pelo qual passa o sistema brasileiro, para afirmar que a resolução do Senado, atualmente, deve ter simples efeito de publicidade.

A objetivação do Recurso Extraordinário funda-se na força peculiar das decisões proferidas pelo Pleno do STF, decorrente da posição hierárquica que a Corte ocupa no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Ao conferir eficácia *ultra partes*, consagra-se a idéia de que ninguém pode se opor à declaração de (in)constitucionalidade, já que tal questão há que ser decidida de modo uniforme para todos os jurisdicionados que se encontrem em determinada situação jurídica isomórfica à que foi examinada pela Corte, não se concebendo que determinado dispositivo legal seja constitucional para uns e inconstitucional para outros. Isso, sim, violaria a igualdade. Assegura-se, assim, a coerência e a previsibilidade da ordem

jurídica, impedindo que os demais órgãos jurisdicionais possam, sem novo e relevante fundamento, deixar de observar as decisões do Supremo, que é órgão encarregado de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade de lei³⁰⁵.

Na medida em que a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade proferida pelo pleno do STF no controle concreto, pelo julgamento de recurso extraordinário, ultrapassa a esfera subjetiva das partes envolvidas na relação processual, para atingir os sujeitos que se encontram em situações jurídicas homogêneas, torna-se necessário ampliar o espectro do contraditório, que não poderá mais ser lido apenas à luz dos interesses individuais do autor e do réu.

No contexto da elaboração de decisões que operarão efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, o contraditório deve ser enfrentado de maneira amplificada, permitindo que os sujeitos interessados na fixação do entendimento jurisprudencial sejam informados sobre a pendência de julgamento que verse sobre assunto jurídico do seu interesse, que possam influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional e que possam valer-se dos meios de controle das decisões judiciais, ora no procedimento de fixação da tese, ora no processo em que atuam como parte.

Considerando que todos aqueles que são partes em processos judiciais pendentes, em qualquer grau de jurisdição, possuem interesse na formação do entendimento jurisdicional, parece-nos existir um dever de informação do Judiciário, para que eles possam influir, na qualidade de litisconsortes, no exame da repercussão geral e, uma vez admitido o recurso extraordinário, na formação do entendimento pela Corte Suprema. Ocorre que, nem o CPC/1973 (nem o NCPC) prevêem tal publicidade. Com efeito, o § 6º do art. 543-A do CPC/1973 (e o § 5º do art. 989 do NCPC), autorizam o relator a admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, mas não determinam que se dê ampla publicidade à pendência do seu exame em relação a determinada matéria. O assunto também não está contemplado no RISTF, cujo art. 329 determina que a Presidência do STF promova ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como a formação e a atualização de banco eletrônico de dados a respeito. O dispositivo se refere às decisões já proferidas e não às questões que ainda estão pendentes.

É importante notar que, até aqui, estamos tratando da objetivação do recurso extraordinário, não nos referindo, ainda, aos recursos excepcionais repetitivos, que mereceram tratamento

³⁰⁵ Assim: Luiz Guilherme Marioni (2009, p. 223-224).

específico da legislação. Ocorre que, mesmo não sendo repetitivo o recurso extraordinário interposto em um único processo, a decisão nele proferida repercutirá sobre inúmeros outros processos. Ressaltamos: em que pese o recurso não seja repetitivo, os processos podem sê-lo. É o que pode acontecer numa ação civil pública que verse sobre expurgos inflacionários de planos econômicos, que também são objeto de ações individuais. Como vimos anteriormente, o STJ já vem reconhecendo a conexão por afinidade entre causas homogêneas, sejam elas tuteladas individualmente, coletivamente, ou de uma maneira e de outra. Vimos, ademais, que este vínculo por afinidade provoca o sobrestamento de determinados processos para que seja fixado o entendimento jurisprudencial em outros, representativos da “macro-lide”. Portanto, o legislador não conferiu a este recurso extraordinário “único” o mesmo tratamento que foi destinado aos recursos repetitivos, cuja disciplina encontra-se nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 (e nos arts. 953 a 995 do NCPC), já que estes dispositivos exigem que haja “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, e não multiplicidade de processos.

Estes últimos dispositivos também descuidam da publicidade quanto à pendência dos apelos excepcionais repetitivos, não bastando que autorizem o relator a solicitar informações aos tribunais inferiores acerca da controvérsia e a admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na contenda, como estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 543-C do CPC/1973 (e o *caput* e o § 5º do art. 2º do art. 955 do NCPC), pois o contraditório, antes de garantir o direito de participar eficazmente, abrange o direito à informação.

De maneira distinta, a proposta de redação do art. 931 do NCPC, afirma que a instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no CNJ, contemplando o dever de informação.

Acrescentamos que, em se tratando de processos repetitivos, decorrente do fenômeno da massificação social, a publicidade, em tais casos, também deve ser realizada pelos meios de comunicação de massa.

5.5.2.1 A delimitação da questão controvertida

Aspecto de grande relevância para o exercício do contraditório na fixação do entendimento pelo tribunal diz respeito à delimitação da questão controvertida repetitiva que por ele será apreciada.

A definição é importante para a adequada aplicação do precedente em relação aos processos que estão pendentes e aos que forem ajuizados em momento posterior. Uma vez consolidado o entendimento, surgirá uma série de conseqüências para os casos futuros, como a possibilidade de julgamento liminar de mérito, por exemplo.

A preocupação revela-se no Código projetado, como se extrai da leitura do § 2º do seu art. 991. Ao tratar dos recursos excepcionais repetitivos, ele determina que, na decisão de afetação da matéria ao colegiado, o relator deverá identificá-la com precisão, não estando o tribunal autorizado a estender-se a outros temas, que não tenham sido expressamente apontados na aludida decisão.

5.5.2.2 O amadurecimento dialético do entendimento a ser firmado como elemento de estabilização do precedente

É desejável que haja um amadurecimento acerca das questões repetitivas entre os diversos órgãos que exercem poder e que o exercem na criação dos precedentes, antes de se fixar um precedente com eficácia vinculante. A maturação acerca de certo assunto submetido à análise dos tribunais, que será aplicado em inúmeros casos semelhantes, é indispensável para a estabilização das relações jurídicas. Ainda que seja observado um procedimento especificamente estruturado para a formação de uma tese, não basta que ela seja fixada, é importante que seja legítima, característica que se obtém com a manifestação da vontade dos sujeitos que estarão sob o seu raio de eficácia.

Assim ela se tornará estável. Do contrário, será contínua e freqüentemente modificada, o que depõe contra a segurança jurídica. O estabelecimento de precedentes frágeis, que sejam rapidamente superados, causa insegurança entre os jurisdicionados, que não conseguem identificar qual é o critério utilizado pelo Judiciário para resolver os conflitos.

Assim, os litígios de massa devem começar a ser objeto de debate nos órgãos de primeiro grau de jurisdição, de maneira difusa e com a ampla manifestação de diversos sujeitos que figuram como autores e réus em cada processo, passando pelo exame dos julgadores, nas mais

diversas instâncias, para que haja um amadurecimento dialético sobre o tema³⁰⁶. Alcançada esta sedimentação, a questão estará apta para ser submetida a um procedimento que vise estabelecer uma tese, atribuindo-lhe uma eficácia diferenciada.

Em outras palavras: num Estado Democrático, deve haver uma grande quantidade de sujeitos pensando sobre o assunto e colaborando para a atribuição de uma eficácia diferenciada ao precedente, mediante um procedimento estruturado para tanto. Embora possam surgir decisões com conteúdos diversos e/ou opostos num primeiro momento, esse sistema garante a maturação das teses jurídicas, mediante a ampla colaboração de partes, juízes, Ministério Público e terceiros interessados.

Ao formar-se por este mecanismo, o precedente poderá, de maneira legítima, orientar e vincular os demais órgãos judiciais quanto à solução dos casos isomórficos.

Este novo âmbito do contraditório é alcançado pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, que regulamentam os recursos excepcionais repetitivos, estruturando o procedimento de modo que o debate se inicia de maneira diluída perante os juízos de primeiro ou de segundo graus de jurisdição.

Se tiver se iniciado perante um órgão de primeira instância, o debate continuará no âmbito dos tribunais de segunda instância, onde as causas vão se concentrando gradativamente, até alcançar os tribunais superiores. Ao chegar a estes órgãos, a questão já se encontra amadurecida, tendo sido ricamente pensada e discutida durante o seu trâmite perante os órgãos inferiores. Soma-se a isso o aspecto de que os §§ 3º e 4º do mencionado art. 543-C vai ainda mais longe e autoriza o relator a solicitar informações aos tribunais federais e/ou estaduais acerca da controvérsia e a admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na contenda. Assim, a formação do precedente em decorrência dos recursos especiais repetitivos preserva a democracia e contribui para a estabilização das relações jurídicas, na medida em que amplia o contraditório, permitindo a participação ativa dos tribunais inferiores e dos interessados na formação do precedente.

O gradativo amadurecimento propiciado por esta técnica permite, inclusive, que os tribunais sinalizem a intenção de fixar ou de alterar um entendimento.

³⁰⁶ Como já referimos anteriormente, o amadurecimento dialético é aquele que envolve o diálogo entre teses e antíteses, a serem apresentadas pelos mais diversos atores envolvidos no processo de formação do ato normativo, até que se chegue a um entendimento. Não nos referimos, aqui, à convicção de um determinado magistrado sobre um conflito específico.

O Código projetado oscila no que diz respeito à necessidade de amadurecimento jurisdicional acerca de certa questão. Ora o exige, ora, não.

O seu art. 883 considera como julgamento de casos repetitivos, o do incidente de resolução de demandas repetitivas e o dos recursos especial e extraordinários repetitivos³⁰⁷.

De um lado, ao regular o incidente que se desenvolve no processamento dos recursos excepcionais repetitivos, os arts. 990 a 995 do NCPC preservam o amadurecimento como importante aspecto para o contraditório nas demandas massificadas.

Ocorre que o mesmo não acontece no que diz respeito ao “incidente de resolução de demandas repetitivas”, previsto pelos art. 930 a 941 do NCPC.

De um lado, o Projeto estipula que se dê ampla publicidade ao incidente, o que possibilita a participação de um número maior de interessados, em respeito ao contraditório. Neste sentido, o art. 931 do NCPC prevê a necessidade de ampla divulgação da pendência do incidente, afirmando, ainda, que os tribunais promovam a formação e a atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao CNJ, para inclusão no cadastro. Já o art. 932 autoriza o relator a requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, e determina que sejam ouvidas as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. No prazo comum de quinze dias, eles poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Ocorre que, de outro lado, o art. 930 estabelece os seguintes requisitos para que o incidente seja admitido: (a) a ocorrência de controvérsia; (b) a potencialidade que tal controvérsia possua para gerar relevante multiplicação de processos; (c) a identidade da questão de direito entre os inúmeros processos; (d) o risco de coexistência de decisões conflitantes; e (e) que provoque grave insegurança jurídica.

A partir da leitura dos dispositivos que tipificam o aludido incidente e dos que regulamentam o que se instala durante o processamento dos recursos excepcionais repetitivos, nota-se haver uma diferença entre os dois institutos: enquanto este último só tem cabimento diante da efetiva verificação da repetição, o primeiro pressupõe apenas a identificação de controvérsia com potencial para gerar relevante multiplicação de processos, isto é, não se exige a real

³⁰⁷ Como já vimos anteriormente, a denominação empregada no Projeto de Lei está equivocada, pois nenhum dos dois incidentes visam à resolução de qualquer demanda, nem o julgamento de recursos excepcionais repetitivos. Sua finalidade é a estruturação de uma tese e a atribuição de uma eficácia diferenciada para ela.

ocorrência da massificação, mas a sua mera possibilidade. Enquanto um pressupõe o ato, o ser, o acontecimento real; o outro está no plano da potência, no campo do que talvez aconteça, do que pode vir a ser³⁰⁸.

De um lado, parece-nos que a política legislativa atinente ao incidente que se inicia no processamento dos recursos excepcionais repetitivos está muito mais alinhada ao ordenamento brasileiro, preservando as linhas fundamentais de um Estado Democrático, do que acontece em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Este pode ser provocado com base, tão-só, na potencialidade de repetição, o que pode acontecer quando o processo ainda tramita em primeiro grau de jurisdição. Evidencia-se assim o seu possível caráter preventivo. Pode-se instaurá-lo para evitar que os processos se multipliquem com a prolação de decisões nos mais diversos sentidos. Assim, a pronta fixação do precedente evitaria a profusão de desfechos em sentidos antagônicos para os litígios homogêneos.

Parece-nos questionável a eficácia externa (ao caso em que foi proferido) do precedente formado nestas circunstâncias. Primeiramente, porque está calcado na suposição de que haverá multiplicação de casos semelhantes, sem a sua efetiva constatação. Ele poderá originar-se de um único ou de poucos feitos e ter aplicação restrita a quantidade pequena de casos. Some-se a isso que, sendo o incidente deflagrado quando o processo ainda está em trâmite na primeira instância, a questão ainda não passou pelo esperado amadurecimento, até porque inúmeras pessoas que eventualmente poderiam se envolver em litígios sobre o mesmo tema ainda não ajuizaram suas ações. Assim, podem não estar atentas à relevância de sua participação na construção da tese jurídica. De outro lado, o tema não terá sido amplamente enfrentado por diversos julgadores.

Como se vê, este procedimento pode não mobilizar tantos sujeitos, de maneira a legitimar democraticamente a sua eficácia externa, exatamente por estar calcado na potencialidade de multiplicação de processos, e não na sua efetiva ocorrência.

³⁰⁸ Para Aristóteles, a potência diz respeito às múltiplas possibilidades, que podem ser, inclusive, contraditórias entre si. Ela indica indeterminação, possibilidade, estado incompleto, imperfeição. Já o ato consiste no desenvolvimento de uma possibilidade, na perfeição adquirida. É algo determinado, atualizado, completo, perfeito, singular, concreto. O filósofo de Estagira diz que algo é na medida em que esteja em ato, e não em potência. A título de exemplo, ele afirma que uma estátua é ato quando está realmente esculpida, e não quando está em um bloco de mármore. O bloco de mármore poderá se tornar uma estátua ou dele ser feito um piso. Um ser em potência só pode tornar-se um ser em ato mediante algum movimento. Assim, o movimento vai sempre da potência ao ato. Consiste em ato de um ser em potência enquanto está em potência. O ato é portanto, a realização da potência, e essa realização pode ocorrer através da ação (gerada pela potência ativa) e perfeição (gerada pela potência passiva) (REALE, 2002).

Neste passo, não estaria presente o amadurecimento dialético, que consiste num pressuposto implícito para a instalação de qualquer procedimento que tenha a finalidade de fixar uma tese e/ou atribuir-lhe eficácia diferenciada.

Mas, se o incidente for utilizado também de maneira repressiva, este valor, diretamente relacionado ao contraditório, será alcançado.

Não há dúvida de que a proposta de redação do art. 930 do NCPC contempla a função preventiva do instituto, por considerá-lo admissível quando for 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.

Ocorre que, se o incidente é admitido para evitar a multiplicação de feitos e/ou a insegurança jurídica, ele também deve ser utilizado para corrigir as situações em que já há múltiplos processos sobre um mesmo tema jurídico ou em quando, efetivamente, já existe insegurança jurídica.

De mais a mais, o art. 934 do NCPC estabelece que, admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Ao determinar que se suspendam os processos pendentes, o Projeto acaba reconhecendo a utilização do instituto quando já existe efetiva multiplicação deles. Sua finalidade aqui também seria repressiva, e não exclusivamente preventiva.

Havendo inúmeros processos versando sobre uma determinada questão jurídica, pode já haver amadurecimento sobre o tema, perfazendo o requisito de que ora tratamos.

5.6 LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO NAS DEMANDAS DE MASSA

Inúmeros são os dispositivos vigentes no CPC/1973 e propostos para o NCPC que demonstram que as decisões proferidas nos procedimentos voltados para a fixação de uma tese (como acontece nos incidentes “de resolução de demandas repetitivas” e nos de fixação do entendimento acerca de certa matéria jurídica no bojo dos recursos excepcionais repetitivos) possuirão eficácia em relação à esfera jurídica dos sujeitos que, posto figurem como partes em processos repetitivos que tratem de matéria semelhante às que serão decididas

nos aludidos procedimentos, não figuram (ou não tenham figurado) como tal na ação e/ou no recurso do qual se originou o aludido procedimento.

5.6.1 Litisconsórcio multitudinário no incidente de resolução de demandas repetitivas

No âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, o art. 288, IV, do NCPC, determina a suspensão do processo em decorrência da admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas. No mesmo sentido, o art. 934 estatui que, admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

O art. 937 do Código projetado vai mais longe e estabelece que as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

O art. 935 estabelece que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Já o art. 938 do NCPC afirma que, julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, desde que tramitem na área de jurisdição do tribunal que proferiu a decisão. Caso tenha havido recurso e a matéria tiver sido apreciada pelo plenário do STF ou pela corte especial do STJ, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que tramitem no território nacional.

Nota-se que os dispositivos aludem a “partes” e “interessados”. Precisamos identificá-los e diferenciá-los.

Neste item, ocuparemos-nos das “partes”.

Nos termos do art. 930, o incidente é admissível quando for 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 (*caput*), podendo ser instaurado pelo juiz ou relator, por ofício; ou pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição (§ 1º).

Originando-se de um processo ou de recurso que esteja pendente, as “partes” a que alude o § 1º são as que figuram como tal no respectivo processo ou recurso. Elas têm o direito e o poder de provocar o tribunal para que fixe o seu entendimento acerca de certa questão jurídica repetitiva.

Ocorre que, instaurado e admitido o incidente, resta configurado o interesse público primário no estabelecimento de um posicionamento jurisprudencial que atingirá diretamente os processos que estejam pendentes e que versem sobre idêntica questão jurídica, em determinado âmbito de competência territorial, nos termos do art. 938 do NCPC. Assim, todos os sujeitos que figuram como partes em feitos que tramitam em primeiro e em segundo grau de jurisdição, dentro da competência territorial do tribunal no qual tramita o incidente, possuem interesse direto na fixação da tese, razão pela qual devem ser consideradas como partes no procedimento de fixação da tese. Em outras palavras: embora não figurem como partes no processo/recurso que deu origem ao incidente, serão considerados desta maneira no incidente.

Trata-se de um litisconsórcio facultativo, decorrente da afinidade de questões por um ponto comum de direito, nos mesmos moldes preconizados pelo art. 46, IV, do CPC/1973, e pelo art. 112, IV, do NCPC. O liame entre os diversos participantes está na similitude do fundamento³⁰⁹ utilizado em seus respectivos processos e no interesse direto em ver a tese fixada pelo tribunal.

Em certas hipóteses, estas pessoas poderiam, inclusive, figurar como litisconsortes no próprio processo que deu origem ao incidente, nos termos dos dispositivos legais já referidos. Não há dúvidas de que, se fossem co-litigantes no processo, qualquer deles, conjunta ou isoladamente, teria legitimidade para propor e acompanhar o incidente, na qualidade de parte. Ocorre que, por diversos motivos, estes mesmos sujeitos podem propor processos distintos,

³⁰⁹ Explicando o inc. IV do art. 46 do CPC/1973, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 89) afirma que ele se refere à afinidade de fundamentos. Enrico Tullio Liebman (1986, p. 109) diz que ele ocorre “quando a decisão das causas depender, total ou parcialmente, da resolução de questões idênticas”. Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 105) explica que “para dar objetividade lógica ao dispositivo, deve ser tomado com ‘questões de fundo’, ou seja afinidade de fundamentos, nos quesitos de fato ou de direito”. Michel Ferro e Silva (2009, p. 80-81) afirma que a afinidade não deve ser entendida como identidade de questões de fato ou de direito.

não conformando, naquele momento, a pluralidade de autores num único processo. É o que acontece com os poupadores que estão domiciliados em diversos locais do País e que promoveram ações repetitivas, pedindo que lhes fossem pagos os valores decorrentes de expurgos inflacionários não repassados de certos planos econômicos. Por mera conveniência, o autor que está domiciliado em Salvador propôs a ação neste foro; o que está domiciliado em Recife, ajuizou sua ação naquele local; o que está em Belém procedeu da mesma maneira, e assim por diante. A circunstância de não terem proposto o processo em litisconsórcio, embora pudessem tê-lo feito de tal maneira, não pode impedir que atuem como parte no incidente de resolução de demandas repetitivas. É possível, ainda, que o litisconsórcio tenha se formado no processo de origem e que tenha sido desmembrado, por ter sido considerado multitudinário, nos termos do parágrafo único do art. 46 do CPC/1973 e dos parágrafos do art. 112 do NCPC. No pólo passivo do processo, é possível que o litisconsórcio não tenha se formado por mera conveniência ou vontade do autor.

Qualquer que seja o motivo de não ter havido litisconsórcio no processo de origem, quando ele era, em tese, possível, não pode obstar o direito de alguém que é autor ou réu em processo repetitivo que verse sobre a mesma matéria jurídica, de atuar no incidente como parte, e não como terceiro.

Ocorre que, tanto no pólo ativo, como no passivo do incidente, esta participação não é obrigatória, até porque a questão jurídica que será objeto do incidente pode não ser o único fundamento invocado pela parte na defesa dos seus interesses no seu respectivo processo. Assim, ela pode optar por não integrar o incidente. Cuida-se, portanto, de litisconsórcio facultativo, ativo ou passivo, no incidente.

Tratando-se de litisconsorte, a pessoa está submetida ao mesmo regime de direitos, ônus e deveres processuais a que estão as partes originárias, inclusive no que concerne às preclusões. Parece-nos, portanto, que ingressando num dos pólos do incidente, deverá apresentar todos os fundamentos que lhe forem úteis para defender uma posição jurídica ligada ao objeto do incidente. O co-litigante não poderá deixar para fazê-lo no seu próprio processo, em momento posterior. Caso pudesse atuar de tal maneira no incidente, deixando para lançar determinados argumentos, ligados à questão repetitiva, em seu próprio processo, restaria frustrada a finalidade uniformizadora do instituto. Em tal hipótese, parece-nos haver uma quebra da boa-fé processual, em face do comportamento temerário da parte.

Sendo este um fenômeno decorrente da massificação social, o dito litisconsórcio, tanto no pólo ativo do procedimento, como no seu pólo passivo, pode levar à participação de uma multidão. Tratar-se-á, então, de um litisconsórcio multitudinário.

Indaga-se se é possível limitá-lo.

Para examinarmos a questão, devemos lembrar, de um lado, que, apenas recentemente, o litisconsórcio multitudinário tornou-se um problema no sistema brasileiro. Ele surgiu com o crescente número de co-litigantes em um mesmo processo, fenômeno que, por sua vez, decorreu da massificação das relações sociais e homogeneização das relações jurídicas materiais. Tanto é assim que a possibilidade de limitação só foi inserida no CPC/1973 em 1994, com o advento da Lei 8.952. A limitação do número de co-partícipes num mesmo pólo da relação processual decorreu da verificação de que a grande quantidade de consortes poderia comprometer a rápida solução do litígio³¹⁰, dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença. Na primeira hipótese, busca-se proteger a razoável duração do processo; na segunda, a isonomia; e na terceira, a efetividade do processo³¹¹. Vale dizer, ainda, que a limitação (1) não se aplica ao litisconsórcio necessário, nem ao ativo unitário³¹²; e (2) não significa vedação ao direito de ação, já que os co-autores que foram excluídos daquele processo, poderão figurar como partes em outros processos, sejam eles decorrentes do desmembramento, sem a necessidade de os litisconsortes excluídos proporem novos processos, ou da exclusão dos litisconsortes, que, nessa hipótese, deverão ajuizar outros processos³¹³.

Parece-nos que deve haver a possibilidade de limitação do número de co-litigantes no incidente em questão, mas que a restrição deve observar outros critérios, distintos dos que se aplicam à formação do litisconsórcio multitudinário num processo.

³¹⁰ Fredie Didier Junior (2010, p. 331).

³¹¹ Michel Ferro e Silva (2009, p. 146-147).

³¹² Fredie Didier Junior (2010, p. 331).

³¹³ Acompanhamos, aqui, o entendimento majoritário da doutrina, alinhando-nos ao posicionamento de José Eduardo Carreira Alvim (1996, p. 115), Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2004, p. 143), Ernane Fidélis dos Santos (1886, p. 69), Cássio Scarpinella Bueno (2003, p. 86) e Mário Henrique Holanda Godoy (2003, p. 179), entre outros. No entanto, a questão não é pacífica, havendo quem defenda que a limitação não provoca o desmembramento, mas a exclusão dos litisconsortes, como entendem, por exemplo, Sergio Bermudes (1995, p. 57) e Alexandre Freitas Câmara (2011, p. 168). Para Michel Ferro e Silva (2009, p. 145-147), a limitação do litisconsórcio de que tratam os incs. I, II e III do art. 46 do CPC/1973 provoca o desmembramento, mas a do que é objeto do inc. IV provoca a exclusão dos co-litigantes. De uma maneira ou de outra, o direito de ação não restaria violado, pois, mesmo na hipótese de exclusão, o co-partícipe excluído poderia propor sua ação em outro processo.

Sem dúvida, a participação de muitos litigantes pode provocar o retardamento da decisão do incidente. Eis a principal desvantagem de uma grande quantidade de consortes em um mesmo pólo processual: o tumulto.

Para estabelecer quais são os sujeitos que podem figurar como litisconsortes, devemos ter em mira a finalidade do incidente, que é a fixação de uma tese para posterior aplicação aos processos pendentes e aos que forem futuramente propostos, propiciando soluções com isonomia e com observância à duração razoável do processo.

O incidente não visa, exatamente, à “resolução de demandas homogêneas”. Se, de um lado, a questão jurídica que consiste no objeto do incidente pode ser o único fundamento de um determinado processo, ela também pode ser apenas um dos fundamentos concorrentes em outro processo. Assim, o pedido veiculado no primeiro processo pode ser julgado improcedente, caso o entendimento firmado pelo tribunal seja contrário à tese constante na única causa de pedir apresentada pelo autor, ao passo que o pedido formulado no segundo processo pode ser julgado procedente pelo acolhimento do motivo concorrente. Por mais que se considere, nos termos do art. 903 do NCPC, que a tese fixada no incidente possui eficácia vinculante em relação aos processos pendentes e futuros, ela não define, necessariamente, a sorte dos litigantes em cada caso. Se houver obrigatoriedade, ela incidirá no âmbito da fundamentação da decisão do processo, do raciocínio jurídico que ali será empregado.

Portanto, o interesse de cada um dos aludidos sujeitos diz respeito à fixação da tese acerca da questão homogênea, que, por sua vez, poderá influenciar, de maneira determinante ou não, na solução de cada um e de todos os conflitos que a envolvam.

Nesta esteira, a participação do maior número possível de pessoas que apresentem fundamentos distintos acerca da questão jurídica contribui para o amadurecimento do tribunal sobre a matéria. No momento de formação do entendimento jurisprudencial, a apresentação da maior quantidade de argumentos favoráveis e contrários a uma certa tese propicia uma visão mais completa do assunto pelo tribunal, enriquecendo o debate. A diversificação e o dissenso são importantes para a legitimação do exercício do poder numa democracia³¹⁴, que

³¹⁴ Neste sentido, ensina Ronald Dworkin (2002, p. 325-326): “(...) pressupomos que a interpretação que um cidadão faz, ao seguir seu próprio discernimento, juntamente com os argumentos que apresenta para justificá-la quando tem a oportunidade de fazê-lo, contribui para criar a melhor decisão judicial possível. (...) Devemos, igualmente, lembrar que o valor do exemplo do cidadão não se esgota uma vez tomada a decisão. Nossas práticas requerem que a decisão seja criticada pelos praticantes do direito e pelas escolas de direito e que a interpretação dissidente do cidadão venha a ser de muita valia para essa crítica”. E continua: “(...) Se o Estado nunca processasse, os tribunais não poderiam agir com base na experiência e nos argumentos gerados pela dissidência. Disso decorre, porém, que quando as razões práticas para processar são relativamente fracas em um

aqui se consubstanciará na edição de uma síntese decorrente da análise dos inúmeros pontos de vista expostos pelos litisconsortes, atuando em cooperação com o órgão jurisdicional. Possibilita-se, assim, a construção de um posicionamento jurisprudencial sedimentado e mais estável.

Considerando a finalidade do incidente e a colaboração que pode advir da participação dos sujeitos que integram os inúmeros processos pendentes, em relação aos quais a decisão do incidente operará os seus efeitos, pensamos que o critério de limitação do litisconsórcio deva ser a diversidade de argumentos³¹⁵, e não o número de litigantes, pura e simplesmente. Todo aquele que tiver um fundamento distinto deve ser admitido para sustentá-lo, influenciando na formação do convencimento do tribunal. De maneira inversa, não deve ser permitido o ingresso daqueles que apresentarem argumento já conhecido e/ou enfrentado anteriormente pela Corte, seja no incidente em trâmite, seja no anterior.

Este raciocínio se coaduna com o art. 10 do NCPD, que estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício (*caput*), excepcionando tal regra nas hipóteses do art. 307 (parágrafo único), que, por sua vez, autoriza a improcedência *prima facie*, quando o pedido estiver fundamentado em matéria exclusivamente de direito e contrariar súmula do STF ou do STJ; acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

De outro lado, o entendimento aqui defendido também leva em consideração a preocupação de não provocar o esvaziamento das funções estabilizadora e uniformizadora do incidente. Caso a limitação implicasse na restrição à participação dos sujeitos que experimentarão os efeitos da decisão do incidente e que possuem elementos para contribuir com a fixação da tese, o contraditório restaria violado, pois eles não teriam a oportunidade de influir na decisão.

determinado caso, ou podem ser enfrentadas por outros meios, o caminho da equidade está na tolerância” (DWORKIN, 2002, p. 330).

³¹⁵ Na mesma linha, mas cuidando do tema como intervenção de terceiros no incidente de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, Ticiano Alves e Silva (2010, p. 246-247) explica “a intervenção da parte que teve seu recurso sobrestado só se justifica se ela dispuser de novos argumentos para convencer o magistrado sobre a existência da repercussão geral ou influenciar no julgamento de mérito dos recursos extraordinários múltiplos, de idêntica controvérsia. Caso contrário, tal manifestação não será expressão do direito fundamental ao contraditório e servirá somente para tumultuar o feito. A vedação da intervenção do litigante com recurso sobrestado desprovido de novas teses argumentativas não viola o contraditório simplesmente porque incapaz de gerar prejuízo à parte ou à legitimação da função jurisdicional, sendo, em verdade, uma manifestação vazia, como uma forma sem conteúdo”.

Caso a limitação implicasse num desdobramento do incidente em diversos outros (como acontece no litisconsórcio multitudinário no processo), não haveria estabilização, nem uniformização, pois haveria diversos incidentes tramitando simultaneamente, ensejando a prolação de decisões para cada um deles. Ocorre que estas decisões seriam proferidas com a participação de um número menor de interessados, diminuindo também a pluralidade de argumentos a serem examinados pelo Judiciário. Tratar-se-ia, pois, de decisões com um maior déficit de legitimidade e com menor grau de estabilidade. Além disso, haveria o risco de elas possuírem conteúdos conflitantes entre si.

O problema atinente à dificuldade de cumprimento da sentença, que se apresenta no litisconsórcio multitudinário no processo, não existe no litisconsórcio formado no incidente, pois sua decisão não será executada, mas expressará o entendimento do tribunal, que servirá de fundamento para as decisões a serem proferidas nos diversos processos.

Desta maneira, parece-nos que o incidente pode provocar a formação de um litisconsórcio multitudinário facultativo, ativo ou passivo, entre os sujeitos que atuam como partes em cada um dos processos pendentes e repetitivos, que envolvem idêntica questão jurídica. Entendemos, ademais, que a participação dos co-litigantes poderá ser limitada pelo critério da diversidade de fundamentos que cada um deles tem a apresentar, em cooperação com o órgão jurisdicional na fixação da tese, e não pela quantidade de sujeitos.

5.6.1.1 Ampliação do litisconsórcio multitudinário no incidente de resolução de demandas repetitivas em decorrência da interposição de recursos para o STJ ou para o STF

Como vimos, o art. 938 do NCPC afirma que, julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, que tramitem na área de jurisdição do tribunal que proferiu a decisão.

Vimos, ademais, que, nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo, se for interposto recurso e a matéria vier a ser apreciada pelo plenário do STF ou pela corte especial do STJ, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que tramitem no território nacional.

Neste contexto, o espectro de interesse e, portanto, a amplitude do litisconsórcio pode ampliar-se, pois a tese jurídica fixada pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Superior será

aplicada a todos os processos em trâmite no território nacional que versem sobre a mesma questão de direito.

Assim, sujeitos que não figuravam como parte no incidente, poderão passar a integrá-lo. É o que acontece com os autores e réus de processos que tramitam sob a jurisdição de outro tribunal inferior que não aquele onde tramitou o incidente originariamente. Tomemos o exemplo do incidente instaurado por força da multiplicação de casos sobre expurgos inflacionários. Se ele se originar de um ou alguns processos movidos contra os bancos privados, será processado perante o Tribunal de Justiça de um determinado Estado federativo. Nesta situação, qualquer um que seja autor ou réu num processo que tramita no âmbito da competência deste tribunal poderá figurar como parte no incidente. Mas, interposto recurso especial ou extraordinário contra a decisão proferida no incidente, os sujeitos que figuram como parte nos processos que tramitam perante juízos vinculados a outros tribunais passam a ter interesse direto na formação do entendimento, já que, desta vez, ele emanará do STJ ou do STF e será aplicado a todos os processos em curso no território nacional.

Notamos que o recurso interposto nesta circunstância não é repetitivo, por não haver uma multiplicidade deles. Trata-se de recurso “único”, embora verse sobre questão repetitiva.

5.6.2 Litisconsórcio multitudinário no incidente de fixação da tese jurídica no processamento de recursos repetitivos

O litisconsórcio multitudinário também poderá ser formado na fixação da tese jurídica durante o processamento de recursos repetitivos, regulado pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e pelos arts. 990 a 995 do NCPC.

De acordo com a sua regulamentação, caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STF ou ao STJ, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior (§1º dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e *caput* do art. 991 do NCPC). Se não for adotada tal providência, o relator no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida (§ 2º do art. 543-C do CPC/1973 e § 1º do art. 991 do NCPC).

Além disso, ficarão sobrestados os processos e recursos em que se discute idêntica controvérsia de direito. Os que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator (§ 3º do art. 991 do NCPC). Já os recursos que tramitam no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição ficarão sobrestados até a decisão do recurso representativo da controvérsia (§ 4º do art. 991 do NCPC).

O § 4º do art. 543-C do CPC/1973 e o § 2º do art. 992 do NCPC determinam que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação “de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

O art. 993 do NCPC estabelece que, decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.

O § 7º do art. 543-C do CPC/1973, que encontra equivalência com o art. 994 do NCPC, acrescenta que, publicado o acórdão paradigma: os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.

Por fim, o art. 995 do NCPC estatui que sobrevindo decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, enquanto estiverem suspensos os processos, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada.

De maneira análoga ao que acontece no incidente de resolução de demandas repetitivas, os dispositivos acima indicados nos levam a pensar que aqueles que figuram como recorrentes e recorridos nos recursos considerados como paradigmas terão legitimidade para propor e acompanhar o incidente³¹⁶. Assim também os que figuram como partes nos demais recursos e processos que ficaram sobrestados, aguardando a fixação da tese jurídica. Anotamos que, mesmo sendo a termo a suspensão dos processos em primeiro grau de jurisdição como consta

³¹⁶ Tratando da atuação destes sujeitos como terceiros, e não como litisconsortes, **Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p.248) explicam: “Entendemos, além disso, que a previsão contida no art. 6º do art. 543-A estende-se também ao recorrente que teve o seu recurso sobrestado, em razão da subida de recurso extraordinário ‘com fundamento em idêntica controvérsia’ interposto por outra pessoa (cf. art. 543-B, *caput*, examinado *infra*) e poderá manifestar-se, com o intuito de ver reconhecida a repercussão geral. É que, embora o órgão *a quo* deva ‘selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal’, pode aquele que teve seu recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o reconhecimento da relevância da questão, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos”. No mesmo sentido: Eduardo Talamini (2008).**

no Código projetado, os seus autores e réus poderão figurar como litisconsortes no incidente, pois a tese poderá ser aplicada a tais feitos. Vejamos.

Se forem ultrapassados os doze meses de suspensão de um determinado processo, voltando ele a tramitar e vindo o juízo de primeira instância a proferir decisão, três serão os possíveis desdobramentos.

Primeiramente, a decisão pode transitar em julgado. Se ainda não tiver se esgotado o prazo o ajuizamento da ação rescisória (que atualmente é de dois anos, nos termos do art. 495 do CPC/1973, e que possivelmente será de um ano no regime do NCPC, nos termos do seu art. 928), poderá ser ela proposta, com base no art. 485, V, do CPC/1973 ou no art. 919, V, do NCPC³¹⁷.

A segunda possibilidade é de que depois de proferida a decisão pelo juízo de primeiro grau seja interposto recurso para o tribunal inferior (impedindo o trânsito em julgado) e que sobrevenha a tese fixada pelo tribunal superior enquanto pende o recurso perante o órgão de segundo grau. Neste caso, a tese será aplicada para a solução do litígio, seja por decisão do órgão colegiado ou unipessoal do relator, com base nos arts. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/1973 e 888, IV e V, do NCPC.

Por fim, se, depois de proferida a decisão pelo juízo de primeiro grau, vier a ser interposto recurso para o tribunal inferior (impedindo o trânsito em julgado) e o incidente no recurso excepcional repetitivo ainda pender de decisão, deve-se aplicar o art. 991, § 4º, do NCPC, sobrestando-o.

Ora, se a tese poderá ser aplicada a tais processos, resta evidenciado o interesse direto no julgamento do incidente por aqueles que são partes nos processos que tramitam em primeiro grau, autorizando-os a ingressarem como tal também no incidente.

5.6.3 Litisconsórcio multitudinário na apreciação da repercussão geral e no julgamento de recurso extraordinário “único”

³¹⁷ Destacamos que a redação do inc. V do art. 485 do CPC/1973 alude à violação à literalidade da disposição de lei, ao passo que o inc. V do art. 919 do NCPC se refere à manifesta ofensa à norma jurídica. O dispositivo do Código projetado é mais condizente com a teoria geral do direito, na medida em que, atualmente, se concebe que norma e lei diferem, sendo aquela o objeto da interpretação, ao passo que esta é o seu objeto, como já destacamos em passagem anterior.

Como já vimos, o controle difuso de constitucionalidade pelo recurso extraordinário vem passando por uma objetivação, de maneira que o STF tem conferido eficácia *ultra partes* às decisões proferidas pelo seu pleno.

Na medida em que a decisão acerca da existência, ou não, da repercussão geral atingirá os sujeitos que figuram em processos que versam sobre questão jurídica homogênea àquela que se encontra sob a análise da Suprema Corte, parece-nos que os sujeitos como partes em processos que veiculam causas isomórficas possuem legitimidade para atuar na averiguação da repercussão geral.

Insta salientar que não tratamos, aqui, dos recursos excepcionais repetitivos, pois não há multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, como alude o art. 543-B. Com efeito, pode haver um único recurso extraordinário sobre determinado tema, que também pode ser objeto de diversos processos, sem que eles tenham chegado ao STF até um certo momento, encontrando-se em trâmite perante os órgãos de primeiro ou de segundo grau. Aliás, o Código projetado aproximou-se desta situação, mas não chegou a contemplá-la. Com efeito, o § 3º do seu art. 989 estabelece que haverá repercussão geral sempre que o recurso contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos. Ocorre que, eventualmente, podem existir tais casos sem que se tenha instaurado o referido incidente; ou que ele tenha sido proposto perante determinado tribunal inferior, sem que tenha havido decisão até aquele momento; ou que tenha sido interposto recurso contra a decisão proferida no próprio incidente. Em qualquer dessas hipóteses, cuidar-se-á de recurso extraordinário “único”.

Nesta hipótese, os sujeitos que figuram como partes nos diversos processos em trâmite nos juízos inferiores possuirão interesse direto na demonstração de que o assunto transborda o limite subjetivo de certa lide, para que o Supremo Tribunal possa consolidar o seu entendimento.

A participação deles está autorizada pelo § 6º do art. 543-A do CPC/1973, que corresponde ao § 5º do art. 989 do NCPC. Do ponto de vista do recurso, tratar-se-á de terceiros. Contudo, o seu interesse no estabelecimento da tese não é meramente reflexo, mas direto, como já demonstramos anteriormente. Desta maneira, pensamos que devem ser tratados como partes, formando um litisconsórcio.

Deve-se aduzir, ainda, que, em que pese o § 6º do art. 543-A do CPC/1973 (e o § 5º do art. 989 do NCPC) faça alusão especificamente à constatação da existência, ou não, da repercussão geral, pensamos que, uma vez reconhecida tal repercussão, estes mesmos sujeitos

poderão atuar no julgamento do mérito do aludido recurso excepcional, já que a tese ali fixada será aplicada aos seus processos.

Note-se: a circunstância de haver a filtragem da admissibilidade do recurso extraordinário pela averiguação da repercussão geral pode levar à formação de duas teses distintas. A primeira diz respeito à existência, ou não, da aludida repercussão. A segunda se refere à questão constitucional que consiste no mérito do recurso.

O critério para a limitação do litisconsórcio é o mesmo que foi proposto nos tópicos anteriores.

5.7 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS DEMANDAS REPETITIVAS

No tópico anterior, vimos que a participação do maior número possível de pessoas que apresentem fundamentos distintos acerca da questão jurídica que será objeto da tese a ser fixada pelo tribunal (seja no incidente de “resolução de demandas repetitivas”, seja no de “julgamento de recursos repetitivos” ou na apreciação da repercussão geral ou no julgamento do recurso extraordinário, em face da sua objetivação) contribui para a formação de um posicionamento jurisprudencial maduro e mais estável, atendendo aos princípios da segurança jurídica e da cooperação.

Ocorre que os diversos dispositivos legais aludem não só às partes, mas também aos interessados, aludindo em muitas passagens às “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”.

A expressão utilizada pelo legislador é vaga, razão pela qual precisamos identificar quem sejam estes terceiros que possuem interesse na controvérsia, e que interesse é este.

Do exame do CPC/1973 e do NCPC, constatamos que alguns destes dispositivos autorizam o relator a colher a manifestação de terceiros para contribuir com a fixação da tese, a exemplo do § 6º do art. 543-A do CPC/1973 e do § 5º do art. 989 do NCPC. Outros legitimam as partes e os terceiros a requerer a suspensão dos processos pendentes enquanto a tese não é fixada pelo tribunal, a exemplo dos arts. 935 e 937 do NCPC. Todos eles visam a garantir a segurança jurídica e a estabilidade do sistema, seja na formação do entendimento do tribunal ou evitando que sejam proferidas decisões em sentidos opostos, nos diversos processos, enquanto a Corte fixa a tese.

5.7.1 *Amicus curiae*

Os primeiros comentaristas da Lei 11.418/2006, que inseriu os arts. 543-A e 543-B no CPC/1973, estruturando a repercussão geral em nível infraconstitucional, entendiam que o § 6º do art. 543-A do CPC/1973 aludia à participação do *amicus curiae*³¹⁸, cuja atuação já era admitida no controle concentrado de constitucionalidade. Como o STF tem “objetivado” o controle difuso realizado por meio do recurso extraordinário, aproximando-o, cada vez mais, do controle concentrado, realizado em ADIN, ADC e ADPF, é proveitosa a admissão do “amigo da Cúria” para a averiguação da repercussão geral.

O *friend of Court* consiste num sujeito processual cuja atuação situa-se ao lado da do juiz, das partes, do Ministério Público e dos demais auxiliares da justiça, possuindo a função de contribuir com o órgão jurisdicional para o aprimoramento dos julgados³¹⁹. Alguns doutrinadores o consideram como um terceiro³²⁰, ao passo que outros afirmam que ele assume uma posição *sui generis* no processo, por não estar alheio, mas também não figurar como postulante, o que não o impede de atuar com certa carga de parcialidade em certas situações³²¹.

Embora o § 6º do art. 543-A do CPC/1973 se refira especificamente à verificação da repercussão geral, e não ao julgamento do mérito do recurso excepcional para a Suprema Corte, parece-nos, interessante que a atuação do *amicus curiae* se estenda à análise do mérito, assegurando um debate mais diversificado e uma maior legitimação dos posicionamentos adotados pelo STF, inclusive porque o próprio Tribunal vem afirmando que a decisão proferida pelo pleno possui eficácia *ultra partes*, atingindo os sujeitos que figuram em processos que versam sobre situações jurídicas homogêneas à que foi examinada³²². Aliás,

³¹⁸ Neste sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 247), Bruno Dantas (2008, p. 300-301), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p. 941), Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2007), Humberto Theodoro Jr. (2007) e José Rogério Cruz e Tucci (2008).

³¹⁹ Assim entende Fredie Didier Jr (2010, p. 382).

³²⁰ Antonio do Passo Cabral (2004, p. 16-17) considera a atuação do *amicus curiae* como uma forma especial de intervenção terceiros. Na mesma linha: Milton Luiz Pereira (2003, p. 41-44), Dirley da Cunha Jr. (2004, p. 157) e Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (p. 62-66).

³²¹ Neste sentido: Leonardo José Carneiro da Cunha (2004, p. 582-623), Fredie Didier Jr (2010, p. 381-382) e Mirella de Carvalho Aguiar (2005, p.61-63).

³²² Neste sentido explica Humberto Theodoro Júnior (2007, p.110): “Pode o relator, durante a análise da repercussão geral, permitir intervenção de terceiros interessados, por meio de procurador habilitado, de acordo com o que dispuser o Regimento Interno do STF (art. 543-A, § 6º). Essas manifestações se justificam em face da

destacamos que o sistema aplicado aos recursos extraordinários no âmbito dos juizados especiais federais antes da posituação da repercussão geral no ordenamento brasileiro já permitia a intervenção do *amicus curiae* no debate acerca das questões de mérito, como se extrai do art. 15 c/c o art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei 10.259/2001, especialmente do § 7º do art. 14 da mencionada Lei e do art. 321, § 5º, inciso VI, do RISTF, inclusive porque, como dito, o instituto da repercussão geral só veio a ser positivado posteriormente, tanto em nível constitucional (o que aconteceu em 2004, com a Emenda Constitucional 45), como no âmbito infraconstitucional (o que aconteceu em 2006, com a Lei 11.418). Amplia-se, assim, o círculo de intérpretes no processo de interpretação constitucional, que consiste em questão ligada à legitimidade da jurisdição, que, no caso do Brasil, ganha relevância na medida em que os juízes não são eleitos. Como vimos no capítulo referente ao devido processo legal, a doutrina afirma que a legitimidade dos magistrados é aferida mediante o processo desenvolvido em contraditório, garantindo-se o direito de influenciar qualitativamente a decisão. O contraditório assume, pois, o papel legitimador da atuação jurisdicional. Nesta senda, a atuação do *amicus curiae* se harmoniza com a teoria sufragada por Peter Häberle, que defende um novo olhar acerca da interpretação constitucional, na medida em que esta não se dá apenas pelos órgãos oficiais, mas por todos que vivem a norma³²³.

Indo mais além, e levando em conta a função do “amigo da Corte” e acompanhando a tendência doutrinária³²⁴ e jurisprudencial³²⁵ de admitir-se a sua intervenção nas ações consideradas relevantes para a sociedade (como nas ações coletivas), parece-nos que deva ser admitida a sua atuação também nos diversos procedimentos de fixação da tese pelos tribunais nas demandas que versem sobre questões repetitivas. Com efeito, os *amici curiae* podem

repercussão que o julgamento pode ter sobre outros recursos, além daquele *sub apretiatione* no momento (art. 543-B)”.
 323 Assim explica Peter Häberle (1997, p. 30): “A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação”. No entanto, o doutrinador propõe que este círculo já está ampliado, quer queiram, ou não, os Tribunais. Para ele, “a práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis” (HÄRBELE, 1997, p. 33-34). Acreditamos, contudo, que seja necessário avançar no sentido de assegurar modos de participação no procedimento oficial.

324 Neste sentido: Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 633-640) e Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 244).

325 É o que se extrai do seguinte excerto da decisão unipessoal proferida na ADIN 3.921: “Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24-10-07, DJ de 31-10-07).

auxiliar o órgão jurisdicional, provendo informações sobre determinado aspecto técnico (seja ele jurídico ou relativo a outra área do conhecimento), propiciando uma maior legitimação ao entendimento que será fixado pelo órgão jurisdicional³²⁶.

Nos procedimentos voltados para a fixação do entendimento jurisdicional, a participação do “amigo da Cúria” contribui para a formação de um posicionamento mais estável com a exposição de teses argumentativas dotadas de aprofundado conhecimento técnico sobre determinada área do saber humano, com a representação do interesse de uma parcela da sociedade ou com dados estatísticos, estudos sobre o tema etc. Pode-se pensar na colaboração que pode ser prestada por uma autarquia ou um órgão vinculado a um ente político, que pode atuar com o objetivo de demonstrar a relevância da questão e a repercussão que o entendimento a ser firmado pelo tribunal pode ter no âmbito social. No caso de pessoa física, pode tratar-se de um biólogo, um sociólogo, um economista, enfim alguém que possa enriquecer a discussão. Neste sentido, podemos considerar o exemplo, efetivamente ocorrido, da participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual na ADIN 3695, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, alegando a inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC/1973, ou com a atuação de cientistas e de representantes de instituições religiosas, como a Confederação Nacional de Bispos do Brasil, no debate acerca da licitude da interrupção da gravidez quando o feto é anencéfalo, que foi objeto da ADPF n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Pensamos, contudo, que a admissibilidade da intervenção do *amicus curiae* deve ser norteadada pelo mesmo critério que propusemos para a limitação do litisconsórcio multitudinário: a da apresentação de argumento que enriqueça e pluralize o debate, não havendo porque permitir a participação de quem queira apenas repetir argumentos já apresentados e/ou enfrentados pela Corte, sob pena de tumultuar o procedimento e retardá-lo indevidamente.

5.7.2 Intervenção das pessoas jurídicas representativas dos interesses das partes e dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s)

³²⁶ Assim entendem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 244). Não é em outro sentido que Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 626-627), explica: “a única forma de legitimar as decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo daquelas que projetam eficácia sobre um número considerável de jurisdicionados, é “reconhecer que ele deve, *previamente*, dar ouvidos a pessoas ou entidades representativas da sociedade civil – e, até mesmo, a pessoas de direito público que desempenhem, de alguma forma, esse mesmo papel, capturando os próprios valores dispersos do Estado, suas diversas opiniões e visões de políticas públicas a serem perseguidas *também* em juízo -, verificando em que medida estão configurados adequadamente os interesses, os direitos e os valores em jogo de lado a lado”.

processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal

Como já demonstramos anteriormente, o julgamento de casos repetitivos estabelece um novo paradigma, que tanto pode se aplicar à tutela individual de interesses, como pode servir à tutela coletiva, e a uma e outra, desde que haja situações homogêneas. Neste sentido, vimos que o STJ firmou entendimento de que, pendente uma ação coletiva, as ações individuais que versam sobre questão semelhante devem ser sobrestadas, até que seja fixado o entendimento pela Corte.

Neste passo, é possível que pessoas jurídicas, cujas funções institucionais estejam relacionadas à defesa de interesses ligados à questão levada ao tribunal para fixação da tese, possuam interesse em intervir no procedimento que visa à sedimentação do entendimento jurisdicional. É o que pode acontecer com organizações sindicais, entidades de classe, associações legalmente constituídas e/ou federações, por exemplo. Basta pensarmos nos debates acerca dos expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos, como os que levaram à edição do enunciado 445 da súmula do STJ, que sintetiza: “As diferenças de correção monetária resultantes de expurgos inflacionários sobre os saldos de FGTS têm como termo inicial a data em que deveriam ter sido creditadas”. Trata-se de questão jurídica repetitiva que autoriza a atuação da federação de bancos e das associações de defesa do consumidor.

Trata-se de intervenção que visa a aproximar a interpretação que será realizada pelos tribunais do grupo social, garantindo que interesses, opiniões, posturas adotadas pelos diversos integrantes da sociedade sejam considerados no momento da fixação da tese.

Deve-se aplicar, aqui, o princípio da adequada representação, inspirador do modelo das *class actions* no processo coletivo e que vem ganhando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência, não se limitando somente à legitimação ativa e fixada *ope legis* para as demandas coletivas³²⁷. Ele impõe o controle judicial da representação, de modo que os entes que a exercem devem possuir condições de exercerem seus papéis adequadamente, considerados diversos aspectos³²⁸, inclusive os que dizem respeito à pertinência temática, à boa técnica, à probidade, aos recursos financeiros, entre outros.

³²⁷ Neste sentido: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 113).

³²⁸ Neste sentido: Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 83).

É importante notar que não estamos lidando exatamente com o modelo de processo coletivo. É possível que o procedimento para fixação da tese tenha sido instaurado por força da existência de um (ou mais) processo(s) individual(is), cuja questão jurídica tenha se mostrado efetivamente repetitiva ou que tenha potencialidade para multiplicar-se (como afirma o art. 930 do NCPC).

O STF já admitiu a intervenção de um sindicato em processo que envolvia tutela individual de interesses, sob o fundamento que havia interesse na fixação da tese. Com efeito, o Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo atuou como terceiro no feito que chegou à Suprema Corte pela interposição do recurso extraordinário n.º 550.769/RJ, que tinha por objeto a verificação da constitucionalidade do Decreto-lei n.º 1.593/1977. Na oportunidade, o ente sindical foi considerado assistente simples de uma indústria de cigarros. Ocorre que ele não mantinha nenhuma relação jurídica conexa com a que consistia no objeto litigioso do feito. Assim, não possuía interesse jurídico nos moldes preconizados pela doutrina tradicional sobre aquela espécie de intervenção, mas o seu ingresso tinha em mira a participação na formação do entendimento do Tribunal acerca da constitucionalidade de determinados meios de coerção indireta para o pagamento de tributos. A tese dali proveniente seria útil para a solução de casos repetitivos que versassem sobre a mesma matéria, em face da “objetivação” do recurso extraordinário, com a atribuição de eficácia *ultra partes* à motivação da decisão do STF. O interesse jurídico, portanto, dizia respeito a uma relação jurídica coletiva, envolvendo a proteção de direitos individuais homogêneos³²⁹. Conformam-se um interesse muito mais amplo do que o que funda a assistência simples. Vejamos as suas características.

Primeiramente, ele há de ser jurídico. Considera-se como tal a atribuição institucional, conferida pela lei ou pelo estatuto, de promover a defesa dos interesses homogêneos dos sujeitos representados, seja para a confirmação ou para a contrariedade de direitos estabelecidos nas relações de direito material em que estes são partes. O interesse de ordem exclusivamente diversa, como o econômico, político, religioso etc. não justifica a admissão destes terceiros no procedimento de sedimentação da jurisprudência.

Cuidar-se-á de interesse indireto, pois não influi nas relações jurídicas materiais de que tais entes são titulares, mas na defesa processual dos interesses dos representados.

Por influenciar na prática de atos nas relações em que os representados se inserem, os entes representativos visam a defender uma posição jurídica. Assim, eles possuem um interesse

³²⁹ Neste sentido: Fredie Didier Jr. (2010, p. 358).

parcial. Tais instituições poderão apresentar argumentos favoráveis ou contrários a certa tese, com vistas a resguardar os direitos dos representados nos seus respectivos vínculos de direito material.

A sua participação será útil no procedimento em que se debaterá a questão jurídica, por permitir a exposição de uma maior variedade de fundamentos. Como expusemos em passagem anterior, quanto mais argumentos forem enfrentados na formação do precedente, mais estável ele será. Além disso, uma vez apreciado um determinado fundamento quando da sedimentação da tese, a sua utilização dificilmente levará à modificação do entendimento do tribunal (embora isso possa acontecer, se a realidade social for alterada, por exemplo).

Dadas as características acima indicadas, entendemos tratar-se de uma modalidade *sui generis* de intervenção, própria do sistema de julgamento de casos repetitivos.

Anota-se que pode haver limitação à participação destes sujeitos, se não demonstrarem interesse jurídico ou não apresentarem argumentos novos para a formação do precedente.

5.7.3 Intervenção dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal, mas que não figuram como partes nos processos que estão pendentes no momento em que se instaura o aludido procedimento

Passemos a analisar a possibilidade de intervenção dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal, afinal eles também possuem interesse.

Trata-se de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que não figuram como partes nos processos que estão pendentes no momento em que se instaura o aludido procedimento e que podem vir a experimentar os efeitos do entendimento firmado pela Corte.

Como vimos, a estabilidade da jurisprudência não está serviço apenas da atividade judicante, mas também possui uma função profilática, servindo aos integrantes da sociedade como diretriz quanto aos atos que pretendem praticar. O esclarecimento das questões que podem surgir em derredor das atividades profissionais, laborais, empresariais, da celebração de contratos, da prestação de serviços, das contribuições e contraprestação previdenciárias, dos atos ligados aos tributos etc. é útil para nortear as condutas dos que figuram como partes nas

relações de direito material, inclusive para prevenir litígios e corrigir eventuais lesões. Foi o que aconteceu nos casos repetitivos atinentes à licitude da cobrança de tarifa básica nos serviços de telefonia fixa, que levaram o STJ a editar o enunciado n.º 356 da sua súmula, cujo texto diz que “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”. Da mesma maneira, a apreciação de conflitos massificados levou a mencionada Corte a examinar se deveria, ou não, haver incidência de ICMS sobre o serviço de habilitação de telefone celular, chegando-se à síntese contida no enunciado 350 da respectiva súmula: “O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular”.

Assim, configura-se o seu interesse jurídico, considerado como tal o que interfere na confirmação ou na contrariedade de direitos estabelecidos nas relações de direito material em que são partes.

De certa maneira, tais indivíduos estarão no âmbito da eficácia do precedente, já que ele poderá influenciar na prática de atos nas relações em que eles se inserem. Além disso, se daí surgirem eventuais conflitos, a tese provavelmente será utilizada para resolvê-los.

Parece-nos, contudo, não ser aconselhável que se admita a intervenção dessas pessoas, tendo em vista que ela teria a potencialidade de provocar muito mais inconveniências e prejuízos do que proveitos para a fixação da tese.

A utilidade da sua participação consistiria na exposição de uma maior variedade de fundamentos, o que tornaria o precedente mais estável. Ocorre que a importância desse benefício acaba sendo reduzida, em face da diversidade de argumentos propiciados pela participação dos litisconsortes e dos entes representativos que poderão atuar como terceiros, como já expusemos anteriormente e como o STF já vem admitindo.

De outro lado, o número ainda maior de participantes que acorreriam ao procedimento instalado para fixação da tese poderia comprometer o seu andamento, chegando até mesmo a inviabilizá-lo.

Na realidade, esse é um risco que já decorre da possibilidade da admissão, no procedimento voltado para a fixação da tese, dos sujeitos que figuram nos processos pendentes que versam sobre questão semelhante. Ocorre que eles possuem interesse direto na formação do precedente, como demonstramos anteriormente, ao passo que os titulares das relações de direito material possuem interesse apenas reflexo e eventual.

Como vimos, a fixação da tese será útil para estas pessoas por possibilitar que elas conheçam, de antemão, o raciocínio e os critérios utilizados pelos órgãos jurisdicionais para resolver os

conflitos sobre certa questão jurídica que pode decorrer da relação jurídica material homogeneizada. O interesse é reflexo por não interferir diretamente na esfera jurídica destes sujeitos. Mesmo conhecendo as razões de decidir do tribunal, eles podem optar por manter ou alterar a relação jurídica material de que são partícipes. Uma série de fatores pode exercer influência neste sentido, a exemplo de aspectos econômicos (como pode acontecer com os litigantes habituais), da possibilidade de limitações no exercício da autonomia da vontade (como pode acontecer nos contratos de adesão) ou da desigualdade das partes (como pode acontecer nas relações de consumo).

Em segundo lugar, porque tais vínculos jurídicos não são litigiosos e podem não vir a sê-lo. Nestas situações, o conflito caracteriza-se apenas como uma eventualidade, algo que pode, ou não, acontecer. Nota-se, aqui, mais uma distinção em relação à situação das pessoas que participam dos processos que já estão pendentes, em que, efetivamente, já existe conflito.

Em terceiro lugar, mesmo considerando que tais relações jurídicas materiais venham a se tornar conflituosas, o sujeito que possuir fundamento diferente de todos aqueles que foram apresentados quando da fixação do precedente, poderá utilizá-lo com vistas a obter a superação da tese no seu futuro processo. Note-se que os que já figuram como parte em processos pendentes não terão esta oportunidade em momento posterior, exatamente porque já deduziram seus fundamentos nos feitos que se encontram em trâmite. Parece-nos haver um ônus na participação destes sujeitos, para que bem se aplique o princípio da colaboração quanto à formação do precedente.

Ademais, o interesse dos terceiros que figuram nas relações de direito material poderão ser bem representados pelos entes a que aludimos no tópico anterior. Exercita-se, assim, a democracia representativa, vigente em nosso sistema jurídico.

Por fim, não podemos olvidar que o número de relações jurídicas materiais homogeneizadas costuma ser muito maior do que os conflitos que são levados ao Judiciário sobre uma questão que delas decorrem. Portanto, a quantidade de sujeitos que são partes em processos pendentes costuma ser muito menor do que a de pessoas que integram as relações de direito material. Assim, o risco de tumulto processual decorrente da participação de grande quantidade de pessoas diminui se forem admitidos somente as que atuarem em processos pendentes e os entes representativos, referidos no item anterior.

5.8 A ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO

A técnica de julgamento de demandas repetitivas também provoca adaptações no procedimento.

Como vimos anteriormente, o procedimento não é apenas uma sequência fixa de ações determinadas. Pelo contrário, o seu desdobramento decorre das decisões seletivas dos participantes. Cuida-se de um sistema social que desempenha uma função específica, legitimando o exercício do poder, por consistir na transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que deve acontecer em conformidade com os regulamentos jurídicos. Trata-se de um acontecimento real e não de uma relação normativa. Não é uma mera justificação da decisão. Ele fundamenta uma presunção de exatidão do seu conteúdo³³⁰. Diante desta concepção, o procedimento adequado é um dos meios mais eficazes para garantir o contraditório, que, por sua vez, consiste num dos elementos mais importantes do devido processo legal³³¹.

Também vimos em passagem anterior que o princípio da adequação pode dar-se num momento legislativo, informando a produção da lei que regulamenta, em abstrato, o procedimento³³², e num momento jurisdicional, permitindo ao juiz que adapte o procedimento, no caso concreto, aperfeiçoando-o às peculiaridades da causa³³³.

Sob a primeira perspectiva, a construção legal, geral e abstrata, do procedimento deve estar atenta à natureza e às particularidades do objeto do processo, prezando pelos direitos fundamentais à sua efetividade³³⁴ e à inafastabilidade da jurisdição, que garantem uma tutela adequada. Trata-se de uma adequação que visa a moldar o procedimento aos valores preponderantes em cada situação³³⁵.

5.8.1 A adaptabilidade procedimental para a fixação da tese

De um lado, o procedimento pode sofrer adaptações que contribuem para a fixação da tese jurídica acerca de uma questão que se mostre repetitiva. É o que ocorre com o incidente de

³³⁰ Niklas Luhmann (1980, p. 01-47).

³³¹ Neste sentido: Rogério Ives Braghittoni (1998, p. 224).

³³² Galeno Lacerda (1976) ocupa-se do tema.

³³³ Fredie Didier Junior (2010, p. 68).

³³⁴ Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 304).

³³⁵ Galeno Lacerda (1976, p. 164).

fixação de tese no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, de que tratam os arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, que equivalem aos arts. 990 a 995 do NCPC; com a instalação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a que aludem os arts. 930 a 941 do NCPC; ou com a assunção de competência, prevista pelo art. 555, § 1º, do CPC/1973, que encontra correspondência com o art. 900 do Código projetado.

Nos dois primeiros institutos, são iniciados incidentes processuais que provocam o sobrestamento do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) eles foram deflagrados e dos que versarem sobre questões semelhantes, observando os diferentes âmbitos de competência de cada tribunal. Quanto ao último instituto, o seu regramento atual provoca a alteração da competência para apreciar um determinado recurso, quando houver relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. A proposta de redação do art. 900 do NCPC vai mais longe e determina que se dê ampla publicidade ao processamento e ao julgamento do recurso cuja competência foi deslocada, e que se suspendam os demais recursos que versem sobre questões afins, até porque a decisão proferida vinculará todos os órgãos fracionários do tribunal, salvo se houver a revisão de tese.

Trata-se de adaptações que, embora possam prolongar o andamento de um ou de alguns processos, visam à formação da tese e às vantagens que daí advêm para o julgamento dos casos semelhantes ao que é objeto daquele(s) feito(s) que teve(tiveram) seu(s) curso(s) alterado(s).

5.8.2 A adaptação procedimental para a aplicação da tese já fixada

Passemos à análise da adequação procedimental decorrente da aplicação do precedente já fixado, inclusive com mecanismos voltados para a sua abreviação.

No campo das demandas repetitivas, permite-se tal adaptação exatamente porque será aplicado o entendimento já sedimentado para as situações assemelhadas àquela(s) que deu(deram) origem ao entendimento consolidado pelo tribunal.

A título ilustrativo, passamos a indicar alguns dispositivos que representam a adaptabilidade do procedimento para bem aplicar o *due process* às demandas repetitivas.

O art. 120, parágrafo único, do CPC/1973, que encontra no art. 908, parágrafo único do NCPC, o seu correspondente, estabelece que, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada num conflito de competência, o relator poderá decidi-lo de plano, cabendo agravo interno para o órgão recursal competente.

O art. 557, *caput* e § 1º, do CPC/1973, cuja equivalência está no art. 888, IV e V, do NCPC também propicia a adequação procedimental. O *caput* do art. 557 confere poderes ao relator para, em decisão unipessoal, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em sentido contrário ao da súmula ou da jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior. O § 1º-A alude ao provimento do recurso, por ato singular do relator, se a decisão recorrida estiver em manifesto “confronto” com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal, ou de Tribunal Superior. O enunciado n.º 253 da súmula do STJ empresta ao dispositivo um alcance maior, afirmando aplicar-se também ao reexame necessário.

Tais dispositivos possibilitam a abreviação do procedimento na medida em que autorizam, respectivamente, o exame da admissibilidade e a apreciação do mérito do recurso, não sendo necessário levá-los à apreciação do órgão colegiado, se a hipótese for de confirmação da tese já firmada.

Cotejando o art. 888, IV e V, do NCPC, com o art. 557, *caput* e § 1º, do CPC/1973, constatamos que ele aumenta a influência da jurisprudência sedimentada pelos tribunais em relação aos casos repetitivos.

Em primeiro lugar, porque o *caput* do art. 557 se refere ao juízo de admissibilidade, mesmo quando o recurso contrarie (na expressão do dispositivo: que esteja “em confronto” com) súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior.

Ocorre que, ao verificar que o recurso está “em confronto” com o entendimento sedimentado pelo STF ou por tribunal superior, o relator não está examinando a sua admissibilidade, mas, sim, o seu mérito³³⁶. O inc. IV do art. 888 sana tal incorreção, afirmando que o relator haverá de negar provimento ao recurso que contrarie súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (alínea “a”). A distinção é importante por suas conseqüências, entre as quais destacamos, por

³³⁶ Assim já entendiam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p. 132-133) ao examinarem o § 1º do art.518 do CPC/1973, em lição que pode ser aplicada ao *caput* do art. 557 do mesmo Código no que tange ao ponto que destacamos: “a rigor, neste caso o recurso *não é indeferido em razão da ausência de um de seus requisitos de admissibilidade*, já que saber se a sentença está ou não em consonância com um entendimento sumulado pelo STF ou pelo STJ é questão atinente *ao juízo de mérito do recurso*” (itálicos existentes no original).

exemplo, a definição da competência para o processamento da ação rescisória proposta contra a decisão.

Além disso, as alíneas “b” e “c” do inc. IV do art. 888 do NCPC conferem poderes ao relator, para negar provimento também ao recurso que contrarie acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; ou o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, que consistem em meios específicos para a fixação do posicionamento dos tribunais em relação às questões jurídicas que sejam objeto de demandas repetitivas.

Já o inciso subsequente autoriza o julgamento unipessoal, pelo relator do recurso, se a decisão contrariar as mesmas súmulas, acórdãos e os entendimentos firmados nos aludidos incidentes. Nesta situação, o relator deverá dar provimento ao recurso.

5.9 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como exposto anteriormente, vige no sistema brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, devendo as decisões judiciais serem fundamentadas, sob pena de nulidade.

A cominação imposta pelo legislador refere-se ao julgamento desprovido de fundamentação, no caso em que foi proferido. Sob tal perspectiva, o foco da questão recai sobre a possibilidade de controle da decisão no que tange à solução dada ao próprio conflito, com vistas a evitar decisões arbitrárias. Portanto, o legislador não se preocupou com a inexistência de motivação no que tange às causas isomórficas àquela julgada.

Ainda no que diz respeito à fundamentação de determinada decisão, considerada exclusivamente no âmbito do litígio que é objeto de um determinado caso, sem apontar para os desdobramentos que a motivação pode ter em relação às demandas semelhantes, é comum que a questão seja examinada sob a perspectiva do conteúdo da motivação à luz daquele processo em particular, para aferir o seu “erro” ou “acerto”, mesmo que a decisão seja confrontada com outros julgados que lhe são anteriores.

Não se pode olvidar, contudo, que, no âmbito do julgamento dos casos isomórficos, a existência e o conteúdo de certa fundamentação ganham uma dimensão que desborda os limites de um único e determinado processo.

Neste contexto, a inexistência de fundamentação e a análise da sua abrangência, à luz do seu conteúdo, consistem em questões que precisam ser analisadas sob dois diferentes ângulos: o da formação da tese e o da sua aplicação.

5.9.1 A importância da fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese

No sistema brasileiro, a fixação de uma tese pode se dar por meios expressamente previstos para tanto, como acontece, por exemplo, com o incidente de uniformização de jurisprudência (ou com o de “resolução de demandas repetitivas” no sistema projetado). A utilização de tais mecanismos processuais produz uma decisão que consistirá no entendimento fixado pelo tribunal. Aqui, o objetivo é chegar a uma tese, que deve representar a conclusão alcançada pelo tribunal acerca da questão repetitiva que lhe foi submetida.

No entanto, o ordenamento brasileiro também atribui eficácia à tese quando ela é obtida a partir de decisões proferidas em casos concretos, por meios que não foram expressamente previstos para fixá-la. É o que pode acontecer quando o pleno do STF julga um recurso extraordinário, atribuindo-lhe eficácia *ultra partes*, ou quando o STJ aprecia o mérito dos embargos de divergência. Cuida-se de meios processuais que visam à solução de um conflito específico. Aqui, a fixação do entendimento não é o único objetivo perseguido pela utilização do recurso. Consiste, também, no meio para chegar à solução do litígio.

Esta distinção é importante para analisar os problemas ligados à aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas por consequência da fundamentação das decisões judiciais.

Vejamos.

5.9.1.1 A fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese por meios processuais expressamente previstos para tal finalidade

Sob a perspectiva da fixação de uma tese pelos meios expressamente previstos para tanto, o tribunal é instado a proferir uma decisão que sintetizará o seu entendimento sobre certa questão jurídica.

Primeiramente, deve-se identificar, com precisão, qual é a questão jurídica em torno da qual o tribunal pretende fixar o seu entendimento, não sendo permitida a extensão a outros temas. Neste sentido, dispõem os arts. 477 e 478 do CPC/1973 e o § 2º do art. 991 do NCPC.

Reconhecida a necessidade de sedimentar um entendimento acerca da questão repetitiva, o procedimento será admitido e processado, sendo proferida uma decisão, que consistirá numa síntese decorrente do enfrentamento de diversos argumentos, ora em sentidos conflitantes, ora em sentidos complementares, uns aos outros.

Neste passo, a identificação dos argumentos apreciados pelo órgão jurisdicional na fixação da tese ganha relevância. Caberá ao julgador do caso posterior verificar o alcance do entendimento da Corte a partir da motivação por ela utilizada, pois o texto editado pelo tribunal, por si só, pode não demonstrar quais foram os fundamentos que levaram àquela conclusão.

Neste sentido, o parágrafo único do art. 10 do NCPC autoriza o juiz a decidir um caso com fundamento em relação ao qual as partes não tiveram a oportunidade de manifestar-se desde que julgue liminarmente improcedente o pedido, quando ele contraria súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido pelas referidas Cortes em julgamento de recursos repetitivos, ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Em tais hipóteses, o magistrado cotejará o caso concreto que lhe foi submetido com a súmula, o acórdão ou o entendimento firmado por meio de procedimentos cuja finalidade é a consolidação de um entendimento jurisdicional.

Ocorre que a atividade comparativa não se dá somente entre o pedido formulado no processo e o enunciado elaborado pelo tribunal. Como já vimos, a questão jurídica consiste na interpretação que se dá a uma categoria de fatos. Desta maneira, sobreleva saber, com precisão, quais foram os argumentos apreciados pelo órgão jurisdicional que fixou a tese, confrontando-os com a causa de pedir exposta na nova causa, que se encontra sob exame judicial.

5.9.1.1.1 O problema da elaboração do texto representativo da tese para a sua aplicação aos casos futuros

Se a tese a que chegou o órgão jurisdicional é relevante para o processamento das demandas repetitivas, e se o enunciado representa uma síntese do seu entendimento, a edição do seu texto deve estar cercada de certos cuidados.

O procedimento de elaboração da tese parte da análise de um ou mais casos concretos, mas ela não deve estar atrelada exclusivamente às particularidades dos fatos dos aludidos conflitos, sob pena de não ser útil para a solução dos conflitos repetitivos futuros.

O seu enunciado deve refletir certo grau de generalidade, sem, no entanto, atingir o nível de abstração de uma lei. Se o texto legal consiste numa expressão geral e abstrata, e a sua aplicação vai desta generalidade para o caso específico, ao editar o enunciado que sintetiza a tese, o órgão jurisdicional sai do específico para o abstrato, depreendendo aquilo que é essencial do(s) caso(s) concreto(s), para chegar a um texto cujo conteúdo se refira a situações jurídicas mais amplas, desde que sejam semelhantes. Trata-se, portanto, de raciocínios inversos.

O desafio está em encontrar o ponto de equilíbrio. Se, por um lado, é preciso garantir certa generalidade do texto, permitindo a aferição da pertinência em relação a casos futuros, por outro lado, é necessário que a redação seja, tanto quanto possível, clara e precisa, reduzindo dubiedades e majorando a probabilidade de que sua aplicação seja uniforme.

Sob este prisma, o órgão jurisdicional deve estar atento à clareza, à coerência e à completude do texto. Tais características contribuem para a adequada aplicação da tese, embora não a garantam.

Indaga-se se haveria uma técnica de redação para bem elaborar tais textos.

Apontando para esta necessidade, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 392-393) explicam que a principal característica do “Direito Judicial” é que a sua produção se faz por indução. Assim, o órgão jurisdicional é convocado a criar a norma jurídica individualizada a partir da aplicação do Direito legislado, ato normativo de caráter geral, ao caso concreto. Exatamente porque dimana de uma situação concreta, o texto que reflete o precedente não deve conter termos vagos e polissêmicos, como acontece na legislação. Entende o doutrinador que “a vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros”.

Considerando que o enunciado elaborado pelo tribunal consiste num texto, ele será objeto da interpretação, que pode ser realizada de modo a ampliar ou a restringir a sua abrangência. É o que acontece quando o julgador do caso futuro aplica o *ampliative* ou o *restrictive distinguishing*. Não podemos olvidar que a norma é o resultado da atividade intelectual, não havendo como delimitar completamente em que circunstâncias o texto será utilizado e qual é o seu exato sentido. Nesta esteira, a hermenêutica fenomenológica defendida por Hans-Georg Gadamer (2002; 2003) defende inexistir um método “correto” para a realização da interpretação³³⁷. O intérprete (aqui, o julgador) exerce papel essencial nesta atividade, agregando a sua experiência pessoal e subjetiva à comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores de um determinado grupo social, em determinada época³³⁸.

Se o entendimento jurisdicional é produzido a partir da interpretação de um texto (legal ou jurisdicional), e se não existe um método “correto” para realizar tal atividade, não há como aferir qual é a abrangência do entendimento a que pretendia chegar o órgão que formou o precedente, baseando a atividade interpretativa apenas no seu texto-síntese, da mesma maneira que não é possível delimitar por completo o que diz um dispositivo legal exclusivamente por sua base textual, ainda que ele se refira a uma regra. Para tentar chegar ao alcance do texto normativo, faz-se necessário expor os fundamentos do aludido entendimento na sua completude. Logo, o enunciado será sempre incompleto e polissêmico.

Ademais, se não há um método “correto” de interpretar, o significado do entendimento a que chegará um tribunal nunca é definido somente por ele, mas também pelo receptor da comunicação, que, por isso mesmo, não é um sujeito passivo na atividade intelectual. Afinal ele reconstrói o significado. Em outras palavras: o sentido da tese não é determinado somente pelo órgão jurisdicional que a ela chegou. O aplicador (seja o jurisdicionado, seja o juiz do caso posterior, cada um com diferentes graus de autoridade) integra a interpretação, que consiste numa relação comunicativa dinâmica.

Não podemos esquecer que a clareza e a precisão não devem ser características apenas do texto produzido no âmbito jurisdicional, mas também na redação das leis, a teor do que determina o art. 11 da Lei Complementar 95/1998, cujos incisos I e II chegam a enumerar critérios para a obtenção de tais características.

³³⁷ Neste sentido: Lenio Luiz Streck (2008, p. 179).

³³⁸ Ao que Gadamer (2003, p. 390) denomina de “tradição”.

Na realidade, a tendência de elaborar atos normativos com expressões mais abstratas ou mais precisas consiste numa política de quem os edita, com vistas a dar-lhes diferentes espectros de aplicação.

Não é diferente na redação dos enunciados da súmula, inclusive porque o próprio tribunal que a ele chegou, tendo, inclusive, editado o seu texto, pode ampliar-lhe a significação sem modificar a redação, ao deparar-se com um novo caso e aplicar o *ampliative distinguishing* (enquanto método).

O problema, então, se desloca para o campo do controle da aplicação do ato normativo, deixando de estar simplesmente na seara da sua edição.

São inúmeros os meios de controlar a sua incidência, como a aferição da manutenção ou da modificação do contexto social ou político em que está inserida a sociedade em determinada época ou as circunstâncias em que aconteceu o fato narrado num determinado caso.

O texto se insere entre estes mecanismos de controle, não sendo, contudo, o único meio, nem sendo suficiente para tanto. Muitas vezes, inclusive, ele funciona para delimitar as situações em que a tese não deve ser aplicada, ao invés de definir quando ela deve ser utilizada. Esta também é uma importante visão do processamento das causas repetitivas, na medida em que se buscam preservar as diferenças entre os casos que não guardam homogeneidade entre si.

Assim, entendemos que não há como estabelecer uma técnica para redação dos enunciados, em que pese o órgão jurisdicional deva estar atento à clareza e à precisão dos termos que empregará ao elaborá-lo, como um dos elementos que possa permitir o controle da sua aplicação.

Neste mesmo passo, o cotejo dos fundamentos utilizados pela Corte com a causa de pedir constante no caso a ser julgado funciona como importante meio para controlar a aplicação da tese consolidada pelo tribunal, mesmo que ela emane de um procedimento previsto expressamente para fixá-la e que esteja sintetizada em um enunciado³³⁹.

Para bem realizar a atividade comparativa, deve-se levar em consideração o grau de generalidade da tese, analisando-se dois elementos: a classe de fatos que deverá ser atingida pela tese (*breadth component*) e a proposição jurídica que emana da decisão (*content component*)³⁴⁰. Eis aqui uma das aplicações da teoria dos precedentes ao sistema do julgamento de demandas repetitivas.

³³⁹ Neste sentido: Georges Abboud (2011, p. 250-259).

³⁴⁰ Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 131).

Sob o ponto de vista da tese jurídica que se pretende firmar, a descrição dos fatos deve aludir a um certo gênero, não se atendo especificamente aos fatos particularizados que ocorreram num(em) conflito(s) específico(s), a partir do qual foi deflagrado o procedimento de fixação do entendimento. Com efeito, a atividade interpretativa que será realizada no julgamento de cada causa repetitiva deverá cotejar os *material facts* considerados pela tese com os fatos específicos do caso posterior. A proximidade ou distanciamento entre eles dependerá, de um lado, do grau de generalidade disposto na tese e, de outro, da atividade interpretativa realizada pelo julgador da futura demanda. Tanto na elaboração do enunciado, como na aplicação do entendimento consolidado, a abrangência dos fatos deve ser definida a partir de categorias jurídicas e culturais nele constantes.

Por sua vez, a proposição jurídica deve ser formulada como um *standard jurídico*, que pode ser uma formulação-síntese, de âmbito mais restrito, ou uma construção mais aberta, que lhe confere uma maior amplitude³⁴¹. Em qualquer das hipóteses, o *standard* não deve consistir numa mera interpretação do Direito considerado em abstrato. Pelo contrário, deve consistir numa interpretação do ordenamento à luz dos fatos materiais, estando interligados a eles.

5.9.1.2 A fundamentação das decisões judiciais na fixação da tese por meios processuais que não foram expressamente previstos para tal finalidade

Sob a vertente da tese obtida a partir de decisões proferidas em casos concretos, por meios que não foram expressamente previstos para a sua fixação, o problema da fundamentação ganha outros contornos, pois o posicionamento da Corte acerca do tema repetitivo não será necessariamente condensado em um enunciado, podendo encontrar-se diluído na fundamentação da decisão, ou pode decorrer de diversas e reiteradas decisões, como acontece no julgamento dos casos repetitivos que posteriormente autorizam a improcedência *prima facie* autorizada pelo art. 285-A do CPC/1973.

Neste contexto, a dificuldade de apreensão da tese é muito maior. Como o entendimento não foi fixado em procedimento organizado especificamente para tal fim, é possível que a decisão não esteja fundamentada ou que não esteja adequadamente motivada. Trata-se de vícios distintos, com diferentes conseqüências para o processamento de causas repetitivas.

³⁴¹ Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 136).

Examinemos, primeiramente, o aspecto da inexistência da motivação de tais decisões.

Sob tal prisma, o vício não é danoso somente à solução do caso concreto que foi submetido ao Judiciário em determinada oportunidade, mas depõe contra a técnica de solução de conflitos homogêneos, provocando o seu esvaziamento. Se a decisão de um certo caso é desprovida de fundamentação, não há formação do precedente por não estarem expostas as razões de decidir. Assim, não haverá contribuição para o amadurecimento da matéria perante os tribunais e a decisão não poderá ser aproveitada para o deslinde dos futuros casos que a ele se assemelhem. Portanto, a falta de fundamentação perpetua a jurisprudência lotérica e todos os efeitos jurídicos e sociais indesejados que dela decorrem.

Questão distinta diz respeito à suficiência da fundamentação no momento de constituição do precedente. Cuida-se de aspecto que versa sobre a delimitação da tese jurídica que um órgão jurisdicional pretende firmar, emprestando-lhe maior ou menor abrangência, o que provocará conseqüências na sua aplicação. Se a fundamentação da decisão se restringir a uma análise muito específica dos fatos e da significação jurídica a eles atribuída, ela será de difícil utilização em outros casos, pois a existência apenas de um detalhamento pormenorizado evidenciará muitos elementos particularizados, tornando muito difícil o seu cotejo com outras demandas. Se, de outro lado, ela for muito generalista, terá uma amplitude que permitirá a sua aplicação a casos que são muito diversos entre si. Assim, também, perderá sua importância para o julgamento de casos repetitivos, afinal será utilizada em demandas que não se assemelham entre si. Neste contexto, atuará em desfavor da isonomia, pois situações jurídicas distintas serão tratadas da mesma maneira.

Portanto, também no julgamento de uma determinada causa que possa representar ou efetivamente represente uma classe de conflitos (e não é só nos procedimentos voltados para a fixação de uma tese), o órgão jurisdicional deve estar atento à abrangência que dá à interpretação dos fatos e à significação jurídica que lhes emprestará, pois a amplitude da categorização poderá provocar conseqüências no julgamento das demandas a ela isomórficas. Neste passo, as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para ordenamento jurídico globalmente considerado³⁴², podendo, inclusive, acontecer situações em que o julgador se inclina para determinado entendimento, levando em consideração essa futura repercussão que seu julgado possuirá³⁴³.

³⁴² José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 176).

³⁴³ Sobre o impacto do sistema de precedentes em relação à regra da motivação, deve-se consultar Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 381-386).

Neste contexto, a delimitação da *ratio decidendi* consiste numa questão das mais complexas do ponto de vista das demandas repetitivas, pois ela associa a formação do precedente à sua aplicação. Ocorre que estas duas atividades estão intimamente imbricadas, não havendo como dissociá-las na atividade interpretativa, segundo a concepção da hermenêutica fenomenológica que consiste na premissa teórica do presente trabalho.

De um lado, não podemos desconsiderar a fundamental importância da amplitude da *holding* no momento da sua constituição para evitar que os órgãos jurisdicionais posteriores apliquem a tese jurídica de maneira indiscriminada, utilizando-a para casos que não se amoldam ao(s) primitivo(s) ou negando a sua aplicação em relação aos quais ele deveria ser aplicado. Tanto numa como noutra situação, as vantagens provindas do sistema de julgamento de causas repetitivas deixam de existir, preservando a justiça lotérica em derredor de um assunto jurídico ou provocando o seu retorno.

Para definir o grau de generalidade da *ratio*, hão de ser analisados os dois elementos sobre os quais discorremos anteriormente: a classe de fatos que deverá ser atingida pela tese (*breadth component*) e a proposição jurídica que emana da decisão (*content component*).

Por tais meios também pode acontecer de serem fixadas diversas teses numa única decisão. Tome-se o exemplo do acórdão proferido nos embargos de divergência, que pode conter diversas *rationes decidendi*, voltadas para diferentes pedidos. Os mais diversos argumentos enfrentados para cada pedido poderão consubstanciar uma tese, que difere daquela que se formará, na mesma decisão, a partir da análise dos argumentos dirigidos a outro pedido³⁴⁴.

Pode ocorrer, ainda, de não haver a fixação de tese alguma. É o que pode acontecer se, no julgamento de um recurso especial, os julgadores utilizarem diferentes fundamentos que concorreriam para uma mesma conclusão. Nesta hipótese, a decisão seria despida de *discoverable ratio*³⁴⁵.

Em todas estas situações, nota-se um importante aspecto da função exoprocessual da motivação das decisões judiciais para o julgamento dos casos isomórficos. Como já vimos, a fundamentação permite o controle da decisão pela sociedade, utilizando a via difusa da democracia participativa. Sob esta perspectiva, a motivação vai além do interesse das partes do processo, de maneira que também ao grupo social interessa saber como os juízes estão decidindo os casos que lhe são submetidos. As razões de decidir consistem num elemento

³⁴⁴ Neste sentido: Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 138).

³⁴⁵ Neste sentido: José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 178).

imprescindível para a estruturação de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais. Ao indicar os motivos pelos quais decidiu de determinada maneira, o órgão jurisdicional permite o exercício do controle sobre a decisão com a sua confirmação, o seu aprimoramento ou a sua revisão em outras demandas semelhantes, em decorrência da repercussão que ela terá em casos futuros.

5.9.2 A importância da fundamentação das decisões judiciais no julgamento das demandas repetitivas, com a aplicação ou o afastamento da tese

A abordagem que fizemos até aqui diz respeito à motivação da decisão com a atenção voltada para a sedimentação do entendimento pelo órgão jurisdicional, e não para o deslinde de um conflito repetitivo posterior. Sob este outro foco, a fundamentação da decisão que resolve certo conflito há de ser específica, atendo-se às particularidades do litígio que se encontra sob a análise do órgão jurisdicional. Além disso, deve fazer referência à tese e cotejar o seu conteúdo com os fatos individualizados no caso que lhe foi submetido.

A particularização da situação jurídica sobre a qual versa a nova causa deve acontecer em toda decisão judicial. Ela também se aplica ao julgamento dos casos repetitivos.

5.9.2.1 A fundamentação das decisões judiciais na aplicação da tese

Ao deparar-se com um caso considerado repetitivo, o magistrado pode entender pela aplicação do entendimento já fixado pelo tribunal ou, de modo diverso, pode afastá-lo. Em qualquer das duas alternativas, deverá fundamentar especificamente a sua decisão, com o exame dos fatos particularizados no caso que lhe foi submetido, com a análise da tese a que chegou o tribunal e com o cotejo analítico entre os dois.

Primeiramente, deve-se observar que, no sistema de apreciação de demandas repetitivas, o magistrado não pode desconsiderar a existência de um determinado entendimento firmado pelo tribunal que deve ser aplicado a um determinado caso. Se a decisão der solução distinta ao conflito homogêneo, ignorando o precedente aplicável à espécie, ela será considerada *per*

*incuriam*³⁴⁶, incorrendo em vício no julgamento, por colocar em risco a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo³⁴⁷.

Além disso, na hipótese de aplicação da tese ao novo caso, não basta que ela seja invocada por uma mera e generalista alusão à sua ementa ou à conclusão do raciocínio jurídico, sem o enfrentamento do seu conteúdo. A fundamentação da decisão do novo caso será deficitária se fizer referência tão-só ao enunciado ou, pior ainda, apenas ao número do processo em que foi proferido o julgado paradigmático, sem realizar uma comparação fundamentada e crítica do caso concreto com o precedente fixado anteriormente. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 295) observam que “são comuns as decisões em que se invocam, na análise das questões jurídicas, tão-somente precedentes jurisprudenciais, mais das vezes transcrevendo-se apenas as respectivas ementas no corpo do julgado”. Cuida-se do “fundamento aliunde”, tornando a decisão nula, por se limitar ao aspecto formal da motivação, não permitindo que os jurisdicionados possam aferir quais foram os critérios utilizados pelo julgador para considerar o novo caso similar ao anterior. Assim, não terão como exercer o controle da decisão proferida.

Mesmo quando for seguir um posicionamento já sedimentado, cabe ao magistrado demonstrar quais são os pontos de aproximação e/ou de distanciamento da causa que está sob os seus cuidados com os *material facts* e com o *standard* jurídico que fundaram a tese. Eis aqui a aplicação do *distinguishing*-método. As peculiaridades do novo caso devem ser pormenorizadamente analisadas e expostas. Ao decidir, o juiz deve nelas fundamentar sua decisão, justificando porque aplicará um determinado precedente à situação concreta que lhe foi submetida. Mais do que isso: deve demonstrar a similitude com a tese outrora fixada, em respeito à regra da motivação substancial das decisões judiciais³⁴⁸, que é um consectário do devido processo legal.

Somente com a apreciação das razões utilizadas pelos tribunais para firmar a tese é que o magistrado conseguirá aferir se o fato poderá ser encaixado na categoria referida no precedente, permitindo, inclusive, o controle da decisão pelo jurisdicionado. Só com a

³⁴⁶ Neste sentido: David Maxwell Walker (1980, p. 946) e Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 146-147). Ambos explicam que é *per incuriam* a decisão prolatada na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei que tratasse da mesma matéria constante do caso em julgamento e que levasse o órgão jurisdicional a um julgamento diverso, caso ele tivesse ciência do ato normativo. Decisões *per incuriam* não constituem precedente que devam ser seguido.

³⁴⁷ É o que poderá acontecer com a decisão do juízo de primeiro grau que ignora a tese construída por meio do incidente de resolução das demandas repetitivas de que tratarão os arts. 930 a 941 do NCPC, caso sejam aprovados da maneira como constam no Projeto de Lei.

³⁴⁸ Nesta linha: José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 121-122) e Vallisney de Souza Oliveira (2004, p. 226).

adequada e completa aplicação do *distinguishing*-método, o julgador e as partes poderão constatar se há razão jurídica para afirmar a similitude ou a distinção (aqui, o *distinguishing* é resultado e impede a aplicação do precedente)³⁴⁹.

Este cotejo analítico ainda é útil para aferir a extensão que o tribunal vem atribuindo à classe de fatos atingida pelo precedente. Para isso, deve-se proceder à análise da jurisprudência da Corte que sedimentou a tese. Afinal, se o tribunal vem estendendo os efeitos de suas decisões a uma nova ou mais ampla categoria de fatos, ela passará a integrar a classe. Assim, os conflitos que envolvam fatos que tais passarão a serem processados no sistema de julgamento de demandas repetitivas.

No julgamento da apelação cível 70026246843, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmou que a aplicação do artigo 285-A do CPC/1973 “exige cotejo analítico, ainda que sucinto, demonstrativo da identidade dos casos, não bastando mera afirmação genérica de identidade das pretensões”.

Deve-se notar que o mencionado dispositivo legal (assim como o art. 317 do NCPC, que a ele corresponde) não faz referência expressa à necessidade de uma fundamentação material, como fazem outros artigos de lei, a exemplo do art. 273, § 1º do CPC/1973 (cujo correspondente é o art. 271 do NCPC, que se aplica às tutelas de urgência e de evidência), que é expreso ao estatuir que o juiz deve indicar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento na decisão que antecipar os efeitos da tutela. E nem precisaria³⁵⁰, já que tal exigência encontra assento constitucional no art. 93, IX, da CF/88, e infraconstitucional, nos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC/1973 (cujos equivalentes são os arts. 11, 121 e 476, II, do Código projetado)³⁵¹.

Portanto, além de o magistrado examinar detidamente os fatos da causa que lhe foi submetida, deve aludir ao(s) que informou(aram) a tese, examinando o seu conteúdo, de maneira que possa identificar os seus contornos. Só assim poderá comparar detidamente a nova demanda

³⁴⁹ Neste sentido: Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 137).

³⁵⁰ No mesmo sentido, ao comentar o § 1º do art. 273 do CPC/1973, José Joaquim Calmon de Passos (2001, p. 39-40) diz que o legislador só quis enfatizar a necessidade de fundamentação clara e precisa ao exigir tais características na fundamentação da decisão que antecipa os efeitos da tutela.

³⁵¹ No que tange à necessidade de fundamentação material, o NCPC traz avanços em relação à legislação vigente. Primeiramente, porque o parágrafo único do seu art. 476 não considera fundamentada a decisão judicial (gênero) que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo (inc. I); que empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inc. II); que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inc. III); que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inc. IV). Em segundo lugar, porque o parágrafo único do art. 477 determina que o magistrado exponha, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, quando a sentença fundar-se em regra que contenha conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos.

com o entendimento sedimentado pelo tribunal, explicando as razões pelas quais considera haver isomorfia entre as causas, justificadora do tratamento jurídico paritário e da aplicação do precedente³⁵².

Ao fazer a correlação entre o conflito que está sob sua apreciação com a tese extraída do exame da(s) causa(s) anterior(es), o magistrado realiza uma motivação *per relationem*, que acontece “quando sobre um ponto decidido, o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão” (TARUFFO, 1975, p. 422) (tradução livre)³⁵³.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 299) consideram a fundamentação *per relationem* como aquela “em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a um outro ato do processo (uma outra decisão ou um parecer, por exemplo)”, admitindo sua validade quando concorrerem três requisitos: (a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo; (b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada; e (c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes. Wilson Alves de Souza (2008, p. 204) a considera como a que o juiz, “ao invés de apresentar motivos próprios (sic) se reporta a motivos apresentados por outrem (partes, membro do Ministério Público, juiz de primeiro grau em relação ao juiz do recurso etc.) no mesmo processo”³⁵⁴.

Parece-nos que a noção de motivação *per relationem* deve ser ampliada no julgamento de casos repetitivos. Aqui, o magistrado também se reportará aos fundamentos da tese, cotejando-os com a causa concreta. Se constatar que existe pertinência entre o caso sob exame e o precedente, fará uso da motivação constante neste último. Portanto, sua fundamentação não é formada de maneira completamente autônoma. Pelo contrário, o órgão jurisdicional se valerá da justificação contida em outra decisão, mas, como já vimos, não bastará que faça apenas referência a ela. Deve, sim, analisar os seus fundamentos. O ponto a destacar aqui é

³⁵² Neste sentido: Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta (2006, p. 141) e Ernane Fidélis Santos (2006, p.148). Atuando como *amicus curiae* na ADIN 3695, o Instituto Brasileiro de Direito Processual a correta aplicação do art. 285-A do CPC/1973 pressupõe que o juiz motive e fundamente a sentença, explicando porque decidiu em um ou em outro sentido, da mesma maneira que ocorre quando profere qualquer decisão, tendo em vista que a fundamentação das decisões judiciais é imposição constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal) e infraconstitucional (arts. 165 e 459, *caput*, do Código de Processo Civil).

³⁵³ No original: “*In linea de massima, si há motivazione per relationem, quando su um punto deciso il giudice non elabora una giustificazione autonoma, ad hoc, ma si serve del einvio allá giustificazione contenuta in um'altra sentenza*”.

³⁵⁴ Parcela da doutrina trata a motivação aliunde como uma espécie de fundamentação *per relationem*. Neste sentido: Maria Thereza Gonçalves Pero (2001, p. 119). Em sentido contrário: Wilson Alves de Souza (2008, p. 206-207)

que a tese que servirá de fundamento não está necessariamente no mesmo processo. Isso, contudo, não pode impedir a sua aplicação, até porque a publicidade deve ser ampliada no sistema de julgamento de causas repetitivas, de modo que se viabilize o seu amplo conhecimento pelos integrantes da sociedade.

Neste sentido, a interpretação do art. 285-A do CPC/1973 à luz do devido processo legal não pode dispensar o magistrado de explicar por que, no seu entendimento, os casos são semelhantes e deve ser utilizada a tese anteriormente firmada, ensejando a improcedência liminar do pedido formulado pelo autor, com a “reprodução” da sentença anteriormente prolatada. Assim, o dispositivo não autoriza a mera e literal reprodução do texto decisório anterior.

5.9.2.2 A fundamentação das decisões judiciais no afastamento da tese

A carga de fundamentação terá que ser ainda maior quando a decisão do caso concreto não aplicar o precedente³⁵⁵, afastando-o porque o caso concreto não se amolda à(s) hipótese(s) de aplicação da tese, não havendo homogeneidade entre a nova causa e as anteriores, ou porque, sendo os casos isomórficos entre si, o magistrado entendeu pela superação do entendimento a que o tribunal tinha chegado sobre o tema.

Uma vez enfrentado o precedente, pode o magistrado concluir que as particularidades do caso concreto não se enquadram nos moldes da tese anteriormente fixada. Seria a constatação do *distinguishing*, enquanto resultado da atividade comparativa. Nesta situação, cumprirá ao julgador evidenciar, detalhadamente, quais são os pontos distintivos, que impedem a incidência da tese ao conflito que lhe foi submetido. Na realidade, este novo caso não é repetitivo em relação ao(s) que fundou(aram) aquela tese, o que não impede que assim seja considerado em relação a um outro precedente. Relembremos que as causas não são homogêneas ou heterogêneas por si só, mas assim serão consideradas sempre em comparação com outras.

³⁵⁵ Eis o que explica José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180-181): “Não obstante, o ‘abandono’ do *precedente*, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case Law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificção compatível complementar. Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado *princípio da inércia*, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória”. (destaques existentes na versão original)

Nesta hipótese, o magistrado deverá demonstrar que enfrentou os aspectos essenciais da tese e que, mesmo assim, encontrou certa peculiaridade no caso concreto que o diferencia do espectro de abrangência do precedente.

Também é possível que se chegue à conclusão de que, embora o novo caso seja isomórfico ao(s) que deu(deram) origem ao entendimento consolidado pelo tribunal, existe motivo para a superação da tese.

Aqui, a fundamentação deve ter especial atenção para o aspecto de que ela poderá trazer instabilidade ao sistema jurídico, afetando a confiança que os jurisdicionados depositaram na atividade judicial. Por isso, deve ser profundamente fundamentada, de modo que reste plenamente justificada a superação³⁵⁶.

Voltemos à aplicação do art. 285-A do CPC/1973. Na medida em que o magistrado é obrigado a fundamentar substancialmente cada decisão, ele deverá traçar a simetria entre a nova demanda e a “sentença paradigma”, reavaliando o raciocínio lançado no precedente, seja para confirmá-lo ou rejeitá-lo, hipótese em que não julgará liminarmente o mérito, nos termos do aludido dispositivo de lei.

Neste sentido, o § 1º do art. 882 do NCPC dispõe que a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

Assim, ao entender que deve superar um entendimento a que o tribunal havia chegado, tocará ao magistrado o dever de explicar qual foi o motivo específico que o levou a um convencimento diverso daquele já sedimentado. O julgador poderá afastar ou alterar o entendimento firmado em decisões anteriores, desde que o faça de maneira fundamentada e que a motivação seja material, e não simplesmente formal.

5.10 JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO

Uma das alterações procedimentais que mais simbolizam a técnica de julgamento de casos repetitivos é o julgamento liminar de mérito positivado pelo art. 285-A, que foi inserido no CPC/1973 pela Lei 11.277/2006.

³⁵⁶ Neste sentido: Chaïm Perelman (2004, p. 219) e Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 120).

Como já vimos, ele prevê uma hipótese de julgamento *prima facie*, quando estão presentes os pressupostos previstos no *caput* do dispositivo legal, a saber: (a) a matéria controvertida unicamente de direito; (b) já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos; e (c) tais decisões tiverem sido proferidas pelo mesmo juízo.

Quanto ao primeiro pressuposto, a expressão “matéria controvertida unicamente de direito” não deve ser interpretada literalmente. O que se exige é a demonstração do fato material, enquanto representação de uma categoria, à qual se aplica um entendimento jurídico padronizado por força da repetição de causas. Trata-se do fundamento da demanda homogênea, cujo suporte fático será demonstrado por prova documental que instrui a petição inicial³⁵⁷, restando aplicar-lhe uma determinada interpretação jurídica.

Ademais, não se pode cogitar que se instale uma controvérsia no processo em que será proferida a sentença liminar, até porque a aplicação do art. 285-A do CPC/1973 dispensa a citação do réu. Assim, ele não chegará a se defender, contrapondo sua versão dos fatos ou da interpretação do Direito à do autor³⁵⁸. A controvérsia acerca da questão jurídica é verificada a partir dos processos anteriores³⁵⁹, em que foi observado o procedimento na sua inteireza. Portanto, ela é aferível a partir da repetição. O juiz presume que as alegações do autor serão

³⁵⁷ Fredie Didier Jr (2010, p. 472) diz que, para a aplicação do art. 285-A, a matéria fática deve ser comprovada pela prova documental, tratando-se de hipótese excepcional de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC/1973), antecipando-se, ainda mais, o momento de julgamento da causa. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2007, p.161) compara a técnica de julgamento liminar implementado pela Lei 11.277/2006 ao sistema do mandado de segurança e ao julgamento antecipado da lide: “aqui, como ocorre na figura do mandado de segurança e no julgamento antecipado da lide, o que se pretende é que não haja assimetria entre as versões dos fatos. Poder-se-ia indagar: como se pode presumir que o réu não discutirá os fatos? Há inúmeras questões, particularmente, em situações massificadas, a exemplo da aplicação de um índice de reajuste para os aposentados, da incidência do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras em que tal é possível. Nestas circunstâncias, ter ou não ter direito prescinde de qualquer prova, de qualquer exame fático”. De modo semelhante, Fernanda Guedes Pinto (2007, p.138) afirma que “o requisito da causa madura é comum tanto ao art. 285-A quanto ao 330, I do CPC, uma vez que ambos admitem o julgamento antecipado da causa que (...) não necessitar de dilação probatória”. Este entendimento também foi acolhido em reiteradas decisões pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a exemplo do julgamento da apelação cível 70016794398: “APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO DO NOME EM BANCO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA. ART. 285-A, DO CPC. REQUISITOS DA NORMA PROCESSUAL NÃO ATENDIDOS. O julgamento com fulcro na regra do art. 285-A, do CPC é autorizado quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos análogos. Hipótese dos autos em que o comando sentencial não logrou apontar as exigências da norma processual, especialmente porque a matéria debatida também inclui situação de fato. Afora isso, igualmente não acompanhou a reprodução do teor da decisão anteriormente prolatada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. UNÂNIME”.

³⁵⁸ Neste sentido: “Para que um ponto se torne controverso no processo, é necessário que a parte contrária àquela que o suscitou, torne-o duvidoso mediante afirmações contrapostas”. (SÁ; PIMENTA, 2006, p.139).

³⁵⁹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p.482) explicam que a expressão “matéria controvertida” deve ser lida como “pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo”.

contrariadas pelo réu da mesma maneira que aconteceu nos feitos anteriores, não sendo necessário haver um acerto sobre os fatos específicos da causa³⁶⁰.

Quanto ao segundo pressuposto, deve-se destacar que a improcedência *prima facie* não se aplica quando há ações idênticas. As mesmas partes, causa de pedir e pedido configurariam a trílice identidade e levariam à extinção do processo sem resolução do mérito³⁶¹. O dispositivo volta-se aos casos repetitivos, cuja questão jurídica é semelhante àquela que já foi apresentada ao juízo em oportunidades anteriores³⁶². Não se exige identidade de nenhum dos elementos da ação. Assim, não há necessidade de que os fatos concretos e específicos de uma ação sejam os mesmos da anterior. Averigua-se, sim, a identidade de teses: mesma interpretação jurídica aplicada à mesma classe de fatos³⁶³.

Será, então, dispensada a citação e a sentença é proferida de imediato, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

³⁶⁰ Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 400) explica que “é irrelevante qualquer acerto sobre o suporte fático afirmado pelo autor”, sendo suficiente que o juízo já tenha firmado o entendimento de que a causa de pedir invocada não ampara o atendimento do pedido formulado. Destaca o jurista mineiro que “é perfeitamente possível limitar o julgamento à questão de direito, sem risco algum para o demandado e sem indagar da veracidade ou não dos fatos afirmados pelo autor” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.401).

³⁶¹ Fernando da Fonseca Gajardoni (2006, p. 167) critica a expressão “casos idênticos”, utilizada no art. 285-A do CPC/1973: “Extremamente infeliz a redação do dispositivo nesta parte do enunciado, ao condicionar o julgamento liminar à improcedência previamente decretada pelo juízo em casos idênticos. Isto porque a palavra casos, em sentido processual, é sinônima de ações, e duas ações são idênticas, nos termos do art. 301, § 2º, do CPC, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A consequência de dois casos (ações) serem idênticos é a ocorrência do fenômeno da litispendência (art. 301, § 1º, do CPC), que acarreta a extinção do segundo processo (art. 267, V, do CPC), e não o julgamento de plano da improcedência dele. A expressão casos idênticos deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes, isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso”. Anotamos, apenas, que, no nosso modo de ver, não seria necessariamente hipótese de litispendência, podendo configurar também a coisa julgada, já que a sentença de mérito do processo no qual tramitou o caso paradigma pode, ou não, já ter transitado em julgado. Neste sentido, Misael Montenegro Filho (2008, p. 325) explica: “Como verificado, para a aplicação do dispositivo é necessária a presença dos seguintes requisitos: (a) da verificação de que o juízo enfrentou questões semelhantes (e não idênticas, como sugere a norma, posto que, se idênticas fossem, seria hipótese de litispendência ou de coisa julgada); (b) da verificação de que a questão nova dispensa dilação probatória; (c) da verificação de que as ações anteriores (mais de uma) foram desfechadas pela improcedência total dos seus pedidos”. No mesmo sentido: Gustavo Santana Nogueira (2007a, p. 131).

³⁶² Dierle José Coelho Nunes (2006, p. 184) explica que a lei dispensa a identidade de partes e de fundamentos de fato, impondo apenas a similitude de pedidos e de fundamentos jurídicos: “Aqui parece que a lei se contenta com a identidade entre os pedidos e as causas de pedir próximas (sem discussões de índole fática), mesmo e obviamente entre diversas partes”.

³⁶³ Assim pensa Vicente de Paula Ataíde Jr. (2006, p.122): “os casos idênticos são aqueles que conservam entre si, apenas, a identidade de teses jurídicas, de modo que tanto em relação a um caso, como em relação a outro, a matéria de direito é a mesma. Não haverá necessidade de identidade de partes e, nem mesmo, de pedido, pois a solução a dar, em qualquer hipótese, seria a mesma: improcedência em função da tese jurídica defendida”. Para Fernanda Guedes Pinto (2007, p. 139) “basta apenas a similaridade entre os fundamentos fáticos e jurídicos da demanda proposta e os dos casos paradigmas de improcedência”. Ela prossegue, afirmando não ser necessária a similitude de pedidos, e exemplifica: “na causa que discuta a constitucionalidade da cobrança de tributo (causa de pedir), cujo pedido é repetição do indébito, os fundamentos jurídicos da sentença que julgue improcedente esta ação poderão ser usados como precedente para aplicação do art. 285-A a uma nova ação que também discuta constitucionalidade da cobrança deste tributo (causa de pedir), trazendo a mesma tese jurídica (fundamentos), mas, contudo, tenha pedido de compensação – ao invés de repetição de indébito” (PINTO, 2007, p. 139).

Ao afirmar que a sentença anterior será reproduzida no caso repetitivo, não se quer dizer que haverá uma repetição literal do texto decisório³⁶⁴. A motivação adequada é uma das vertentes do devido processo legal e não pode ser desconsiderada. Ela ganha contornos próprios nos julgamentos de casos repetitivos. Para atender a tal requisito, será necessário que o magistrado demonstre quais são os pontos de aproximação entre o caso que está sob análise e os que foram julgados anteriormente, e porque a tese construída nos anteriores possui pertinência em relação ao que se vai aplicar a “sentença-tipo”³⁶⁵.

Também não há consenso quanto ao requisito de as sentenças terem sido proferidas pelo mesmo juízo. Parece-nos, contudo, que ele deva ser interpretado literalmente, referindo-se ao órgão jurisdicional³⁶⁶, não à unidade de competência territorial³⁶⁷, nem à pessoa do juiz³⁶⁸.

Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 515-516) afirma existir um pressuposto implícito para a aplicação do art. 285-A do CPC/1973: a conformidade do entendimento do magistrado com o posicionamento sedimentado de tribunal superior³⁶⁹.

³⁶⁴ Neste sentido: Jean Carlos Dias (2006, p. 68).

³⁶⁵ Fredie Didier Jr (2010, p. 473).

³⁶⁶ Neste sentido, Jean Carlos Dias (2006, p. 67) afirma: “como a atuação processual tal como regulada no nosso Código não é da pessoa, mas do órgão que ela incorpora, é razoável supor que a expressão utilize como referência a unidade funcional da jurisdição, como de resto o fazem as regras processuais, notadamente as relacionadas à competência”.

³⁶⁷ Neste sentido: Vicente de Paula Ataíde Junior (2006, p.121) afirma que a expressão contida no texto legal deve ser entendida como “local onde o juiz exerce a jurisdição”, ou seja, a “unidade de competência territorial”. Assim, abrangeria todos os magistrados circunscritos em certa área de competência territorial. Assim, a sentença-paradigma não precisa ser necessariamente oriunda do órgão jurisdicional em que tramita o processo a ser julgado liminarmente. O doutrinador admite que o magistrado possa valer-se da sentença proferida por outro para aplicar o artigo 285-A do CPC/1973: “Se na comarca ou na subseção judiciária, qualquer juiz tenha proferido sentença de total improcedência em causa cuja matéria seja unicamente de direito, os demais juízes poderão usar essa sentença paradigma em casos idênticos, caso concordem com seus termos, aplicando a regra do art. 285-A, CPC”.

³⁶⁸ Assim defende Fernanda Guedes Pinto (2007, p. 143): “Apesar de o termo juízo tratar-se de unidade jurisdicional, que prescinde de identidade física do juiz, (titular, substituto, auxiliar), o art. 285-A exige, para sua incidência, a identidade física do juiz prolator das sentenças paradigmas”. Na mesma esteira, Eduardo Cambi (2008, p. 09), explica que “o juiz deve ter proferido, ele mesmo e mais ninguém, a sentença paradigma, não podendo se valer de decisões proferidas pelo juiz substituto ou auxiliar, ainda que do mesmo juízo”.

³⁶⁹ O mesmo doutrinador expressa seu entendimento em outros textos da sua lavra: “afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores constitui gritante equívoco” (MARINONI, 2007, p.13). No mesmo sentido, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2007, p.161) explica: “Não seria demais compreender no sentido da aplicação do dispositivo, quando o Tribunal ao qual estiver vinculado o Juiz, ou Tribunal Superior, já tivesse pacificado a matéria. Penso ser ilógico o entendimento de que a expressão ‘juízo’ não possa ser entendida como referente aos órgãos jurisdicionais que, por força, inclusive, de competência recursal, poderiam apreciar a questão em grau de recurso”. Eduardo Cambi (2008, p. 07) também perfilha tal entendimento, explicando que “o magistrado deve primar pela interpretação que esteja de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores”. Alguns tribunais brasileiros vêm adotando esta linha de pensamento, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, refletido no julgamento da apelação cível 70025629288, cujo acórdão assim estabeleceu: “No caso concreto, inaplicável o disposto no artigo 285-A, do Código de Processo Civil, porquanto a matéria discutida, nesta Corte, caminha para a pacificação, contudo em sentido contrário aos termos da sentença”.

Parece-nos pertinente o entendimento do doutrinador paranaense nas hipóteses em que existe entendimento já fixado por uma Corte superior, afinal permitir que um juízo de primeiro grau julgue liminarmente improcedente o pedido formulado pelo autor, com espeque em entendimento que contrarie o que já foi firmado pelos tribunais, não só os superiores, mas também os de 2º grau, não é condizente com o processamento das demandas repetitivas. Caso isso fosse permitido, seria mantida a “justiça lotérica”, com violação à segurança jurídica e à isonomia, valores perseguidos no julgamento de demandas isomórficas.

Aliás, proferida decisão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante, caberia apelação, cujo processamento se dará com observância do art. 557, § 1º-A, do CPC/1973.

Ocorre que o sistema atual não faz tal exigência. Por isso, entendemos não existir tal pressuposto implícito. Se houvesse, a sentença liminar de improcedência de que trata o art. 285-A só poderia ser proferida se existisse entendimento fixado por tribunal superior. Não havendo manifestação de Corte superior sobre o assunto, o magistrado não poderia julgar o pedido *prima facie* quando a questão fosse unicamente de direito e já houvesse outras decisões de improcedência prolatadas pelo mesmo juízo.

Contudo, trata-se de questão ligada ao direito positivo, podendo acontecer modificações legislativas.

Vale dizer que, diferentemente do que estabelece o art. 285-A do CPC/1973, a diretriz proposta por Luiz Guilherme Marinoni foi seguida no Código projetado, cujo art. 307 regulamenta o instituto, dispondo que o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se ele for contrário à súmula do STF ou à do STJ; ao acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; ou ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Nota-se que, nos termos do Código projetado, a circunstância de já terem sido proferidas sentenças de total improcedência em outros casos idênticos, no mesmo juízo, é irrelevante para a prolação imediata da sentença nas hipóteses tipificadas pelo art. 307 do NCPC.

Observamos, contudo, que, mesmo no sistema atual, descabido é, especificamente, o julgamento *prima facie* (e não qualquer julgamento) baseado em entendimento contrário ao que foi firmado por tribunal superior. Isso não significa que não possa haver julgamento pelo órgão de primeira instância em sentido contrário ao da tese já fixada por tais Cortes. Pode existir fundamento capaz de levar o juízo de primeiro grau à superação do posicionamento

jurisprudencial anteriormente firmado, proferindo sentença que discrepe do que afirmara um Tribunal Superior. Nesta hipótese, deve-se respeitar a dilação procedimental na sua inteireza e a decisão deve possuir fundamentação adequada e específica, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 882 do NCPC.

5.10.1 Harmonia do julgamento liminar de mérito com o sistema jurídico brasileiro. Aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas

A inserção do art. 285-A no CPC/1973 provocou celeuma, havendo quem entenda tratar-se de norma inconstitucional, sob os argumentos de que (1) o dispositivo institui uma “sentença vinculante”; (2) propicia o tratamento desigual dos litigantes, de acordo com o entendimento de cada magistrado, o que ofenderia o princípio da isonomia³⁷⁰; (3) viola a segurança jurídica, porquanto as sentenças a serem utilizadas como paradigma gozam de baixo grau de publicidade, restringindo-se, na maioria das vezes, às partes do processo; (4) malfez os princípios do contraditório e do devido processo legal, na medida em que afastaria a possibilidade dos sujeitos interagirem no processo; e (5) viola o direito de ação, pois o curso normal do processo seria alterado e o autor seria privado do direito de provocar a triangulação da relação processual, e esta “quebra” no procedimento impediria a apreciação dos aspectos peculiares de cada demanda.

Parece-nos que o dispositivo não contraria a Constituição Federal de 1988 e que sua aplicação respeita o devido processo legal.

Com efeito, não há que se cogitar uma “sentença vinculante”, mas, sim, uma “sentença paradigma”, cuja utilização se relaciona à necessidade de controle do exercício do poder de julgar, afinal os magistrados se inserem num sistema judiciário organizado e estruturado, cujas decisões devem guardar coerência, umas com as outras.

Caso o magistrado constate que o caso concreto que lhe foi submetido consiste numa demanda repetitiva e que não há motivo para afastar ou superar a tese fixada, deve ele aplicar

³⁷⁰ Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 315-316) chegou a manifestar-se sobre o assunto da seguinte maneira: “Trata-se de dispositivo que, a meu juízo, é inconstitucional. Digo isto por ver, nesse dispositivo, uma violação ao princípio constitucional da isonomia. Em primeiro lugar, o fato de haver a possibilidade de se ter juízos que atuam magistrados com entendimentos diferentes acerca da mesma matéria fará com que para alguns essa regra seja aplicada e para outros, não, ainda que estejam em situações jurídicas substancialmente iguais. Não vejo qualquer razão para que pessoas iguais sejam submetidas a processos diferentes”. Atualmente, o referido doutrinador mudou de posicionamento, admitindo ser possível dar ao dispositivo interpretação conforme a Constituição (CÂMARA, 2011, p. 328).

o art. 285-A, observando a garantia fundamental à tempestividade da prestação jurisdicional. Não é razoável que o juiz faça com que o processo percorra todo o procedimento ordinário se o entendimento já fixado será aplicado ao final; se já se conhece, com antecedência, qual será o desfecho³⁷¹.

Uma leitura do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem a atenção para o paradigma das demandas repetitivas pode provocar o retardamento inútil na solução de conflitos. Neste passo, a produção do direito jurisdicional deve ser levada em consideração, como elemento contributivo para o tempo na obtenção do resultado jurisdicional nas causas massificadas. Na síntese de Antônio de Pádua Ribeiro (2000), o processo civil precisou reestruturar-se para enfrentar os obstáculos de ordem econômica, o obstáculo organizador (direitos coletivos *lato sensu*) e o obstáculo procedimental³⁷².

Além de assegurar um processo sem dilações indevidas, a aplicação do dispositivo prestigia a segurança jurídica, ao confirmar a confiança que os integrantes da sociedade depositaram na resposta judicial, porquanto fossem previamente conhecedores do seu teor.

A abreviação do procedimento positivada pelo dispositivo legal não traz qualquer prejuízo às partes, em face da inexistência de qualquer elemento diferenciador que enseje a dilação procedimental.

Como já vimos, a circunstância de o réu não ser citado anteriormente à prolação da sentença não viola o direito de defesa, seja porque esta espécie de julgamento *prima facie* só poderá ocorrer na hipótese de aplicar o entendimento já firmado, seja porque só poderá ser aplicado se o julgamento for pela completa improcedência do pedido, em nada prejudicando o réu. Ademais, o contraditório será exercitado pelo réu em momento posterior, caso seja interposta apelação.

Em tópico anterior, demonstramos que, ao invés de violar o contraditório, o mencionado dispositivo faz exatamente o contrário: possibilita a sua adequada aplicação aos processos repetitivos.

³⁷¹ Eduardo Cambi (2008, p. 14) conclui que “o magistrado não pode determinar o prosseguimento do processo, mesmo convicto de estarem presentes os requisitos do artigo 285-A do CPC, pois tal decisão não é razoável, ferindo o direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional”.

³⁷² Não podemos deixar de mencionar a preocupação de Eliana Calmon (2001, p. 82), ao afirmar que “os mecanismos processuais de controle dos conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência”.

Não queremos dizer, com isso, que o magistrado esteja obrigado a aplicar o dispositivo, afinal ele pode mudar de entendimento acerca da tese outrora fixada no juízo³⁷³, ou pode surgir posicionamento consolidado dos tribunais em sentido diverso daquele adotado pelo juízo prolator das decisões de primeiro grau que serviam de modelo. Frise-se: o art. 285-A autoriza (mas não obriga) a utilização de paradigmas anteriores. Como se vê, no sistema atual, a solução-modelo construída nestes moldes não possui eficácia vinculante. É possível que o juiz, num caso concreto, não aplique a tese fixada, por constatar que existe fundamento capaz de levar à sua superação, caso em que se exige motivação adequada e específica. Deparando-se com um novo caso que se enquadre nos ditames do art. 285-A do CPC/1973, o magistrado deve fundamentar sua decisão, seja para aplicar, ou não, o mencionado dispositivo legal. Caber-lhe-á demonstrar os pontos de aproximação e/ou de afastamento da causa sob exame em relação às que lhe antecederam, não bastando que faça mera referência às anteriores.

Neste passo, o procedimento é adaptável, possibilitando diferentes desdobramentos, de acordo com os acontecimentos não só do processo sob exame, mas também com a consolidação e com a alteração do entendimento jurisprudencial pelos tribunais, sobretudo pelas Cortes superiores.

Prestigia-se, assim, a adequação judicial, ocorrente no momento processual³⁷⁴. Se o magistrado entender que se cuida de uma hipótese de superação do precedente, deve afastar a aplicação dos dispositivos que abreviam o procedimento, mesmo lidando com uma demanda repetitiva, pois o exercício do direito-poder de influência das partes é indispensável, a fim de salvaguardar o contraditório e a ampla defesa, que consistem em importantes mecanismos para a formação de um novo entendimento de maneira democrática. Assim, o art. 285-A do CPC/1973 não provoca uma estagnação da jurisprudência.

A adaptação, tanto no instante anterior ao processo, como no seu curso, não viola o devido processo legal. Muito pelo contrário, cuida-se de sua observância, com a consecução da sua razoável duração. Evita-se, assim, a prática de atos inúteis, que em nada contribuem para o deslinde do conflito, e que ocorreriam em detrimento de uma prestação jurisdicional qualificada.

³⁷³ Fredie Didier Jr (2010, p. 472).

³⁷⁴ Parcela da doutrina admite a adaptabilidade judicial do procedimento, ou seja, que ela ocorra mesmo sem anterior previsão legislativa. Os doutrinadores que adotam este entendimento afirmam que a adequação é um direito fundamental, tocando ao órgão jurisdicional efetuar-la quando se depara com uma regra procedimental que não se amolde ao caso concreto. Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni (2004) e Fredie Didier Junior (2010, p. 72).

Também não há violação à isonomia. Sem dúvida, é possível que os jurisdicionados recebam tratamentos diferenciados decorrentes da circunstância de que um determinado entendimento pode ser firmado em um juízo, ao passo que outro órgão pode chegar a uma convicção distinta sobre casos semelhantes. Mas é melhor que aconteça uma uniformização, pelo menos, dentro de cada órgão jurisdicional, propiciando a igualdade entre os jurisdicionados cujas causas competirem àquele juízo, do que exista desigualdade, inclusive, no seu âmbito interno.

Não podemos olvidar, ademais, que, havendo consolidação jurisprudencial no âmbito dos tribunais, ela deve nortear as decisões do julgador de primeiro grau, promovendo uma igualdade ainda maior.

De mais a mais, existem outros mecanismos que visam à sedimentação do entendimento jurisprudencial, a exemplo dos embargos de divergência, do incidente de uniformização de jurisprudência e do que sucede no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Estes valores também são preservados pelo novo modelo de improcedência liminar, que é objeto do art. 307 do Código projetado.

Este dispositivo representa um avanço ainda maior no que diz respeito à aplicação do *due process* às demandas de massa. Com efeito, ao determinar que o pedido seja julgado improcedente imediatamente quando for contrário à súmula do STF ou à do STJ; ao acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; ou ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, propicia um tratamento isonômico não só aos jurisdicionados cujos processos tramitaram perante um determinado juízo de primeiro grau, mas perante qualquer deles. Considerando, ademais, que o paradigma não emanará mais do próprio órgão de primeira instância, mas, sim, de um tribunal, a publicidade será ampliada e, com ela, a segurança jurídica.

Por fim, cumpre destacar que a improcedência liminar não viola o direito de ação, pois o autor pode interpor apelação contra a aludida sentença³⁷⁵, gerando inclusive possibilidade de retratação judicial, como estabelecem os parágrafos do art. 285-A do CPC/1973 e o § 3º do art. 307 c/c o art. 306 do NCPC.

³⁷⁵ Neste sentido: Fredie Didier Jr. (2010, p. 472) e Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p. 517).

6 CONCLUSÃO

Durante o século XX, as sociedades contemporâneas ocidentais se massificaram. Este fenômeno emprestou uma nova feição aos vínculos sociais, repercutindo em parcela das relações jurídicas materiais, que foram homogeneizadas e tiveram um exponencial crescimento quantitativo.

De maneira reflexa, os conflitos delas decorrentes também cresceram numericamente e passaram a apresentar um perfil que lhes é próprio, não se identificando por completo com as causas individuais a que estamos tradicionalmente acostumados a lidar, nem com as demandas coletivas.

Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. São as demandas-tipo, que versam sobre questões afins, cujos liames jurídicos concretos são similares entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo. As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta.

O delineamento da relação-modelo, com a causa de pedir e o pedido padronizados, importa para a criação do precedente, propiciando a elaboração de uma solução-padrão, com sua posterior aplicação às causas afins que estejam pendentes ou que venham a ser ajuizadas (como acontece na hipótese positivada no art. 285-A do CPC/1973) e para outras finalidades previstas pelo sistema, como o exame de admissibilidade de recursos interpostos em demandas homogêneas (como autoriza o art. 518, § 1º, do CPC/1973), a identificação da repercussão geral (art. 543-A e 543-B do CPC/1973), o julgamento e o sobrestamento de recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973).

A identificação do elemento subjetivo (partes) de cada demanda não é relevante para a formação da tese jurisdicional que se aplicará ao caso-padrão. A particularização subjetiva será importante somente para o caso concreto, e não para a identificação do perfil da demanda repetitiva.

Contudo, as demandas repetitivas não se configuram somente pela similitude das causas de pedir e dos pedidos vertidos em diversos processos. Além da conformação da causa-padrão pelos seus elementos objetivos, o processamento diferenciado das demandas homogêneas

também pressupõe a sua massificação, de modo que elas sejam apresentadas em larga escala ao Poder Judiciário.

A elas contrapõem-se demandas *que lhes são* heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude *com aquelas* causas homogêneas, nem *o mesmo* julgamento conjunto ou com base *nos mesmos* precedentes. Deve-se notar que a identificação de demandas homogêneas é sempre *relacional*. Só é possível identificá-las e tratá-las num exame comparativo, com base na afinidade objetiva.

Adotamos, portanto, a classificação que contrapõe *demandas homogêneas às heterogêneas*, de acordo com o grau de semelhança e de repetição, numa análise comparativa.

Este critério não se confunde com outros já existentes, não sendo válido contrapô-los entre si.

O surgimento de causas semelhantes e massificadas tem emprestado uma nova feição à atividade jurisdicional e ao modo de resolver tal espécie de conflitos.

As questões referentes ao processamento dos conflitos de massa ainda não se apresentavam à época da concepção do CPC/1973, fazendo-se perceber apenas a partir da década de 1990. No Brasil, as alterações legislativas têm ocorrido tanto em nível constitucional, como no âmbito infraconstitucional. No primeiro aspecto, podemos mencionar o exemplo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. No segundo, foram criados os institutos da súmula de jurisprudência dominante, da súmula impeditiva de recurso e uma nova modalidade do julgamento liminar de mérito, além de terem sido regulamentadas a repercussão geral e a súmula vinculante, entre outras tantas inovações.

Estas transformações têm atribuído às decisões judiciais proferidas nas demandas representativas de um conflito homogeneizado uma crescente influência no julgamento de outras tantas lides que lhes são semelhantes.

Conforma-se, assim, uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características intrínsecas, que a distinguem daquelas outras duas. Este novo paradigma traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos direitos fundamentais processuais, garantidos constitucionalmente.

Neste passo, configuram-se as *ações de grupo*, como um meio para atingir os valores da razoável duração do processo, da eficiência e da amplitude de acesso à justiça, ao lado das ações coletivas, *representativas de classe*. Se, de um lado, as *class actions* diminuem a

desigualdade entre pequenos e grandes litigantes, de outro lado, elas trazem inconveniências como (a) a de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em prol do interesse de uma coletividade geograficamente dispersa, cujos indivíduos não são conhecidos na sua totalidade, e que, muitas vezes, não possuem sequer notícia da demanda coletiva e dos seus efeitos; (b) a existência de conflitos internos na classe representada que não são considerados na propositura e no julgamento do conflito coletivo; (c) a falta de opção dos indivíduos substituídos em manifestar em juízo a vontade de não serem atingidos pelos efeitos da demanda coletiva; (d) a inexistência de comprometimento dos substituídos com a questão debatida; e (e) de que alguns órgãos do Estado ou mesmo entidades representativas, legitimados em caráter geral e abstrato, não estejam tão próximos dos fatos.

Sob outro enfoque, as *group actions* representam um avanço em relação às demandas estritamente individuais, cujo paradigma tem se mostrado insuficiente e ineficaz para solucionar conflitos em bloco, decorrentes da massificação das relações jurídicas.

A racionalização no processamento e no julgamento dos conflitos repetitivos propicia isonomia e segurança jurídica, além de contribuir para a razoável duração do processo e para a sua efetividade.

Se considerarmos cada processo por si só, não haverá problema algum em conceber que o Judiciário chegue a esta ou àquela solução sobre um determinado caso concreto. Se, no entanto, tomarmos o universo das situações jurídicas homogêneas, não parece admissível que possa haver resultados distintos, e até opostos, para demandas que versem sobre um contexto fático e jurídico que lhes é semelhante. Além de violar a isonomia entre os sujeitos que estão submetidos a uma conjuntura padronizada, esta álea também coloca em risco a segurança jurídica, afinal a existência de decisões judiciais antagônicas para situações que se enquadram num mesmo modelo impede que os membros da sociedade possam pautar-se em condutas que visam a evitar a ofensa ao ordenamento jurídico, além de impedir que tenham segurança quanto às conseqüências que o eventual descumprimento dos atos normativos poderá lhes trazer.

O julgamento em bloco ainda traz vantagens para a razoável duração do processo, permitindo a fixação da tese judicial que será aplicada ao conjunto de casos-tipo que estão pendentes ou que venham a ser propostos.

Assim, o enfrentamento das situações jurídicas homogêneas traz no seu âmago um interesse público primário que diz respeito à isonomia, à segurança e à razoável duração do processo.

Parcela da doutrina chega a considerar que a existência de decisões díspares também viola a moralidade, a boa-fé objetiva e a liberdade.

O enquadramento de sujeitos em situações semelhantes não lhes pode provocar conseqüências diferentes e até antagônicas entre si. As soluções para contendas isomórficas hão de guardar similitude entre umas e outras, sob pena de violar a igualdade material, aspecto indesejado da jurisprudência lotérica. Se duas ou mais pessoas estão em situações jurídicas semelhantes e os conflitos em que elas se encontram envolvidas são homogêneos, deve-se lhes dar o mesmo tratamento, na medida da sua igualdade. Preserva-se, assim, o princípio da igualdade no seu aspecto material, e não somente no seu caráter meramente formal.

A convivência, no sistema, de decisões que dão desfechos opostos às situações semelhantes deve ser evitada tanto quanto possível, por se tratar de aspecto social e juridicamente negativo, comprometendo a segurança, na medida em que cria uma álea comportamental e impede que os integrantes da sociedade possam pautar-se em condutas que não transgridam o ordenamento jurídico ou que possam, até mesmo, mensurar quais serão as conseqüências decorrentes da eventual inobservância do sistema. Além disso, a previsibilidade das respostas jurisdicionais é importante para a estabilização social e econômica, influenciando nos investimentos realizados em determinado país. Sob esta perspectiva, a uniformização e a estabilização jurisprudenciais são importantes para atribuir confiabilidade à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, apresentando resultados positivos nos negócios jurídicos. Elas influem diretamente na solidificação de uma situação de paz entre as partes, sejam particulares ou o próprio Estado, contribuindo para o fortalecimento das entidades que integram o Estado Democrático de Direito.

A uniformização na solução dos conflitos de massa também contribui para a razoável duração do processo, inclusive para incrementar a produtividade do trabalho judicial. A razoável duração decorrerá da aplicação de meios nos próprios processos já instalados, a exemplo da abreviação do procedimento, como veremos adiante, de maneira mais aprofundada. Ela também pode decorrer da diminuição do número de processos. Se os membros da comunidade já conhecem o entendimento acerca das situações jurídicas em que figuram como partes, eles podem nortear suas condutas, o que evitará a ocorrência de litígios.

Parcela da doutrina chega a considerar que a existência de decisões díspares também viola a moralidade e a boa-fé objetiva, por desprezar a ordem institucional ou jurídica, prejudicando diretamente alguns jurisdicionados, na medida em que deixa de dar a um ou a outro um direito que a lei lhe confere. Também há quem afirme que o fenômeno viola o princípio da liberdade,

na medida em que ela está presente em uma sociedade quando cada um dos seus integrantes tem uma previsão sobre o resultado dos seus atos e sobre as conseqüências de suas ações. Assim, existe o direito de conhecer, com um alto grau de previsibilidade, quais normas serão aplicadas e como o serão. Por isso, há a necessidade de buscar decisões judiciais homogêneas, permitindo aos indivíduos que planejem suas vidas.

Assim, a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, materializadas através da formação e da aplicação de precedentes, consistem em questões de ordem pública. Trata-se de valores que não estão ligados somente ao interesse das partes em conflito, e que também não estão à disposição do magistrado, dizendo respeito a todo o grupo social. Além disso, independe da questão jurídica debatida, seja ela de direito material ou processual, seja de mérito ou formal. Parece-nos, portanto, tratar de uma modalidade de *public law litigation*, por lidar com interesses referentes à preservação de valores e objetivos consagrados constitucionalmente pela comunidade. Entendemos tratar-se de uma técnica de solução de conflitos, que está consubstanciada num interesse primário de toda a comunidade na fixação da tese, com as conseqüências já indicadas.

Esta ordem de idéias é importante para a correta aplicação do devido processo legal ao paradigma dos processos repetitivos, pois temos, de um lado, um interesse público indisponível em derredor da sistemática dos precedentes, ao passo que, de outro lado, estão os direitos fundamentais processuais das partes, também consagrados constitucionalmente.

O estabelecimento de um modelo processual de massa merece uma sistematização própria, à luz do devido processo legal, com vistas a compatibilizar o interesse individual envolvido em cada demanda com o interesse público na fixação do precedente. A observância do *due process* neste contexto também busca proteger os interesses homogêneos de terceiros, de determinada classe ou da coletividade, que podem ser atingidos pelo julgamento de conflitos em casos semelhantes. Não se trata de uma mera questão de gestão da quantidade e das espécies de processos nos órgãos judiciais. Na medida em que o modo de produção do Direito influencia no seu resultado, o processamento das demandas de massa não se restringe aos aspectos administrativos e de estruturação humana e logística dos tribunais. A solução do conflito, como produto de um processo judicial, sofre a influência do modo pelo qual se desenvolve o processo. Às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas puramente individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinária e legal sobre as regras de estabilização da demanda e de distribuição dos ônus da

defesa e da prova, por exemplo. Tampouco pode incidir o regramento das demandas coletivas, como estão regulamentadas pelo direito positivo brasileiro, com as mesmas regras de substituição processual ou com a aplicação dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, enfrentando os obstáculos e dificuldades já referidos.

Estas transformações têm exigido uma revisão não só do modo como os órgãos jurisdicionais lidam com o processamento das causas repetitivas, mas também do papel do Poder Judiciário em relação à sua participação na (re-)criação dos atos normativos. Os precedentes ganham especial relevo, diante da eficácia que, tanto o legislador, como os próprios órgãos jurisdicionais, vêm conferindo às decisões proferidas nas demandas que versam sobre um conflito homogeneizado em relação ao julgamento de outras tantas lides que lhes são semelhantes.

Diante da insuficiência dos modelos de tutela individual e coletiva para a solução dos conflitos isomórficos e da necessidade de resolvê-los de maneira uniforme, num processo com duração razoável e com previsibilidade, constatamos que o legislador e os tribunais brasileiros vêm dedicando sua atenção ao julgamento das demandas repetitivas.

Assim, propusemo-nos à realização de uma leitura do processamento das causas homogêneas, aplicando o devido processo legal às suas particularidades, sobretudo no que concerne aos institutos da conexão, da atuação das partes em contraditório, do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, da adequação procedimental e da fundamentação das decisões judiciais. Nossa análise deu-se à luz do Direito vigente, com a interpretação que a doutrina e a jurisprudência vêm emprestando ao processamento das demandas repetitivas, e do Projeto de Lei que visa à criação de um novo Código de Processo Civil, o que nos permitiu averiguar em que medida o legislador vem construindo um modelo para as causas homogêneas repetitivas.

Para tanto, estabelecemos três premissas que nos parecem essenciais para o estudo do tema. A primeira diz respeito à conformação dos meios processuais que podem ser utilizados para a fixação das teses. A segunda delas concerne à compatibilização do interesse público com os direitos fundamentais processuais envolvidos no processamento das demandas repetitivas. A última trata da aplicação da teoria dos precedentes judiciais no sistema brasileiro.

Quanto à primeira delas, constatamos que existem duas espécies de meios processuais que podem levar à fixação de teses: os que foram expressamente previstos para este objetivo, como acontece, por exemplo, com o incidente de uniformização de jurisprudência ou com o § 1º do art. 555 no CPC/1973, e os foram estruturados para a solução de casos concretos, vindo

o órgão jurisdicional a sedimentar certo entendimento como meio para decidir um determinado conflito. É o que pode acontecer quando o pleno do STF julga um recurso extraordinário e atribui eficácia *ultra partes* à sua decisão; quando o STJ aprecia o mérito dos embargos de divergência ou do recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea “c”, da CF/88. Portanto, o sistema prevê meios “concentrados”, estruturados para a fixação de teses pelos órgãos jurisdicionais, e meios “difusos”, organizados para outros fins, mas que, eventualmente, podem levar ao estabelecimento de um entendimento pelos tribunais.

A distinção é importante para analisar os diversos problemas ligados à aplicação do devido processo legal às demandas repetitivas, parecendo-nos haver, inclusive, um poder-dever do órgão jurisdicional de deflagrar os meios processuais que foram concebidos especificamente para a consolidação do entendimento acerca de determinada questão repetitiva, quando estão presentes os seus respectivos pressupostos, afinal há um interesse público primário de toda a comunidade na fixação e na aplicação da tese e na sua aplicação, a fim de resguardar a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

Quanto à segunda premissa, parece-nos que a aplicação do devido processo legal nos processos repetitivos deve-se ser direcionada para a compatibilização do interesse público primário de formação da tese com os direitos fundamentais processuais das partes, envolvidos no processamento das demandas isomórficas, tanto quanto seja possível.

Quanto à última premissa, parece-nos que o sistema brasileiro atribui eficácia externa à tese fixada pelos tribunais, sendo necessário aplicar a teoria dos precedentes judiciais no processamento das causas de massa, fazendo-o com especial atenção às particularidades do ordenamento pátrio.

Neste passo, identificamos dois critérios que devem ser articulados para discernir quando e como o sistema deve conferir efeito vinculante ou persuasivo para os precedentes judiciais: o do meio utilizado para a fixação do precedente e o da posição que o órgão jurisdicional ocupa na hierarquia funcional do Judiciário.

Parece-nos que a força vinculativa pode ser atribuída para as teses fixadas nos procedimentos especialmente estruturados para tal finalidade, por possibilitarem a participação, em contraditório, das pessoas que estarão sujeitas à sua eficácia, com a delimitação do tema, a possibilidade de intervenção de terceiros etc.

Já as que se formam no bojo de um procedimento criado para fim diverso devem possuir apenas eficácia persuasiva, na medida em que não há tão ampla possibilidade de ingresso e

participação de pessoas estranhas à relação processual que se desenvolve num determinado caso, não há adequação procedimental para o estabelecimento da tese, não há regra de competência específica que afete a questão a um órgão jurisdicional qualificado, entre outros requisitos que se fariam necessários para a consolidação do contraditório formal e material.

A concepção da existência de uma hierarquia funcional entre os tribunais e ao modo como ela pode influenciar na aplicação dos precedentes consiste no segundo critério relevante para conferir efeitos aos precedentes, à luz do sistema de julgamento de demandas repetitivas. Trata-se de elemento fortemente adotado nos países que adotam o *stare decisis*. O que justifica a observância, inclusive no que tange à eficácia vinculante, das decisões anteriormente prolatadas pelos tribunais é a idéia de respeitar o que vem sendo fixado em uma sistemática hierarquizada. Além da revisão das decisões nas diversas instâncias por que passa o processo, o ordenamento atribui diferentes funções aos órgãos que integram o sistema judiciário. Ao STF, por exemplo, cabe a guarda da Constituição, que ora pode ser exercida pela revisão das decisões judiciais proferidas por outros órgãos, ora pode ser realizada pelo controle concentrado de constitucionalidade, de competência originária da Suprema Corte. Nesta ordem de idéias, a articulação dos dois critérios acima referidos funciona como elemento norteador do efeito que deve ser conferido ao precedente.

Após examinarmos a sua aplicação à luz de alguns dispositivos vigentes no ordenamento brasileiro, constatamos ser ela importante para a modulação dos efeitos dos precedentes. Dessa forma, pode-se cogitar a eficácia interna de uma tese em relação ao próprio órgão que a sedimentou, como também uma eficácia externa em relação aos demais órgãos. Se a eficácia deve ser atribuída de acordo com a articulação dos dois critérios referidos, é possível que um mesmo precedente seja vinculante para alguns órgãos jurisdicionais, sendo, de outro lado, persuasivo para outros órgãos.

Se, de um lado, a observância à hierarquia funcional consiste num importante elemento para a atribuição de eficácia aos precedentes num determinado sistema jurídico, o respeito à estruturação do Judiciário não pode provocar o engessamento do Direito. Diante da necessidade de compatibilizar a estabilidade das relações jurídicas com a possibilidade de alteração social, deve-se permitir o ingresso de novos fundamentos para renovar a jurisprudência, arejando-a conforme as mudanças sociais de determinado local e certa época. Deve-se, portanto, encontrar mecanismos para que o sistema esteja suscetível à abertura, comunicando-se com elementos externos, desde que haja uma motivação para tanto e meios para controlar o modo como acontecem as modificações, de modo que não se banalizem.

Sob uma primeira perspectiva, os métodos extensivo e restritivo de interpretação, cada um à sua maneira, conferem maleabilidade ao sistema. O emprego do *distinguishing*, enquanto técnica comparativa, utilizada para averiguar se a *ratio decidendi* do precedente se aplica ao caso posto, propicia certa margem para que os órgãos inferiores possam cotejar o caso concreto com os contornos do precedente. Tal cotejo está relacionado à fundamentação das decisões.

De outro lado, as formas de superação do precedente mostram-se relevantes para dar dinamicidade e atualidade ao entendimento jurisdicional. A atribuição de força vinculante a um precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, venha a ser ultrapassada, de acordo com a modificação do contexto sócio-político em que está situada determinada comunidade.

Para realizar a superação com respeito ao devido processo legal, o órgão deve observar a confiança depositada pela sociedade no precedente. Ela consiste no grau de expectativa que os integrantes do grupo social apresentam em relação à previsibilidade dos posicionamentos jurisdicionais, e deve ter sido exercitada, o que ocorre quando o precedente efetivamente serviu para direcionar a prática de atos pelos jurisdicionados.

Os principais elementos utilizados para aferir o nível de confiança num precedente são:

- (1) o meio processual utilizado para fixar a tese, visando a identificar se ela foi sedimentada num procedimento estruturado para tal fim ou se surgiu num procedimento voltado para finalidade diversa, como um meio para alcançar a solução do conflito. Na medida em que a tese é firmada num procedimento organizado especificamente para tal fim, há um maior amadurecimento dialético sobre uma questão jurídica e a sua superação também demandará um maior grau de maturação do que se faz necessário quando ela acontece como um meio para alcançar uma solução;
- (2) a vinculatividade, ou seja, a eficácia que o ordenamento atribui a um determinado precedente, nos termos explicados anteriormente. Se um entendimento jurisdicional possui força vinculante em relação a determinado órgão jurisdicional, é mais difícil que ele consiga superá-lo do que pode fazer em relação ao precedente, que, em relação àquele mesmo órgão, é persuasivo;
- (3) o tempo durante o qual o precedente vigeu. Quanto maior for o referido lapso temporal, maior será a confiança que os jurisdicionados depositaram nele e maior será a dificuldade de superá-lo;

(4) a repetição do seu uso. Ao saber como o Judiciário vem tratando uma determinada questão isomórfica, o jurisdicionado norteia a prática dos seus atos, conhecendo, de antemão, quais os elementos que são e que serão utilizados para solucionar os conflitos semelhantes que daí possam advir. Passam, portanto, a depositar certo nível de expectativa no entendimento jurisdicional que está sedimentado. Quanto maior for a confiança daí decorrente, maior será a respeitabilidade do precedente, o que, por sua vez, provocará um crescente aumento no grau de confiança, e assim por diante, num movimento cíclico;

(5) a posição que o órgão jurisdicional que fixou a tese ocupa na organização judiciária, inclusive pelas funções institucionais que o ordenamento lhe confere. Assim, as teses firmadas pelas Cortes superiores possuem uma maior respeitabilidade, sendo, por consequência, mais difícil a sua superação;

(6) o procedimento utilizado para a superação de um entendimento. Vale o raciocínio análogo ao que estruturamos para analisar o procedimento utilizado para o estabelecimento da tese. Para que a decisão que supera o precedente opere os mesmos efeitos que a tese jurisdicional possuía anteriormente, ela deve ser proferida por meio de tal procedimento;

(7) a fundamentação, aspecto sobre o qual teceremos as conclusões mais adiante.

A averiguação do nível de confiança perpassa pela análise combinada, e nunca isolada, destes elementos, de modo que um deles pode prevalecer sobre o(s) outro(s) em determinadas circunstâncias.

Ainda sobre a decisão que supera um precedente, procedemos à análise da modulação temporal da sua eficácia, concluindo que ela não deve operar efeitos *ex tunc*, sob pena de violar a segurança jurídica. Daí cogitar-se a irretroatividade do Direito, e não só das leis.

Estabelecido o entendimento de que a decisão que supera uma tese não deve operar efeitos *ex tunc*, examinamos os critérios que devem ser levados em consideração para modular a eficácia prospectiva, concluindo que este problema está ligado à combinação dos elementos atinentes ao grau de confiança justificada, ao número de relações jurídicas materiais e a quantidade de conflitos resolvidos com base na tese superada. Quanto mais presentes estes elementos, mais se justifica o *prospective prospective overruling*. Sendo menor a sua ocorrência em relação a certa tese, deverá a Corte optar pelo *pure prospective overruling* ou pelo *prospective overruling*.

Estabelecidos os parâmetros de aplicação da teoria dos precedentes ao processamento das causas repetitivas, passamos à análise dos institutos processuais que, segundo o nosso

entendimento, estão mais correlacionados com o fenômeno do julgamento das demandas de massa.

Primeiramente, enfrentamos o problema da conexão por afinidade.

Para tanto, consideramos a conexão como uma relação de semelhança entre demandas, que provoca diferentes conseqüências, de acordo com a previsão legal. Cuida-se de fato jurídico processual que exige a existência de duas ou mais demandas distintas, não havendo tríplice identidade entre elas, e que possuam uma alguma relação entre si. Cuida-se de conceito jurídico-positivo, na medida em que cabe ao legislador estabelecer como se dá a vinculação entre as diferentes demandas e quais os efeitos daí decorrentes.

No campo das demandas repetitivas, a conexão se configura pela afinidade objetiva, ou seja pela similitude no conjunto “causa de pedir + pedido”, não se exigindo identidade de causa de pedir, nem de pedido, afinal os fatos materiais e as relações jurídicas materiais debatidas em cada processo não são os mesmos. A finalidade desta modalidade de conexão é propiciar um julgamento com isonomia, segurança e razoável duração do processo. O legislador prevê diferentes conseqüências para esta espécie de conexão, a exemplo da abreviação do procedimento e do julgamento *prima facie* de que trata o art. 285-A do CPC/1973 (cujo correspondente é o art. 307 do NCPC), quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos; ou da escolha de alguns recursos-paradigma, a suspensão dos demais processos e a instauração do incidente para fixação da tese, com a dilatação do procedimento, como fazem os arts. 543-B e 543-C do mesmo Código (cujos correspondentes no NCPC são os arts. 990 a 995).

Concluimos, ademais, que a conexão pode ocorrer entre demandas individuais, entre coletivas e entre umas e outras.

Em seguida, passamos ao exame da garantia do contraditório, que também ganha um novo relevo no âmbito das demandas repetitivas.

Para tanto, analisamos a sua aplicação em duas vertentes: na solução de casos repetitivos com a aplicação de entendimento já firmado pelo Poder Judiciário e na formação do entendimento jurisprudencial sobre causas repetitivas.

Sob o primeiro prisma, relembramos que o contraditório está vinculado às oportunidades que as partes têm na sua atuação processual, mas também às que a autoridade competente possui para julgar a causa. De um lado, o atendimento ao *due process* pressupõe que as formalidades

processuais sejam moldadas com o fito de garantir que as partes possam concretizar sua atuação com pertinência. O direito de ação encontra-se inarredavelmente ligado ao devido processo legal, desde que compreendido de maneira qualificada. Com efeito, a participação das partes interessadas no processo apenas ocorrerá eficazmente se condicionada a, pelo menos, duas noções complementares: se, de um lado, a excessiva limitação à participação dos sujeitos viola o direito de ação e compromete a legitimidade do Estado; de outro lado, a intervenção despropositada apenas obstrui a marcha processual e conspira contra a duração razoável do processo. Num aspecto complementar, os momentos decisórios estão conectados à definição do instante em que as partes já exerceram influência suficiente para que sejam razoavelmente conhecidas e sopesadas as peculiaridades dos casos concretos. O *due process* garante que partes possam deduzir todos os fundamentos que lhes favoreçam no julgamento da causa, em participação eficaz, desde que possuam interesse processual em fazê-lo. Se não houver qualquer elemento novo que distinga um caso de outro ou que provoque a superação do precedente, o poder de influenciar já terá sido plenamente exercido.

Neste sentido, concluímos que há violação ao direito de ação, ao contraditório e ao *due process* tanto quando o processo civil não está estruturado para garantir a efetiva atuação das partes, tolhendo-lhes o poder de influenciar; como também quando as partes ficam impedidas de assumir posições ativas no processo ou quando acontece um aumento do tempo da prestação jurisdicional sem lhe trazer qualquer benefício. A efetividade da participação pressupõe que ela possa trazer resultado útil à prestação jurisdicional, não se restringindo a um aspecto meramente formal.

Neste diapasão, as técnicas de abreviação procedimental, de julgamento liminar de mérito, de apreciação unipessoal de recursos pelo relator, tais quais previstos pelos arts. 285-A, 518, § 1º e 557 do CPC/1973, não violam o contraditório e devem ser aplicados desde que não haja novo fundamento, antes não analisado pelo Judiciário e que seja capaz de alterar o convencimento do magistrado. Não é razoável que a parte tenha a oportunidade de manifestar-se se ela não tem novos elementos que possam contribuir para a formação do convencimento do julgador. A utilização desta técnica encontra-se atrelada à concepção de que o direito de ação corresponde não só ao ingresso em juízo, mas a uma prestação jurisdicional adequada, que deve respeitar tanto as peculiaridades de cada situação apresentada em juízo, tratando-as diferentemente, na medida das suas desigualdades; como também deve levar em consideração a inexistência de tais particularidades e a necessidade de manter a isonomia, a razoável duração do processo e a segurança jurídica.

Mas, se a prestação jurisdicional há de ser adequada, com a observância de um contraditório qualificado, que oportunize às partes o poder e o direito de influir, desde que elas possuam elementos capazes de modificar um entendimento fixado com anterioridade pelo(s) órgão(s) jurisdicional(is), deve ser garantido aos sujeitos interessados o prévio conhecimento dos entendimentos consolidados pelos tribunais ao redor de certa matéria que poderá atingir os casos repetitivos, devendo-se dar ampla publicidade às teses fixadas pelos órgãos jurisdicionais.

Desta maneira, o contraditório no julgamento dos processos repetitivos deve receber tratamento qualificado, tanto no âmbito da informação, como no da influência e no do controle da decisão judicial, quando já existe entendimento consolidado dos tribunais acerca de determinada matéria.

Mas ele também deve receber coloração específica no momento de sedimentação do entendimento acerca da questão jurídica debatida em processos repetitivos.

Isso pode ocorrer quando o tema é novo, ou quando, não o sendo, houve modificações sociais, culturais, legais, políticas etc., que provocam a mudança de um entendimento que já estava consolidado. Na primeira hipótese, inexistia a repetição das causas anteriormente, sendo esta a primeira oportunidade em que o Judiciário se depara com a necessidade de julgar um caso que se mostra repetitivo. Na segunda, a tese já havia sido firmada, mas o novo contexto sócio-jurídico enseja a adoção de nova posição pelos tribunais.

Considerando que a tese fixada pelo órgão jurisdicional possuirá eficácia *ultra partes*, sendo utilizada não só no(s) processo(s) em que foi proferida a decisão, mas também nos que lhe são semelhantes, há sujeitos que, embora não integrem aquela(s) relação(ões) processual(is) específica(s), possuem interesse em influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional, por se encontrarem em situações homogêneas. Embora não sejam atingidas pela coisa julgada do processo no qual foi firmado o precedente, pois nele não figuram como parte, os seus respectivos casos sofrerão diversas influências, atingindo o procedimento (abreviação ou suspensão, por exemplo) e o conteúdo das decisões.

A consolidação de entendimentos jurisdicionais põe em destaque as funções nomofilática e paradigmática dos tribunais. A primeira está voltada à preservação da inteireza, validade, autoridade e uniformidade interpretativa do Direito, e a última volta-se para a prolação de decisões capazes de parametrizar o desfecho de muitos outros casos que versam sobre uma questão jurídica homogênea.

No contexto da elaboração de decisões que operarão efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, o contraditório deve ser enfrentado de maneira amplificada, permitindo que os sujeitos interessados na fixação do entendimento jurisprudencial sejam informados sobre a pendência de julgamento que verse sobre assunto jurídico do seu interesse, que possam influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional e que possam valer-se dos meios de controle das decisões judiciais, ora no procedimento de fixação da tese, ora no processo em que atuam como parte.

Considerando que todos aqueles que são partes em processos judiciais pendentes, em qualquer grau de jurisdição, possuem interesse na formação da tese, parece-nos existir um dever de informação do Judiciário, para que eles possam influir, na qualidade de litisconsortes, na formação do entendimento pela Corte. Assim, a publicidade precisa ser redimensionada, pois o contraditório, antes de garantir o direito de participar eficazmente, abrange o direito à informação, inclusive pelos meios de comunicação de massa.

Além disso, o contraditório na fixação do entendimento pelo tribunal também deve ser estruturado quanto à delimitação da questão controvertida repetitiva que será apreciada pelo órgão jurisdicional. A definição é importante para a adequada aplicação do precedente em relação aos processos que estão pendentes e aos que forem ajuizados em momento posterior. Uma vez consolidado o entendimento, surgirá uma série de conseqüências para os casos futuros, como a possibilidade de julgamento liminar de mérito, por exemplo.

É desejável, ainda, que haja um amadurecimento acerca das questões repetitivas entre os diversos órgãos que exercem poder e que o exercem na criação dos precedentes, antes de se fixar um precedente com eficácia vinculante. A maturação acerca de certo assunto submetido à análise dos tribunais, que será aplicado em inúmeros casos semelhantes, é indispensável para a estabilização das relações jurídicas. Ainda que seja observado um procedimento especificamente estruturado para a formação de uma tese, não basta que ela seja fixada, é importante que seja legítima, característica que se obtém com a manifestação da vontade dos sujeitos que estarão sob o seu raio de eficácia, propiciando um amadurecimento dialético sobre a matéria. Esta gradativa maturação permite, inclusive, que os tribunais sinalizem a intenção de fixar ou de alterar um entendimento.

Na medida em que a fixação do entendimento acerca de certa matéria jurídica operará efeitos em relação à esfera jurídica dos sujeitos que figuram como partes em processos repetitivos que tratem de matéria semelhante às que serão decididas nos procedimentos voltados para a sedimentação da tese, podem eles figurar como litisconsortes nos aludidos procedimentos,

embora não figurem (ou não tenham figurado) como tal na ação e/ou no recurso do qual se originou o dito procedimento.

Trata-se de um litisconsórcio facultativo, ativo e/ou passivo, decorrente da afinidade de questões por um ponto comum de direito, nos mesmos moldes preconizados pelo art. 46, IV, do CPC/1973 (e pelo art. 112, IV, do NCPC). O liame entre os diversos participantes está na similitude do fundamento utilizado em seus respectivos processos e no interesse direto em ver a tese fixada pelo tribunal.

Aquele que figurar como litisconsorte estará submetido ao mesmo regime de direitos, ônus e deveres processuais a que estão as partes originárias, inclusive no que concerne às preclusões. Parece-nos, portanto, que ingressando num dos pólos do incidente, deverá apresentar todos os fundamentos que lhe forem úteis para defender uma posição jurídica ligada ao objeto do incidente. O co-litigante não poderá deixar para fazê-lo no seu próprio processo, em momento posterior, sob pena de frustrar a finalidade uniformizadora do instituto. Em tal hipótese, parece-nos haver uma quebra da boa-fé processual, em face do comportamento temerário da parte.

Sendo este um fenômeno decorrente da massificação social, o dito litisconsórcio, tanto no pólo ativo do incidente, como no seu pólo passivo, pode levar à participação de uma multidão. Tratar-se-á, então, de um litisconsórcio multitudinário.

Parece-nos possível limitá-lo com base no critério da diversidade de argumentos, e não o número de litigantes, pura e simplesmente. Para tanto, consideramos a finalidade do procedimento, que é a fixação de uma tese para posterior aplicação aos processos pendentes e aos que forem futuramente propostos, propiciando soluções com isonomia e com observância à duração razoável do processo, o interesse direto dos litisconsortes na fixação da tese, que será utilizada nos seus respectivos processos, e a colaboração que pode advir da participação dos sujeitos que integram as inúmeras causas homogêneas pendentes, em relação às quais a decisão do incidente operará os seus efeitos.

Desta maneira, parece-nos que o procedimento voltado para a fixação de uma tese pelo órgão jurisdicional pode provocar a formação de um litisconsórcio multitudinário facultativo, ativo ou passivo, entre os sujeitos que atuam como partes em cada um dos processos pendentes e repetitivos, que envolvem idêntica questão jurídica. Entendemos, ademais, que a participação dos co-litigantes poderá ser limitada pelo critério da diversidade de fundamentos que cada um

deles tem a apresentar, em cooperação com o órgão jurisdicional na fixação da tese, e não pela quantidade de sujeitos.

Também entendemos ser cabível e importante a participação do *amicus curiae* em tais procedimentos. Aqui, acompanhamos a tendência doutrinária e jurisprudencial de admitir a sua intervenção nas ações consideradas relevantes para a sociedade. Com efeito, os *amici curiae* podem auxiliar o órgão jurisdicional na fixação da tese, provendo informações sobre determinado aspecto técnico (seja ele jurídico ou relativo a outra área do conhecimento), o que lhe conferirá maiores estabilidade e legitimação.

Pensamos, contudo, que a admissibilidade da intervenção do *amicus curiae* deve ser norteadada pelo mesmo critério que propusemos para a limitação do litisconsórcio multitudinário: a da apresentação de argumento que enriqueça e pluralize o debate, não havendo porque permitir a participação de quem queira apenas repetir argumentos já apresentados e/ou enfrentados pela Corte, sob pena de tumultuar o procedimento e retardá-lo indevidamente.

Também admitimos a intervenção das pessoas jurídicas representativas dos interesses das partes e dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal. Deve-se aplicar, aqui, o princípio da adequada representação, inspirador do modelo das *class actions* no processo coletivo e que vem ganhando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência, não se limitando somente à legitimação ativa e fixada *ope legis* para as demandas coletivas. Ele impõe o controle judicial da representação, de modo que os entes que a exercem devem possuir condições de exercerem seus papéis adequadamente, considerados diversos aspectos, inclusive os que dizem respeito à pertinência temática, à boa técnica, à probidade, aos recursos financeiros, entre outros.

Para tanto, faz-se necessária a configuração de um interesse jurídico destes entes, que, ademais, será indireto e parcial.

Por interesse jurídico, considera-se a atribuição institucional, conferida pela lei ou pelo estatuto, de promover a defesa dos interesses homogêneos dos sujeitos representados, seja para a confirmação ou para a contrariedade de direitos estabelecidos nas relações de direito material em que estes são partes.

Cuidar-se-á de interesse indireto, pois não influi nas relações jurídicas materiais de que tais entes são titulares, mas na defesa processual dos interesses dos representados.

Será parcial porque os entes representativos visam a defender uma posição jurídica, influenciando na prática de atos nas relações de direito material em que os representados se inserem.

A sua participação será útil no procedimento em que se debaterá a questão jurídica, por permitir a exposição de uma maior variedade de fundamentos.

Dadas as características acima indicadas, entendemos tratar-se de uma modalidade *sui generis* de intervenção, própria do sistema de julgamento de casos repetitivos.

Anota-se que pode haver limitação à participação destes sujeitos, se não demonstrarem interesse jurídico ou não apresentarem argumentos novos para a formação do precedente.

De outra banda, pensamos não ser cabível a intervenção dos titulares de relações jurídicas materiais similares àquelas que são objeto do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) foi deflagrado o procedimento para a fixação da tese pelo tribunal, mas que não figuram como partes nos processos que estão pendentes no momento em que se instaura o aludido procedimento.

Muito embora eles possuam interesse jurídico (afinal a tese fixada jurisdicionalmente poderá interferir na confirmação ou na contrariedade de direitos estabelecidos nas relações de direito material em que são partes) e estejam no âmbito da eficácia do precedente (que vai influenciar na prática de atos nas relações em que eles se inserem e provavelmente será utilizado para resolver os conflitos que porventura surjam em derredor de tais liames jurídicos), parece-nos que a sua intervenção traria muito mais inconveniências e prejuízos do que proveitos para o julgamento das causas repetitivas.

A utilidade da sua participação consistiria na exposição de uma maior variedade de fundamentos, tornando o precedente mais estável. A importância desse benefício acaba sendo reduzida, em face da diversidade de argumentos propiciados pela participação dos litisconsortes e dos entes representativos, que poderão atuar como terceiros, como já expusemos anteriormente.

De outro lado, o elevado número de participantes que acorreriam ao procedimento instalado para fixação da tese poderia comprometer o seu andamento, chegando até mesmo a inviabilizá-lo. Embora isso já possa acontecer com a participação dos sujeitos que figuram como partes nos processos individuais que versam sobre questão semelhante, estes últimos possuem interesse direto na formação do precedente. Já os titulares das relações de direito material possuem interesse apenas reflexo. Primeiramente, porque os aludidos vínculos não

são litigiosos. Mesmo que venham a se tornar conflituosos, o sujeito que possuir fundamento diferente de todos aqueles que foram apresentados quando da fixação do precedente, poderá utilizá-lo com vistas a obter a superação da tese no seu futuro processo. Note-se que os que já figuram como parte em processos pendentes não terão esta oportunidade em momento posterior, exatamente porque já deduziram seus fundamentos nos feitos que se encontram em trâmite.

Ademais, o interesse dos terceiros que figuram nas relações de direito material poderão ser bem representados pelos entes a que aludimos no tópico anterior. Exercita-se, assim, a democracia representativa.

A técnica de julgamento de demandas repetitivas também provoca a adaptações no procedimento.

Como vimos anteriormente, o procedimento não é apenas uma sequência fixa de ações determinadas. Pelo contrário, o seu desdobramento decorre das decisões seletivas dos participantes. Cuida-se de um sistema social que desempenha uma função específica, legitimando o exercício do poder, por consistir na transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que deve acontecer em conformidade com os regulamentos jurídicos. Trata-se de um acontecimento real e não de uma relação normativa. Não é uma mera justificação da decisão. Ele fundamenta uma presunção de exatidão do seu conteúdo. Diante desta concepção, o procedimento adequado é um dos meios mais eficazes para garantir o contraditório, que, por sua vez, consiste num dos elementos mais importantes do devido processo legal.

Parece-nos que, no sistema de julgamento de causas repetitivas, o princípio da adequação pode dar-se tanto no momento legislativo, informando a produção da lei que regulamenta, em abstrato, o procedimento, como no momento jurisdicional, permitindo ao juiz que adapte o procedimento, no caso concreto, aperfeiçoando-o às peculiaridades da causa.

Sob a primeira perspectiva, a construção legal, geral e abstrata, do procedimento deve estar atenta à natureza e às particularidades do objeto do processo, prezando pelos direitos fundamentais à sua efetividade e à inafastabilidade da jurisdição, que garantem uma tutela adequada.

De um lado, o procedimento pode sofrer adaptações que contribuem para a fixação da tese jurídica acerca de uma questão que se mostre repetitiva, como acontece com o incidente de fixação de tese no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, de que tratam os arts.

543-B e 543-C do CPC/1973, que equivalem aos arts. 990 a 995 do NCPC; com a assunção de competência, prevista pelo art. 555, § 1º, do CPC/1973, que encontra correspondência com o art. 900 do Código projetado; ou com a instalação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a que aludem os arts. 930 a 941 do NCPC.

Nos primeiro e no terceiro institutos, são iniciados incidentes processuais que provocam o sobrestamento do(s) processo(s) a partir do(s) qual(is) eles foram deflagrados e dos que versarem sobre questões semelhantes, observando os diferentes âmbitos de competência de cada tribunal. Quanto ao segundo instituto, o seu regramento atual provoca a alteração da competência para apreciar um determinado recurso, quando houver relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Trata-se de adaptações que, embora possam prolongar o andamento de um ou de alguns processos, visam à formação da tese e às vantagens que daí advêm para o julgamento dos casos semelhantes ao que é objeto daquele(s) feito(s) que teve(tiveram) seu(s) curso(s) alterado(s).

A adaptação procedimental também acontece na aplicação da tese já fixada pelos tribunais aos casos semelhantes, inclusive com mecanismos voltados para a sua abreviação, como acontece com o art. 120, parágrafo único, do CPC/1973, que encontra no art. 908, parágrafo único do NCPC, o seu correspondente, estabelecendo que, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada num conflito de competência, o relator poderá decidi-lo de plano, cabendo agravo interno para o órgão recursal competente; e com o art. 557 do CPC/1973, cuja equivalência está no art. 888 do NCPC, que confere poderes ao relator para, em decisão unipessoal, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou “em confronto” com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior (*caput* do art. 557 do CPC/1973 e inc. IV do art. 888 do NCPC), ou para dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto “confronto” com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal, ou de Tribunal Superior (§ 1º-A do art. 557 do CPC/1973 e inc. V do art. 888 do NCPC). Tais dispositivos possibilitam a abreviação do procedimento na medida em que autorizam, respectivamente, o exame da admissibilidade e a apreciação do mérito do recurso, não sendo necessário levá-los à apreciação do órgão colegiado, se a hipótese for de confirmação da tese já firmada.

A fundamentação das decisões judiciais também ganha uma dimensão que desborda os limites de um único e determinado processo, merecendo especial análise no âmbito do julgamento dos casos isomórficos.

Mais uma vez, enfrentamos a questão sob dois ângulos: o das decisões judiciais que fixam a tese e o das que aplicam o entendimento já sedimentado.

Sob a perspectiva da fixação da tese, pareceu-nos pertinente analisar os aspectos atinentes à motivação quando o entendimento do órgão jurisdicional é firmado por meios processuais expressamente previstos para tal finalidade e quando é fixado por meios processuais voltados para outros fins.

Nos procedimentos estruturados para o estabelecimento de uma tese, o tribunal é instado a proferir uma decisão que sintetizará o seu entendimento sobre certa questão jurídica, devendo identificar, com precisão, qual é a questão jurídica em torno da qual o tribunal pretende fixar o seu entendimento, não sendo permitida a extensão a outros temas. A decisão aí exarada consistirá numa síntese decorrente do enfrentamento de diversos argumentos, ora em sentidos conflitantes, ora em sentidos complementares, uns aos outros. Neste passo, a identificação dos argumentos apreciados pelo órgão jurisdicional na fixação da tese ganha relevância. Caberá ao julgador do caso posterior verificar o alcance do entendimento da Corte a partir da motivação por ela utilizada, pois o texto editado pelo tribunal, por si só, pode não demonstrar quais foram os fundamentos que levaram àquela conclusão. Com efeito, a atividade comparativa não se dá somente entre o pedido formulado no processo e o enunciado elaborado pelo tribunal. Como já vimos, a questão jurídica consiste na interpretação que se dá a uma categoria de fatos. Desta maneira, sobreleva saber, com precisão, quais foram os argumentos apreciados pelo órgão jurisdicional que fixou a tese, confrontando-os com a causa de pedir exposta na nova causa, que se encontra sob exame judicial.

Se a tese a que chegou o órgão jurisdicional é relevante para o processamento das demandas repetitivas, e se o enunciado representa uma síntese do seu entendimento, a edição do seu texto deve estar cercada de certos cuidados. O procedimento de elaboração da tese parte da análise de um ou mais casos concretos, mas ela não deve estar atrelada exclusivamente às particularidades dos fatos dos aludidos conflitos, sob pena de não ser útil para a solução dos conflitos repetitivos futuros. Assim, o seu enunciado deve refletir certo grau de generalidade, sem, no entanto, atingir o nível de abstração de uma lei. Se o texto legal consiste numa expressão geral e abstrata, e a sua aplicação vai desta generalidade para o caso específico, ao editar o enunciado que sintetiza a tese, o órgão jurisdicional sai do específico para o abstrato,

depreendendo aquilo que é essencial do(s) caso(s) concreto(s), para chegar a um texto cujo conteúdo se refira a situações jurídicas mais amplas, desde que sejam semelhantes. Trata-se, portanto, de raciocínios inversos. O órgão jurisdicional deve encontrar o ponto de equilíbrio. Mesmo que o precedente seja fixado por um meio processual estruturado para tal fim, entendemos que não há como estabelecer uma técnica para redação dos enunciados. Embora o órgão jurisdicional deva estar atento à clareza, à coerência e à completude do texto, tais características contribuem para a adequada aplicação da tese, mas não a garantem. Elas consistem em um dos elementos que permitem o controle da sua aplicação. Considerando que o enunciado elaborado pelo tribunal consiste num texto, ele será objeto da interpretação, que pode ser realizada de modo a ampliar ou a restringir a sua abrangência. É o que acontece quando o julgador do caso futuro aplica o *ampliative* ou o *restrictive distinguishing*. Não podemos olvidar que a norma é o resultado da atividade intelectual, não havendo como delimitar completamente em que circunstâncias o texto será utilizado e qual é o seu exato sentido. Na esteira da hermenêutica fenomenológica defendida por Hans-Georg Gadamer, inexistente um método “correto” para a realização da interpretação. O intérprete (aqui, o julgador) exerce papel essencial nesta atividade, agregando a sua experiência pessoal e subjetiva à comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores de um determinado grupo social, em determinada época. Se o entendimento jurisdicional é produzido a partir da interpretação de um texto (legal ou jurisdicional), e se não existe um método “correto” para realizar tal atividade, não há como aferir qual é a abrangência do entendimento a que pretendia chegar o órgão que formou o precedente, baseando a atividade interpretativa apenas no seu texto-síntese, da mesma maneira que não é possível delimitar por completo o que diz um dispositivo legal exclusivamente por sua base textual, ainda que ele se refira a uma regra. Para tentar chegar ao alcance do texto normativo, faz-se necessário expor os fundamentos do aludido entendimento na sua completude. Logo, o enunciado será sempre incompleto e polissêmico. Ademais, o significado do entendimento a que chegará um tribunal nunca é definido somente por ele, mas também pelo receptor da comunicação. Afinal ele reconstrói o significado. O aplicador (seja o jurisdicionado, seja o juiz do caso posterior, cada um com diferentes graus de autoridade) integra a interpretação, que consiste numa relação comunicativa dinâmica.

O problema, então, se desloca para o campo do controle da aplicação do ato normativo, deixando de estar simplesmente na seara da sua edição. São inúmeros os meios de controlar a sua incidência, como a aferição da manutenção ou da modificação do contexto social ou

político em que está inserida a sociedade em determinada época ou as circunstâncias em que aconteceu o fato narrado num determinado caso. O texto se insere entre estes mecanismos de controle, não sendo, contudo, o único meio, nem sendo suficiente para tanto. Muitas vezes, inclusive, ele funciona para delimitar as situações em que a tese não deve ser aplicada, ao invés de definir quando ela deve ser utilizada. Esta também é uma importante visão do processamento das causas repetitivas, na medida em que se buscam preservar as diferenças entre os casos que não guardam homogeneidade entre si.

Neste mesmo passo, o cotejo dos fundamentos utilizados pela Corte com a causa de pedir constante no caso a ser julgado funciona como importante meio para controlar a aplicação da tese consolidada pelo tribunal, mesmo que ela emane de um procedimento previsto expressamente para fixá-la e que esteja sintetizada em um enunciado.

Para bem realizar a atividade comparativa, deve-se levar em consideração o grau de generalidade da tese, analisando-se dois elementos: a classe de fatos que deverá ser atingida pela tese (*breadth component*) e a proposição jurídica que emana da decisão (*content component*)³⁷⁶. Eis aqui mais uma das aplicações da teoria dos precedentes ao sistema do julgamento de demandas repetitivas.

Sob o ponto de vista da tese jurídica que se pretende firmar, a descrição dos fatos deve aludir a um certo gênero, não se atendo especificamente aos fatos particularizados que ocorreram num(em) conflito(s) específico(s), a partir do qual foi deflagrado o procedimento de fixação do entendimento. Com efeito, a atividade interpretativa que será realizada no julgamento de cada causa repetitiva deverá cotejar os *material facts* considerados pela tese com os fatos específicos do caso posterior. A proximidade ou distanciamento entre eles dependerá, de um lado, do grau de generalidade disposto na tese e, de outro, da atividade interpretativa realizada pelo julgador da futura demanda. Tanto na elaboração do enunciado, como na aplicação do entendimento consolidado, a abrangência dos fatos deve ser definida a partir de categorias jurídicas e culturais nele constantes.

Por sua vez, a proposição jurídica deve ser formulada como um *standard jurídico*, que pode ser uma formulação-síntese, de âmbito mais restrito, ou uma construção mais aberta, que lhe confere uma maior amplitude. Em qualquer das hipóteses, o *standard* não deve consistir numa mera interpretação do Direito considerado em abstrato. Pelo contrário, deve consistir numa interpretação do ordenamento à luz dos fatos materiais, estando interligados a eles.

³⁷⁶ Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 131).

Sob a vertente da tese obtida a partir de decisões proferidas em casos concretos, por meios que não foram expressamente previstos para a sua fixação, o problema da fundamentação ganha outros contornos, pois o posicionamento da Corte acerca do tema repetitivo não será necessariamente condensado em um enunciado, podendo encontrar-se diluído na fundamentação da decisão, ou pode decorrer de diversas e reiteradas decisões, como acontece no julgamento dos casos repetitivos, como acontece com a reiteração do julgamento de causas isomórficas, autorizando, posteriormente, a realização do julgamento *prima facie* a que alude o art. 285-A do CPC/1973.

Neste contexto, a dificuldade de apreensão da tese é muito maior. Como o entendimento não foi fixado em procedimento organizado especificamente para tal fim, é possível que a decisão não esteja fundamentada ou que não esteja adequadamente motivada. Trata-se de vícios distintos, com diferentes conseqüências para o processamento de causas repetitivas.

Sob o prisma da inexistência de fundamentação, o vício depõe contra a técnica de solução de conflitos homogêneos, provocando o seu esvaziamento. Se a decisão de um certo caso é desprovida de fundamentação, não há formação do precedente por não estarem expostas as razões de decidir. Assim, não haverá contribuição para o amadurecimento da matéria perante os tribunais e a decisão não poderá ser aproveitada para o deslinde dos futuros casos que a ele se assemelhem.

Questão distinta diz respeito à suficiência da fundamentação no momento de constituição do precedente. Cuida-se de aspecto que versa sobre a delimitação da tese jurídica que um órgão jurisdicional pretende firmar, emprestando-lhe maior ou menor abrangência, o que provocará conseqüências na sua aplicação. Se a fundamentação da decisão se restringir a uma análise muito específica dos fatos e da significação jurídica a eles atribuída, ela será de difícil utilização em outros casos, pois a existência apenas de um detalhamento pormenorizado evidenciará muitos elementos particularizados, tornando muito difícil o seu cotejo com outras demandas. Se, de outro lado, ela for muito generalista, terá uma amplitude que permitirá a sua aplicação a casos que são muito diversos entre si. Assim, também, perderá sua importância para o julgamento de casos repetitivos, afinal será utilizada em demandas que não se assemelham entre si. Portanto, também no julgamento de uma determinada causa que possa representar ou efetivamente represente uma classe de conflitos (e não é só nos procedimentos voltados para a fixação de uma tese), o órgão jurisdicional deve estar atento à abrangência que dá à interpretação dos fatos e à significação jurídica que lhes emprestará, pois a amplitude da categorização poderá provocar conseqüências no julgamento das demandas a ela isomórficas.

Neste passo, as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para ordenamento jurídico globalmente considerado, podendo, inclusive, acontecer situações em que o julgador se inclina para determinado entendimento, levando em consideração essa futura repercussão que seu julgado possuirá. Neste contexto, a delimitação da *ratio decidendi* consiste numa questão das mais complexas do ponto de vista das demandas repetitivas, pois ela associa a formação do precedente à sua aplicação. Ocorre que estas duas atividades estão intimamente imbricadas, não havendo como dissociá-las na atividade interpretativa, segundo a concepção da hermenêutica fenomenológica que consiste na premissa teórica do presente trabalho.

De um lado, não podemos desconsiderar a fundamental importância da amplitude da *holding* no momento da sua constituição para evitar que os órgãos jurisdicionais posteriores apliquem a tese jurídica de maneira indiscriminada, utilizando-a para casos que não se amoldam ao(s) primitivo(s) ou negando a sua aplicação em relação aos quais ele deveria ser aplicado. Tanto numa como noutra situação, as vantagens provindas do sistema de julgamento de causas repetitivas deixam de existir, preservando a justiça lotérica em derredor de um assunto jurídico ou provocando o seu retorno.

Para definir o grau de generalidade da *ratio*, hão de ser analisados os dois elementos sobre os quais discorremos anteriormente: a classe de fatos que deverá ser atingida pela tese (*breadth component*) e a proposição jurídica que emana da decisão (*content component*).

Por tais meios também pode acontecer de serem fixadas diversas teses numa única decisão, como também pode ocorrer de não haver a fixação de tese alguma.

Em todas estas situações, nota-se um importante aspecto da função exoprocessual da motivação das decisões judiciais para o julgamento dos casos isomórficos: ela permite o controle da decisão pela sociedade, utilizando a via difusa da democracia participativa e consiste num elemento imprescindível para a estruturação de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais. Ao indicar os motivos pelos quais decidiu de determinada maneira, o órgão jurisdicional permite o exercício do controle sobre a decisão com a sua confirmação, o seu aprimoramento ou a sua revisão em outras demandas semelhantes, em decorrência da repercussão que ela terá em casos futuros.

Sob outro foco, a fundamentação das decisões judiciais possui importância no julgamento das demandas repetitivas, com a aplicação ou o afastamento da tese.

Ao deparar-se com um caso considerado repetitivo, o magistrado pode entender pela aplicação do entendimento já fixado pelo tribunal ou, de modo diverso, pode afastá-lo. Em qualquer das duas alternativas, deverá fundamentar especificamente a sua decisão, com o exame dos fatos particularizados no caso que lhe foi submetido, com a análise da tese a que chegou o tribunal e com o cotejo analítico entre os dois.

Primeiramente, deve-se observar que, no sistema de apreciação de demandas repetitivas, o magistrado não pode desconsiderar a existência de um determinado entendimento firmado pelo tribunal que deve ser aplicado a um determinado caso. Se a decisão der solução distinta ao conflito homogêneo, ignorando o precedente aplicável à espécie, ela será considerada *per incuriam*.

Além disso, na hipótese de aplicação da tese ao novo caso, não basta que ela seja invocada por uma mera e generalista alusão ao número do processo em que foi proferido o julgado paradigmático, à sua ementa ou à conclusão do raciocínio jurídico, sem o enfrentamento do seu conteúdo.

A fundamentação da decisão do novo caso deve demonstrar que o magistrado realizou uma comparação fundamentada e crítica do caso concreto com o precedente fixado anteriormente, mesmo quando for segui-lo. Eis aqui a aplicação do *distinguishing*-método.

O cotejo analítico ainda é útil para aferir a extensão que o tribunal vem atribuindo à classe de fatos atingida pelo precedente. Para isso, deve-se proceder à análise da jurisprudência da Corte que sedimentou a tese. Afinal, se o tribunal vem estendendo os efeitos de suas decisões a uma nova ou mais ampla categoria de fatos, ela passará a integrar a classe. Assim, os conflitos que envolvam fatos que tais passarão a serem processados no sistema de processamento de demandas repetitivas.

No julgamento de causas isomórficas, deve-se ampliar a noção da motivação *per relationem*, permitindo que o magistrado também se reporte aos fundamentos da tese, desde que os coteje analiticamente com a causa concreta. Se constatar que existe pertinência entre o caso sob exame e o precedente, fará uso da motivação constante neste último. Como já dissemos, não bastará que faça referência a ele. Será necessário enfrentar as razões de decidir que nele constam.

A carga de fundamentação terá que ser ainda maior quando a decisão do caso concreto não aplicar o precedente, afastando-o porque o caso concreto não se amolda à(s) hipótese(s) de aplicação da tese (*distinguishing*-resultado), seja por não haver homogeneidade entre a nova

causa e as anteriores, ou por haver superação do entendimento a que o tribunal tinha chegado sobre o tema, sendo os casos isomórficos entre si.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Vol. I. 3. ed. Milano, Giuffrè, 1974.

_____. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción dela 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007. p. 52-70.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Ação monitória e temas polêmicos da reofmra processual*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Interesse público*. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública. Lisboa, 1993.

ANDREWS, Neil. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. In: Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 11, n. 2. Durham: Duke University School of Law, Spring/Summer 2001. Também disponível em: <<http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+249>>. Acesso em 03/01/2008.

_____. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A eficácia da decisão envolvendo repercussão geral*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 181-192.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: Revista Jurídica, v. 50, n. 301. Porto Alegre, 2002. p. 07-29.

_____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2011.

ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 141. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/2006. p.116-127.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 01. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 23. n. 82. Brasília: AJUFE, out/dez 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao art. 273 do CPC*. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 798-813.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BIDART, Adolfo Gelsi. *El tiempo y el proceso*. In: Revista de Processo. Ano 06, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set. 1981.

- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesse público versus interesse privado: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Vol. 01. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- BOLLMANN, Vilian. *Mais do mesmo: reflexões sobre as reformas processuais*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. _____. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução?* In: Revista Interesse Público, v. 8, n. 37. Porto Alegre: Fórum, 2006. p. 29-48.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Devido processo legal e direito ao procedimento adequado – a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o due process of law*. In: Revista de Processo. Ano 23, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1998.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. Vol. 05. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CABIEDES, Pablo Gutiérrez de; CAVIEDES, Hidalgo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Elcano: Aranzadi, 1999.
- CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.

_____. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses*. In: Revista de Processo. Ano 29, n. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2004.

CALMON, Eliana. *As gerações dos direitos e as novas tendências*. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (coords.). *Dimensões do direito contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2001, p.75-83.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. _____. 19. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. _____. 21. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Jurisprudência lotérica*. In: Revista dos Tribunais. Ano 90, v. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001. p. 108-128.

_____; CAMBI, Gustavo Salomão. *Disciplina e o princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 131, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. _____. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. _____. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____; _____. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1988.

CARPENA, Márcio Louzada. *Os poderes do juiz no Common Law*. In: Revista de Processo. Ano 35, n. 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2010. p. 195-220.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: NERY JR, Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

CASSINELLI, C. W. *O interesse público na ética política*. In: FRIEDRICH, Carl. (org.). *O interesse público*. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

CASTILHO, Manoel Lauro Wolkmer de. *Recurso extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante*. In: *Revista de Processo*. Ano 32, n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/2007.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, Bruno; EALI, André; VAREJÃO, José Ricardo (coord.). *Novos Temas de Processo Civil: Leis n.º 11.277/06, n.º 11.280/06, n.º 11.187/06, n.º 11.232/05*. São Paulo: MP Editora, 2007. p.157-173.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Considerações Acerca da Improcedência Liminar nas Ações Repetitivas*. In: CAVALCANTI, Bruno; EALI, André; VAREJÃO, José Ricardo (coord.). *Novos Temas de Processo Civil: Leis n.º 11.277/06, n.º 11.280/06, n.º 11.187/06, n.º 11.232/05*. São Paulo: MP Editora, 2007. p.157-173.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. In: *Harvard Law Review*. Vol. 89, n.º 07. Harvard: Harvard, maio 1976. p. 1281-1316.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A Justiça desequilibrando a economia*. In: *Jornal Valor Econômico*. 10.11.2006. Também disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=354>>. Acesso em: 20/07/2008.

COGGIOLA, Osvaldo. *O sentido histórico da Segunda Guerra Mundial*. In: *O Olho da História – Revista de História Contemporânea*. Vol. 01. Salvador: EDUFBA, nov. 1995. p. 14-21.

_____. *A crise de 1929 e a depressão mundial da década de 30*. In: *Revista Tempos Históricos*. Vol. 13. Marechal Cândido Rondon: EDUNIOESTE, 2005. p. 40-57.

_____. *A crise de 1929 e a grande depressão da década de 30*. Disponível em: <http://www.countdownnet.info/archivio/Analisi_storico_politica/573.doc>. Acesso em 29 nov. 2009.

COLE, Charles D. MPMG Jurídico – Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Ano 01, n. 5. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais, abr./jun. 2006. p. 16-23.

COLM, Gerhard. *O interesse público: chave essencial da política pública*. In: FRIEDRICH, Carl. (org.) *O interesse público*. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 2. ed. Oxford: [s.n.], 1968.

_____; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. V. 25, n. 2. Pouso Alegre: FSDM, jul/dez. 2009. p. 235-268.

_____. *Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997*. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JR, Dirley. *A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF*. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELFINO, Lúcio. *Direito processual civil – artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. In: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLE

XOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc. Acesso em 22/02/2011.

DENTI, Vittorio. *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi. Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*. Bologna: Maggioli Editore, 1981.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e suas conseqüências*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DIAS, Jean Carlos. *A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 37. São Paulo: Dialética, 2006. p. 63-78.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Impugnação do executado (Lei Federal n.º 11.232/2005)*. In: *Revista Jurídica*. Ano 55. n. 354. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, Abril 2007.

_____. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 01. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. _____. Vol. 01. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. _____. Vol. 01. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. _____. Vol. 01. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006a.

_____. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: *Revista de Processo*. Ano 27. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 02. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; _____. Vol. 02. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____; _____. Vol. 02. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 03. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. Vol. 04. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____; _____. _____. Vol. 04. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____; _____. _____. Vol. 04. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. _____. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOUGLAS, William O. *Stare decisis*. In: MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman (orgs.). *Courts, judges and politics*. 3. ed. New York: Random House. 1979. p. 521-526

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: s.n., 1936.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado: arts. 1º a 1.220*. Atualizado por José Eduardo Carreira Alvim. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARINHO, Domingos Soares. *Os processos em massa no novo contencioso administrativo*. Relatório do Seminário de Direito Administrativo do Curso de Mestrado 2002/2003 sob a regência do Professor Doutor Sérvulo Correia, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2003, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito da referida Universidade.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. *Visão atual do princípio do juiz natural*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1967.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

FORBRIG, Pedro Aillon. *Overruling no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

FRIEDMANN, W. *Law in a changing society*. 2. ed. London: Stevens & Sons, 1972.

FRIEDRICH, Carl. (org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis, Vozes, 2003.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Petrópolis, Vozes, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 141. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2006. p. 151-179.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Situazioni soggettive superindividuali, azioni collettive e class actions: contributo alla teoria generale*. In: Revista de Processo. Ano 34, n. 174. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto/2009.

GODOY, Mário Henrique Holanda. *Doutrina e prática do litisconsórcio*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de processo civil: teoria geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOODHART, Arthur L. *The ratio decidendi of a case*. In: JACKSON, Robert H. Foreword. *Jurisprudence in Action: a pleader's anthology*. New York: Baker & Co. Inc., 1953. p. 189-222.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo"*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/2007.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del carcere*, Vol. 3. Torino: Einaudi, 1975.

_____. _____. Vol. 13. Torino: Einaudi, 1975a.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 02. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*. In: Revista de Processo. Ano 15, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1990.

_____. *Mudanças estruturais no processo civil brasileiro*. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Ano VIII. n. 44. São Paulo: IOB Thomson, Nov/Dez 2006.

_____. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. *Paixão e morte do contempt of court brasileiro*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009a.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

_____. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX (1914-1991)*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 05 set. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População recenseada e estimada, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação – 2007*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem_final/tabela1_1.pdf>. Acesso em 07 dez. 2009a.

JACKSON, Robert H. Foreword. *Jurisprudence in Action: a pleader's anthology*. New York: Baker & Co. Inc., 1953.

JUDT, Tony. *Pós-guerra – uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse público e a Personalização do Direito Administrativo*. In: Revista Trimestral de Direito Público. nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais*. In: Revista Negócios Públicos, ano II, n. 6. São Paulo: Negócios Públicos, 2005.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA GRECA, Giuseppe. *Corte costituzionale*. Vol. IV. 4. ed. Torino, 1989.

LACERDA, Galeno. *O código como sistema legal de adequação do processo*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentanário. Porto Alegre, 1976.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1960.

_____. *The bramble bush: some lectures on law and its study*. New York: Columbia University School of Law, 1930.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. III. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Tallita Cunha de. *A imprevisibilidade das decisões judiciais: violação aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. União Educacional do Planalto Central – Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central: Gama, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias constitucionais do processo civil – homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Devido processo legal substancial*. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília, Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sistemas sociológicos: lineamentos para una teoría general*. Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

_____. *Social Systems*. Stanford CA: Stanford University Press, 1995.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D. F.: Antrhopos, 1996.

MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966.

_____; SUMMERS, Robert S (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Hanover: Dartmouth, 1997.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988*. In: *Revista de Processo*. N. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANDEL, Ernest. *O significado da Segunda Guerra Mundial*. São Paulo: Ática, 1989.

MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*. In: *Revista de Processo*. Ano 35, n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2010. p. 09-41.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In: Revista de Processo. Ano 34, n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.2009. p. 175-232.

_____. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. In: Revista dos Tribunais. Ano 96, v. 858. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/2007. p.11-19.

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. 02. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?* In: Revista de Direito do Consumidor. n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 228-232.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. III. 2ª parte. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (coords.). *Dimensões do direito contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2001, p.75-83.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa. n. 139. Brasília: Senado, 1998.

MAZZEI, Rodrigo. *O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 125. São Paulo, RT, jul/2005. p. 09-14.

MCLEOD, Thomas Ian. *Legal method*. 2. ed. London: Macmillan, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno – recursos e ações autônomas de impugnação*. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Sentença emprestada: uma nova figura processual*. In: Revista de processo. Ano 31, n. 135. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2006. p. 152-160

_____. *Uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 581 a 589.

MEIRELES, Edilton. *Devido processo legal e relação de emprego (incidência do princípio do devido processo legal na relação de direito material)*. Revista Dir. Trabalho. v. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. _____. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Christine. *Segurança na ordem tributária nacional e internacional*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: NOESES, 2005.

MENDONÇA JR., Delosmar Domingos de. *Agravo interno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MILWARD, Alan. *La Segunda Guerra Mundial: 1939-1945*. Barcelona: Crítica, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIÉRO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III (arts. 270 a 331). São Paulo: Memória, 2006.

_____. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: MITIDIÉRO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO Sérgio Gilberto (Orgs.). *Constituição, Jurisdição e Processo - Estudos em Homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Vol. 01. Porto Alegre: Notadez, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTROSE, James Louis. *Precedent in English law and other essays*. Shannon-Ireland: Irish University Press, 1968.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. _____. Vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Temas de Direito Processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de Direito Processual – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORGAN, Edmund M. *Introduction to the study of Law*. Chicago-New York: Callagan, 1948.

MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman (orgs.). *Courts, judges and politics*. 3. ed. New York: Random House. 1979.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?* In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677. Acesso em 04/09/2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana (org.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *A improcedência manifesta do pedido*. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (org.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. *Garantia da razoável duração do processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Willian Santos (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos*. In: *Revista de Processo*. Ano 31, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo, Saraiva, 2003.

OLIPHANT, Herman. *A return do stare decisis*. In: *American Bar Association Journal*. n. 14, 1928. p. 71-77.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *Traços Fundamentais de uma Teoria da Experiência Hermenêutica*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://www.desembargadora.com.br/pages/arquivos/hermeneutica.doc>. Acesso em: 20/07/2004.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: Revista de Processo. Ano 29, n. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev/2004a.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa, Edições 70, 1969.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=513>. Acesso em: 29/02/2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Avaliação crítica das últimas reformas no Processo Civil*. In: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé, Ano IV, Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999. p. 145-156.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O devido processo e o duplo grau de jurisdição*. v. 277. Rio de Janeiro: Revista Forense, jan-mar/1982.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. In: Revista de Processo. n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2003.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Lógica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Fernanda Guedes. *As ações repetitivas e o novel Art. 285-A do CPC (racionalização para as demandas de massa)*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 150. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago/2007.

PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. *Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios – tendência de coletivização da tutela processual civil*. In: Revista de Processo. Ano 35, n. 185. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2010. p. 117-144.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil (análise, crítica e atualização)*. 2. ed. Rio de Janeiro, AIDE, 1998.

PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. *Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal*. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Giovanni (org.). *Metafísica*. São Paulo: Loyola, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *As novas tendências do direito processual civil*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, n. 04. Porto Alegre: Síntese, mar/abr. 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do Direito – uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

RONCAYOLO, Marcel. *Le Monde Contemporain de la Seconde Guerre Mondiale a nos jours*. Paris: Robert Laffont, 1985.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ROTA, Rosa. *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1998.

SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/2006.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. In: Revista de Processo. Ano 34, n. 174. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2009. p. 215-236.

_____. *Processo civil de interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo civil como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39-77.

_____ (org.). *Processo civil e interesse público: o processo civil como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

SANCHES, Sidney. *Uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: NOESES, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil, de acordo com as leis n. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*. In: Revista de Processo. Ano 35, n. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2010. p. 38-58.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesse público versus interesse privado: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SATO, Priscila Kei. *Jurisprudência (pre)dominante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 564-585.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. In: Revista HISTEDBR On-line, n.18. Campinas: UNICAMP, jun. 2005. p. 114-128.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SEMERARO, Giovanni. *Da sociedade de massa à sociedade civil: A concepção da subjetividade em Gramsci*. In: Educação e Sociedade – Revista de Ciência da Educação. Vol. 20, N. 66. Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade – Cedes. Abril, 1999.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, S. A., 1995.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Michel Ferro e. *Litisconsórcio multitudinário*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Vol. 22. Porto Alegre: Magister, jan./fev. 2008.

_____. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ticiano Alves e. *Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem*. In: Revista de Processo. Ano 35, n. 182. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/2010. p. 234-257.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

_____. *Poder Judiciário Latino-Americano e Banco Mundial*. In: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=33>. Acesso: 23 fev. 2011.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro*. In: Revista de Processo. Ano 33, n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2008. p. 115-141.

SZANIAWSKI, Elimar. *Apontamentos sobre o principio da proporcionalidade-igualdade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 05. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/2005.

_____. *A legitimidade popular da tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”?* In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. n. 05. Porto Alegre: HS Editora, out-dez./2008.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Hanover: Dartmouth, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Movimento processual: movimento processual nos anos de 1940 a 2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 07 dez. 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Julgamento de recursos no STJ “por amostragem”*. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 14, abr/2008. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 09/09/2008.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em: <<http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com/2010/03/precedente-e-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR, Humberto. *Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n.º 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n.º 11.417)*. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Ano VIII. n. 48. São Paulo: IOB Thomson, Jul/Ago 2007.

_____. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. _____. Vol. I. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. _____. Vol. I. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

_____. _____. Vol. III. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005b.

_____. _____. Vol. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 125. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. 2005a.

_____; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. In: Revista de Processo. Ano 34, n. 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro/2009.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211289535174218181901.pdf>>. Acesso em 07/10/2008.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. In: Revista de Processo. Ano 32, n. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/2007.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ (org.). *Garantias constitucionais do processo civil – homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias constitucionais do processo civil – homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIVEIROS, Mauro. *O precedente no controle de constitucionalidade brasileiro: visita ao modelo norte-americano*. In: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. Ano 4, n. 6. Cuiabá: Ministério Público do Mato Grosso jan/jun. 2009. p. 135-151.

WALKER, David Maxwell. *The Oxford companion to law*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston: [s.n.], 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a Súmula 343*. In: Revista de Processo. Ano 22, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun. 1997. p. 148-157.

_____. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: Revista de Processo. Ano 34, n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009. p. 121-174.

_____; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Willian Santos (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: Revista de Processo. Ano 31, n. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/2006.

WEBER, Max. *Economía e sociedade*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

WELSCH, Gisele Mazzone. *A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como garantia constitucional*. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO Sérgio Gilberto (Orgs.). *Constituição, Jurisdição e Processo - Estudos em Homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Vol. 01. Porto Alegre: Notadez, 2008. p. 359-370.

WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In Precedent in Law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ZANDER, Michael. *The Law-Making process*. 3. ed. London: Weindenfeld and Nicholson, 1989.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.