

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

ALEXANDRE SOARES BARTILOTTI

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Recife,
2012**

ALEXANDRE SOARES BARTIOTTI

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do Título de Mestre em Direito
pela Universidade Católica de Pernambuco.

Área de concentração: Direito processual
civil

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Carneiro da
Cunha

Recife,

2012

ALEXANDRE SOARES BARTIOTTI

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do Título de Mestre em Direito
pela Universidade Católica de Pernambuco.

Área de concentração: Direito processual
civil

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Carneiro da
Cunha

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha – Presidente

Profa. Dra. Clarissa Marques

Prof. Dr. Lúcio Grassi

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

AGRADECIMENTOS

A Deus, não só pela dádiva maior da vida, mas por ter proporcionado momentos de extrema felicidade ao longo desta caminhada.

Ao meu querido e amado pai, Michele Bartilotti, meu herói. Foram apenas 13 anos de convivência física, mas suficientes para fincar as lições mais importantes da vida. Exemplo de amor ao próximo, integridade e honestidade, ainda hoje lembrados por todos que tiveram o privilégio de sua convivência. Se eu conseguir ser para minha filha, 1/10 do pai que você foi para mim, certamente sairei vitorioso nesta difícil tarefa de educar um filho. A dor imensurável da sua partida, só é amenizada pela lembrança eterna do seu sorriso, amor, carinho e segurança passados com a maior serenidade, típica do seu jeito de ser. Obrigado por tudo, tenho certeza que aí em cima, você continua olhando por mim. Todas as minhas vitórias são suas. Te amo!

A minha amada filha Natália, minha princesa. Minha vida virou um eterno conto de fadas desde a sua chegada. Realmente, o significado da palavra amor só se aprende após a dádiva da paternidade. Obrigado por cada palavra, cada gesto, cada carinho, cada "eu te amo papai". Desculpe-me os momentos de ausência, a falta de compreensão quando querias entrar no quarto em que eu estava trancado redigindo esta dissertação e você só queria me dar um abraço. Minha princesinha (Aurora, Branca de Neve, Cinderela, Jasmine), vou fazer o máximo, me esforçar ao extremo, para que sua vida seja igual aos livros que lemos juntos. Que todos sejam: "felizes para sempre".

A minha loirinha, minha melhor amiga, minha *chef*, minha esposa, o grande amor da minha vida, Eveline. Obrigado pelo companheirismo, pela compreensão, pelo incentivo, pela mão amiga nos momentos de aflição. Desculpe-me as privações, os muitos dias (e não foram poucos) de mal humor, principalmente quando os prazos para as entregas das monografias estavam findando. Obrigado por ser você. Sem você ao meu lado, eu nada conquistaria.

A minha mãe Neudja, por ter feito as funções de pai e mãe. Pelas lições de vida, por me mostrar o que é certo e o que é errado. Esta conquista também é sua!

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha. É um verdadeiro privilégio ser seu orientando e nestes dois anos de convivência certamente aprendi mais sobre processo do que na minha vida inteira. Obrigado por tudo.

Aos meus professores do mestrado pelas valorosas lições, fazendo-me refletir sobre o verdadeiro significado e aplicação da ciência processual.

Aos meus colegas do mestrado, pela convivência diária, pelo aprendizado nos seminários e pela cumplicidade nos momentos de angústia e de felicidade.

Aos meus amigos Marco Aurélio Peixoto e Leonardo Moreira e demais colegas professores da Faculdade Marista do Recife e da Faculdade Estácio do Recife, pela amizade, pelo incentivo e pelos debates que certamente contribuiram para o enriquecimento do presente trabalho.

A minha cunhada Isabela Ferreira Lima e ao meu amigo José Pandolfi Neto, pelo incentivo, pela compreensão e por ter suprido com toda a competência a minha ausência do escritório.

Ao Desembargador Eduardo Sertório, pelo incentivo, pelos livros emprestados, pela ideias trocadas e as valorosas lições que aprendo diariamente, enxergado na sua pessoa o exemplo a ser seguido na magistratura.

Aos meus colegas de gabinete, pelo carinho, pelo incentivo e pela compreensão nas minhas ausências forçadas, não deixando a produtividade cair, mesmo sem a minha contribuição.

Ao meu concunhado e amigo-irmão Fernando Alves, pelo incentivo, pela amizade, pelos livros dados, pela preocupação e pelo carinho.

Aos meus sogros Walfredo Ferreira Lima e Ivania Guedes Ferreira Lima e minha cunhada Roberta Ferreira Lima, pelo carinho, incentivo e compreensão nos momentos de dificuldades.

Aos meus alunos pela troca de experiências diárias, pela paciência quando me empolgava para falar sobre as demandas de massa e o incidente de resolução de demandas repetitivas na aula de resposta do réu, ou de rito sumário, por exemplo. Pelo carinho, incentivo e compreensão.

RESUMO

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste numa inovação trazida no anteprojeto do novo código de processo civil. Segundo previsão legal, o novel instituto objetiva identificar demandas de massa com idêntica questão de direito que possam repetir-se ilimitadamente perante os tribunais pátrios. Identificadas tais causas, fugindo da tradição individual de cada uma ser submetida a um procedimento individual de julgamento, a solução será apresentada de forma coletivizada onde a decisão prolatada pelo órgão jurisdicional será aplicada para todas as demais demandas repetitivas. Através de um procedimento instaurado diretamente no segundo grau, os legitimados ou o magistrado de ofício, requererão a afetação do processo ao procedimento de julgamento repetitivo cuja competência pertencerá a um órgão especial do Tribunal, e, uma vez admitindo o procedimento, os demais processos idênticos, serão suspensos até o julgamento, pelo Tribunal, da matéria de direito objeto da controvérsia. Pronunciando-se o Tribunal, a decisão dada naquele caso em concreto servirá para todos os demais casos com a mesma controvérsia jurídica. A decisão dada pelo Tribunal vinculará todos os magistrados monocráticos que decidirão no mesmo sentido para todos os processos até então suspensos, bem como, toda vez que a questão se repetir no judiciário. Tal procedimento objetiva minimizar o enorme quantitativo de processos repetitivos, julgados caso a caso em todo o judiciário, possibilitando uma maior economia de tempo aos magistrados para debruçarem-se sobre questões específicas ou de grande complexidade merecedoras de tratamento individual. O estudo a ser desenvolvido no presente trabalho pretende identificar o fenômeno da litigiosidade de massa e verificar a insuficiência do processo individual e coletivo para enfrentá-lo. Posteriormente será feito um estudo sobre uma nova visão do devido processo legal no fenômeno das demandas de massa e a aplicação do precedente jurisprudencial no direito brasileiro devido a proximidade do nosso sistema com o *common law*. Por fim, será analisado o novel incidente e as técnicas de julgamento em grupo por ele introduzidas.

Palavras-chave: Demandas de massa; Incidente de resolução de demandas repetitivas; Projeto do novo CPC.

ABSTRACT

The incident of repetitive demands resolution is an innovation introduced in the draft of the new code of civil procedure. According to legal provision, that institute aims to identify demands of mass with identical question of law that can be repeated indefinitely before patriotic courts. Identified these causes, fleeing the individual tradition of each undergo a procedure of individual judgment, the solution will be presented in a collectivizedly where the decision handed down by the court will apply to all other demands repetitive. Through a procedure initiated directly in the second degree, legitimate or magistrate office, require the affectation of the case to repetitive prosecution whose jurisdiction belong to a special organ of the Court, and, once admitting the procedure, other similar cases will be suspended until the judgment by the Court, of the matter of law in dispute. Speaking the Court, the decision given in that particular case will serve for all other cases with the same legal controversy. The decision given by the Court, will bind all monocratic magistrates who will decide in the same direction for all cases so far suspended as well, whenever the question is repeated in the judiciary. This procedure aims to minimize the enormous quantity of repetitive processes, judged on a case throughout the judiciary, allowing greater saving time to the magistrates in order to address it on specific issues or complexity worthy of individual treatment. The study to be done aims to identify the phenomenon of mass litigation and verify the failure of the individually and collectively process in order to address it. Later, we will study about a new vision of this process in the phenomenon of mass demands and application of precedent in Brazilian law because of the proximity of our system with the common law. Finally, we will analyze the incident and novel techniques in trial group he made.

Key Words: Demands of mass; incident of repetitive demands resolution; Draft of new CPC

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O FENÔMENO DAS CAUSAS REPETITIVAS	12
2.1 A legislação processual e sua vocação tradicional para as causas individuais	12
2.2 Os problemas de massa na sociedade contemporânea	14
2.3 O regime processual das causas coletivas	16
2.4 A multiplicação de causas repetitivas. Definição do que sejam causas repetitivas.....	18
2.5 Insuficiência das demandas individuais e das coletivas para solução de questões repetitivas	21
2.6 A necessidade de um incidente processual para as causas repetitivas.....	25
3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA AS CAUSAS REPETITIVAS	28
3.1 Normas adequadas a regular as causas repetitivas	28
3.2 A isonomia e a uniformidade jurisprudencial como vetores para a disciplina das causas repetitivas.....	33
3.3 A experiência em alguns países estrangeiros	36
3.3.1 O <i>Musterverfahren</i> do direito alemão	37
3.3.2 A agregação das causas no direito português.....	38
3.3.3 As Group Litigation Orders - GLO	41
4 OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O REGIME DAS CAUSAS REPETITIVAS	43
4.1 Os precedentes jurisprudenciais e sua importância para o regime das causas repetitivas	43
4.2 Precedentes e jurisprudência	45
4.2.1 A jurisprudência.....	46
4.2.2 O Precedente.....	49
4.3 Elementos do precedente. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	57
4.3.1 A <i>ratio decidendi</i>	57
4.3.2 O <i>obiter dictum</i> ou <i>dictum</i>	63
4.4 Precedentes vinculantes e precedentes persuasivos.....	66
4.5 Aplicação e afastamento dos precedentes. <i>Overruling</i> , <i>overriding</i> e <i>distinguishing</i>	69
4.6 Do posicionamento contrário à aplicação do precedente vinculante	72
4.7 O precedente no Direito Brasileiro	80
4.7.1 A eficácia vinculante das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF.....	81
4.7.2 As súmulas e a súmula vinculante do STF	83
4.7.3 A repercussão geral no recurso extraordinário.....	91
4.7.4 O dever constitucional do STJ de uniformizar a jurisprudência do país e o julgamento dos recursos especiais repetitivos.....	96
4.7.5 O precedente nas instâncias ordinárias. Os poderes do relator no art. 557 do CPC e o julgamento liminar de improcedência no art. 285-A do CPC.....	102
4.7.5.1 O artigo 285-A do CPC. O julgamento liminar de improcedência.....	108
5 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO NOVO CPC	111
5.1 Noção geral.....	111
5.2 Requisitos para a admissão do incidente	114
5.3 Momento de instauração.....	117
5.4 Legitimidade para postular a instauração do incidente.....	119
5.5 Divulgação e publicidade do incidente.....	126
5.6 Contraditório e participação de <i>amicus curiae</i>	127
5.7 Competência para admitir, processar e julgar o incidente	129

5.8 Procedimento e julgamento do incidente	130
5.8.1 Uma melhor previsão para o procedimento	133
5.9 Recursos no incidente	134
5.10 Consequências do julgamento do incidente	136
5.10.1 Vinculação a casos pendentes e a casos futuros.....	136
5.10.2 A improcedência liminar	140
5.10.3 A tutela antecipada de evidência	141
5.10.4 A reclamação constitucional	142
5.10.5 O abuso do processo nas demandas ajuizadas posteriormente ao julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas	145
6 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive a euforia do advento de um novo Código de Processo Civil. Esta euforia não é apenas vivenciada pelos juristas e operadores do Direito, mas, acima de tudo, pela sociedade brasileira que aposta neste novel diploma como uma das ferramentas para se alcançar o desejado processo com efetividade e duração razoável. O Judiciário brasileiro atualmente encontra certa desconfiança por parte da população diante do tempo despendido para a solução dos litígios. Os fatores que contribuem para um processo custoso e moroso são vários, dentre os quais se identifica o fenômeno da litigiosidade de massa.

Principalmente a partir da década de 1990, o crescente número de litígios levou o Poder Judiciário a um completo abarrotamento de processos a serem julgados em todas as instâncias com crescentes taxas de congestionamentos. Esta situação levou o Poder Judiciário a gozar de certo descrédito perante a população.

A legislação processual atual é da década de 1970, com foco nos conflitos individuais, sem prever, originariamente, qualquer instrumento hábil a municiar o magistrado para enfrentar o fenômeno das demandas repetitivas. No mesmo sentido, embora se situe entre as legislações mais modernas do mundo, o processo coletivo brasileiro ainda não se mostrou hábil para enfrentar o problema das demandas de massa.

Ao longo dos anos, o atual Código de Processo Civil (CPC) sofreu várias mudanças, e, nestas, reformas foram paulatinamente introduzindo técnicas de julgamento massificado dos litígios, principalmente na esfera recursal, com o advento da repercussão geral ao recurso especial e o julgamento dos recursos especiais repetitivos. O juiz monocrático também foi municiado com a técnica do julgamento liminar de improcedência previsto no art. 285-A do vigente CPC. Ao relator dos tribunais, há a possibilidade de julgamento monocrático através do art. 557 do mesmo diploma. Com a introdução de tais ferramentas, o direito processual brasileiro, passa a adotar técnicas de aplicação dos precedentes, aproximando-se, em demasia do sistema *common law*.

Embora tais ferramentas prestem sua contribuição para minimizar os efeitos da litigiosidade de massa, a taxa de congestionamento dos recursos no primeiro grau de jurisdição ainda é muito alta e precisa de uma ferramenta que possa trazer um julgamento coletivizado para as questões múltiplas que se encontram espalhadas perante todo o Judiciário à espera de um resultado individual.

O fenômeno em comento, além a abarrotar o Judiciário e contribuir para uma prestação jurisdicional morosa, causa outro efeito, tão nefasto quanto: a insegurança jurídica.

Com efeito, a existência de demandas múltiplas que tratam da mesma tese jurídica, espalhadas em de todo o país, eleva consideravelmente a probabilidade de decisões antagônicas sobre a mesma tese jurídica. Situação como esta atenta contra o princípio da isonomia, ao mesmo tempo em que iguais estão recebendo tratamento diferenciado do Judiciário e, conseqüentemente, gera insegurança jurídica ao sistema e descrédito ao Poder.

Dentre as linhas principiológicas que nortearam a comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, visualiza-se claramente a preocupação com o fenômeno da litigiosidade de massa e as suas conseqüências, prevendo o incidente de resolução de demandas repetitivas, ferramenta até então inédita no país inspirada no direto germânico, no procedimento denominado *musterverfahren*.

A técnica de julgamento coletivo introduzida pelo incidente de resolução de demandas repetitivas desenvolve-se perante um tribunal ordinário (Tribunais de Justiças dos Estados, Distrito Federal e Territórios ou Tribunais Regionais Federais). Busca-se entre os processos em tramitação no primeiro grau de jurisdição um “processo-piloto” que seja afetado pelo julgamento coletivo no respectivo tribunal, e todos os demais feitos idênticos têm o seu processamento suspenso, aguardando a decisão do tribunal a respeito da questão jurídica em análise. Admitido e julgado o incidente pelo tribunal, a decisão por ele proferida possui efeito vinculante sobre o próprio tribunal e todos os juízes monocráticos a ele subordinados. Esta nova técnica de julgamento e sua contribuição para minimizar os efeitos do fenômeno da litigiosidade de massas são a justificativa para o presente estudo.

Para tanto, no segundo capítulo será abordada a tradição jurídica do vigente CPC para o enfrentamento dos conflitos individuais, bem como, será verificado se o processo coletivo não se apresentaria como o instrumento hábil para enfrentar o fenômeno da litigiosidade de massa. Identificado o referido fenômeno na sociedade brasileira, ainda neste capítulo, há uma tentativa de se chegar a uma definição sobre o que é demanda de massa e quais são as suas principais características. Por fim, busca-se responder: seria o incidente de resolução de demandas repetitivas uma ferramenta necessária para o enfrentamento do fenômeno? O capítulo procura analisar o surgimento do fenômeno e verificar se o processo individual e coletivo encontra-se apto para enfrentá-lo.

Considerando que as demandas repetitivas reúnem características específicas, o terceiro capítulo tratou exclusivamente de verificar as normas procedimentais a serem aplicadas, identificando-se a necessidade de um devido processo legal para as demandas de massa. Ainda dentro deste contexto, será trabalhada a insegurança jurídica do sistema e a violação do princípio da isonomia quando se depara, no judiciário, com decisões divergentes

sobre questões que cuidam da mesma tese jurídica, situação esta maximizada com as ações repetitivas. Por fim, será estudada a experiência de alguns países com o julgamento coletivo das demandas de massa.

O incidente de resolução de demandas repetitivas produz um resultado interessante ao sistema que é o efeito vinculante das decisões proferidas pelo tribunal a ele próprio e aos juízes monocráticos. Este efeito vinculante não é novidade em nosso país. Várias ferramentas processuais já trazem em seu contexto a obrigatoriedade de observância do precedente. Mas será que o precedente vinculante no Brasil têm encontrado na doutrina e nos operadores do direito a sua aplicação de acordo com a teoria do *stare decisis* do sistema *common Law*?

Assim, o quarto capítulo cuidará de estudar o fenômeno do precedente já identificado há muito em nosso ordenamento, aproximando o nosso sistema jurídico de raízes fincadas no *civil law* ao sistema do *common law*. Inicialmente será feita uma breve distinção entre os termos jurisprudência e precedente e, quanto a este último, diferenciá-lo quando se caracteriza como vinculante e persuasivo. Depois será feito um minucioso estudo sobre os elementos que constituem o precedente, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* e as técnicas de aplicação e afastamento dos precedentes, quais sejam, o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding*. O estudo será focado na doutrina do *stare decisis* pois os institutos em destaque a ela pertencem. Todavia, será traçado um paralelo com a aplicação de tais técnicas junto ao precedente existente no Direito Brasileiro. A polêmica do precedente vinculante ainda paira em nossa doutrina. Por tais razões, no referido capítulo, serão expostos os argumentos contrários à aplicação da teoria do *stare decisis* no Direito Brasileiro. Por fim, o capítulo fará uma sucinta análise sobre os precedentes vinculantes já existentes no Direito Processual Civil Brasileiro.

No quinto capítulo será estudado o incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil, ainda em discussão no Congresso Nacional. O incidente conforme procedimento previsto no projeto do novo Código de Processo Civil contribuirá para o enfrentamento do fenômeno da litigiosidade de massa? Para se chegar a esta resposta será estudado todo o procedimento, destacando-se a legitimidade e o momento para sua instauração, a necessidade de divulgação e publicidade do incidente, a realização do contraditório e a importante participação do *amicus curiae*, a competência do órgão jurisdicional para o julgamento do incidente, o julgamento do incidente no tribunal e os recursos cabíveis. Por fim, será analisado o ponto basilar do incidente que é o seu efeito vinculante e as consequências geradas a partir daí, quais sejam, a vinculação a casos pendentes e futuros, a possibilidade de julgamento liminar de improcedência para as

demandas que se repitam, bem como a possibilidade de concessão de tutela antecipada de evidência e a reclamação, caso o precedente não seja respeitado.

A presente pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico em livros, artigos de periódicos e material disponibilizado na rede mundial de computadores, fazendo-se ressalva para a escassa bibliografia específica sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, pois trata-se de um instituto processual com sua aplicação condicionada à aprovação do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.

2 O FENÔMENO DAS CAUSAS REPETITIVAS

2.1 A legislação processual e sua vocação tradicional para as causas individuais

O processo civil brasileiro é tradicionalmente individual. Desde a mais remota legislação processual sempre se identificou um processo formal proporcionando às partes exporem suas alegações perante o Estado na busca da composição do litígio.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 1973 recebeu a herança científica de Enrico Tullio Liebman que, ao fixar residência no Brasil na década de 1940, teve como um dos seus grandes discípulos Alfredo Buzaid, criando em São Paulo a Escola Paulista de Direito Processual.

O diploma processual brasileiro teve como fonte de inspiração os códigos de processo da Alemanha, Itália e Portugal, sendo pertinente destacar duas características básicas: o rigor técnico-científico e a visão liberal individualista.

Ainda mais, quando o processo se traduz no instrumento pelo qual se exerce o direito de ação, direito este que se encontra diretamente correlacionado ao direito material, quase sempre de desenvolvimento individual entre os jurisdicionados. O reflexo destas relações individuais não seria outro senão um processo individual, voltado para a composição específica de cada litígio levado à apreciação do Estado-Juiz.

Na visão de Ovídio Baptista da Silva e de Fábio Gomes:

O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda sua riqueza existencial e histórica, e, mesmo admitindo que se descreva como sistema, como é próprio das ciências explicativas, que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras de validade universal, sua vocação natural orienta-o para a compreensão do fenômeno humano, que será sempre situado historicamente. Esta peculiaridade, comum de todo fenômeno jurídico, mostra-se ainda mais visível quando se trata de direito processual, dado que este ramo da ciência jurídica tem de tratar, necessariamente, de casos individuais, onde a construção de regras gerais mostrar-se-á sempre uma tarefa limitada e precária¹.

Esta individualidade da ciência processual encontra-se traduzida na rigidez da forma, na linguagem escrita, na incidência do princípio dispositivo e da igualdade formal amplamente presentes e divulgados no processo civil brasileiro.

Todavia, esta cultura processual voltada tão somente para um instrumento onde as partes veiculam pretensão (autor) e resistência (réu) para posterior solução do juiz, em algumas situações revela-se desarrazoada diante da complexidade das relações que podem

¹ SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 11.

envolver indivíduos indeterminados ou indetermináveis na tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para o enfrentamento dessas questões o processo individual não se mostra adequado, bem como, os seus institutos muitas vezes podem ir de encontro a peculiaridades deste processo coletivo. Basta isolar uma peculiaridade entre várias, para concluir que o processo individual do CPC não dá azo à tutela dos interesses coletivos. Esta assertiva pode ser esclarecida quando se observa a regra prevista no art. 6º do CPC ao estabelecer que “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Trata o código neste texto da legitimidade das partes para postular pretensões no processo. A legitimidade (ativa e passiva) encontra-se diretamente relacionada à participação do indivíduo na relação de direito material, podendo-se extrair da regra a seguinte projeção: quem faz parte da relação de direito material é parte legítima para figurar na relação processual. Portanto, ninguém, pode ir a juízo pleitear em nome próprio direito que não lhe pertença.

Aplicando tal regra na tutela dos interesses coletivos exigir-se-ia que todos aqueles envolvidos numa relação coletiva se unam para o ajuizamento de determinada demanda, pois ninguém pode ir ao judiciário pleitear direito que não lhe pertença. Trazer esta exigência característica do processo individual ao processo coletivo seria simplesmente inviabilizar o direito de ação, posto que, muitas vezes, os indivíduos envolvidos na relação litigiosa coletiva sequer podem ser identificados.

A legitimidade individual no CPC não pode ser aplicada ao processo coletivo. Esta situação atrelada a outras que aqui poderiam ser abordadas – mas exauri-las fugiria à temática proposta no presente trabalho – levaram o legislador a enfrentar o problema da representação em juízo dos interesses coletivos. Problema este que é alertado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth e identificado na segunda onda de acesso à justiça. Segundo os autores, a representação dos interesses difusos despertou a necessidade de reflexão sobre tradicionais noções básicas do processo civil e o papel dos tribunais. Isso porque, o processo civil é tradicionalmente individual, visto apenas como um assunto entre duas partes e direitos que pertençam a um grupo ou ao público em geral não se enquadra nesta ótica. A proteção destes interesses demandou uma transformação do papel do juiz no processo e de conceitos básicos como “citação” e o “direito de ser ouvido”, pois nem todos os titulares desses direitos difusos irão comparecer em juízo. Este contexto levou à identificação de um representante processual adequado para a representação dos indivíduos envolvidos nestas relações coletivas, e, de igual

modo, afetou a noção tradicional de coisa julgada que precisou ser modificada para possibilitar a proteção judicial dos interesses difusos².

Seguindo esta onda de reforma processual sugerida por Cappelletti e Garth, o legislador brasileiro, a partir do ano de 1985, introduziu uma série de instrumentos normativos até então inéditos no direito processual brasileiro, objetivando nas lições de Teori Albino Zavascki: “(a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada”³. A promulgação da Lei 7.347, de 24/07/85 que disciplinou “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico”; a Lei 7.853, de 24/10/89 que dispõe sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência; a Lei 8.078, de 11/09/90 que disciplinou sobre o Código de Defesa do Consumidor; a Lei 8.429, de 02/06/92 que disciplinou a probidade na administração pública entre outras, são exemplos de ações governamentais destinadas à necessidade de tutela dos direitos coletivos fora do contexto individual do processo contido no CPC.

Identificada nova sistemática processual para os interesses coletivos, outra preocupação encontra-se posta na realidade do Judiciário brasileiro: o fenômeno da litigiosidade de massa. O surgimento do processo coletivo ocorreu em razão do surgimento da litigiosidade de massa, todavia, diante da insuficiência prática do processo coletivo, conforme restará abaixo demonstrado, as demandas de massa continuam avolumando-se, fator este que leva à reflexão sobre um regime processual para enfrentar o fenômeno das demandas repetitivas, com objetivo de racionalizar seu processamento e julgamento.

2.2 Os problemas de massa na sociedade contemporânea

O fenômeno do litígio em massa encontra-se diretamente relacionado ao fenômeno das relações de direito material também massificada. Quanto mais evoluída se apresenta uma sociedade, mais os indivíduos se inter-relacionam e encontram uma oferta muito maior de bens. Não é preciso fazer uma grande digressão para identificar como uma relação de direito material que antes era pactuada individualmente, hoje ganha contornos de massificação.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 49.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19.

Basta identificar uma simples relação de empréstimo perante uma instituição financeira. Antes as pessoas se dirigiam até o Banco, conversavam com o gerente de sua confiança e após longas tratativas chegavam a um acordo, podendo pactuar livremente as cláusulas contratuais. Hoje, o crédito é ofertado amplamente, com intensa divulgação nos meios de comunicação e ao alcance de qualquer pessoa, bastando uma simples ida a um caixa eletrônico ou um simples “clique” na rede mundial de computadores celebra-se eletronicamente um negócio jurídico de adesão.

A intensidade e a velocidade com que as relações de direito material se desenvolvem, atreladas à possibilidade da celebração de negócios envolvendo um quantitativo considerado de pessoas faz jungir um fenômeno no campo do direito processual. A massificação das relações de direito material acarreta a massificação dos litígios.

A revolução industrial potencializou o processo de massificação ao desenvolver tecnologia de padronização de bens. Este fenômeno atrelado à industrialização, à produção em série, à urbanização e ao capitalismo contribuíram para a realidade que hodiernamente se apresenta: direitos pertencentes à massa de pessoas. Junte-se a isso outro ingrediente: a economia de escala. Nesta, o ganho do empreendedor encontra-se justamente no conjunto de operações. A exploração individual da atividade econômica mostra-se irrelevante. Ela só se torna viável e conseqüentemente lucrativa quanto mais ampla for a exploração daquele segmento de produto ou de serviço. Basta atentar para uma empresa que explora os serviços de telefonia móvel, por exemplo. Para tanto, minimizam-se os custos a qualquer preço para maximizar os lucros. Este fenômeno passa a ser observado no Brasil, principalmente com os processos de privatizações de exploração de bens e serviços iniciado no governo de Fernando Henrique Cardoso, onde bens e serviços que eram de monopólio de Estado e certamente não explorados com eficiência pelas dificuldades inerentes do setor público, ao passar para a iniciativa privada, pela voracidade do capitalismo, tiveram de ser exploradas em grande escala. Esta economia de escala gerou grande impacto social ao massificar o acesso à população de bens e serviços. Tal fenômeno social, via reflexa, acarreta a geração de conflitos com consequência direta no aumento de demandas perante o judiciário⁴.

O fenômeno da massificação ocasionou transformações em diversos campos, também refletindo na seara jurídica, despertando a necessidade de uma forma diferente da individual para a solução do conflito. A partir deste momento, se desperta para a necessidade de um

⁴ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-34.

processo que tenha a responsabilidade de tutelar interesses que ultrapassem a seara do individualismo.

O Código de Processo Civil marcadamente individual, ostenta rigidez formalista e se apresenta inapropriado para tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não é por outra razão, que, em atenção a esta necessidade, foi editada a Lei 4.717/1965 que disciplina a ação popular, a Lei 7.347/1985 disciplina a ação civil pública, a Lei 8.429/1992 disciplina a ação de improbidade administrativa e a Lei 12.016/2009 regulamenta o mandado de segurança coletivo. Verifica-se, portanto, a existência de um sistema processual paralelo, compreendido pelo conjunto das leis ora transcritas cujo objetivo é justamente tutelar as ações coletivas⁵.

Mesmo com a criação das mencionadas leis, o fenômeno da multiplicação das demandas não diminuiu, revelando-se, pelo contrário, que o sistema das causas coletivas não se apresenta apropriado para solucionar o problema.

Como esclarece Leonardo Carneiro da Cunha:

As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muito dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma das milhares de demandas propostas a respeito do tema. Com efeito, não é raro uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passa, a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito⁶.

Desta feita, levando em consideração que o processo individual e o coletivo não se apresentam indicados para o enfrentamento do fenômeno da litigiosidade em massa, é preciso refletir sobre regras processuais específicas para as causas repetitivas.

2.3 O regime processual das causas coletivas

Diante dos pontos indicados nos tópicos anteriores, é imperioso fixar uma premissa: o processo individual não se mostra suficiente para acompanhar a evolução da litigiosidade na sociedade moderna. Quanto mais evoluída uma sociedade mais complexa é a relação entre os seus sujeitos fugindo muitas vezes da esfera individual.

Premissas estabelecidas no processo individual não acompanham as situações coletivas. Basta identificar, por exemplo, situação litigiosa decorrente de uma poluição ambiental na água de determinada cidade. Os legitimados, que coincidem com a própria

⁵CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 193, p. 139-173, mar. 2010.

⁶*Ibidem*, p. 142.

população atingida, certamente não se reunirão na totalidade para a formação de uma relação litisconsorcial ativa. Ao se exigir a presença no processo de todos aqueles atingidos pelo dano ambiental, certamente, cria-se um óbice intransponível do acesso à justiça. Tal premissa é fixada com base no disposto no art. 6º do CPC segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Não é por outra razão que Cappelletti e Bryant Garth afirmam:

A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinavam à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadram bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares⁷.

No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki alerta:

Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (CPC, art. 6º.). Não se previu, ali, instrumento para tutela coletiva de direitos difusos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, §único). Não se previu, igualmente, instrumentos para tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados “interesses difusos e coletivos”⁸.

No intuito de proporcionar a tutela a estes interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos surge o processo coletivo, com suas características, princípios, doutrina e jurisprudência próprios, reunindo todos os elementos de uma ciência processual autônoma.

Sua origem histórica remonta do século XVII, na Inglaterra, onde os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) possibilitavam o *Bill of peace*, autorizando determinadas pessoas ou grupos de pessoas atuarem em nome próprio na defesa de direitos que pertenciam a toda a coletividade. Surge a ação de classe (*class action*)⁹.

No Brasil, a partir do advento da ação popular, o sistema processual civil é contemplado com instrumentos processuais destinados a solução dos conflitos coletivos, bem como daqueles conflitos que não surgem de uma relação intersubjetiva, mas sim de um verdadeiro “choque” legislativo, quando, por exemplo, se aponta a inconstitucionalidade de determinada norma. As ações de controle concentrado de constitucionalidade inserem-se neste rol.

⁷ CAPPELLETTI e GARTH, *Op. Cit.*, 2002, p. 50.

⁸ ZAVASCKI, *Op. Cit.*, 2006, p. 17-18.

⁹ *Ibidem*, p. 29.

A ação civil pública, a ação popular, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e as ações de controle concentrado de constitucionalidade são importantes ferramentas para tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estes últimos, introduzidos com o Código de Defesa do Consumidor, já na década de 1990.

2.4 A multiplicação de causas repetitivas. Definição do que sejam causas repetitivas

Considerando que o presente trabalho tem como intuito estudar o fenômeno das demandas de massa e verificar sobre a necessidade de um regime processual próprio para tutelá-lo, é imprescindível a identificação e a conceituação do que venha a se configurar como causas repetitivas.

Afirma Antônio Adonias, sobre as demandas repetitivas:

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. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares entre si, embora não consistam num só vínculo. Podem-se tomar os exemplos de processo 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 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 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. Tampouco se trata da comunhão de direitos (ex. como as dos devedores solidários em relação ao devedor comum) ou de obrigações (ex. como os dos devedores solidários em relação ao mesmo credor) relativamente à lide, nos termos do art. 46, I do CPC. 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 semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos de adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo. 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 mera afinidade¹⁰.

Nota-se claramente que a definição das demandas de massa não passa pela análise dos elementos subjetivos do processo (partes). Não interessa para a verificação do fenômeno, quem são as partes envolvidas no conflito.

¹⁰ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 186, p. 87-106, ago. 2010.

Em relação aos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) identifica-se a existência de similitude no que diz respeito à questão de fato ou de direito em discussão, embora, conforme ressaltado acima, não correspondem a mesma causa de pedir, mais sim, a causas de pedir semelhantes. Acresça-se a isso a predisposição para a massificação, ou seja, a possibilidade de apresentação em larga escala perante o Poder Judiciário, pois o direito material em litígio atinge um número considerável de pessoas que possuem relações similares. Geralmente esta massificação encontra-se encampada no direito tributário, previdenciário, consumidor, entre outros, visto que as normas de condutas disciplinadas nestes ramos do direito atingem a um grande grupo de pessoas.

É o exemplo recente do ajuizamento aos milhões de demandas objetivando cobrança dos expurgos inflacionários não repassados pelas instituições bancárias aos titulares de cadernetas de poupança no período de alta inflação e que foram implantados planos econômicos em governos passados.

Não há qualquer identidade em relação aos sujeitos das demandas tão pouco no tocante à causa de pedir, visto que, cada um dos sujeitos envolvidos no litígio tem a sua relação jurídica individualizada. Os pedidos, também não são os mesmos, pois cada um tem um valor específico a buscar. Apenas em relação às partes, é importante salientar uma característica comum dos litígios de massa, qual seja a figura do litigante habitual. Nesta expressão encontram-se compreendidos os indivíduos que possuem um contato em larga escala com o judiciário, ao contrário dos litigantes eventuais que tem contato pouco frequente¹¹. Portanto, é comum várias ações ajuizadas contra planos de saúde, ou contra instituições bancárias ou o mesmo ente fazendário.

A semelhança encontra-se no plano abstrato, na tese jurídica a ser apreciada perante o Judiciário, que corresponde exatamente à mesma. Exemplificando: os correntistas têm ou não direito ao ressarcimento dos aludidos expurgos inflacionários?

Analisando na seara do processo individual, tal fenômeno não ocasionaria qualquer preocupação em ser solucionado um a um na esfera judiciária, pois se cada caso é um caso, encontra-se dentro da principiologia da própria ciência do direito, que por ser norteadada pela interpretação, convive pacificamente com a possibilidade de se encontrar decisões divergentes.

Todavia, visualizando-se o fenômeno da massificação se desperta para uma problemática muito maior. De imediato, verifica-se o consumo excessivo das atividades do

¹¹ CAPPELLETTI e GARTH, *Op. Cit.*, 2002, p. 25.

Judiciário ao analisar reiteradamente a mesma tese jurídica submetida à sua apreciação. Abarrotam-se os cartórios judiciais, as pautas de audiência dos magistrados, os processos conclusos para despacho e sentença, bem como toda a via recursal. Há um consumo excessivo com material de expediente, servidores, magistrados, etc. Via reflexa, no tocante aos litígios individuais que merecem uma análise artesanal pelo magistrado, certamente serão contaminados por um atraso excessivo, visto que, são colocados em uma vala comum. Esta situação coloca em xeque a própria atividade judiciária, e acarreta ofensa aos princípios da economia, celeridade e duração razoável do processo.

Por outro lado, considerando que esta litigiosidade em massa proporciona uma maior divulgação de informações para o jurisdicionado, geralmente noticiado pela própria imprensa, fica cada vez mais difícil conviver com decisões divergentes. Para o leigo, como justificar que alguém que tinha caderneta de poupança na mesma época que ele vai receber dinheiro do banco e ele não? A segurança jurídica e a isonomia certamente restarão prejudicadas.

Neste sentido, importante transcrever o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

É preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, *o princípio da isonomia*. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação. Daí resulta ser imperioso envidar ingentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudenciais, pois não se deve admitir que alguém na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida. Repugna ao senso comum deparar-se com situações como essa, em que determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido, ainda mais quando se trata de *demandas de massa*, em que a situação dos interessados revela-se absolutamente idêntica¹².

Por tais razões, justifica-se mais uma vez, a necessidade da análise em bloco destas demandas de massa, no intuito de proporcionar menos consumo dos atos jurisdicionais e acima de tudo, a possibilidade de se encontrar uma solução padrão para todas as causas, enaltecendo a força do precedente. Não é por outra razão, que o projeto do novo Código de Processo Civil prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas cuja sistemática, conforme será analisada mais adiante, é justamente trazer uma economia de esforços para o judiciário. Através do incidente, as demandas repetitivas em tramitação ficarão suspensas na primeira instância aguardando o julgamento daquele que provocou a instauração do incidente no tribunal. E quando o tribunal pronunciar-se sobre determinada solução, seu julgamento

¹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 179, p. 139-173, jan. 2010.

vinculará todos os juízes de primeiro grau, proporcionando economia, celeridade ao sistema e acima de tudo segurança jurídica e isonomia.

2.5 Insuficiência das demandas individuais e das coletivas para solução de questões repetitivas

Pelo caráter individualista norteador das demandas individuais, ressuma patente, a sua ineficácia para solucionar as demandas de massa. A análise de caso a caso inviabiliza o Judiciário e é um dos fatores geradores da sua morosidade, não o único, mas contribui significativamente.

O processo coletivo poderia se apresentar como uma solução para a resolução das questões repetitivas, todavia, podem-se apontar algumas situações que afastam a sua aplicabilidade prática no que diz respeito à solução das demandas de massa. Não é por outra razão que, mesmo dotado de um regime jurídico próprio para tutelar as ações que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as demandas individuais repetitivas continuam a existir e se multiplicar a cada dia.

O sistema processual coletivo foi concebido para desestimular o ajuizamento de demandas individuais à Justiça, até porque, a tutela judicial pretendida é *molecular*, objetivando exatamente contrapor-se a atomização do conflito em múltiplas demandas, levando sempre em consideração o acesso à justiça que merece atualmente uma releitura, não podendo mais ser visto como um incentivo à litigância exacerbada, pois o excessivo número de demandas individuais desfigura a utilidade do processo coletivo. Todavia, problemas na compreensão deste processo coletivo, principalmente no que diz respeito ao correto equacionamento da litispendência e da coisa julgada, acompanhado do controle da representatividade adequada, fazem com que a tutela coletiva não alcance os seus objetivos¹³.

A primeira questão que pode apontar a inoperância do processo coletivo para a solução das demandas de massa diz respeito aos legitimados. Isto porque a maioria esmagadora das demandas coletivas são ajuizadas pelo Ministério Público e mais recentemente pela Defensoria Pública. Pouco se vê a participação dos demais co-legitimados¹⁴. Deduz-se, portanto, que tais setores ainda se encontram bastante deficitários,

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, mar. 2011.

não podendo abarcar o número considerável de demandas repetitivas que já se encontram no judiciário, nas mais variadas “linhas de atuação”.

Outro óbice é criado pela doutrina e jurisprudência própria do processo coletivo, ao discutir sobre a legitimidade do Ministério Público no ajuizamento de ações coletivas que envolvam direito tributário. O próprio STJ, em recentes julgados, diverge em relação ao reconhecimento desta legitimidade. Sobre tal discussão, transcrevem-se acórdãos paradigmas representativos da controvérsia.

Em sentido favorável:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em vícios no acórdão nem em negativa de prestação jurisdicional, uma vez que todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas.

2. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decism.

3. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo" (Súmula 211/STJ).

4. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula 282/STF).

5. Não há falar em violação aos arts. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, 81 do CDC e 5º, II, a, e III, b, da Lei Complementar 75/93, diante da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública na tutela do patrimônio público em matéria de direito tributário, dada a sua natureza difusa.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1000906/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 26/05/2011)

Por outro lado, defendendo a ilegitimidade do órgão ministerial:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTO DE RENDA.

GASTOS COM EDUCAÇÃO. DEDUÇÃO ILIMITADA. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O STJ possui o entendimento de que o Parquet não possui legitimidade processual para, em Ação Civil Pública, deduzir pretensão relativa a matéria tributária.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1102503/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 02/03/2011)

Importante salientar que o problema não se desenvolve apenas no campo jurisprudencial. O parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85¹⁵, com redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, veda expressamente o ajuizamento de ação civil pública

¹⁵ Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

em matéria tributária e em questões relacionadas a fundos institucionais do tipo FGTS, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Enquanto o judiciário discute a legitimidade ou não do Ministério Público para ajuizamento de determinadas ações coletivas, os direitos difusos e coletivos deixam de ser solucionados, fato este que leva o cidadão a buscar a tutela individual do seu direito, quando a solução já poderia ser apontada no processo coletivo.

Outra dificuldade está na disciplina da eficácia subjetiva da sentença coletiva, visto que seu regime não contribui para que as questões repetitivas julgadas nas ações coletivas não sejam definitivamente solucionadas, pois a eficácia da sentença está condicionada ao resultado favorável ou não (*secundum eventum litis*) aos interesses coletivos. Significa dizer que a eficácia da sentença coletiva poderá beneficiar, mas jamais prejudicar os direitos individuais conforme regra contida nos §§ 1º. e 2º. do art. 103 do CPC.

Com efeito, em relação à eficácia subjetiva da sentença coletiva extrai-se o seguinte fundamento: se a ação coletiva for julgada improcedente após a produção de prova plena e cognição exauriente, outra ação coletiva não poderá ser reproposta. Todavia, considerando que entre esta ação coletiva e demais ações individuais paralelas não há identidade de elementos, poderá o integrante do polo passivo ser demandando em ações individuais propostas por sujeitos que não aderiram ao pleito coletivo. Continuando, se o motivo da improcedência for a insuficiência de prova, não se operará o efeito *erga omnes* (caso dos difusos), nem *ultra partes* (casos dos coletivos em sentido estrito), nos termos do art. 103, incisos I e II do CDC, podendo assim ser ajuizada nova demanda¹⁶. Em qualquer hipótese de improcedência da ação coletiva, podem ser propostas ações individuais¹⁷, esvaziando a pretensão do processo coletivo que é justamente evitar a pulverização de demandas individuais possibilitando a resolução de modo molecular do conflito, conforme já exposto.

Por fim, a limitação territorial da eficácia das decisões proferidas em processo coletivo, introduzida pelo art. 16 da Lei 7.347/85 e pelo art. 2º.-A da Lei 9.494/98, resumindo-a a competência territorial do órgão que proferiu a decisão, mostra-se inadequado diante da proliferação de litígios de massa por todo o território nacional.

Na realidade trata-se de uma atecnia, onde se verifica claramente o baralhamento de noções de competência e jurisdição com a de limites subjetivos, estes sim, o objetivo do citado dispositivo. Ora, se o objetivo da ação coletiva é resolver a lide metaindividual, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva é inerente a este tipo de ação. A previsão

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Op. Cit.*, 2008, p.268-270.

¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, mar. 2011, p.

contida no art. 16 da LACP retira esta efetividade do direito de ação, pois limita os efeitos subjetivos da coisa julgada a território, subtraindo do Poder Judiciário, o poder-dever de dar a providência judicial adequada a este tipo de demanda.¹⁸ Assim, se o Ministério Público de Pernambuco ajuíza uma ação coletiva para declarar a nulidade de certa cláusula contratual leonina prevista em contrato de adesão prestação de serviços de telefonia móvel, o limite subjetivo da coisa julgada dirá respeito tão somente ao Estado de Pernambuco, pois será julgado pelo Poder Judiciário local, embora o contrato seja padrão e aplicado em todo o território nacional. Tal previsão é desarrazoada e vai de encontro com o objetivo do processo coletivo.

Embora se apresente como um importante instrumento para a solução das demandas que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o processo coletivo não se mostrou suficiente para enfrentar, com efetividade, o fenômeno da litigiosidade de massa, daí a necessidade de ser introduzir no sistema processual ferramentas com aplicação específica para o fenômeno, servindo ao sistema como verdadeiro remédio para atingir os “gargalos” criados pelas demandas de massa que abarrotam o Judiciário e provocam movimento contraproducente à efetividade e à duração razoável do processo. Por tais razões, mostra-se imprescindível uma análise do devido processo legal para as demandas dessa natureza.

Segundo Antonio do Passo Cabral, ao se referir ao procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) que inspirou o incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC:

Em tempos de debate doutrinário para a confecção de um Código de Processo Coletivo, poderíamos pensar, *de lege ferenda*, na adoção de um tal procedimento no Brasil. Sempre bom salientar que se trata de mecanismos que devem conviver, e não se sobrepôr: as ações coletivas de formato representativo possuem papel indispensável no cenário nacional, em especial pela desinformação e pobreza que assolam grandes populações em nosso país.

Por outro lado, o esquema das ações de grupo não representativas, além de preservar a higidez de tradicionais garantias processuais, mantém relevante espaço de aplicação em uma série de hipóteses, como nas demandas referentes aos investidores no mercado de capitais, causas em matéria tributária ou em algumas demandas propostas por associações, quando os associados não foram hipossuficientes. Em muitos destes setores, as restrições legais e jurisprudenciais às ações coletivas, ou à legitimidade extraordinária do Ministério Público, p. ex., vêm praticamente fulminando a solução coletiva de problemas comuns, muitos deles sufocando os tribunais de processos absolutamente idênticos.

Uma olhada nestes novos procedimentos já sinaliza para a direção a qual chamamos a atenção do leitor: resolver problemas de massa sem as condições e contorcionismos legislativos das demandas coletivas¹⁹.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Op. Cit.*, 2008, p. 276.

¹⁹ CABRAL, Antonio dos Passos. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 147, p. 122-146, Nov. 2007.

Dáí a necessidade de se identificar um regime especial para tutelar as causas repetitivas, conforme será analisado no tópicu seguinte.

2.6 A necessidade de um incidente processual para as causas repetitivas

Nas considerações acima tecidas verificou-se a necessidade de uma atenção especial para o fenômeno das causas repetitivas, ou seja, restou evidenciada a necessidade de um regime especial próprio que municie o Judiciário para o enfrentamento de tais questões com o tratamento especial que merece, e não, utilizar o processo individual ou coletivo como paliativo para a solução de tais conflitos.

Tratando-se de um conflito individual, único, este sim merece uma solução “artesanal”. Todavia, se o conflito se apresenta em produção “industrial” deve assim também ser solucionado, pois caso contrário, a solução dada pelo Estado-Juiz certamente será acometida de relativo grau de injustiça pela entrega da prestação tardia e muitas vezes sem efetividade.

Neste aspecto, interessante a observação de Leonardo José Carneiro da Cunha:

A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas. Numa sociedade em que se exige celeridade processual, a ponto de constituir princípio constitucional o da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII), é preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o princípio da isonomia²⁰.

Por tais razões, é necessária a criação de mecanismos capazes de enfrentar tal problemática, pois caso contrário, se deparará com um sistema processual defasado sem condições de prestar um serviço decente, útil e efetivo ao jurisdicionado.

Neste aspecto, interessante o posicionamento de Cappelletti e Garth:

Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. Por exemplo, considerem-se as vantagens antes mencionadas que o poderoso litigante organizacional tem frente ao indivíduo. Num primeiro nível, essas vantagens consistem na capacidade de reconhecer um direito, poder custear uma pequena causa, ou utilizar o fórum de forma eficiente para impor um direito ou defendê-lo de ataques. Essas vantagens concretas em casos individuais, as quais, como veremos, podem ser enfrentadas com algum sucesso ao nível individual. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-teste, de modo a assegurar precedentes favoráveis,

²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa. *Revista Dialética de Processo Civil*. São Paulo, n. 39, p. 93-104, jun. 2006.

que serão mais vantajosos em casos individuais; de estruturar as transações de maneira a tirar proveito dessas normas; de controlar o cumprimento de determinada lei, quando seja necessário; de sugerir ou fazer pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis. Mecanismos tais como já discutimos para a proteção de interesses difusos são especialmente apropriados para a abordagem desses problemas. Alguns mecanismos, tais como, a “class action”, podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos duma classe. Muitos importantes remédios, no entanto, tendem a servir apenas a uma ou outra das funções.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque do acesso à justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual²¹.

A solução individualizada de conflitos de massa, não interessa ao Estado, pois gasta muita energia em algo que reiteradamente é posto em discussão, ou ao menos se submete a um procedimento discursivo quando a solução já se encontra previamente concebida pelo Judiciário, pois já apreciou inúmeros casos idênticos e já tem um ponto de vista jurídico sobre a questão. Para aquele que deseja ver o direito reconhecido, de igual modo, a sistemática de um processo individual “artesanal” não lhe apresenta interessante, face ao quantitativo exorbitante de atos processuais que devem ser consumidos, para, só então, ver o seu direito reconhecido pelo Estado-Juiz.

Tal situação, só se mostra interessante para o grande litigante, que se confunde com os entes estatais ou as grandes incorporações, coincidentemente, os maiores litigantes do Judiciário. Isso porque, todo o tramitar de um processo judicial, municiado com o seu poderio econômico de contratar grandes bancas de advocacia que patrocinem seus interesses com a incumbência de apresentar todos os recursos previstos em lei; de tratar cada causa como mais uma causa dentro de centenas, milhares ou milhões contra si ajuizadas, torna-se atraente e verdadeiro instrumento de barganha. Com efeito, a incontestável morosidade do Poder Judiciário, atrelada ao fator tempo que certamente se encontra ao lado dos litigantes habituais, eterniza o processo, fazendo com que o cidadão após anos ou décadas, reste vencido pelo cansaço, pois não podendo esperar, submete-se à vontade dos grandes litigantes celebrando acordos muitas vezes longe de uma autocomposição decente.

O legislador brasileiro depara-se diante de um desafio: o fenômeno da litigiosidade em massa despertando a necessidade de um sistema de regras específicas.

Não se pode olvidar que o processo civil já trouxe significativa contribuição com o advento do julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do CPC), a repercussão geral do recurso extraordinário, o julgamento dos recursos especiais repetitivos, o incidente de

²¹ CAPPELLETTI e GARTH, *Op. Cit.*, 2002, p. 72-73.

uniformização de jurisprudência, a afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (art. 555, §1º. do CPC), o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos juizados especiais cíveis federais, a súmula impeditiva de recursos e a súmula vinculante.

Desperta-se para a necessidade do estudo sobre a força dos precedentes judiciais, pela influência que proporciona ao nosso sistema, diante desta novel sistemática de julgamento, introduzida no processo civil brasileiro a partir dos anos 2000, principalmente com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004 responsável pela introdução da repercussão geral e da súmula vinculante. Por toda alteração na sistemática processual, é indispensável, uma abordagem ao devido processo legal pelas substanciais alterações que certamente destoarão do processo individual.

Interessante ressaltar que o fenômeno da litigiosidade de massa é um fenômeno mundial. Vários sistemas jurídicos enfrentam tal problema e buscam soluções através da implantação de mecanismos jurídicos específicos. É o caso do *Musterverfahren* do direito alemão, a agregação de causas, no direito português e a *acumulación*, no direito espanhol, institutos analisados no capítulo destinado ao estudo do direito comparado.

Dentro deste contexto, embora já existam no ordenamento jurídico brasileiro várias ferramentas processuais, cuja preocupação é justamente as demandas de massa, nosso código ainda carece de uma ferramenta capaz de melhor solucionar estas lides ainda no primeiro grau de jurisdição, possibilitando o julgamento em grupo, com resultado único, com estrita observância a isonomia e vinculando os juízes monocráticos nas demandas em tramitação ou que venha a ser ajuizadas.

O projeto do novo Código de Processo Civil traz a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas que se apresenta como uma importante ferramenta para enfrentar o fenômeno das demandas de massa.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA AS CAUSAS REPETITIVAS

3.1 Normas adequadas a regular as causas repetitivas

O devido processo legal é uma cláusula geral de onde podem extrair-se outros princípios, dentre eles o princípio da adequação. Este princípio pode ser visualizado sobre dois aspectos: o legislativo e o judicial. No primeiro, o legislador, na construção do procedimento, deve levar em consideração as peculiaridades do objeto do processo a que servirá, não só o procedimento, mas a tutela jurisdicional. Isso porque, um procedimento inadequado ao direito material pode importar na negativa da tutela jurisdicional. Já no aspecto judicial, deve o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida²².

Analisado sob o prisma da adequação, significa que o processo deve ser adequado à realidade do direito material que visa tutelar, ou seja, deve ser apto a garantir a tutela de direito específico, mediante regras processuais que lhes sejam mais apropriadas. O processo deve se adequar à realidade e aos pormenores do caso em concreto²³.

Todas essas garantias asseguradas pelo devido processual legal fazem erigir uma preocupação no que diz respeito à litigiosidade de massa.

Sabe-se que o fenômeno da massificação dos litígios vem causando preocupação mundial. Aparelhar o Judiciário com ferramentas para enfrentar as demandas seriais tem sido preocupação de vários países. No Brasil, não há de ser diferente, sendo, inclusive, tal premissa estampada na exposição dos motivos do anteprojeto no novo código de processo civil. Existe, certamente, uma preocupação com a efetividade do processo, todavia, é preciso assegurar que a recepção dos instrumentos normativos criados para enfrentar o problema da massificação dos litígios não se afaste das garantias processuais acima referidas, ou, ao menos, que se identifique a melhor forma de interpretá-las adaptando-as aos novéis institutos processuais, a exemplo da repercussão geral no recurso extraordinário, o julgamento dos recursos especiais repetitivos, o julgamento liminar das ações repetitivas, a súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas, foco do presente estudo.

O elemento balizador a ser encontrado, apresenta-se na preocupação entre a prestação jurisdicional dada com razoável duração do processo sem preterir as garantias processuais já mencionadas. A necessidade de decisões em “produção industrial” para combater o fenômeno

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, vol.1**. 12. ed. . Salvador: JusPodivm, 2010. p. 69.

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da, Op. Cit., jan. 2010.

das demandas de massa pode em determinadas situações ir de encontro ao modelo constitucional de processo no Brasil.

Sobre a problemática, esclarece Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

A defesa da limitação desses meios de impugnação das decisões se torna uma constante, lastreada na preocupação e busca de um “acesso à justiça” quantitativo, que longe de se adequar às diretrizes típicas do movimento de “socialização processual, típico do século XX, do qual se alega derivar, mais se aproximam de uma Justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos de aplicação normativa.

Existe toda uma veste socializadora nos discursos processuais, de busca de compensação dos déficits de igualdade material entre as partes e de inclusão social de todos os cidadãos ao sistema de “prestação jurisdicional”, mas que na prática se desnatura numa busca desenfreada de rapidez procedimental e produtividade industrial de decisões desgarradas de nosso modelo constitucional de processo, que garante estruturas processuais que apliquem a normatividade com toda a amplitude e de modo legítimo²⁴.

Justamente para evitar o prejuízo das garantias do processo asseguradas pela Constituição Federal devem-se identificar procedimentos peculiares ao julgamento das demandas repetitivas, bem como a interpretação diferenciada dessas garantias, amoldando-se a realidade do fenômeno em comento. A técnica processual a ser aplicada às demandas de massa deve estar em sintonia com os escopos do processo e os objetivos traçados pelo legislador para solucionar tal fenômeno. Interessante transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco, ao traçar um paralelo entre técnica processual e os escopos do processo:

Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica constituída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados. Nesse contexto bipolar, acontece então que se todo instrumento, com tal, destina-se a ajudar o homem a obter determinados resultados, por outro lado ele exige do homem manipulação segundo normas adequadas, sob pena de inutilidade ou distorção: “não há instrumento, por simples que seja, que por sua vez não requeira algo de quem pretende utilizá-lo para a consecução dos seus próprios objetivos”. A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste²⁵.

Significa dizer que esta técnica processual deve ser compreendida como uma “predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”²⁶. Nas

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 177, p. 9-46, Nov. 2009.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 273-274.

²⁶ *Ibidem*, p. 275

demandas massificadas algumas vertentes podem ser traçadas para identificar os escopos predeterminados. Dentro da atualidade da ciência processual e das ondas renovatórias do processo, destaca-se o emprego da técnica para que novos institutos alcancem a melhora dos resultados aos chamados consumidores da atividade jurisdicional, ou seja, o cidadão.

Não se pode colocar de lado, o pensamento atual de um processo de resultados. Com efeito, entre outras características da efetividade do processo, este instrumento deve proporcionar ao titular do direito material em litígio a possibilidade de usufruir este direito assegurado pelo Estado no exercício de sua função jurisdicional.

Isto porque, o problema acarretado pelas demandas de massa compromete o próprio funcionamento do aparelho judicial. Os litígios massificados cada vez mais avolumam o Judiciário, abarrotando cartórios judiciais e gabinetes de tribunais, gerando um problema inclusive de espaço físico. Os juízes estão com as pautas abarrotadas, assim como os tribunais. O aparelho judiciário em todo o seu complexo funcionamento não consegue dar vazão ao enorme quantitativo de demandas que se avolumam nos tribunais. Esta situação consome do Judiciário um esforço desigual, ou seja, um saldo negativo impossível de se equilibrar, pois o quantitativo de processos ajuizados é maior do que o número de processos julgados, problema este vivenciado pela quase totalidade dos tribunais do país.

Esta situação gera um outro efeito nefasto ao processo. Nas demandas individuais massificadas, de um lado se encontra o cidadão à espera de um resultado útil e efetivo, quase nunca alcançado, pelas mazelas em análise. Por outro lado, encontram-se grandes corporações, instituições bancárias, financeiras com poderio econômico absurdo, aproveitando-se da morosidade do Judiciário para benefício próprio. Descumprir as normas do direito torna-se um “grande negócio”, seja porque a morosidade serve como verdadeiro desestímulo para o cidadão buscar a reparação do seu direito perante o Judiciário, seja porque pagar o que é devido após uma longa batalha judicial torne-se mais barato, ou mais rentável, do que obedecer aos ditames da norma²⁷. Tomem-se como exemplo duas situações: Imagine um plano de saúde conhecedor do dever legal de dar cobertura a determinado exame de rotina, passa a não cumprir sua obrigação legal. Pergunta-se: neste contexto, quantos usuários irão à justiça buscar a reparação do direito violado? Sem medo de errar, certamente o quantitativo das pessoas que não irão ao judiciário será bem maior das que irão buscar a reparação do direito violado.

²⁷ RODRIGUES, Ruy Zoch, *Op. Cit.*, 2010. p. 35.

Na mesma linha de raciocínio, imagine-se outra situação. Uma determinada instituição financeira causa um prejuízo ao seu cliente e nega-se a ressarcir-lo extrajudicialmente. Além do problema logo acima alertado, questiona-se: após longos anos de batalha judicial, irá ressarcir o valor devido tão somente com os acréscimos legais, quais sejam juros de mora e correção monetária, além dos encargos sucumbenciais? Diante de tal situação, o raciocínio a ser empregado é o seguinte: quanto dinheiro esta instituição irá ganhar com aquela quantia que sabia ser devida, mas não pagou no momento correto ao seu cliente? Fica caracterizada a utilização do processo para um desserviço à sociedade. Em remate, para os litigantes que detêm o poderio econômico, o custo-benefício do processo se transforma num atrativo, num bom negócio ao invés de um desestímulo. É melhor desobedecer à norma e sofrer as consequências de um processo do que guardar a sua obediência. Nada mais absurdo.

Acrescente-se um problema de igual relevância. O Banco Mundial dentre os critérios estabelecidos para se aferir a classificação da avaliação de risco de cada país, leva em consideração a disparidade existente entre problemas homogêneos em diversos países, aferindo-se desde o tempo de tramitação pelo mecanismo Judiciário de uma simples ação de disputa comercial até a forma procedimental adotada. Portanto, o bom funcionamento do judiciário é condição *sine qua non* para a previsibilidade e segurança jurídica dos mercados, influenciando diretamente na captação de investimentos estrangeiros para o nosso país²⁸.

O acesso à justiça proporcionou um aumento espantoso do número de processos perante o Judiciário, todavia, não houve qualquer adaptação das técnicas processuais a esta realidade. Além da estrutura dos órgãos que compõem o poder se apresentar sem qualquer tipo de alteração, os métodos de trabalho encontram-se totalmente ultrapassados para esta realidade. Por tais razões, a técnica processual mais adequada a ser empregada na litigiosidade de massa deve proporcionar a busca de um resultado útil, efetivo. E a busca desta efetividade passa pela necessidade de se encontrar a técnica processual mais adequada para que o instrumento (processo) produza o seu resultado desejado²⁹.

As razões para esta morosidade são inúmeras, mas uma situação em particular interessa. É imperioso observar que, contribui para tal situação, o déficit de juízes levando em consideração o número de habitantes de um país como o Brasil. Todavia, atrelado a tal situação está algo mais interessante, qual seja, ao invés de se preocupar com o aumento do

²⁸ CAPEZ, Fernando; CAPEZ, Flávio. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord). **Segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.45.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20.

número dos juízes, por que não se preocupar com uma melhor condição de trabalho para os membros do judiciário?

Segundo esclarece José Roberto dos Santos Bedaque, baseado em estudos de indicadores estatísticos do judiciário realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o Brasil atende ao padrão recomendado pela ONU no que diz respeito à relação juiz/população de 7,62 (sete vírgula sessenta e dois) por 100.000 (cem mil) habitantes. Mas levando em consideração o número de processos que cada um desses juízes julga por ano, os juízes brasileiros estão muito acima da média, pois a sugestão é de 400 (quatrocentos) por juiz, enquanto a média do Brasil é bem maior, chegando a alguns estados da federação, como São Paulo, este número ser superior a mil processos³⁰.

Diante de tais dados, pode-se concluir: o juiz brasileiro cumpre a sua função apesar de todas as deficiências existentes. Agora, se aproveitado esse potencial com melhores condições de trabalho certamente atingiríamos padrões bem próximos, ou porque não melhores, que países europeus “invejados”.

Esta melhoria de condições certamente passaria por aspectos extraprocessuais, como melhora do aparelhamento Judiciário, do material humano, entre outras. Todavia, se as artérias deste Judiciário fossem desobstruídas, desocupando esses magistrados do julgamento individual de demandas individuais repetitivas com toda a técnica processual para ela exigida, certamente, sobraria muito mais tempo e consumo de forças para aquelas demandas únicas que precisam de atenção e consumo de esforço muito maior daquele poder.

Daí a necessidade de se pensar em uma técnica processual para as demandas de massa, longe dos dogmas das demandas individuais e sempre com a atenção voltada para a segurança que deve ser proporcionada pelo processo. Como afirma Bedaque "A forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se³¹.

Segundo afirma Cândido Rangel Dinamarco, encontra-se nos operadores do direito à difícil tarefa de se afastar dos dogmas e preconceitos, muitas vezes tidos como inafastáveis, para atender aos anseios dos consumidores do direito³².

³⁰ *Ibidem*, p. 23

³¹ *Ibidem*, p. 25.

³² DINARMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11-12.

E, justamente nesta necessidade de técnica processual adequada à litigiosidade de massa, passa-se no item seguinte a identificar os principais vetores que devem servir como base para o devido processo legal das causas repetitivas.

3.2 A isonomia e a uniformidade jurisprudencial como vetores para a disciplina das causas repetitivas

O fenômeno da massificação dos litígios revisita um problema antigo do sistema processual brasileiro, qual seja, a possibilidade de demandas idênticas receberem composição antagônica, ou seja, titulares de direitos idênticos receberem do judiciário resultados diferentes.

Principalmente hodiernamente quando se está em voga atividade criativa do juiz. Segundo esclarece Lúcio Grassi de Gouveia:

A ilusão de que o legislador possui o monopólio da criação do direito, ilusão que parecia querer fundamentar-se no princípio da separação dos poderes, vê-se destruída em prol de uma atividade criadora do juiz no julgamento de casos concretos.

Afasta-se, ainda, a ideia de que o juiz interpreta a lei. A realização do direito, atividade normativa constitutiva, demonstra que o ato intencional se dirige não a compreender qualquer significação de um texto mas para obter do ordenamento jurídico uma norma ou critério normativo que irá reger um específico caso concreto que se lhe apresenta³³.

É inegável que esta liberdade de interpretação criativa contribui substancialmente para a melhora do sistema, pois em muitas situações a aplicação do texto literal da lei, dissociada de outros métodos de interpretação pode gerar uma situação de injustiça. Por outro lado, tal procedimento hermenêutico, levando em consideração as características pessoais de cada julgador, pode dar ensejo a mais de um tipo de interpretação para a mesma questão jurídica levada à apreciação perante o Poder Judiciário.

Surge então o problema a ser enfrentado, principalmente nas demandas massificadas, pois são ajuizadas, praticamente, perante todas as cortes do país.

Embora o sistema conviva sem problema algum com a possibilidade de decisões díspares sobre a mesma questão jurídica, esta situação tem despertado preocupação na doutrina, justamente por afrontar, dentre outros, o princípio da isonomia.

O fenômeno apelidado de “jurisprudência lotérica”, na feliz expressão utilizada por Eduardo Cambi, pode ser traduzido na seguinte explicação:

³³ GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação criativa e realização**. Recife: Bagaço, 2000. p. 145-146.

A idéia de *jurisprudência lotérica* se insere justamente neste 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 direito³⁴.

A situação acima relatada certamente gera insegurança jurídica na medida em que o menos afortunado não poderá beneficiar-se da lei enquanto outrem em idêntica situação será agraciado pela sorte no órgão jurisdicional que lhe foi sorteado³⁵.

Por tais razões, no objetivo de se alcançar a segurança jurídica, encontra-se na observância da força do precedente a possibilidade de gerar uma situação isonômica para todos aqueles que se encontram sobre o mesmo direito a ser tutelado.

Embora se assegure ao juiz a liberdade de interpretar a lei, decorrente da própria hermenêutica jurídica, esta liberdade não pode ser preterida em prol da segurança jurídica, visto que, pode atentar contra a própria credibilidade da administração da justiça.

Quanto menor for o respeito ao precedente maior será o volume de postulações e recursos, pois não ter posição firme sobre determinado tema dentro de um tribunal é um convite para que o jurisdicionado arrisque a sua sorte, seja através de petição inicial, seja através de recurso, situação esta que produz um resultado já conhecido: um volume excessivo de demandas ou recursos sempre depositando esperança na sorte de um juiz que entenda contrário ao precedente³⁶.

O alinhamento das decisões dos juízes ordinários com as decisões dos tribunais superiores é medida necessária para garantir a segurança jurídica do sistema e, acima de tudo, do jurisdicionado, principal consumidor da atividade jurisdicional. O modelo de sistema jurídico atual que autoriza os juízes dos graus hierárquicos inferiores a divergirem das decisões dadas pelos juízes superiores encontra-se defasado e atenta contra a segurança jurídica do próprio sistema.

Neste sentido, importante transcrever o posicionamento de Tiago Asfor Rocha Lima e Beatriz Fonteles Gomes Pinheiro:

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. **Revista dos tribunais**. São Paulo, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

³⁵ Faz-se aqui a alusão ao princípio do juiz natural. Não se pode deixar de apontar que infelizmente o aludido princípio é colocado de lado, quando advogados utilizando manobras processuais, não observam as regras de competência territorial e ajuízam as demandas em comarcas que sabem do êxito garantido, através de decisões anteriormente proferidas. A uniformidade do entendimento jurisprudencial, certamente, combateria tal procedimento.

³⁶ SANTOS, Evaristo Araújo. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, p. 38-58, mar. 2010.

É justamente esse modelo de sistema jurídico que merece ser revisto. A independência dos magistrados, com amparo constitucional e materializada também no seu livre convencimento, não ficaria, de modo algum, arranhada ou diminuída se existisse uma preocupação da classe, na observância da orientação firmada pelos juízos *ad quem*. A bem do Judiciário e, fundamentalmente, em prol do jurisdicionado é que se deve reclamar por uma postura dessa estirpe.

O consumidor da atividade jurisdicional seria brindado com um sistema previsível, seguro e justo. A previsibilidade das decisões decorrente do seguimento dos precedentes, leva, por consequência, um mínimo de segurança jurídica ao jurisdicionado. Ao passo em que a maior justiça do sistema deriva do tratamento igualitário das partes, quando postadas diante de situações equiparadas.³⁷

Demais disso, a insegurança jurídica do sistema também é capaz de afastar investimentos estrangeiros para o nosso país, como adverte Samir José Caetano Martins:

É comum dizer-se que um dos fatores do “Risco Brasil” é a insegurança jurídica gerada pela inexistência de um sistema de *stare decisis*. De fato, é difícil explicar para um investidor estrangeiro, especialmente dos países anglo-saxônicos, que não se pode precisar o resultado de um processo versando sobre questões reiteradamente decidida pelas mais altas cortes do País³⁸.

Deve-se despertar para uma nova visão no nosso ordenamento jurídico ocasionada pela adoção da força do precedente no direito brasileiro. O legislador, ao introduzir a súmula vinculante, conferir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade o efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante e ao disciplinar procedimento onde se autoriza o alinhamento da decisão a ser dada com a “jurisprudência dominante dos tribunais”, a exemplo dos artigos 285-A e 557 do CPC, não há como duvidar que a jurisprudência torna-se fonte primária no nosso direito, que passa a conviver de forma harmônica com a teoria do *stare decisis*.

Esta mudança deve ocasionar, inclusive, uma readaptação no pensamento dos juristas e operadores do direito à nova sistemática. É preciso adaptar-se à realidade e obter uma melhor compreensão da força do precedente na busca pela uniformização da jurisprudência. Compreender melhor a teoria do *stare decisis*, a formação do precedente e as formas de desconstituição/alteração do precedente são matérias em pauta que precisam ser mais bem compreendidas pelos operadores do sistema, pois até então a lei apresentava-se como fonte primária do direito, característica essencial do *civil law*.

Nunca é demais ressaltar que a reforma legislativa apenas se solidifica com a predisposição dos operadores do direito para a quebra de paradigmas. Neste sentido, esclarece Júnior Alexandre Moreira Pinto:

³⁷ LIMA, Tiago Asfor Rocha de; PINHEIRO, Beatriz Fonteles Gomes. Reclamação: instrumento de preservação dos precedentes judiciais e da competência para a apreciação das tutelas recursais provisórias. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 81, p.114-128, dez. 2009.

³⁸ MARTINS, Samir José Caetano. A regulamentação da súmula vinculante (Lei 11.417/2006). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 49, pp.130-140, abril 2007.

Já foi dito que se tornaram comuns, ultimamente, a busca da melhora da prestação jurisdicional, a partir de reformas legislativas. Porém, paralelamente à alteração da lei, para que as reformas tragam, de fato, saldo positivo ao sistema, deve-se operar uma mudança de mentalidade dos operadores do direito. E o juiz, por representar um papel central no processo, possui posição preponderante nesta análise. Toda reforma que não esteja associada à quebra de certos paradigmas, está fadada ao insucesso. Evidentemente, todo movimento renovador, que tem por pretensão impor, acima de mera alteração legislativa, novas formas de se visualizar o fenômeno, deve confiar na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses³⁹.

A aplicação correta da força do precedente, obtendo-se, conseqüentemente, a uniformização da jurisprudência atrelada às garantias constitucionais do processo, algumas delas revistas ou adaptadas a esta nova realidade, são as diretrizes básicas observadas no devido processo legal no que diz respeito às demandas repetitivas.

3.3 A experiência em alguns países estrangeiros

O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC tem sua inspiração no procedimento-modelo alemão denominado *Musterverfahren*.

Diante dos problemas identificados anteriormente, no que diz respeito aos procedimentos de tutela coletiva, é uma preocupação mundial encontrar meios processuais para tutelar interesses individuais repetitivos. O julgamento em bloco, através das chamadas ações de grupo apresenta-se como alternativa. Trata-se, na realidade, da instauração de um incidente de coletivização gerado a partir de um processo individual. A identidade da parte é preservada, não há substituição processual, permanecendo com a parte a individualidade do processo (princípio do dispositivo), preservando-se, com isso as garantias do devido processo legal.

Vários ordenamentos europeus introduziram procedimentos modelos, podendo-se destacar o *Musterverfahren* previsto no ano de 2005 no direito germânico, a *group litigation* previsto nas *rules of procedure* do direito inglês em 1999, a *acumulación* no direito espanhol e a agregação de causas no direito português.

³⁹ PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 148, pp. 169-180, março 2007.

3.3.1 O *Musterverfahren* do direito alemão

O direito germânico, ao contrário do nosso, não tem tradição em normatizar de forma extensa, a tutela coletiva. O máximo que se encontra são textos específicos com aplicação bem restrita a determinadas situações. A desconfiança com a legitimação extraordinária, bem como, o fato de a maioria das pretensões coletivas serem resolvidas na esfera administrativa através dos órgãos fiscalizatórios governamentais, faz com que o legislador daquele país não se volte com maiores preocupações para a tutela coletiva. Por outro lado, algumas peculiaridades despertam um interesse maior sobre tal mister. Nas ações coletivas na Alemanha, ao contrário do Brasil, não se admite a condenação em danos individuais, o máximo que se consegue é uma tutela declaratória ou inibitória, provocando não só na Alemanha, mas em países como a Áustria, Suíça, Noruega e Suécia, o debate sobre as ações de grupo, bastante festejadas, ao permitir a tutela condenatória⁴⁰.

Assim, em 2005, foi introduzido o procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*) para tutelar uma situação específica para os investidores em mercados de capitais. O objeto deste procedimento modelo é explicado por Antonio do Passo Cabral:

O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§1(2))⁴¹.

Com efeito, o objeto do incidente é decidir sobre questões de fato ou de direito indicadas expressamente pelo requerente e fixadas pelo juiz, onde a decisão tomada em relação a estas questões seja a mesma para os litígios individuais que tragam os mesmos fundamentos de fato ou de direito, podendo inclusive, este objeto ser ampliado no curso do processo por provocação da parte, desde que o juiz de origem entenda ser pertinente. Não há previsão na lei sobre a possibilidade da redução da demanda.

O procedimento inicia-se com o pedido de instauração tanto pelo autor como pelo réu, perante o juízo de origem do processo individual. Este pedido deve conter fundamentação vinculada, com alegação e demonstração da repercussão extraprocessual daquele conflito individual. A ausência de fundamentação neste sentido, ou o não convencimento sobre a

⁴⁰ CABRAL, *Op. Cit.*, 2007, p. 132

⁴¹ *Ibidem*, p. 132.

repercussão coletiva autoriza a rejeição do procedimento pelo juízo de origem. Uma vez autorizado o procedimento, o juízo de origem deve requerer o seu registro num cadastro eletrônico constando extrato do pedido, das partes e do objetivo do procedimento. Isso porque, nos quatro meses subsequentes à publicação do cadastro eletrônico, devem ser habilitados, pelo menos mais nove pedidos de instauração do procedimento-padrão em qualquer outro juízo. Atendido o requisito, o juiz que primeiro registrou o procedimento decide sobre ele.

Ao decidir no sentido favorável à instauração da ação de grupo, há o deslocamento da competência para o tribunal em que o juiz se encontra vinculado. Da decisão que autoriza a instauração, irrecorrível, diga-se de passagem, deve constar o objetivo do procedimento, bem como, os pontos litigiosos que serão decididos coletivamente, as provas que serão produzidas e uma rápida discricção sobre os argumentos das partes.

No tribunal, onde compete o julgamento do mérito, escolhe-se, dentre os litigantes que habilitaram no cadastro eletrônico requerimento de instauração idêntico, um líder para cada um dos polos do processo, a quem se atribui toda a estratégia processual, podendo, os demais atuarem no processo, inclusive acrescentando argumentos na defesa dos seus interesses, todavia, jamais podem contrariar os argumentos dos líderes.

Uma vez registrada a instauração do procedimento no tribunal que julgará o mérito, todos os processos cuja decisão dependa das questões a serem apreciadas e decididas no procedimento-modelo deverão ser suspensos. Esta decisão é irrecorrível.

Proferida a decisão pelo tribunal, esta vinculará todos os juízos de origem, todavia, tão somente em relação aos processos individuais ajuizados até o momento da decisão, não atingido os processos ajuizados no futuro⁴².

3.3.2 A agregação das causas no direito português

No ano de 1995, com a edição do Dec-Lei 329-A/95, posteriormente alterado pelo Dec.-Lei 180/96, o direito processual civil português passou por substanciais modificações na sistemática processual, objetivando a modernização e o aumento na eficácia do sistema. Entre as principais modificações destaca-se a elevação do contraditório com a proibição de decisões surpresas mesmo quando envolva matéria de ordem pública. Por outro lado, minimizaram-se os efeitos preclusivos no processo, norteando-se a reforma, sobretudo, no que diz respeito ao

⁴² *Ibidem*, p. 132.

princípio da cooperação entre partes, procuradores e juiz no intuito de resolver os litígios com rapidez, eficiência e justiça, preterindo-se o modelo autoritário e individualista do processo⁴³. Este modelo de processo cooperativo é, na lição de Daniel Mitidiero “pautado pelo diálogo, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo”⁴⁴.

Nesta mesma linha de modificações, o Decreto-lei nº. 108 de 2006, introduziu o regime processual experimental, com vigência restrita a determinado período (dois anos) e aplicável em algumas localidades onde se identificou um acúmulo maior de processos. Esta legislação foi inicialmente aplicada nos Juízos Cíveis do Porto, Almada e Seixal e na Pequena Instância Cível do Porto⁴⁵. O Decreto-Lei foi prorrogado e encontra-se atualmente em vigor.

Este regime buscou tornar mais flexível as regras do processo, adequando-o às especificidades da causa. São exemplos dessa flexibilidade a opção do juiz pela apresentação do depoimento das testemunhas por escrito em demandas que envolva extensa prova oral, bem como a possibilidade da inversão da ordem de produção das provas⁴⁶.

O artigo 6º do decreto-lei nº. 108/06 prevê a possibilidade da agregação de processos. Existindo a propositura de várias demandas com objeto idêntico, o juiz está autorizado a reunir todas estas demandas para a prática em conjunto dos atos processuais (intimações, audiência, produção de provas etc.), e, ao final, proferida uma decisão única. O procedimento proporciona celeridade e economia processual, e evita a possibilidade de decisões conflitantes⁴⁷.

Este regime processual experimental deve ser aplicado nas demandas que envolvam particulares. Com relação ao Poder Público em Juízo, o direito português fraciona a jurisdição, onde tais demandas são submetidas à apreciação dos Tribunais Administrativos que não são órgãos do Poder Judiciário. O CPC português e as legislações extravagantes não se aplicam a este contencioso administrativo, que é regulado pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

⁴³ PINTO, *Op. Cit.*, 2007. p. 175

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

⁴⁵ PINTO, *Op. Cit.*, 2007, p. 172.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 175

⁴⁷ Art. 6º. Quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal acções que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos de secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças.

O CPTA também traz um regramento para os litígios de massa cuja previsão encontra-se no artigo 48º, n. 1⁴⁸. Segundo este dispositivo, se intentados mais de vinte processos discutindo a mesma relação jurídica material, ou mesmo na existência de relações jurídicas diferentes mas que sejam solucionadas pela aplicação das mesmas normas a idêntica situação de fato, o presidente do tribunal, após ouvir as partes, pode determinar o prosseguimento de apenas um ou alguns processos que neste caso serão apensados num único processo, suspendendo-se a tramitação dos demais. Aos processos selecionados para prosseguimento é atribuído o carácter prioritário.

Sobre a sistemática para processamento dos litígios de massa, importante transcrever as lições de Mário Aros de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha:

A norma tem como principal objectivo evitar que o tribunal tenha de pronunciar-se individualizadamente sobre todos e cada um dos processos que incidem sobre matéria idêntica; para esse efeito concorrem diversos procedimentos que pretendem induzir os autores a conformar-se com a situação de processos de massa e a acatar a decisão judicial que vier a ser proferida no âmbito do processo solucionado, ainda que de sentido desfavorável ao demandante⁴⁹.

No julgamento dos processos escolhidos devem participar todos os juízes que compõem o tribunal, assegurando a uniformização da jurisprudência. Proferido o julgamento, todos aqueles interessados, ou seja, partícipes dos processos suspensos cuja decisão do tribunal lhe foi desfavorável, poderão: a) desistir do processo com vantagens em termos de encargos judiciais; b) recorrer da sentença, se tiver sido proferida na primeira instância ou d) requerer a continuação do seu próprio processo. Aos vencedores poderão requerer desde logo a extensão dos efeitos da sentença ao seu caso⁵⁰.

Importante ressaltar que a iniciativa do procedimento é feita após prévia ouvida dos demandantes nos casos análogos que poderão arguir e demonstrar a inviabilidade da coletivização do julgamento. As partes das demandas de massa podem recorrer no processo principal ainda que o autor deste processo não o tenha feito. Quando houver a decisão definitiva, os interessados que tenham ou não participado do processo principal poderão

⁴⁸ Artigo 48º, 1- Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

⁴⁹ ALMEIDA, Mário Aroso; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 311.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 312.

requerer a extensão dos efeitos do caso julgado ou solicitar a continuação do seu processo próprio⁵¹.

Como visto, a sistemática de julgamento é por amostragem, bem próximo ao que acontece em nosso ordenamento com a repercussão geral do recurso extraordinário e o julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Em conclusão, o direito português prevê dois procedimentos distintos para o fenômeno das demandas de massa. A agregação, prevista no regime processual experimental para causas entre particulares e o art. 48º do CPTA que se destina aos processos de massa do contencioso administrativo.

3.3.3 As Group Litigation Orders - GLO

As *Group Litigation Orders* (GLO) são na visão de Neil Andrews “a mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes”⁵². Os principais componentes das GLO, são, nas lições do autor:

(i) o tribunal deve aprovar a ordem do litígio em grupo; (ii) ao contrário do modelo de representação, o litígio em grupo envolve o *opt-in* de cada indivíduo; (iii) um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo, quanto do *status* geral da parte, no sentido pleno da expressão, do processo; (iv) durante o trâmite das GLO, o tribunal exerce administração intensa do caso e da instrução; (v) as decisões sobre questões “comuns” atingem o grupo, sendo a seu favor; (vi) os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrerem as questões “comuns”⁵³.

A GLO foi incorporada no direito processual inglês no ano 2000. Consiste num procedimento judicial destinado a tratar de casos com fatos e fundamentos jurídicos similares. Qualquer parte pode requerer a instauração do procedimento, ou o próprio juiz. Forma-se um grupo de advogados representantes dos autores, escolhendo-se um advogado líder. Feito isto, consulta-se o Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da Law Society, para se verificar a existência de outros casos relacionados com as questões em discussão. Uma vez conseguida a autorização, passa-se a identificar os processos cujas questões de fato e de direito são comuns e que participarão da GLO. Também será designado um tribunal para o seu trâmite. Importante salientar que as partes de processos individuais podem optar por aderir ou não à GLO, podendo inclusive ser removidas, caso já tenham aderido. A decisão dada pelo tribunal

⁵¹ *Ibidem*, p. 312.

⁵² ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 343.

⁵³ *Ibidem*, p. 343.

no julgamento da GLO vincula todas as partes que estão com seu processo registrado na GLO⁵⁴.

O instituto permite às Cortes Inglesas um verdadeiro poder de gerenciar casos que envolvam um grande número de partes e questões procedimentais. O modelo inglês privilegia a autonomia do indivíduo de decidir pelo ingresso no polo ativo da demanda, não banalizando a participação dos sujeitos afetados, reagrupando somente aqueles que realmente tiverem interesse no desfecho do julgamento. O objetivo principal da GLO é definir a tese jurídica aplicável à controvérsia e aplicá-la às partes que aderirem à demanda coletiva. Em outras palavras, sua preocupação principal é com o objeto e depois com os sujeitos⁵⁵.

É um instituto de administração de causas com característica mais gerencial do que jurídica e possibilita que uma estrutura enxuta do Judiciário possa cuidar de uma grande quantidade de demandas. Uma peculiaridade do instituto que o diferencia do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC, é que a GLO atinge não apenas a coincidência de direito das demandas, mas também a mesma origem fática⁵⁶.

Para a admissão da GLO é necessário o preenchimento de seis critérios: 1) um número mínimo de demandas que embora não se encontre previsto em lei, a jurisprudência tem definido em dez; 2) controvérsia comum de fato ou de direito (*common or related issues of fact or law*); 3) permitir que o juiz lide com os casos de forma justa. A GLO tem que ser um meio facilitador do trabalho jurisdicional e não o contrário; 4) autorização do *Lord Chief Justice* ou do *Vice-Chancellor* que corresponde aos chefes dos Poderes Judiciários da *Queens Bench Division* ou da *Chancery Division*. Isto porque, o interesse público que subjaz à demanda coletiva, por meio destas autoridades, ganha um caráter institucional; 5) Só será admitida caso não haja outra solução de resolução coletiva das demandas, o que evidencia a sua natureza subsidiária. O autor do incidente antes de propô-lo deve verificar se não seria mais apropriada uma consolidação de ações ou sua substituição processual pela representação única e homogênea de interessados; 6) indicação pelo autor do incidente do número de demandas já iniciadas e o número de partes que, potencialmente poderão juntar-se ao grupo, evitando-se assim a propositura de incidentes com um número insuficientes de causas⁵⁷.

⁵⁴ PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: tendência de coletivização da tutela processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 185, p.117-141, jul. 2010.

⁵⁵ LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil. Exame à luz da *group litigation order* britânica. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 196, p.165-205, jun. 2011.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 173

⁵⁷ *Ibidem*, p. 181

4 OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O REGIME DAS CAUSAS REPETITIVAS

4.1 Os precedentes jurisprudenciais e sua importância para o regime das causas repetitivas

Costuma-se afirmar que o sistema jurídico adotado no direito brasileiro é o *civil law* (direito codificado) de origem romano-canônica. Na realidade, possuímos um sistema jurídico híbrido com características tanto do sistema *common law* como do *civil law*. Isto porque temos um processo constitucional ligado à tradição norte-americana e um processo infra-constitucional ligado à tradição romano-germânica⁵⁸. Todavia, paulatinamente, foi introduzido em nosso sistema ferramentas processuais características do *common law*.

O direito romano possuiu papel bastante relevante no processo de formação dos dois sistemas. Isto porque, enquanto a Europa continental do final do século XII redescobria o direito romano originando o processo de formação do *Ius Commune*, o direito inglês manteve sua ligação ao direito germânico-feudal comum, não se dobrando a este processo de redescoberta do direito romano⁵⁹.

Esta falta de interesse do direito inglês na redescoberta do direito romano foi o elemento fulcral para a existência dos dois sistemas jurídicos. Enquanto parte considerável da Europa continental passou a seguir o direito romano através do *ius commune*, a Inglaterra manteve-se fiel ao *case law* não escrito. A unificação administrativa precoce da Inglaterra, ocasionada pela conquista dos normandos acarretou o desenvolvimento de um direito próprio dos juízes, um direito comum contraposto aos costumes locais e com formação judicial estranha a um texto de autoridade. Com isso a cultura jurídica inglesa acabou com a ideia do direito advindo de um legislador escrito. A lei e o direito escrito tiveram uma valoração secundária, pois o *common law* observa o *case law* não escrito, extraído da observância dos precedentes judiciais⁶⁰.

O sistema *civil law* possui como principal característica posicionar o juiz como intérprete da norma. Contudo, pelas significativas alterações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro, principalmente após o advento da emenda constitucional nº.

⁵⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2007. p. 1.

⁵⁹ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common Law* e de *civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: *JusPodivm*, 2010. p. 27.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 27.

45/2004, o direito processual passou a enaltecer ainda mais a força do precedente ao disciplinar o instituto da súmula vinculante, a repercussão geral do recurso extraordinário, a súmula impeditiva de recursos, o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A) e o julgamento de recursos especiais repetitivos no STJ. A recepção dos referidos institutos ocasionaram um fenômeno em nosso sistema jurídico, qual seja, todas essas ferramentas traduzem uma característica marcante do sistema *common law*: a força do precedente.

Mesclando-se os sistemas, certamente desperta a necessidade de conhecer e estudar o precedente no intuito de aplicá-lo corretamente, principalmente no que diz respeito às demandas que se repetem à exaustão no Judiciário.

A sociedade brasileira não pode mais conviver com titulares de direitos semelhantes recebendo do julgador decisões díspares, transformando o Judiciário brasileiro em “roleta russa”, digno de uma “jurisprudência lotérica”, reproduzindo a expressão utilizada por Eduardo Cambi anteriormente referida.

Corroborando com as mesmas premissas, assim se posiciona Luiz Guilherme Marinoni:

Embora deva ser muito indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos desiguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei⁶¹.

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso:

Embora a uniformidade jurisprudencial seja desejável e mesmo um ideal a ser perseguido, fato é que o processo civil brasileiro admite ou ao menos convive com a virtualidade de que casos análogos porventura recebam respostas judiciais qualitativamente diversas, mormente em decorrência da jurisdição de tipo singular, que dentre nós predomina. Todavia, justamente porque essa discrepância não é desejável, o processo civil contempla certos mecanismos voltados à prevenção da contradição entre julgados⁶².

No intuito de evitar situações como estas e principalmente para assegurar a igualdade de tratamento, garantida constitucionalmente, não há outro caminho a trilhar senão pela aplicação dos precedentes vinculantes na nossa sistemática processual.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 101.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e a súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 23-24.

Todavia, não é simplesmente introduzir no ordenamento jurídico técnicas de aplicação dos precedentes para validá-los em nosso sistema. Acima de tudo, torna-se imprescindível um estudo sistematizado sobre sua aplicação, a dinâmica do precedente, visto que, por não ser técnica utilizada no sistema jurídico brasileiro, acostumado tão somente com a aplicação da jurisprudência, não se tem a tradição cultural de trabalhar com o precedente, bem como compreendê-lo na sua essência.

Isto porque, no direito brasileiro visualiza-se tão somente a interpretação do verbete sumular, produto final da consolidação do pronunciamento do tribunal sobre determinada questão jurídica. A preocupação é com a súmula (enunciado) e não com a *ratio decidendi* que originou aquele posicionamento solidificado. Para que se possa atribuir a força ao precedente, faz-se necessário, antes de mais nada, compreender e estudar a *ratio decidendi*, as fundamentações jurídicas que levaram aquele órgão a decidir desta ou daquela forma.

O próprio estudo acadêmico deverá de igual modo adequar-se. Como sói acontecer no sistema anglo-saxônico, nos bancos universitários estuda-se o “*case*” justamente no intuito de buscar a compreensão sobre as argumentações utilizadas pelas partes, os fundamentos jurídicos utilizados pelo juiz ao compor o litígio para, só então, entender o comando dado no precedente.

O sistema brasileiro, após a introdução das técnicas que objetivam dar força aos precedentes deve se adequar a esta forma de compreensão, ainda carente, pelos operadores do direito de um modo geral. Expressões tradicionais e característica do sistema *common law* como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, entre outras, precisam ser exploradas e compreendidas para dar a eficácia necessária à observância do precedente no intuito de atingir o seu escopo maior que seria contribuir para a existência de um sistema jurídico seguro, isonômico e com uma duração razoável do processo.

4.2 Precedentes e jurisprudência

A abordagem pretendida no presente tópico diz respeito tão somente a trabalhar com conceitos necessários para a compreensão da figura do precedente e naquilo em que se diferencia da conceituação de jurisprudência.

4.2.1 A jurisprudência

Na história, a expressão “jurisprudência” tem registro desde a Roma antiga. Ainda em sua organização arcaica, a praxe jurídica romana era bastante influenciada pelos religiosos, incumbindo aos pontífices à tarefa de emitir pareceres e decidir sobre as questões mais importantes do *ius civile*. A *legis actio sacramento in rem* foi o mais antigo instrumento de tutela processual e era dotado de rigoroso formalismo. A jurisdição era exercida pelos sacerdotes, monopolizadores do conhecimento do direito, que ditavam o comportamento, disciplinavam as fórmulas negociais e a autotutela dos cidadãos⁶³. Em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e outros setores da vida social de Roma, avolumaram-se os litígios privados, despontando a necessidade da criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais. Assim, na passagem da Realeza para a República, a atividade jurisdicional é transferida dos sacerdotes aos magistrados públicos, perdendo terreno o elemento religioso com a laicização do direito. Ainda objetivando atender às exigências sociais, surge o primeiro ordenamento escrito, a Lei das XII Tábuas, consolidando, por escrito, antigos costumes já conhecidos na prática por força da interpretação dada pelo rei e pelos pontífices⁶⁴.

Imperioso registrar que a partir do momento em que o direito escrito outorga certeza ao *ius civile*, os procedimentos jurídicos deixam de ser monopólio dos magistrados, únicos detentores do saber jurídico, iniciando um processo de secularização da jurisprudência, ampliando o conhecimento do direito para a sociedade de um modo geral, atendendo, inclusive, uma exigência da plebe. Surgem as primeiras obras escritas, bem como a praxe de dar pareceres em público. Funda-se o *ius civile* com a redação de uma obra em 18 livros, cuja técnica de enfrentar a problemática do caso concreto, dominou todos os períodos da história do direito romano⁶⁵.

Vários são os sentidos em que a expressão jurisprudência é utilizada. Identificam-se pelo menos quatro sentidos distintos: a) como sinônimo de filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre a mesma questão jurídica; c) o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; e d) referindo-se, a uma decisão judicial isolada⁶⁶.

⁶³ CRUZ, e Tucci, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 32-33.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 36-37.

⁶⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 41.

Segundo esclarece Sérgio Sérulo da Cunha:

No sistema jurídico brasileiro, a par de algumas exceções (v. 63), as decisões judiciais não possuem força obrigatória (efeito vinculante) a não ser com relação às partes envolvidas no processo. Assim, um juiz pode recusar a interpretação dada à lei, em outro processo, por outro juiz ou tribunal, mesmo que se trate do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, é grande o prestígio das decisões dos tribunais, que costumam ser acompanhadas pelas instâncias inferiores, seja pela sua natural autoridade – sobretudo quando reiteradas – seja porque todas as decisões das instâncias inferiores são reformáveis, mediante recurso, pelas superiores.

A jurisprudência é um produto coletivo. Toda lei nova é como um sapato novo que vai se amoldando através das variadas interpretações – disparatadas umas, parciais outras – que recebe. Esse é um processo de descoberta pelo qual, em cotejo com a multiplicidade dos fatos, vai-se desdobrando a potencialidade normativa da lei, alcança uma certa sedimentação e tenderia à cristalização, não fosse a inteligência da lei tão mutável quanto a própria realidade⁶⁷.

Na realidade, o emprego mais comum que se faz da expressão diz respeito às decisões dadas pelos tribunais ao analisar um caso concreto, sem possuir qualquer efeito vinculante. Serve, tão somente, de argumento retórico, utilizado pelo operador do direito para demonstrar que em determinado caso, já se decidiu desta ou daquela forma. Não é compreendida, por grande parte da doutrina como fonte do direito, mas sim como argumento de reforço para sustentar ou defender determinado posicionamento. Assim, a jurisprudência, sem a vinculação obrigatória, não se apresenta como fonte do direito no sistema *civil law*.

Conforme se verifica no posicionamento acima transcrito, apenas a jurisprudência obrigatória, ou seja, o precedente é entendido como fonte do direito. A jurisprudência como decisão de um tribunal não se caracteriza como fonte.

Carlos Maximiliano aponta a jurisprudência, no campo da hermenêutica, como um elemento de formação e aperfeiçoamento do direito. Segundo o autor: “chama-se Jurisprudência, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se *jurisprudência* a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito”⁶⁸.

Ainda na visão do referido autor, pode-se apontar na jurisprudência três funções nítidas: uma função de aplicar a lei, outra função de adaptação, ou seja, por a lei em harmonia com as necessidades modernas e as ideias contemporâneas e uma terceira função que seria a criadora, preenchendo as lacunas da lei⁶⁹.

Segundo o mencionado autor, a jurisprudência:

⁶⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19/20.

⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 144.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 146.

Perante a própria corrente *histórico-evolutiva*, em maioria absoluta no campo da Hermenêutica (1), aparece a jurisprudência como elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito. Preenche as lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais. É um verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar nos limites estabelecidos; instrumento importantíssimo e autorizado de Hermenêutica, traduz o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar; constitui assim uma espécie de *uso* legislativo, base do Direito *Consuetudinário*, portanto (2). O sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio de lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor(3)⁷⁰.

A tudo isso, acrescenta-se que a jurisprudência exerce importante influência nas reformas legislativas. Isto porque, muitas vezes o tribunal embora se conforme com o texto da norma, apontam nas decisões os seus defeitos, julga em homenagem ao texto, mas contra o direito ou a equidade. Há uma nítida demonstração que a letra antiga da lei não mais se adapta às exigências sociais daquela realidade⁷¹. Realmente, não são poucas as situações, mesmo em relação ao direito processual, onde o posicionamento reiterado dos tribunais sobre determinados assuntos, provoca modificações na lei.

Não é por outra razão que Ronald Dworkin defende nitidamente a possibilidade do juiz em determinadas situações criar um novo direito, referindo-se, obviamente ao sistema *common law*, conforme se verifica abaixo:

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (**common law**) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem, às vezes, criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema⁷².

Não obstante a celeuma existente em relação ao termo jurisprudência, a concepção a ser empregada no presente trabalho diz respeito tão somente à decisão dada por um órgão do Poder Judiciário ao analisar um caso em concreto, servindo tão somente como argumento de reforço, sem qualquer eficácia vinculante.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 146.

⁷¹ *Ibidem*, p. 146.

⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128-129.

4.2.2 O Precedente

Com relação à conceituação do precedente é preciso buscar na doutrina, a concepção mais adequada para a análise que se pretende abordar no presente trabalho, pois no incidente de resolução de demandas repetitivas, foco da presente pesquisa científica, forma-se o precedente judicial com efeito obrigatório.

De início, é importante traçar elementos delineadores para diferenciar o precedente, a decisão judicial e a súmula. Isto porque, num primeiro momento, poder-se-ia pensar que toda decisão judicial é um precedente. Esta premissa é falsa, pois a caracterização do precedente reside na potencialidade da decisão servir de paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados⁷³.

Esta diferenciação é apontada por Luiz Guilherme Marinoni, nos seguintes termos:

De modo que, se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law*-, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito a questões de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque, os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos⁷⁴.

Assim, quando uma decisão se presta tão somente para solucionar uma questão de fato, ou quando se limita a afirmar a letra da lei, ou ainda, quando está apenas reafirmando um precedente, não tem os caracteres necessários para se configurar um precedente. Como afirma Marinoni, “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”⁷⁵.

De igual modo, as súmulas dos tribunais não se confundem com os precedentes. O direito brasileiro sempre conviveu com a figura das súmulas, todavia, possuem a característica de não se revestir de maior praticidade, pois não subordina os magistrados inferiores, tão pouco o próprio tribunal. Sua utilidade é limitada tão somente para exteriorizar o entendimento do tribunal que a editou. Contudo, é imperioso constatar forte tendência dos

⁷³ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 216.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 216.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 216.

magistrados dos tribunais inferiores acompanharem o entendimento sumulado dos tribunais superiores, seja no intuito de manter alinhados os posicionamentos, seja para não ter a sua decisão reformada ou ainda, para proporcionar maior celeridade ao processo. Enfim, independentemente das razões, existe uma predisposição para a observância das orientações dos tribunais através das súmulas, sem existir caráter vinculante e, acima de tudo, preocupação com a tese jurídica nela analisada, servindo apenas para evidenciar em determinado instante o que aquele tribunal decidiu sobre determinada questão.

Existe explícita diferenciação entre súmula e precedente. Sobre a questão, colham-se novamente as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

De qualquer forma, o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões. Trata-se, neste sentido, de uma metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte de linguagem da decisão judicial.

O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista um precedente não basta apenas um enunciado acerca da questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais, fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados⁷⁶.

Realmente, a diferença torna-se nítida, pois no procedimento de elaboração das súmulas nos tribunais, as partes que deram origem à formação da tese jurídica não estão presentes, ao contrário do que acontece com o precedente onde na sua formação há ampla participação dos litigantes e observância do contraditório. Outro elemento diferenciador entre o precedente e a súmula diz respeito à observância das circunstâncias do caso, na tese jurídica proclamada na decisão judicial. Isto porque, na doutrina dos precedentes, observa-se veementemente se as circunstâncias do caso em julgamento são as mesmas existentes no precedente, pois caso contrário, afasta-se sua aplicação através do *distinguished*⁷⁷.

Já a súmula praticamente neutraliza as circunstâncias do caso ou dos casos que geraram a sua edição, visto que sua preocupação diz respeito tão somente à delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que em tese se possa procurar nos julgados que originaram as súmulas, circunstâncias que os particularize, não há no Brasil nem método nem cultura para tanto. Não se encontra nos juízes ou nos advogados preocupação em investigar os julgados que embasaram a súmula, quando se deparam com a sua aplicação. Para que isso ocorresse,

⁷⁶ *Ibidem*, p. 217.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 217.

seria necessário que se compreendesse a súmula não como mero enunciado ou simples entendimento consolidado sobre a interpretação da lei, mas sim como uma tese jurídica inseparável das circunstâncias concretas que as originaram⁷⁸. A realidade é em sentido inverso. Há excessiva preocupação com o enunciado do entendimento consolidado e praticamente nenhuma com as circunstâncias do(s) caso(s) que desaguaram naquele entendimento.

Neste particular adverte Leonardo Greco:

Tão decantado como modelo pelos defensores do efeito vinculante das súmulas, o sistema anglo-americano do *stare decisis* vem progressivamente se flexibilizando para poder atender à extrema heterogeneidade e variabilidade das relações sociais, que não podem sofrer o engessamento de normas jurídicas estáticas, pois a revelação do seu conteúdo e do seu alcance deve acompanhar as mutações fáticas e axiológicas das situações a que se aplicam. A jurisprudência é sempre a revelação de um comando normativo incidente sobre uma situação fática e valorativa pretérita. A sua aplicação às situações futuras não pode ser cristalizada em enunciados abstratos e genéricos como eram os assentos portugueses ou são as súmulas brasileiras, mas deve resultar de uma rigorosa comparação dos casos, para assegurar que se está diante das mesmas circunstâncias fáticas e axiológicas que justifiquem a extensão do enunciado anterior ao caso posterior. Por isso, no sistema do *stare decisis*, embora baste apenas um precedente para influenciar os julgamentos futuros, comparam-se rigorosamente todas circunstâncias do precedente e do novo caso para assegurar a absoluta identidade de situações a justificar a incidência da mesma regra. A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em acórdão inteiro, com todas as particularidades, tal como o exigia o Supremo Tribunal Federal para a caracterização do dissídio jurisprudencial no antigo recurso extraordinário (Súmula 291), consoante a regra de comparação hoje escrita no parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil⁷⁹.

No mesmo sentido, importante transcrever as lições de Leonardo Carneiro da Cunha, sobre a correta aplicação da doutrina do precedente no direito brasileiro:

Para que se possa aplicar uma súmula, o órgão jurisdicional deverá cotejar o caso que foi submetido à sua apreciação com as particularidades dos precedentes que a originaram. Do confronto entre a situação concreta submetida ao crivo do julgador e a nuances contidas nos precedentes que deram azo à súmula é que se poderá verificar a possibilidade de esta vir ou não a ser aplicada ao caso concreto. Enfim, as *rationes decidendi* dos precedentes que originaram a súmula devem coincidir com aquelas do caso erigido ao crivo do órgão julgador, a exemplo do que sucede no recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial (CF/88, art; 105,III, c; CPC, art. 541, parágrafo único). Não é ocioso insistir na necessidade desse confronto, que deve ser feito entre as *rationes decidendi* dos precedentes que geraram a súmula, como critérios que identificam os fatos relevantes da causa e os fundamentos centrais da decisão, estando fora desse confronto ou devendo ser desprezado o *obiter dictum*, ou seja, o argumento ou circunstância secundária ou acessória, utilizada apenas de passagem, como reforço do fundamento, com simples eficácia persuasiva.

Com isso se permite a flexibilização na aplicação das súmulas, podendo o tribunal, num momento posterior, abandonar sua aplicação, vindo até mesmo, a revogar ou cancelar a súmula, diante da revisão do fundamento que sustentou os precedentes

⁷⁸ *Ibidem*, p. 217.

⁷⁹ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 10, p.44-54, jan. 2004.

que lhe deram origem. Esse fenômeno vem sendo denominado de *overruling*. Por outro lado, a súmula poderá deixar de ser aplicada, se do cotejo entre os precedentes que lhe deram origem e o caso concreto não se configurar uma similitude ou identidade nas *rationes decidendi*. Em outras palavras, para que se aplique a súmula faz-se necessário, como já se viu, um confronto entre o caso concreto e as circunstâncias constantes dos precedentes que a originaram. Não havendo tal identificação, não deve ser aplicada a súmula, caracterizando o chamado *distinguishing*⁸⁰.

Por fim, imperioso destacar outra importante característica diferenciadora da decisão judicial no *civil law* e no *common law*. A extensão da obrigatoriedade do precedente aos fundamentos da decisão judicial.

Como é cediço, o autor de uma demanda tem a obrigação de narrar os fatos e fundamentos (causa de pedir) que lastreiam o seu pedido. Por outro lado, o réu, ao contestar a pretensão do autor, norteado pelo princípio do ônus da impugnação especificada, rebate os fatos narrados, bem como apresenta os fundamentos jurídicos (extintivos, modificativos ou impeditivos) para insurgir-se contra a pretensão do autor. Tal situação exige do juiz o enfrentamento dos fatos e a verificação nas provas se os fatos foram ou não demonstrados. Após isso, verifica-se se a tese jurídica sustentada pelo autor produz os efeitos jurídicos por ele pretendidos.

Dos requisitos exigíveis na sentença (relatório, fundamentação e a parte dispositiva) o trabalho do julgador na análise dos fatos e fundamentos dá-se na fundamentação que deve vincular a parte dispositiva, onde se insere o resultado da procedência ou improcedência do pedido. Por outro lado, é a parte dispositiva da sentença que vai produzir a eficácia da coisa julgada material, conforme disciplina o art. 469 do CPC. Significa dizer que os fatos, por não transitarem em julgado, podem ser objeto de negação e discussão em outra demanda.

Esta limitação objetiva da coisa julgada é uma opção do *civil law*. E desta opção é fácil deduzir que, para o sistema, o que importa é a parte dispositiva da decisão e não os fundamentos, pois se o fossem, seriam atingidos pela coisa julgada. A característica do *common law*, sobre este aspecto, é que a coisa julgada, além dos fundamentos da decisão se estende às questões prejudiciais.

Como bem ressalva Marinoni:

Nesse sistema, o valor da fundamentação da decisão judicial nada tem a ver com a coisa julgada material ou com a tese de estender a coisa julgada aos fundamentos. Os fundamentos aí têm relevância não apenas porque são eles que dão conteúdo à decisão judicial, mostrando o seu significado, mas especialmente porque o significado da decisão judicial importa para que os jurisdicionados possam se

⁸⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Agravo regimental em mandado de segurança originário: breves comentários sobre a súmula 622 do STF. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 19, p. 66-70, out. 2004.

orientar e para que os juízes saibam como devem tratar os casos judiciais iguais ou assemelhados⁸¹.

Feitas tais considerações, passa-se agora a situar o precedente no sistema do *common Law*.

O precedente judicial é a fonte, por excelência, do direito no sistema *common law*. Este sistema originou-se na Inglaterra e tornou-se característico dos demais países de língua inglesa, como os Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Irlanda, Escócia, África do Sul entre outros.

O direito inglês até o ano de 1060 era bastante rudimentar. Com a conquista da Normandia por Guilherme, o Conquistador, o Reino da Inglaterra desenvolveu-se consideravelmente, todavia, um único direito era aplicado em todo o Reino, lidando com diferentes costumes e enfrentando muitos obstáculos como as jurisdições senhoriais baseadas no direito feudal e as jurisdições eclesiásticas fundamentadas no direito canônico. Este direito único, com abrangência em todo o Reino, é justamente o *common law*. Considerando que os conquistadores não tinham nenhuma predisposição para legislar, foram as decisões dos juízes e tribunais, à época, que criaram um verdadeiro direito jurisprudencial, constituindo-se os precedentes judiciais as fontes primárias do direito deste sistema jurídico⁸²⁸³.

Sobre este aspecto é importante fazer breve ressalva acerca das teorias que abordam a natureza jurídica do precedente: a teoria declarativa e a constitutiva. Para a primeira, a existência do direito, seja este legislado ou costumeiro, independe da decisão judicial, ou seja, o direito preexiste à decisão judicial, que nada mais é do que uma mera declaração da existência deste direito. Já para teoria constitutiva, hoje dominante nos Estados Unidos, o direito é criado pelas decisões judiciais, de onde se extrai a expressão *judge make law*, expressão esta também afirmada na Inglaterra, embora com moderação, devido outra expressão utilizada: *leave it to Parliament*. Para esta teoria, a sentença revela o direito e sendo assim, o precedente torna-se a fonte do direito⁸⁴.

Não é por outra razão que no direito inglês a decisão judicial tem duas funções: a) solucionar a controvérsia e b) fixar o precedente que servirá de base para casos futuros análogos gerando, conseqüentemente a segurança jurídica. Registre-se que esta sempre foi uma preocupação dos ingleses, intensificada no século XIX com a expansão da indústria e do

⁸¹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 220.

⁸² *Ibidem*, p. 37

⁸³ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 204.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 41-44.

comércio, gerando uma maior necessidade de segurança nas relações jurídicas.⁸⁵ A doutrina deste sistema pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. A aplicação da mesma decisão aos casos análogos resulta igualdade de tratamento, a previsibilidade mostra-se importante por tornar previsível a solução de futuros litígios e conseqüentemente evita-os ou, ao menos, os minimiza devido ao resultado já conhecido. Com isto, poupa-se tempo e energia para novos casos ainda não solucionados. Por fim, mostra-se respeito à sabedoria das gerações passadas de juízes⁸⁶.

O precedente judicial, conforme conceitua Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos”⁸⁷.

Segundo Marcelo Alves Dias de Souza, o precedente pode ser definido como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”⁸⁸.

Esta técnica advinda do sistema jurídico anglo-saxônico pauta-se na doutrina do *stare decisis et non quita movere*, expressão que significa "mantenha a decisão e não se moleste o que foi decidido". A decisão dada em caso anterior e que guarde similitude com casos futuros deve ser repetida, deve vincular os julgamentos futuros. Esta vinculação ocorre em dois planos: horizontal e vertical. No primeiro, a vinculação ocorre somente no tribunal de que emanou a decisão e no segundo há vinculação de tribunais inferiores⁸⁹.

Nos ordenamentos dominados pelas regras do *case law* os precedentes judiciais gozam de força vinculante. O aspecto que justamente caracteriza a aplicação do precedente é o seu caráter eminentemente coercitivo. No *stare decisis*, a decisão anterior declara o direito. Neste sistema, os juízes têm o dever funcional de aplicar nos casos sucessivos os julgados já proferidos em situações análogas, precedentes estes vinculantes mesmo que só exista um único pronunciamento de uma corte de hierarquia superior sobre a questão em análise⁹⁰.

Portanto, os precedentes judiciais, a depender do sistema jurídico, podem se caracterizar como vinculantes ou não. Todavia, isto não é uma premissa absoluta. Conforme

⁸⁵ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.

⁸⁶ *Ibidem*, p.113.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVERA, Rafael. **Curso de direito processual civil, vol.2**. 5. ed. . Salvador: JusPodivm, 2010. p. 381.

⁸⁸ SOUZA, *Op. Cit.*, 2010, p. 41.

⁸⁹ NOVO, Karla Brito. Reflexões sobre a transcendência dos motivos determinantes nas decisões do STF. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 94, p. 40-52, Nov. 2010.

⁹⁰ CRUZ e TUCCI, *Op. Cit.*, 2004, p.12-13.

será verificado mais adiante, no próprio *common law* existe situação que autoriza a não aplicação do precedente, bem como no *civil law*, neste particular em relação ao direito brasileiro, introduziram-se as decisões vinculantes no controle direto de constitucionalidade pelo STF, a súmula vinculante do STF e, a eficácia vinculante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsão contida no projeto do novo CPC.

Em relação aos precedentes não vinculantes, estes foram paulatinamente introduzidos no sistema jurídico brasileiro. Em 28 de agosto de 1963, no confessado intuito de amenizar a sobrecarga de recursos pendentes de julgamento, o STF aprovou emenda regimental alterando o art. 15, IV do seu regimento interno para possibilitar ao relator arquivar recurso extraordinário ou agravo de instrumento quando o pedido contrariasse súmula daquela Corte. Ainda no ano de 1963, o Supremo editou a Súmula 322⁹¹ para autorizar a inadmissão de pedido ou recurso endereçado ao tribunal quando manifestamente incabível ou apresentado fora do prazo ou ainda quando for evidente a incompetência do tribunal.

Em 1979, a Lei Complementar n.º 35 outorgou aos relatores do extinto Tribunal Federal de Recursos autorização para julgar monocraticamente recurso que tivesse perdido o objeto, que fosse manifestamente intempestivo ou que contrariasse as questões predominantemente de direito, súmula do Tribunal ou do STF. Em 1985, a emenda regimental n.º 2, acrescentou o §2.º ao art. 21 do Regimento Interno do STF, autorizando o relator a prover imediatamente o recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula do STF. Posteriormente, a Lei 8.038/90 autorizou o relator julgar monocraticamente um recurso quando a decisão recorrida contrariar súmula do respectivo Tribunal. A Lei 9.139/1995 alterou o art. 557 do CPC, para atribuir aos relatores dos tribunais o poder para negar seguimento a recurso quando a decisão recorrida fosse contrária à súmula de Tribunal Superior. Nova alteração no art. 557 foi introduzida pela Lei 9.756/1998 acrescentando o parágrafo 1º-A, ampliando os poderes do relator para dar provimento monocrático ao recurso quando a decisão recorrida estivesse em confronto com jurisprudência dominante ou súmula de tribunal superior.

Com o advento da lei 10.352/2001, foi introduzido o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 555, §1º do CPC. Por meio da Lei 11.276/2006 acrescentou-se o §1º ao art. 518 do CPC criando a chamada “súmula impeditiva de recurso”, autorizando o juiz monocrático a trancar o recurso de apelação quando a decisão recorrida estivesse em conformidade com entendimento sumulado do STJ ou do STF. Prestigiando a força do

⁹¹ Súmula 322 do STF: Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando evidente a incompetência do Tribunal.

precedente na primeira instância, a Lei 11.227/06 introduziu o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A). Acrescente-se a isso a repercussão geral do recurso extraordinário (art. 543-A, §3º) criada pela Lei 11.418/2006, o julgamento dos recursos especiais repetitivos, importante ferramenta para analisar as demandas de massa (art. 543-C) criada pela Lei 11.672/2008. Na legislação extravagante encontra-se ainda o pedido de uniformização de interpretação de lei federal, cabível quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, conforme previsão do art. 14 da Lei 10.259/2001.

Registre-se ainda a Emenda Constitucional nº. 3, de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, posteriormente aplicável também às ações diretas de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. As decisões dadas pelo Supremo no julgamento das ações de controle de constitucionalidade, bem como no julgamento das respectivas liminares, possuem eficácia vinculante e *erga omnes*.

O mesmo se repetiu com o advento da emenda constitucional nº. 45/2004 que acrescentou o art. 103-A na Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela Lei 11.417/2006, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante.

Nesta novel sistemática, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício, ou por provocação dos legitimados, após reiteradas discussões sobre matéria de direito constitucional e mediante a aprovação de dois terços dos seus membros, editar súmula que a partir da sua publicação no diário oficial vinculará todo o Poder Judiciário e todos os órgãos da administração pública direta e indireta nas três esferas (federal, estadual e municipal), objetivando a segurança jurídica do sistema e evitar a multiplicação de demandas sobre questões idênticas.

Ainda no tocante à eficácia vinculante do precedente, também se observa na repercussão geral do recurso extraordinário, prevista no art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.418/2006. Isto porque o pronunciamento sobre a sua existência ou inexistência da repercussão geral produz eficácia vinculante e conseqüentemente a adoção do precedente vinculante. Nos termos do art. 543-A, §5º do CPC, negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos com matéria idêntica. Verifica-se, portanto, uma vinculação horizontal, pois a Presidência do Supremo inadmitirá os recursos extraordinários idênticos (art. 13, inc. V, “c” e art. 327 do RISTF), bem como os relatores caso a Presidência não o tenha feito (art. 327, §1º do RISTF)⁹². De igual modo, negada a repercussão, todos os recursos

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

extraordinários sobrestados serão automaticamente inadmitidos, conforme art. 543-B,§2º, sendo vedado ao tribunal de origem remeter ao STF recursos com controvérsia já decidida pelo Supremo como de não repercussão geral. É o efeito vinculante vertical.

Observa-se, portanto, a adoção do precedente vinculante em nosso ordenamento jurídico. Além desta previsão, agora, no projeto do novo CPC, há previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas cuja decisão proferida pelo tribunal local, de igual modo, vinculará os juízos monocráticos. Com a introdução do precedente vinculante, o sistema jurídico brasileiro aproxima-se bastante do *common law* e da teoria do *stare decisis*, motivo pelo qual, faz-se necessária uma abordagem sobre a compreensão dos elementos que compõem este precedente, bem como os métodos de sua aplicação e desconstituição e uma melhor caracterização sobre o precedente vinculante e persuasivo. Por fim, serão abordados aspectos negativos apontados pela doutrina em relação à aplicação do precedente vinculante no direito brasileiro.

4.3 Elementos do precedente. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Para compreensão do estudo sobre os precedentes torna-se imperioso analisar os elementos que os compõe, apontando a doutrina específica dois elementos distintos: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

4.3.1 A ratio decidendi

A aplicação do precedente não se resume à atividade passiva e mecânica do juiz em identificar se a matéria já foi decidida por algum tribunal e simplesmente aplicá-la ao caso cujo julgamento encontra-se sobre sua responsabilidade. Não é a simples leitura do caso e do precedente que por si só já autorizaria a aplicação imediata.

Quando se afirma no *common law* que o juiz está obrigado a seguir o precedente existente, na realidade deve ser entendido que ele tem a obrigação de aplicar ao caso em julgamento a *ratio decidendi* do precedente, sendo um dos pontos mais divergentes da doutrina especializada do *common law* a compreensão do significado da expressão em estudo⁹³. Para a aplicação do precedente é preciso conhecê-lo, e conhecer o precedente reside justamente no conhecimento da sua *ratio decidendi*.

⁹³ SOUZA, *Op. Cit.*, 2010, p.125.

A *ratio decidendi*, ou holding para os americanos, traduz-se nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. Trata-se da essência da tese jurídica escolhida pelo julgador para aplicá-la no caso em concreto (*rule of law*). É composta pela indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e pelo juízo decisório. (*judgement*)⁹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni traz importante contribuição sobre o tema:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes -e, assim, não importa apenas a coisa julgada material-, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados⁹⁵.

Para o referido autor, a razão de decidir deve ser entendida como a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. Não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Isto porque na fundamentação podem ser encontradas mais de uma tese jurídica. A *ratio decidendi* não tem correspondência no processo civil brasileiro. Ela não se confunde com a fundamentação nem com a parte dispositiva do julgado. Ela é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, mais com eles não se confundem, é um “algo mais”, visto que, no *common law* não se está preocupado com a segurança jurídica das partes através da coisa julgada material, mas com a segurança jurídica dos jurisdicionados de forma global, embora registre-se que no *common law* há o instituto da coisa julgada. Se no *civil law* é a parte dispositiva que transita em julgado e confere segurança jurídica às partes envolvidas no litígio, no *common law* é a *ratio decidendi* que vincula o magistrado ao precedente e torna obrigatória a sua aplicação, gerando segurança jurídica aos jurisdicionados⁹⁶.

Ao interpretar um precedente, não se está preocupado em revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar o significado formal de suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*)⁹⁷. Justamente aqui se encontra o elemento diferenciador entre precedente do *common law* e súmula do *civil*

⁹⁴ DIDIER JR, *Op. Cit.*, 2010, p. 381.

⁹⁵ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 222.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 222-233.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 222-233.

law, onde a preocupação reside tão somente no conteúdo do seu texto, sem qualquer preocupação com as circunstâncias do caso que levaram à elaboração daquele texto.

O ato de interpretar um precedente não se confunde com o de interpretar a lei. Na interpretação do precedente, a preocupação encontra-se focada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, acima de tudo no que diz respeito à delimitação da *ratio*. A tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que se encontra sob julgamento estudando se presente a similitude da *ratio*⁹⁸.

A definição de *ratio decidendi* é um dos temas mais tormentosos da doutrina do *common law*, dificuldade esta relatada por vários estudiosos que se propuseram a escrever sobre o tema.

Há na doutrina inglesa, pelo menos cinco definições mais utilizadas para conceituar a *ratio decidendi*: a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) a regra do Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão do Direito do caso⁹⁹.

Segundo Marcelo Alves Dias de Souza, para realmente se compreender a definição da *ratio decidendi*, é necessária a compreensão dos métodos empregados para a sua determinação em um caso, e estes métodos são explicados através das teorias de Wambaugh, Oliphant e Goodhart. Já Marinoni refere-se ao teste de Wambaugh e à teoria de Goodhart. Passa-se a fazer uma breve digressão das teorias.

A teoria de Eugene Wambaugh, chamada teoria clássica, afirma que a *ratio decidendi* de um caso seria a proposição ou regra, sem a qual, o caso seria decidido de forma diversa. A *ratio decidendi* seria uma proposição necessária para a decisão, e, em sentido contrário, uma proposição constante no julgamento e que não fosse necessária para a decisão seria *dictum* ou *obter dictum*. A *ratio decidendi* de um caso seria a premissa maior de um silogismo, e a premissa menor seriam os fatos do caso e a decisão. Para identificar se a premissa maior de um caso anteriormente julgado era necessária, faz-se um teste para verificar se o tribunal para chegar à decisão teve de aplicar esta regra jurídica. Assim, se uma mudança dessa premissa ou

⁹⁸ *Ibidem*, p. 223.

⁹⁹ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p.126.

regra implicar uma mudança da decisão, ela será necessária, e tem-se realmente a *ratio decidendi*. Por outro lado, se a mudança da premissa não acarretar qualquer tipo de modificação na decisão, conclui-se pela sua desnecessidade, portanto, caracterizar-se-á como mera *dictum* ou *obter dictum*¹⁰⁰.

A segunda teoria é idealizada por Herman Oliphant que representa o realismo jurídico americano. Para esta teoria o raciocínio lógico utilizado pelo juiz para chegar a uma decisão não tem qualquer relação com a *ratio decidendi* de um precedente, ou seja, o trabalho mental do juiz que consta da decisão deverá ser ignorado completamente. Para esta teoria, os fatos levados ao tribunal deverão ser considerados como estímulos a uma resposta, que é a decisão real do caso. E esta combinação estímulo/resposta (fatos/decisão) seria a *ratio decidendi* do caso. Por esta razão, a teoria é chamada estímulo/resposta ou fatos/decisão. Ela afasta a possibilidade de o precedente ser considerado norma geral e abstrata, pois mostra apenas uma experiência judicial quanto às respostas sobre determinados fatos¹⁰¹.

A terceira e última é a teoria de Goodhart. Idealizada em seu ensaio denominado *The Ratio Decidendi of a Case*, publicado em 1930, este ensaio tornou-se a base para todas as investigações posteriores sobre o tema, na doutrina do *common law*. Goodhart afirma que a determinação da *ratio decidendi* de um precedente deve levar em consideração dois aspectos, quais sejam, os fatos considerados na ótica do juiz do precedente como fundamentais (*material facts*) e a decisão do juiz baseada nestes fatos. Isto porque o juiz, para analisar o direito, leva em consideração os fatos do caso, e as proposições afirmadas pelo julgador, em relação aos fatos por ele entendidos como fundamentais para o julgamento, têm peso muito maior do que qualquer outra coisa que o juiz afirme. Portanto, a primeira coisa a ser feita é determinar quais os fatos fundamentais (*material facts*), vistos pelo juiz, para basear a sua decisão. É pela escolha destes fatos fundamentais que o juiz cria o direito. Estabelecidos quais os fatos fundamentais do precedente e quais não o são, encontra-se a proposição do caso, que corresponde à conclusão do juiz com base nos fatos fundamentais e na exclusão dos não fundamentais. Tal proposição é a *ratio decidendi*. Assim, se a corte entende que os fatos A, B e C existiram, e afasta o fato A, por considerá-lo irrelevante, e a partir dos fatos B e C chega à conclusão X, isto significa que toda vez que os fatos A, B, e C se repetirem em casos futuros, o tribunal terá que chegar a conclusão X. E toda vez que os fatos B e C se repetirem, também o tribunal deve chegar ao resultado X. A falta do fato A não altera o resultado, pois foi considerado irrelevante. Assim, o tribunal cria um princípio determinando quais fatos são

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 127.

¹⁰¹ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p.126.

fundamentais e quais são irrelevantes para basear a sua conclusão. Adverte ainda Goodhart que, se durante a exposição, o juiz sugere um fato hipotético e conclui como se este fato existisse, este fato não cria uma *ratio decidendi*, sendo tão só uma *dictum* ou *obiter dictum*¹⁰².

Expostas as teorias, de enorme importância para o *common law*, é imperioso ressaltar que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos distintos: 1) a preocupação com a identidade dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito dele; e 2) as razões que embasaram a conclusão, ou seja, as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso¹⁰³.

É justamente nesta assertiva que se revelam os elementos delineadores da *ratio decidendi*. Todavia, algumas considerações ainda devem ser tecidas.

Conforme restou acima explicitado, para a aplicação do precedente é necessário visualizar a identidade dos fatos principais entre os dois casos. Esta identidade não precisa ser absoluta, deve-se atribuir certo nível de generalidade do fato, como representativo de uma categoria. Assim, se em determinado precedente o princípio traçado diz respeito à responsabilidade de um fabricante de cerveja diante de um consumidor que adoeceu em virtude do engarrafamento da bebida com um caracol morto, não haverá qualquer óbice para a aplicação do precedente se modificar a bebida ou o animal encontrado. Deve ser levado em consideração que o fato concreto do precedente e o fato concreto do caso em julgamento devem pertencer à mesma categoria de fatos¹⁰⁴.

Com efeito, a rigidez empregada na análise dos fatos fundamentais inviabilizaria a própria aplicação do *stare decisis*, até porque, seria muito difícil exigir a identidade absoluta entre a realidade fática existente no precedente e no caso em julgamento, pois dificilmente os fatos repetem-se com exatidão cartesiana. Demais disso, esta rigidez certamente facilitaria as técnicas utilizadas para a não aplicação do precedente que serão posteriormente enfrentadas.

Neste mesmo sentido, é o entendimento de Marinoni:

Não há dúvida que o mundo fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque os fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos – que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas, na verdade, exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático

¹⁰² *Ibidem*, p. 128-133.

¹⁰³ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 228.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 137.

importa como auxiliar, capaz de proporcionar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado¹⁰⁵.

Deve-se registrar que a incumbência de identificar a semelhança entre a *ratio decidendi* do precedente e do caso posterior é do juiz responsável pelo julgamento do caso posterior. Se ele identifica a semelhança, deve obrigatoriamente aplicar o precedente¹⁰⁶.

Além desta questão, alguns problemas podem surgir em relação à determinação da *ratio decidendi*, como ocorre, por exemplo, quando o precedente possui mais de uma *ratio*.

Importa, desde logo, salientar que tal situação não é pacífica no *common law*. Isto porque há entendimento de que só pode existir uma única *ratio* e os demais argumentos seriam *obiter dicta*, enquanto há entendimento no sentido de permitir a existência de mais de uma *ratio* no mesmo precedente. Para os que defendem a possibilidade de duas *rationes* o entendimento dominante é que todas as *rationes* vinculam, não podendo o tribunal do julgamento do caso posterior, escolher só uma delas e relegar a outra à qualidade de *obiter dictum*. Outra situação que pode gerar problemas é quando a *ratio* for formada por um colegiado onde juízes diversos dão razões diversas, ou seja, diferentes linhas de raciocínio, embora tenham chegado num resultado comum. Embora não haja posicionamento doutrinário completamente definido para o tema, tem-se entendido que faltaria *ratio decidendi* discernível, portanto, a corte do caso posterior estaria livre para decidir com base em outro parâmetro. Por fim, embora não seja uma situação corriqueira diante da rigidez dos tribunais, principalmente os superiores em relação à fundamentação das suas decisões, podem existir casos em que seja muito difícil identificar a *ratio decidendi*. São decisões com fundamentação insuficiente ou sem um princípio claramente fixado. Se não existe a clareza do princípio não há o que aplicar, motivo pelo qual, a ausência da *ratio* faz desaparecer a autoridade obrigatória¹⁰⁷.

Realmente é característica fundamental do *stare decisis* a formação da *ratio* nos precedentes para vincular os casos posteriores. A falta dela torna inócua a aplicação da teoria, visto que a base principiológica que deveria ser fixada não existiu. Portanto, sem a tese fixada, não há o que ser obedecido.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰⁶ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p.134.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.138.

Como visto, a importância da *ratio decidendi* para o precedente reside justamente no fato da decisão não interessar somente às partes envolvidas no litígio, mas, acima disso, aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito e aos jurisdicionados que necessitam da segurança jurídica e da previsibilidade para desenvolverem suas atividades¹⁰⁸.

4.3.2 O *obiter dictum* ou *dictum*

O *obiter dictum* ou simplesmente *dictum* tem sua constatação através de uma proposição negativa. Aquilo que não restou caracterizado como *ratio decidendi* é o que se compreende como *obiter dictum*.

O *obiter dictum*, ou *obiter dicta* (expressão no plural), pode ser entendido como os argumentos que são utilizados de passagem pelo julgador na motivação da sua decisão, se traduzindo em juízos provisórios, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência para a decisão, ou seja, é prescindível para o deslinde da controvérsia. O critério para sua aferição geralmente é dado de forma negativa. O *obiter dictum* é a proposição ou a regra do direito que não faz parte da *ratio decidendi*¹⁰⁹. De forma mais simples: o que não for *ratio* é *obiter dictum*.

Esclarecendo o significado de ambas as expressões, interessante transcrever a observação feita por Marcelo Alves Dias de Souza:

Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva. [...] De toda sorte, as expressões *dictum* e *obiter dictum* são usadas pelos operadores do Direito, indiscriminadamente, para englobar todos os sentidos¹¹⁰.

Significa que sua conceituação encontra-se diretamente atrelada à da *ratio decidendi*. Com efeito, a preocupação do *common law* encontra-se justamente no efeito vinculante do precedente e, como visto acima, este efeito é extraído da *ratio decidendi*, daí a preocupação em separá-la do *obiter dictum*, pois a *contrario sensu* não acarreta qualquer tipo de vinculação no precedente.

Interessante salientar que o *civil law* tem menor preocupação com tal questão, visto que a preocupação dos tribunais reside tão somente em aplicar a lei ao caso em concreto gerando segurança jurídica para as partes envolvidas no litígio, pelos efeitos da coisa julgada

¹⁰⁸ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 221.

¹⁰⁹ DIDIER JR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Op. Cit.*, 2010, p. 383.

¹¹⁰ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p. 140.

na parte dispositiva da decisão. Portanto, não há necessidade em buscar na fundamentação o significado da decisão, pois esta se limita a aplicar a previsão normativa e aplicá-la ou caso em concreto, e não interessa a ninguém mais, senão aos litigantes¹¹¹.

Já no *common law* a preocupação é em sentido inverso. Na decisão, extrai-se o princípio a ser aplicado nos casos análogos que se repetirem. Portanto, a preocupação neste sistema é com o princípio a ser extraído da fundamentação da decisão (*ratio decidendi*), que vinculará todos os demais casos análogos, gerando ao jurisdicionado segurança jurídica e previsibilidade das decisões. Denota-se a necessidade de separar a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, pois na primeira reside toda a característica vinculante do *common law*.

E a característica principal, para separar estes dois elementos, reside justamente no questionamento que se deve fazer sobre a necessidade do seu enfrentamento ou não a fim de se chegar a uma decisão. As questões indiscutivelmente desnecessárias para o alcance da decisão são *obiter dicta*. Pode-se entendê-las como as questões não necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso, as que tratam de um ponto que nenhuma das partes arguiu, enfim, declarações da Corte sobre questões que ela não está decidindo ou que não foi chamada a decidir¹¹².

Grosso modo, o entendimento tradicional da expressão *obiter dictum* reserva-se às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas. Todavia, a doutrina específica do sistema *common law* também observa a possibilidade do *obiter dictum* ser dotado de grande efeito persuasivo embora, obviamente, não vinculante. Quando o *obiter dictum* apresenta-se com grande efeito persuasivo a doutrina o classifica como *judicial dictum* e *gratis dictum*.

Esta situação é exemplificada no caso *Perry v. Kendrick's Transport*. Neste caso existiam duas questões a ser analisadas perante a Câmara dos Lordes. A primeira dizia respeito à impossibilidade de se obter indenizações por injúrias pessoais, baseado em *Rylands v. Fletcher*. A outra questão dizia respeito à viabilidade do réu invocar em sua defesa e no seu recurso que o dano foi causado por um ato praticado por terceiro. A decisão, caso se fundasse em um ponto ou em outro, seria favorável ao réu-apelante. A Corte decidiu a primeira questão a favor do autor-apelado, concluindo que as injúrias pessoais poderiam ser cobradas com base em *Rylands v. Fletcher*. Mas, a segunda questão decidiu em favor do réu-apelante que foi vitorioso na apelação. A primeira questão, portanto, pelas correntes já analisadas é entendida como *obiter dictum* e, sendo assim, não vincularia. Todavia, seria difícil de acreditar que um

¹¹¹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 233.

¹¹² *Ibidem*, 2010, p. 235.

órgão de primeiro grau se sentiria livre para decidir que os danos por injúrias pessoais não podem ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*, embora tal declaração seja apenas um *dictum* perante a Câmara dos Lordes. Embora a declaração da Corte seja *obiter dictum* e consequentemente sem efeito vinculante, certamente, tal declaração terá um grande efeito persuasivo, pois diz respeito a uma declaração unânime da Câmara dos Lordes, podendo, portanto, ter uma intensidade tão forte quanto ao efeito vinculante, característica particular da *ratio decidendi*¹¹³.

Feitos os esclarecimentos sobre a compreensão da expressão no sistema do *common law* e suas particularidades, importa transcrever a análise da questão sobre a ótica da teoria da decisão no sistema brasileiro, sob a ótica de Marinoni:

Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, inegavelmente, *obiter dicta*. O mesmo se passa em relação aos fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez. Os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão¹¹⁴.

Justamente no intuito de favorecer melhor compreensão sobre a discussão envolvida no precedente, a *ratio decidendi* consistirá nos fatos relevantes à compreensão do litígio e do raciocínio lógico jurídico empreendido pelo juízo decisório para entregar determinada prestação jurídica. Como toda valoração da norma encontra-se atrelada a um juízo de conduta sobre os fatos produzidos na sociedade, por mais que uma demanda, para a sua solução, busque tão somente aplicar a norma no caso concreto, sem a necessidade de investigação das questões de fato, toda e qualquer demanda terá um fato da vida relacionado em sua causa de pedir. É na compreensão deste fato que se encontra um dos elementos da *ratio decidendi* para identificação da similitude das causas para a aplicação do precedente.

De igual modo, imprescindível conhecer o núcleo decisório, ou seja, o raciocínio lógico jurídico empreendido pelo julgador para obtenção do juízo decisório. Como bem observa Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira é interessante fazer uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma¹¹⁵. Já o *obiter dictum*, se traduz nos argumentos ditos de passagem que não se relacionam à problemática principal envolvida na demanda.

¹¹³ *Ibidem*, p. 236-237.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado e direito processual civil da UFPR. Salvador. Juspodivm, 2010b. p. 249-279.

¹¹⁵ DIDIER JR, *Op. Cit.*, 2010, p. 381.

4.4 Precedentes vinculantes e precedentes persuasivos

Todo precedente possui um grau de autoridade. Até que ponto um precedente influencia a decisão judicial de um caso semelhante, é justamente o que vai caracterizar o precedente persuasivo e o obrigatório.

Importante também ressaltar que um determinado precedente pode ser obrigatório para determinado caso e persuasivo para outro. Este fato decorre do grau de hierarquia do órgão que gerou o precedente. Assim, o precedente de determinado órgão pode vincular as cortes inferiores, mas não vincula as cortes superiores àquele órgão que gerou o precedente¹¹⁶. É justamente o que acontecerá com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isto porque, conforme se verá mais adiante, a competência para o julgamento do referido incidente deve pertencer a um tribunal de segunda instância (Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios ou Tribunais Regionais Federais). Quando estes órgãos julgarem o incidente, a decisão proferida vinculará todos os juízes da primeira instância, todavia, esta vinculação em momento algum acontecerá em relação aos tribunais superiores (STJ e STF).

Entende-se que o precedente é persuasivo quando o juiz não está obrigado a segui-lo. O grau de convencimento do magistrado para aplicá-lo em caso análogo pode levar em consideração uma série de fatores, como: a posição hierárquica do tribunal que o proferiu, a data da decisão (elemento temporal), se foi unânime ou não, a fundamentação utilizada, o prestígio do magistrado que a proferiu entre outros¹¹⁷. Realmente, em nosso sistema jurídico, tais elementos influenciam bastante na aplicação ou não do precedente.

Com efeito, há uma tendência (e não obrigação) dos tribunais inferiores acompanharem o entendimento dos tribunais superiores. Na própria fundamentação utilizada nos votos, acórdãos e decisões terminativas, vê-se referência muito mais as decisões dos tribunais superiores do que os do próprio tribunal, praticamente não existindo menção às decisões da instância inferior. De igual modo, o elemento temporal influencia com bastante veemência, pois se prestigiam as decisões mais recentes enquanto aquelas publicadas há mais de cinco, seis, dez anos, são quase que totalmente preteridas em prol das mais recentes. Prestigiar uma decisão mais antiga parece sinônimo de preguiça, falta de pesquisa do prolator da decisão do caso análogo, são sendo raro prestigiar um precedente mais recente, embora

¹¹⁶ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p. 52.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 53.

menos fundamentado, do que outro mais antigo, mas com um grau muito maior de aprofundamento da discussão analisada.

O precedente vinculante ou obrigatório divide-se em relativamente e absolutamente obrigatório. O precedente é relativamente obrigatório quando a Corte está autorizada em determinadas situações a não aplicá-lo, desde que exista razão para tanto. É o que acontece, p. ex., de um precedente contrário ao direito. Já o precedente absolutamente obrigatório é aquele que o juiz ou tribunal tem o dever legal de segui-lo, mesmo que o considere incorreto ou irracional. Exatamente a expressão que caracteriza a teoria do *stare decisis et non quieta movere*: atém-se ao precedente judicial e não se move o que está quieto¹¹⁸.

No sistema jurídico brasileiro, visualiza-se a existência do precedente de eficácia absoluta, atualmente atribuído ao Supremo Tribunal Federal pela súmula vinculante e pelas decisões proferidas por este tribunal no julgamento das ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade. Já os precedentes persuasivos, apenas demonstram o entendimento solidificado do tribunal sobre determinada matéria. É o que se verifica nas demais súmulas editadas pelo próprio STF, STJ e demais tribunais da federação. São instrumentos de persuasão, orientação aos órgãos inferiores e ao próprio jurisdicionado, mas em momento algum se vincula a sua aplicação.

Em resumo, no sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante, o juiz encontra-se proibido de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, assim como proíbe o tribunal de negar o que já decidiu, excetuando obviamente as hipóteses de *distinguished*¹¹⁹.

Pelo precedente vinculante verifica-se o respeito do Judiciário na análise de suas próprias decisões, respeito este identificado na impossibilidade de os juízes de instância inferior julgarem contrário ao precedente, bem como o respeito que deve existir do próprio órgão de onde emana o precedente, cuja origem histórica encontra-se calcada no *stare decisis* do direito inglês.¹²⁰

Todavia, não se trata de algo imutável ou inalterável e nem poderia ser, pois a ciência jurídica é uma ciência humana, em constante evolução tal como a sociedade. Os costumes mudam, as leis mudam e não poderia ser diferente em relação ao precedente.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

¹¹⁹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 112.

¹²⁰ ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado e direito processual civil da UFPR. Salvador. Juspodivm, 2010. p. 53-75.

Engessá-lo desviaria a sua finalidade como fonte do direito. Por tais razões, sempre devem ser conjugados ao precedente os instrumentos de não aplicação ou revogação estudados no tópico seguinte. O próprio juiz encontra-se autorizado a identificar a diferença entre a tese discutida e a que formou o convencimento do precedente, aplicar o *distinguishing* e julgar a causa de acordo com o seu convencimento.

Isto porque, no direito brasileiro, os fatos de uma causa, por si só, não autorizam a formação do precedente. Como bem afirma Marinoni, apenas as questões de direito têm a legitimação para formar o precedente, visto que a decisão sobre fato é sempre única.¹²¹

Realmente, embora as questões de fato possam se assemelhar, jamais podem ser consideradas as mesmas, pois cada caso é um caso e apenas encontra-se repetição quando se trata do fenômeno da litispendência ou coisa julgada. Os fatos dão o sustentáculo ao direito discutido, este sim, elemento formador do precedente.

Conforme conceituado acima, no concernente às causas repetitivas, estas se definem pela semelhança entre a tese jurídica em discussão, não sendo interessante para a segurança jurídica que causas semelhantes tenham entendimento jurisdicional divergente. Daí a importância do respeito aos precedentes ainda mais quando se trata de precedente com a característica da obrigatoriedade.

Em resumo, os precedentes vinculantes são a principal característica do *common law* e a base da doutrina do *stare decisis et nom quieta movere*. Já nos precedentes persuasivos (*persuasive precedent*), o magistrado não se encontra obrigado a segui-lo, é livre para aplicá-lo e o faz se convencido de sua correção. O precedente persuasivo é característica dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Por tais razões se verifica no direito brasileiro um sistema misto, pois se encontram precedentes isoladamente considerados, precedentes responsáveis para a formação de súmulas pelos tribunais, principalmente nos tribunais superiores, resultantes da atividade jurisprudencial e precedentes vinculantes (súmula vinculante)¹²².

A principal distinção repousa no fato do precedente persuasivo ser, tão somente, um instrumento destinado a proporcionar uma orientação sobre determinada questão jurídica, e os juízes o seguem de acordo com o seu convencimento, o que não acontece com os precedentes vinculantes, calcados no *stare decisis*, onde se respeita a sua força, não se alterando aquilo que já foi decidido.

¹²¹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 110.

¹²² DONOSO, Denis. Um novo princípio contraditório. Análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 73, p. 22-25, abr. 2009.

Todavia, como já mencionado acima, considerando que o direito é uma ciência em eterna evolução, não se pode engessar o precedente e tê-lo como algo inatingível ou imutável. Ora, se a lei muda, é revogada, ampliada etc., o mesmo deve acontecer em relação ao precedente. Daí a necessidade de se entenderem os métodos de aplicação e afastamento do precedente.

4.5 Aplicação e afastamento dos precedentes. *Overruling, overriding e distinguishing*

Um precedente pode ou deve ser seguido em caso posterior levando em consideração o seu caráter persuasivo ou vinculante. Todavia, mesmo nos precedentes vinculantes, cuja regra é a aplicação obrigatória sempre que verificada a hierarquia das cortes envolvidas, a própria doutrina do *stare decisis* prevê técnicas ou circunstâncias que implicam a não aplicação do precedente. Estas técnicas de confronto, interpretação, aplicação e superação dos precedentes são o que se entende por *distinguishing, overruling e overruling*.

O *distinguishing* ou distinção entre casos é a técnica mais comum para a não aplicação de um precedente. Quando houver distinção entre o caso em julgamento e o precedente, não se verificando coincidência entre os fatos fundamentais que serviram de base para à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, tem-se o *distinguishing* que pode se apresentar sobre duas acepções: para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) e para designar o resultado deste confronto naqueles casos em que se conclui existir alguma diferença entre eles. (*distinguish*-resultado)¹²³.

Ele está relacionado à questão dos fatos fundamentais (*material facts*) já analisado anteriormente. Assim, se os fatos fundamentais do precedente não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, não se deve aplicar o precedente, visto que, o caso deve ser considerado pelo juiz ou tribunal como distintos^{124 125}.

Para Marinoni:

O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso.

¹²³ DIDIER JR, *Op. Cit.*, 2010, p. 393.

¹²⁴ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p. 142.

¹²⁵ O autor traz um interessante exemplo de *distinguishing* em seu livro fazendo menção ao caso *Bridges v. Hawkesworth* em que foi reconhecido o direito de um consumidor guardar o dinheiro que encontrou no chão de uma loja, não se aplicando tal precedente ao caso *South Staffordshire Water Company v. Sharwood*, onde a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro no fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público. *Ibidem*, p. 143.

Assim, é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos¹²⁶.

Trata-se de um método comparativo entre a *ratio decidendi* utilizada no precedente no intuito de se identificar a similitude dos fatos fundamentais (*material facts*), impedindo com isso que se dê tratamento igual a situações desiguais.

Como é uma tendência, na tradição do *common law*, os tribunais aplicarem o precedente mesmo que persuasivos, um juízo pode se empenhar em distinguir os fatos do precedente e os do caso em julgamento, como única forma de afastar um precedente que considera injusto ou incorreto, mas que estaria obrigado a aplicá-lo. Este poder de distinguir tem incontestável importância, pois atua como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça ao caso concreto. Por outro lado, não pode ser levado a outro extremo, por ferir o princípio da isonomia, além do seu uso indiscriminado gerar dúvidas sobre a real vinculação dos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar o sistema à falência¹²⁷.

Importa também ressaltar a técnica de afastamento utilizada principalmente pela *House of Lords*¹²⁸ para afastar suas próprias decisões anteriores. É a chamada alteração das circunstâncias, conhecida como *cessante ratione, cessat ipsa Lex*, trazida como: cessando as razões para existência da norma jurídica, ela deixa de existir por si própria. Nesta técnica, apesar do juiz reconhecer a existência de decisão anterior ao caso em julgamento, reconhece a alteração das circunstâncias valoradas quando o precedente foi julgado. Assim, a alteração das circunstâncias impõe uma decisão noutra sentido¹²⁹.

Isto porque, na aplicação do precedente, a primeira coisa a se verificar é se o caso em análise comporta a alocação de dado precedente. Assim, os juízes do *common law* exercem em primeiro lugar a técnica de distinção, aproximando os elementos objetivos dos casos. Dependendo do resultado, pode o juiz restringir o objeto do precedente ou mesmo não aplicá-lo. Todavia, se determinado precedente é considerado como ultrapassado por não mais se coadunar com os fatos observados pela sociedade, ou ainda, equivocado porque, mesmo

¹²⁶ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 326

¹²⁷ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p. 145.

¹²⁸ A *House of Lords* em 2009 foi substituída pela Corte Constitucional Inglesa.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 145.

aplicado ao contexto da época em que se formou, não era o entendimento correto, a Corte Superior pode formar um novo precedente (*overruling*)¹³⁰.

O *overruling* consiste na revogação do precedente. É possível existir um sistema onde o precedente, em hipótese alguma, possa deixar de ser aplicado. Na Inglaterra, até o ano de 1966, seguia-se a doutrina do *binding precedent* onde a *House of Lords* havia formalmente renunciado o direito de superar os seus precedentes. Naquele ano, a Corte anunciou em *Practice Statement* que seus juízes poderiam se afastar das decisões anteriores caso achassem correto. Na atualidade, a doutrina do *binding precedent* não é aceita nos países de tradição do *common law*. Com efeito, a doutrina do *stare decisis* permite que os juízes aprendam com a experiência do passado, mas não se exige uma obediência irrestrita as decisões anteriores. É permitido, em muitos casos, que se afastem do que consideram incorreto. O *overruling* equivaleria a uma declaração pública de que o precedente até então aplicado estaria em sentido contrário ao direito¹³¹.

As razões para a revogação de um precedente, justamente por implicar forte contestação aos fundamentos do sistema do *binding precedent* devem ser calcadas na constatação da incorreção, inconveniência, injustiça do precedente. Mas não basta só esta avaliação, é necessário, de igual modo, avaliar o prejuízo para a estabilidade do sistema. Ou seja, observa-se a incorreção do julgado, a mudança na sociedade em relação às situações à época do precedente, mas se pondera sobre o prejuízo a doutrina do *stare decisis* sobre aquela mudança de posicionamento, pois toda mudança acarreta perda de estabilidade e confiança, ocasionando danos à eficiência do sistema e redução na possibilidade de previsão^{132 133}.

O *overruling* pode ocorrer expressa ou tacitamente. A revogação expressa ocorre quando um tribunal, com poder para tanto, declara estar revogando o precedente. A *ratio decidendi* daquele precedente passa a não mais ser citada como autoridade em casos posteriores. Excepcionalmente pode existir uma revogação implícita. Esta ocorre quando o tribunal decide em sentido contrário a uma decisão sua anterior. Por não mais homenagear o seu precedente, entende-se ter existido implicitamente a sua revogação. O *express overruling* ocorre quando o tribunal resolve expressamente adotar uma nova orientação, abandonando a

¹³⁰ SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

¹³¹ SOUZA, *Op. Cit.*, 2011, p. 150.

¹³² *Ibidem*, p. 150-151.

¹³³ O autor traz na p. 152 exemplo de *overruling*, onde por decisão da *House of Lords* de 1943, no julgamento *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairban Lawson Combe Barbour Ltda.* revogou-se o precedente da *Court of Appeal* de 1904 no caso *Chandler v. Webster*.

antiga. Já na forma tácita (*implied overruling*), o tribunal adota uma posição em confronto com a anterior embora sem expressa substituição desta última. Esta forma é mais rara¹³⁴.

Por fim, o *overriding* se apresenta também como técnica de superação do precedente, traduzindo-se numa revogação parcial, ante a superveniência de uma regra ou de um princípio.

Verifica-se no *overruling* e no *overriding* importantes ferramentas para evitar o engessamento do precedente, pois, conforme dito acima, o direito é uma ciência em constante evolução e não há justificativa para que o precedente, como fonte do direito que é, não dispusesse de ferramentas para assegurar a viabilidade da sua evolução.

Não é por outra razão que no direito brasileiro, no que diz respeito à súmula vinculante, de igual modo, justamente para evitar o engessamento do precedente, existe previsto em lei um procedimento específico para a modificação/revogação do precedente (art. 103-A, §2º. e na Lei 11.417/2006).

Realmente a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula vinculante é salutar para o sistema, pois assegura a dinâmica da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal e permite rever concepções jurídicas sobre determinado tema. Diante disso, ao tempo em que a súmula vinculante fornece a necessária estabilidade, elemento imprescindível para a segurança jurídica, por outro lado, a abertura para a sua modificação é essencial para evitar a estagnação da interpretação da Constituição Federal¹³⁵.

Todavia, nunca é demais ressaltar o cuidado sobre a modificação/revogação do precedente, devendo ocorrer somente quando efetivamente necessário, pois toda e qualquer mudança, certamente gera prejuízos ao sistema no tocante à segurança jurídica e à isonomia.

4.6 Do posicionamento contrário à aplicação do precedente vinculante

Diante da lealdade que deve nortear todo trabalho científico, é imperioso apresentar os argumentos daqueles que se posicionam contra a aplicação do precedente, embora, o objeto do presente trabalho não se restrinja a esta discussão, visto que, pelas inovações legislativas introduzidas no nosso ordenamento a aplicação do precedente vinculante já é uma realidade em nosso sistema e a preocupação desfilada no presente trabalho, diz respeito à forma de sua aplicação e não se deve ou não ser aplicado.

¹³⁴ DIDIER JR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Op. Cit.*, 2010, p. 396.

¹³⁵ LEITE, *Op. Cit.*, 2007, p. 149.

Carlos Maximiliano é um dos críticos da aplicação do precedente, embora trate do tema sobre a expressão de jurisprudência. Para ele, a jurisprudência é uma ciência de fácil compreensão, pois basta consultar um bom índice de arestos e condena os juízes que seguem a aplicação do precedente sob o pálio de não ter as suas sentenças reformadas. Sobre tal aspecto, importante transcrever o pensamento do autor¹³⁶:

Aos juízes e advogados conviria recordar amiúde, como *um sursum corda*, o célere e causticante pensamento de Dupin: “A ciência dos arestos tornou-se a ciência daqueles que não têm ciência; e a jurisprudência é uma ciência facilíma de adquirir: basta um bom índice das matérias” (4).

Aos magistrados que acham meritório não ter suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pesina recorda o verso de Horácio: os demasiados cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem a glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – *serpit humi tatus nimium timidusque procelloe*¹³⁷.

Um dos primeiros argumentos apresentados quanto à aplicação obrigatória dos precedentes, diz respeito ao chamado “engessamento do judiciário”, pois partindo-se da premissa de que o precedente, uma vez fixado, torna-se inalterável, tal situação impediria o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, imobilizando o direito e impedindo o surgimento de decisões adequadas às novas necessidades da sociedade.

Ao tecer considerações sobre a súmula vinculante, Ovídio A. Batista da Silva ressalta que o instituto se apresenta como elemento impeditivo do desenvolvimento da ciência jurídica. É o que se verifica no trecho abaixo:

A segunda razão, para recusar a solução pela via da “súmula vinculante” é que seu propósito não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em convivência com a constantemente transformada realidade social.

[...]

A súmula obrigatória – como o regime dos *assentos* praticado em Portugal – reproduz a concepção iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de *univocidade* a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito. Como adverte Aulis Aarnio, “a dinâmica do ordenamento jurídico é produzida, em última instância pelos juristas práticos. Deste ponto de vista, o “criador” mais importante do sistema - mais do que o legislador – é o juiz, especialmente os juízes da Corte Suprema, de modo que a função criadora, progressista e inovadora do sistema jurídico é que deve ser preservada com a legítima função contemporânea dessas cortes superiores, não aquela alcançável pela “súmula vinculante” que, antes de ser instrumento de evolução e, conseqüentemente,

¹³⁶ Importa registrar que o autor em referência é de outra época e obviamente fundado em outros paradigmas. Todavia, apresenta-se interessante o seu posicionamento e ilustra para o trabalho um momento histórico daqueles que se posicionam contra os precedentes.

¹³⁷ MAXIMILIANO, *Op. Cit.*, 2011, p. 144.

de adaptação do sistema às novas realidades, procura mantê-lo preso ao passado, mesmo que isto exija revisão do texto constitucional¹³⁸.

A força obrigatória do precedente é também criticada por se caracterizar como fator equalizador de situações desiguais. Assim, a necessidade do respeito obrigatório ao precedente impediria o tratamento diferenciado de situações que, por sua dessemelhança, não poderiam ser tratadas de modo uniforme, impossibilitando a consideração sobre as peculiaridades de uma determinada posição ou situação jurídica, diferente daquela existente no precedente¹³⁹.

Outro argumento sustentado, diz respeito à violação do princípio da separação dos poderes. Isto porque, na visão da doutrina ligada a tradição do *civil law*, cabe ao juiz aplicar as normas ao caso concreto, e não editar uma norma com eficácia geral sobre todos os demais membros do Poder Judiciário.

O problema da constitucionalidade ou não dos precedentes vinculantes diante da violação do princípio em estudo, como lembra Marinoni¹⁴⁰, vem há certo tempo sendo estudado nos sistemas de tradição do *civil law*, no direito português, no que diz respeito à figura dos assentos.

Os assentos do direito português surgiram em decorrência da inquietação da sociedade portuguesa com a segurança jurídica, devido à identificação de grande quantitativo de decisões díspares sobre a mesma questão jurídica. À época, o direito português vivia uma fase complicada de harmonização entre o seu ordenamento e o direito romano. Esta harmonização só foi possível por obra da jurisprudência dos tribunais superiores do reino. Assim, para assegurar um mínimo de segurança na aplicação do direito foram idealizados os assentos aos quais foi, nas Ordenações Manuelinas, conferido valor vinculativo, sempre que se procedesse à interpretação de questões duvidosas relativas às ordenações do reino¹⁴¹. Os assentos da Casa de Suplicação¹⁴² datam do século XVI, e consistiam em deliberações daquele órgão sobre questões do ordenamento português. Aqueles assentos possuíam caráter vinculante, a ponto de

¹³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 257-258.

¹³⁹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 195.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 200-205.

¹⁴¹ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.

¹⁴² A Casa de Suplicação equivale-se ao atual Supremo Tribunal Português, pois decidia em última instância, no regime da monarquia portuguesa.

Juízes e Desembargadores que contrariassem os preceitos do precedente, poderem ser suspensos, conforme previsto nas ordenações Manuelinas¹⁴³

Segundo esclarece Mônica Sifuentes:

Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no §1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no §5º do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação.

O poder da Casa de Suplicação para proferir assentos findou em 1822. Pelo espírito das novas ideias liberais, não poderia a Casa de Suplicação tomar Assentos sobre a inteligência de qualquer lei sem delegação do Poder Legislativo, pois constituir nova legislação é de competência privativa daquele poder. A Constituição Portuguesa de 1822 previu a criação do Supremo Tribunal de Justiça em Lisboa que veio a ser estruturado e instalado em 1832, substituindo a Casa de Suplicação. Àquele tribunal foi conferida competência para estabelecer unidade na interpretação e aplicação das leis, mas não editar assentos. Não se instituiu sequer um instrumento processual destinado a assegurar a uniformização da jurisprudência, pois se acreditava, à época, que o tribunal no ápice da hierarquia judicial e com competência para tão somente conhecer questões de direito, chegaria aos poucos, à desejada uniformização da jurisprudência. Todavia, não foi isso o que se constatou. Os juízes daquela Corte, bastante influenciados pelo princípio individualista da liberdade de opinião, sobrepuseram os seus pontos de vistas pessoais, afirmando sua independência e liberdade de julgamento, e, ao invés de uma jurisprudência uniforme, o que se viu foi uma jurisprudência variável, flutuante e incerta¹⁴⁴.

Várias medidas foram tomadas pelo governo da época, objetivando estabelecer formas de possibilitar a uniformização dos julgados, até que em 1926 foi aprovado o Decreto nº. 12.353, de 22 de setembro, instituindo um sistema recursal, objetivando, ao mesmo tempo, dar estabilidade à jurisprudência, sem, contudo, estagná-la. Segundo este sistema, caso existisse conflito de jurisprudência sobre a mesma questão de direito por parte do Supremo, o litigante vencido, teria direito de interpor o recurso fundado na existência de acórdãos conflitantes do próprio Supremo, que julgaria este recurso pelo seu tribunal pleno. A

¹⁴³ Segundo esclarece Cruz e Tucci, “o problema da interpretação da lei com eficácia vinculante *ex post*, veio disciplinado no Alvará de 10 de dezembro de 1518, mais tarde ampliado e recolhido nas Ordenações Manuelinas”, onde restou claro a existência de quatro regras, dentre elas “se algum juiz procedesse em desobediência a tal determinação, decidindo em estado de dúvida, sem recorrer ao regedor, seria suspenso até quando fosse remido pela graça real”. CRUZ E TUCCI, *Op. Cit.*, 2004, p. 133-134.

¹⁴⁴ SIFUENTES, *Op. Cit.*, 2005, p. 191-193.

jurisprudência formada em tal julgamento ficaria revestida, para o futuro, de força obrigatória para o próprio Supremo, como para os tribunais inferiores. Era o retorno dos assentos, embora o Decreto não lhe tenha dado tal denominação. Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, a denominação foi legalmente incorporada no direito português¹⁴⁵.

E assim permaneceu até que o Tribunal Constitucional no acórdão 810/93, relatado pelo Conselheiro Monteiro Diniz, analisou recurso onde se sustentou que o acórdão recorrido, baseado no assento de 3 de julho de 1984, deveria reputar-se inadmissível, pois, assento não seria fonte do direito, conforme o art. 115º, n. 5, da Constituição Portuguesa. Portanto, existiria uma quebra do princípio da separação dos poderes. Este argumento foi deduzido porque o acórdão recorrido se baseou no art. 2º do Decreto-Lei nº. 329-A/95 do Código Civil que disciplinava que “nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina *com força obrigatória geral*”. Por outro lado, o mencionado art. 115, n. 5, estabelecia que nenhuma lei poderia criar atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, “com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. Assim, coube ao tribunal constitucional apreciar e decidir se os assentos dispunham de legitimidade constitucional. Ao analisar tal questão, o tribunal constitucional português entendeu pela inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº. 329-A/95 do Código Civil no que diz respeito à eficácia jurídica universal da doutrina dos assentos, bem como o seu caráter de imutabilidade. Da parte dispositiva do acórdão, constou ser “inconstitucional a norma do art. 2º do Código Civil na parte em que atribuiu aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação ao disposto no art. 115, n. 5, da Constituição¹⁴⁶”.

Verifica-se na decisão acima mencionada, a atribuição da natureza legislativa ao precedente, reconhecendo-se, portanto, a violação do princípio da separação dos poderes.

Marinoni posiciona-se veementemente contra este entendimento, sendo bastante proveitoso transcrever sua visão sobre o assunto:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário. Nesta dimensão, aliás, obviamente também não há

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 194-196.

¹⁴⁶ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010a, p. 203-204.

como afirmar que a súmula vinculante, por ter eficácia que incide além do Poder Judiciário, viola a separação dos poderes¹⁴⁷.

Ao analisar a questão em discussão, Rodolfo de Camargo Mancuso identifica que o princípio da separação dos poderes não opera no direito brasileiro como um dogma intransponível, lembrando a aplicação do sistema de *freios e contrapesos* como elemento impeditivo da exacerbação de um Poder sobre o outro. É, justamente, neste equilíbrio de forças que se colocariam o direito sumular ou os precedentes obrigatórios¹⁴⁸.

Realmente a questão é polêmica e encontra ferrenhos defensores em sentido oposto. Mancuso lembra posicionamento de Evandro Lins e Silva, Luiz Flávio Gomes e Vicente de Paula Maciel Júnior sobre a questão, no sentido de que a criação da súmula vinculante produziria a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário, afrontando ainda outra garantia: a liberdade-poder dos juízes de decidir o caso conforme seu convencimento pessoal. As súmulas vinculantes conflitariam com o princípio da separação dos poderes (art. 2º e art. 60,§4º, inc. III), pois o judiciário não estaria autorizado a ditar regras gerais e abstratas com validade universal, faltando-lhe legitimidade democrática para isto¹⁴⁹.

No mesmo sentido, Francisco Sérgio Bocamino Rodrigues advoga sobre a inconstitucionalidade das decisões proferidas em virtude de enunciado de súmulas, por violação, não só ao princípio da separação dos poderes, como também ao princípio da legalidade¹⁵⁰.

Mancuso ainda sobre a discussão, acrescenta um interessante argumento, que seria a desfiguração de uma característica básica da função jurisdicional: a de operar *a posteriori* como uma instância de substituição em face de uma lide impossível entre os contraditores¹⁵¹.

O entendimento acima perfilado deixa claro que a observância ao precedente violaria o princípio constitucional da separação dos poderes e o princípio da reserva legal insculpidos em nossa Carta Magna.

Por fim, calha referir-se aos argumentos derradeiros contra a aplicação do precedente vinculante, qual seja, a violação à independência do juiz, ao juiz natural e ao acesso à justiça. Com efeito, há posicionamento contra a aplicação obrigatória dos precedentes, por entender

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 204-205.

¹⁴⁸ MANCUSO, *Op. Cit.*, 2001, p. 97.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Francisco Sérgio Bocamino. Súmula vinculante: o que temos hoje?. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 15, p. 26-31, jun. 2004.

¹⁵¹ MANCUSO, *Op. Cit.*, 2001, p. 99.

que tal sistemática violaria a independência dos juízes ao decidir. O juiz é independente para julgar e não estaria subordinado ao precedente, pois no judiciário pode e devem existir diversos entendimentos sobre a mesma lei.

Esta independência reside na liberdade de convencimento do magistrado, proporcionado pelo princípio do livre convencimento ou persuasão racional do juiz. Segundo este princípio o juiz decide tão somente baseado nos elementos existentes no processo, mas os avalia utilizando critérios críticos e racionais, podendo decidir com base nas provas existentes nos autos, mas também sem provas e até contrário às provas, desde que esta decisão seja devidamente fundamentada¹⁵². Segundo Ovídio Baptista da Silva este princípio tem suporte na oralidade, pois proporciona ao juiz “avaliar livremente a prova oral que recebe, tirando dela, sem limitações técnicas, o próprio convencimento”¹⁵³.

Pela sistemática adotada no processo civil brasileiro, o juiz é livre para interpretar a norma e adequá-la ao caso em concreto.

A independência jurídica do magistrado é lembrada por José Frederico Marques como:

Na lição de Stammler, são corolários da independência jurídica do juiz as seguintes regras: a) o juiz deve submeter-se apenas à sua própria convicção; b) nas dúvidas e incertezas sobre a interpretação de uma lei, o juiz não se submete ao critério de outros, mas ao seu próprio, estando, pois, abolido o *jus respondendi*; c) nenhum juiz está obrigado a aceitar as decisões de outros juízes e tribunais, como norma de decidir, quando contrárias à sua convicção.

[...]

No exercício de suas funções, o juiz não está preso a vínculos hierárquicos. Para Adolf Merkl, o traço específico da magistratura reside justamente nessa situação de independência de cada juiz em relação aos outros órgãos judiciários. Na administração, existe a *subordinação*, que decorre da hierarquia orgânica; na Justiça, a coordenação, tão-somente, que resulta da independência funcional de cada magistrado. A independência judicial consiste, sobretudo, na inadmissibilidade e falta de obrigatoriedade de quaisquer instruções superiores relativas ao exercício da atividade judiciária, mesmo que desçam tais instruções de tribunais de instância mais elevada. A atividade judiciária não só prescinde de instruções dessa natureza, como também não deve sofrer o seu influxo. A hierarquia das instâncias e dos graus de jurisdição nada mais traduz que “uma competência de derrogação, e nunca uma competência de mando superior sobre a instância inferior”¹⁵⁴.

E este livre convencimento restaria malferido diante da obrigatoriedade do juiz em obedecer ao precedente vinculante dos tribunais superiores. Posiciona-se, neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari:

Um juiz que não possa decidir de acordo com o seu livre convencimento já não age como juiz, não importando se a coação vem de fora ou se ela vem do próprio Judiciário. E a concessão de força ao Supremo Tribunal Federal, para tornar

¹⁵² CINTRA, GRINOVER, e DINAMARCO, *Op. Cit.*, 2010, p. 73-74.

¹⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**, vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, vol I. Campinas: Millennium, 2000. p. 162.

obrigatória a imitação de suas decisões, significará apenas que estas estarão sendo imitadas por serem impostas, o que é completamente diferente de estarem sendo acolhidas por terem autoridade. O Supremo Tribunal será órgão de coação e juízes e tribunais serão órgãos de imitação. E assim todo o sistema judiciário sairá enfraquecido¹⁵⁵.

Para esta corrente, a observância do precedente engessaria o judiciário, fazendo com que a jurisprudência não contribuísse para a evolução da ciência jurídica. Além do mais, outro aspecto negativo identificado seria a violação do princípio do livre convencimento insculpido no art. 93, IX da CF/88 e no art. 131 do CPC.

Além do entendimento doutrinário acima exposto, no que diz respeito à quebra da independência dos juízes, existe também posicionamento da doutrina que critica a aplicação dos precedentes vinculantes por quebra do princípio do juiz natural.

Esta garantia constitucional do processo civil é assim explicada por Cândido Rangel Dinamarco:

A garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função estatal *jurisdição* sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. [...], prepondera a garantia conforme costuma ser apresentada, ou seja, caracterizada por esse trinômio: a) julgamentos *por juiz* e não por outras pessoas ou funcionários; b) *preexistência do órgão judiciário*, sendo vedados, também para o processo civil, eventuais *tribunais de exceção* instituídos depois de configurado o litígio; c) *juiz competente* segundo a Constituição e a lei¹⁵⁶.

Segundo Nelson Nery Junior, o juiz natural tem de ser independente e imparcial. Esta independência possui dupla vertente, significando que o Poder Judiciário estaria livre das interferências institucionais dos demais poderes, bem como, o órgão judicial e a pessoa física do juiz estariam submetidos exclusivamente à lei, e não a critérios particulares ou discriminadores. É nesta independência que residiria a livre convicção fundada no direito, na lei e nas provas dos autos, onde o juiz apreciará livremente as provas¹⁵⁷. Assim, rompida esta independência de julgar pela obrigatoriedade em obedecer ao precedente, existiria, para esta corrente, violação ao princípio do juiz natural.

Por fim, a aplicação obrigatória do precedente pelo juiz seria, para alguns, um obstáculo ao acesso à justiça. Para esta corrente, o acesso à justiça significaria o direito a um julgamento despido de vínculos com os precedentes, visto que a previsibilidade das decisões trabalharia como um desestímulo ao ajuizamento de demandas diante da impossibilidade de mudança do precedente. Assim, o jurisdicionado sabendo que sobre determinada questão já

¹⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 203.

¹⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 136.

existe um precedente e que a aplicação deste apresenta-se como obrigatória, impossibilitaria qualquer tipo de nova discussão para forçar o órgão a rever o seu posicionamento sobre o assunto. Decidindo de forma obrigatória com a observância do precedente, o acesso à justiça daqueles que possuem elementos para desconstituí-lo seria negado, pois certamente, ninguém ajuizaria uma demanda com a certeza da sua derrota.

Em remate, sobre a exaltação do precedente no direito brasileiro e a proximidade deste com o sistema americano, José Carlos Barbosa Moreira, faz importante observação:

Uma palavra final. Parece claro que a progressiva exaltação do precedente tende a tornar o funcionamento da Justiça brasileira, em tema relevante, mais parecido com o da Justiça norte-americana, ou quando nada com a imagem que desta se generalizou. A ser assim, alguns se sentirão tentados a perguntar a quem mais interessa a assemelhação e se, levada à últimas consequências, ela não poderá servir de instrumento àquilo que em certos setores se tem designado por “neocolonialismo”. É assunto para ser discutido por cientistas políticos; sem autoridade na matéria, cingimo-nos a propô-lo à meditação dos leitores¹⁵⁸.

No início do presente tópico foi mencionado que a exposição dos argumentos contrários à utilização dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro faz-se necessária, tão somente pela lealdade ao trabalho científico. Não há pretensão de aprofundar tal discussão, pois a aplicação do precedente obrigatório já é uma realidade de muitos anos no sistema jurídico brasileiro, buscando-se no presente estudo aprofundar sobre mais uma ferramenta criada pelo legislador no que diz respeito ao precedente vinculante.

Antes de passar à análise procedimental do incidente de resolução de demandas repetitivas, far-se-á, no item seguinte, uma breve abordagem sobre a observação aos precedentes já existentes no direito brasileiro.

4.7 O precedente no Direito Brasileiro

A utilização do precedente no direito brasileiro não é nenhuma novidade, pois a ciência processual a muito convive com a aplicação de precedentes vinculantes e persuasivos. O fenômeno do precedente no direito brasileiro, torna o nosso sistema híbrido com característica inerente à tradição do *common law* dos países anglo-saxônicos. Este fenômeno de confluência entre os sistemas se apresenta como uma tendência mundial¹⁵⁹.

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 27, p. 49-58, jun. 2005.

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**, vol. II. Trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 154-155.

Assim, torna-se imperioso fazer breve abordagem sobre os precedentes vinculantes no processo civil brasileiro.

4.7.1 A eficácia vinculante das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF

O controle concentrado de constitucionalidade somente veio a ser disciplinado no Brasil com o advento da emenda constitucional nº. 16, de novembro de 1965, introduzindo um instrumento de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que poderia ser manejado pelo Procurador Geral da República. O legislador constituinte de 1988 introduziu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por ação ou omissão, prevista no art. 102, I, a, da CF/88. Posteriormente, a emenda constitucional nº 03/93 introduziu o §4º ao art. 103, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). A Lei 9.868, publicada em 10 de novembro de 1999, disciplinou o processamento das ações perante o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰. Por fim, a Lei 9.882/1999 criou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sendo estas as ações por meio das quais se exerce o controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro.

O objeto litigioso presente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade diz respeito tão somente ao direito em tese ou o direito objetivo, não existindo caso concreto subjacente, pretendendo-se pura e simplesmente a declaração de constitucionalidade ou a decretação da inconstitucionalidade do ato normativo. Dentro deste aspecto, as decisões proferidas em sede de controle concentrado possui efeitos *erga omnes* e gera um precedente vinculante perante todo o Poder Judiciário, e órgãos da administração pública federal, estadual e municipal¹⁶¹. É o que se extrai da dicção do artigo 28, parágrafo único¹⁶² da Lei 9.868/1999.

As decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado retratam a sua função de guardião da Constituição Federal. Quando o tribunal proclama a constitucionalidade ou não de determinada norma por seu órgão plenário encontra-se no

¹⁶⁰ DONOSO, Denis. Aspectos processuais no controle concentrado de constitucionalidade: coisa julgada, objeto, legitimidade, efeitos da medida cautelar: aproximação dos sistemas de controle difuso e concentrado. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 60, p.9-27, mar. 2008.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.16.

¹⁶² Art. 28 [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

exercício do seu dever funcional zelar pela observância dos preceitos estabelecidos na Carta Política. A importância desta decisão para a sociedade é muito bem retratada por Fernando Facury Scaff:

Uma das dimensões mais importantes da Justiça é a que diz respeito ao controle de constitucionalidade, quando a Constituição atribui a um Poder a competência para dizer que uma Lei (ou um ato normativo com força de lei, como as medidas provisórias no Brasil) é contrária à Constituição. Este poder é de tal magnitude que um ato complexo como uma Lei, oriunda dos representantes do povo e por ele eleitos, que cria obrigações a serem obedecidas por toda a sociedade e pelo próprio Estado, pode vir a ser anulada por ato de outro Poder que não possui sua legitimação na vontade popular, por força da Constituição¹⁶³.

Por tais razões, o precedente gerado nestas decisões é evidentemente vinculante, e nenhum órgão jurisdicional ou da administração pública está autorizado a contrapor-se ao entendimento da Corte, pois caso assim proceda, caberá ao prejudicado valer-se da reclamação constitucional (art. 102, I, *l*, da CF) para que o STF restabeleça a autoridade do precedente.

O mesmo deveria ser dito em relação às decisões proferidas em controle difuso, no julgamento de recursos extraordinários, quando são julgados pelo plenário do STF. Há muito o Ministro Gilmar Mendes vem defendendo o efeito vinculante nas decisões do plenário mesmo no controle difuso, ainda mais após o advento do requisito da repercussão geral, que será abaixo abordado¹⁶⁴. Registre-se, neste particular que a discussão é bem complexa, pois quando o STF julga o recurso extraordinário no plenário ele está reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, todavia, esta será afastada do sistema somente via Resolução do Senado Federal.

Assim, publicada a decisão do STF, tanto em controle difuso como em controle concentrado de constitucionalidade, produzirá efeitos vinculantes para o próprio Poder Judiciário. O próprio Supremo e todos os juízes que participam do julgamento do controle difuso devem obediência ao precedente.

Por fim, convém ressaltar que o controle de constitucionalidade feito através da “reserva de plenário” pelas Cortes ordinárias também possuem efeito vinculante. Arguida a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de governo local, que tenha força de lei, o relator, após ouvir o Ministério Público remete a questão ao órgão fracionário a que pertence. Caso tal órgão decida que a lei é inconstitucional, a questão será submetida ao plenário ou à Corte Especial do Tribunal, a quem compete deliberar se a norma é constitucional ou não. A

¹⁶³ SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 50, p.20-41, maio 2007.

¹⁶⁴ DONOSO, *Op. Cit.*, 2008, p.12.

decisão dada pela maioria absoluta dos membros do tribunal vinculará toda a Corte e os juízos monocráticos. O objetivo do mecanismo da reserva de plenário é conceder maior segurança jurídica às partes litigantes e uniformizar a jurisprudência de um determinado tribunal Estadual, Federal Regional ou Superior¹⁶⁵. O parágrafo único do art. 481 do CPC relativizou esta regra, não existindo a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário “quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão”. Trata-se, novamente aqui, da observância obrigatória na aplicação do precedente.

Para Fernando Facury Scaff, esta forma de julgamento dos processos de massa, muito comum nas causas tributárias e previdenciárias, onde uma norma é contestada em vários processos individuais, representaria forte risco ao sistema, pois basta uma única decisão do Supremo Tribunal Federal para que todos os demais tribunais passem a adotar o mesmo posicionamento. Para o autor, trata-se de um risco para a sobrevivência do controle difuso no Brasil¹⁶⁶.

Assim, conforme exposto, as decisões do STF em julgamento das ações diretas de controle de constitucionalidade e as decisões dos tribunais ordinários na observância da cláusula de reserva de plenário, geram precedentes vinculantes.

4.7.2 As súmulas e a súmula vinculante do STF

A figura das súmulas no direito brasileiro, por razão histórica advinda dos assentos portugueses, não foi bem compreendida. Isto porque foram idealizadas como mecanismos para facilitar a resolução de questões fáceis que se repetem, todavia, não se teve preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade ou a previsibilidade. Para justificar as súmulas aludiu-se à necessidade de se desafogar o Judiciário, mas nunca foi mencionado que seria imperioso afirmar a coerência jurídica, garantir a segurança jurídica para evitar decisões conflitantes em casos semelhantes. Estas súmulas foram pensadas tão somente como instrumentos para facilitar o conhecimento e o acesso ao entendimento do STF. São enunciados abstratos e gerais voltados à solução dos casos, não existindo qualquer preocupação com o contexto fático dos casos que lhes deram origem, assim como, o contexto social onde se encontram situados¹⁶⁷.

¹⁶⁵ SCAFF, *Op. Cit.*, 2007, p.32

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.35

¹⁶⁷ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 480-481.

Enquanto o principal elemento caracterizador do precedente obrigatório é a garantia da segurança jurídica e da isonomia, as súmulas não foram vistas desta forma. As súmulas foram compreendidas como um enunciado geral e abstrato, podendo aplicá-las ou afastá-las sem qualquer critério racionalmente adequado no caso em exame, sem considerar, como dito, os fundamentos e valores que basearam os precedentes que as criaram¹⁶⁸.

Significa dizer que sua aplicação, além de ser faculdade do magistrado aplicá-la ou não, não há qualquer caráter investigatório em relação aos fundamentos principais e ao contexto fático situado no momento social do julgamento dos casos precedentes que geraram a formação daquele enunciado. Não há preocupação com os fundamentos e valores que poderiam ser extraídos daquele precedente para aplicação nos casos futuros. O enunciado não tem como pretensão garantir a unidade do direito.¹⁶⁹

Este contexto sofreu substancial modificação com o advento da emenda constitucional nº. 45/2004 que acrescentou o art. 103-A da Constituição Federal, introduzindo a súmula com eficácia vinculante em nosso ordenamento jurídico.

Segundo estabelece o dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação dos legitimados¹⁷⁰, mediante a decisão de dois terços dos seus membros, editar súmula, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com eficácia vinculante para todo o Poder Judiciário e toda a administração pública direta e indireta e nas três esferas (federal, estadual e municipal).

O objetivo pretendido com a introdução do precedente vinculante foi desobstruir o Judiciário das demandas repetitivas onde se discutem questões constitucionais já reiteradamente decididas pelo Supremo Tribunal Federal, desestimulando os litigantes no ajuizamento de demandas já sumuladas pela suprema corte do país.

Sobre este aspecto deve ser feita uma observação. Na realidade, o alcance maior do legislador foi dar ao precedente a eficácia vinculante perante os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, esta sim, uma queixa que sempre existiu. Levando em consideração que entre os maiores litigantes do país encontra-se nas primeiras posições a Fazenda Pública,

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 482.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 482-483.

¹⁷⁰ São legitimados para pedir a edição de súmulas vinculantes aqueles inseridos no art. 3º da Lei 11.471/2006 que regulamentou o art. 103-A, §2º da CF: O Presidente da República; a mesa do Senado Federal; a mesa da Câmara dos Deputados; a mesa da Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Defensor Público Geral da União; o Conselho Federal da OAB; o Partido Político com representação no Congresso Nacional; a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

é inadmissível, em qualquer país civilizado do mundo, que determinada questão decidida pela Suprema Corte do país não seja obedecida pelos demais órgãos que compõem o poder estatal. Tratando-se de Brasil é preciso que uma lei venha dizer o óbvio.

Em relação ao Poder Judiciário, o entendimento deve ser o mesmo. Considerando que o Supremo Tribunal Federal tem a função de ser o guardião da Constituição Federal, suas decisões tanto no controle difuso como no concentrado devem sempre ter eficácia vinculante ou obrigatória. Isto porque não há como se ter unidade do direito, por meio da Constituição, quando as decisões da Suprema Corte de um país são desrespeitadas pelos próprios tribunais que compõem o sistema judiciário. O ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo têm eficácia vinculante. Elas têm pela simples razão de enunciarem o entendimento de uma Corte cuja missão atribuída é dar sentido único ao direito mediante afirmação da Constituição Federal¹⁷¹.

Na defesa dos seus argumentos, o autor faz menção a vários julgados recentes do STF, onde os ministros aplicaram técnicas de afastamento dos precedentes, mais precisamente o *distinguishing*, para afastar a súmula 691, bem como a 635. Caso não se revestisse de eficácia vinculante, não se utilizariam técnicas de afastamento dos precedentes obrigatórios.

Pela dicção do art. 103-A da CF/88 para a aprovação das súmulas vinculantes é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses a Administração Pública; b) essa controvérsia possa acarretar situação de insegurança jurídica, bem como se verifique a multiplicação de processos sobre a mesma questão; c) o STF possua reiteradas decisões sobre a matéria constitucional em discussão e d) aprovação da súmula por no mínimo dois terços dos membros do tribunal¹⁷².

Como visto, para a edição da súmula vinculante é preciso que a matéria constitucional tenha sido objeto de reiteradas discussões no Supremo Tribunal Federal, eliminando-se a possibilidade de edição de uma súmula com fundamento em decisão judicial isolada¹⁷³.

Identificam-se na súmula vinculante, três importantes funções: a) tornar conhecida a jurisprudência consolidada do STF, facilitando a sua observância; b) evitar decisões conflitantes daquela sumulada pelo STF, assegurando celeridade processual e política judiciária; e c) dar segurança jurídica ao sistema e às relações sociais¹⁷⁴.

¹⁷¹ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 486-487.

¹⁷² RODRIGUES, Marilena Talarico Martins. Súmula vinculante. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 81, p. 59-74, dez. 2009.

¹⁷³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 966-967.

¹⁷⁴ RODRIGUES, Marilena Talarico Martins, *Op. Cit.*, 2009, p.62

Sobre a natureza jurídica da súmula vinculante, principalmente no direito brasileiro, pois como visto acima, as decisões do STF vinculam não só o Poder Judiciário, como também toda a Administração Pública, poder-se-ia entendê-la como uma espécie de norma jurídica. A doutrina não é pacífica em relação a tal afirmativa.

Nos países do *common law*, diante da doutrina dos precedentes, os juízes constroem suas decisões muitas vezes sem base legislativas e essas decisões servirão de base para outras futuras, embora registre-se que os países do *common law* têm atualmente legislado muito sobretudo no que diz respeito ao direito ambiental e processual. Já no *civil law*, o juiz cria no máximo norma específica para o caso em concreto. As súmulas traduzem-se em construções feitas a partir da jurisprudência do tribunal, formada a partir de interpretação de normas jurídicas já existentes no sistema¹⁷⁵.

Por tais razões, por consistirem a interpretação dos tribunais sobre normas jurídicas já existentes, as súmulas não podem ser compreendidas como normas. Isto porque, tenha as súmulas efeitos vinculantes ou não, elas não nascem do nada, são fruto do julgamento de casos concretos a partir de normas existentes, sendo o trabalho do Tribunal consolidar o entendimento em um enunciado sucinto e objetivo. Não há usurpação de competência legislativa ou atividade criadora dos magistrados. Basta lembrar que pode o legislador alterar o conteúdo de uma súmula editada por um Tribunal, editando norma expressa em sentido contrário¹⁷⁶.

No mesmo sentido, Marilena Talarico Martins Rodrigues defende que as súmulas são a fixação de determinado sentido interpretativo de determinada norma, vinculando à hipótese fática que deu a origem ou sentido interpretativo para aplicação em casos similares. Não se trata de uma atividade relacionada à criação de uma norma, mas o estabelecimento de um sentido interpretativo¹⁷⁷.

Mas em relação à súmula com eficácia vinculante, o pensamento na doutrina não é pacífico. Na doutrina estrangeira e na doutrina pátria existem fervorosos defensores do caráter normativo das decisões emanadas do Poder Judiciário criando regras jurídicas e atribuindo a elas o efeito vinculativo. O ato normativo não seria a decisão do caso isolado, mas o princípio, o extrato, a essência do direito que se retira de uma quantidade de casos e passa a orientar as decisões futuras¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 197.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 197.

¹⁷⁷ RODRIGUES, Marilena Talarico Martins. *Op. Cit.*, 2009. p. 67.

¹⁷⁸ SIFUENTES, *Op. Cit.*, 2005, p. 279.

Este posicionamento consubstancia-se na teoria da aplicação dos precedentes analisada em item anterior. Isto porque a característica normatizadora da súmula vinculante encontra-se albergada na possibilidade de, no julgamento do caso concreto, se extrair o princípio ou a regra que será projetada no ordenamento de modo geral e abstrato, para a aplicação nos demais casos que se repetirem.¹⁷⁹

Osmar Mendes Paixão Cortês discorda da atribuição de caráter normativo das súmulas vinculantes. Para o autor, as súmulas não se destinam à previsão geral, abstrata e *erga omnes* de determinada situação objetiva para a qual há dada consequência jurídica. As súmulas são a fixação de determinado sentido interpretativo à determinada norma, vinculando decisões futuras à hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo. É mais um problema de política judiciária do que o estabelecimento de uma normatização nova pelo Poder Judiciário. Cria-se, no máximo, uma norma de decisão específica para o caso concreto que, diante da possibilidade da hipótese fática se repetir em casos futuros, há a vinculação. Todavia, não cria proposição hipotética, abstrata e geral¹⁸⁰.

Após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o STF, de ofício ou por provocação, tornará pública a sua jurisprudência majoritária, editando a súmula vinculante, oportunizando ao sistema segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionado sobre a interpretação a ser dada à Constituição Federal. Para a edição da súmula vinculante é necessário *quorum* de dois terços dos ministros que compõem o STF.

A eficácia vinculante do enunciado diz respeito a todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas (União, Estados e municípios).

A Lei nº. 11.471, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando sobre o procedimento de edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante. O art. 3º da mencionada lei prevê os legitimados, já mencionados anteriormente. O §1º do art. 3º estabelece que os Municípios podem propor a edição, revogação e cancelamento da súmula de forma incidental, no processo (individual) que faça parte, e o incidente não causará a suspensão do processo. Na realidade, nos termos do art. 6º da referida lei, a proposta de edição, revogação e cancelamento da súmula vinculante não acarreta a suspensão do processo, nem quando proposto pelos legitimados do art. 3º, tão pouco quando proposta de forma incidental pelo Município.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 277.

¹⁸⁰ CÔRTEES, *Op. Cit.*, 2009, p. 199-200.

Em sentido contrário, defendendo a suspensão do processo quando o incidente possa gerar situações fáticas extremamente complexas que possam comprometer a segurança jurídica ou outros princípios como o da unidade, coerência, é o posicionamento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹⁸¹.

Sobre os legitimados para propor diretamente ao Supremo o procedimento de súmula vinculante, interessante a crítica feita por Samir José Caetano Martins ao defender que o debate no STF está se tornando cada vez mais elitizado pelo fato da lei outorgar tão somente a autoridades públicas ou entidades de classe a legitimidade para provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Em relação às autoridades públicas, assevera que a experiência recente da democracia brasileira tem sinalizado para certa suspeição de confundirem-se as razões de Estado e as razões de Governo. No tocante aos partidos políticos, sua representatividade é muito questionada por não possuírem propostas muito claras, sem preocupação com fidelidade partidária, ainda mais quando o povo vota na pessoa dos parlamentares sem qualquer preocupação em relacionar a pessoa do parlamentar com as propostas do seu partido. Em relação ao Conselho Federal da OAB, critica porque o povo brasileiro não tem a mínima noção de quem sejam os conselheiros federais e não há grande visibilidade das ações da OAB em prol da sociedade¹⁸².

O §2º do art. 3º da Lei 11.417/2006 admite a intervenção do *amicus curie* para participação no procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, ficando a cargo do relator, através de decisão irrecurável, admiti-lo ou não no procedimento.

Registre-se aqui que o STF tem admitido agravo interno contra a decisão que nega a intervenção do *amicus*. Neste sentido, transcreve-se a seguinte decisão:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. ADMISSÃO DE AMICUS CURIAE. PRAZO. Segundo precedente da Corte, é extemporâneo o pedido para admissão nos autos na qualidade de amicus curiae formulado após a liberação da ação direta de inconstitucionalidade para julgamento. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(ADI 4067 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-01 PP-00060 RDECTRAB v. 17, n. 190, 2010, p. 111-113)

No tocante à eficácia temporal da súmula vinculante, a matéria encontra-se disciplinada no art. 4º da mencionada lei. A eficácia vinculante é imediata, mas poderá o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, “restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só

¹⁸¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na Lei nº 11.417/06. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 50, p.86-94, maio 2007.

¹⁸² MARTINS, *Op. Cit.*, 2007. p.132.

tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

O procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante é regulado pelo regimento interno do STF. O Procurador Geral da República, nos termos do art. 2º, §2º da Lei 11.417/2006 deve manifestar-se previamente em todas as propostas que não houver formulado.

Uma vez publicada a súmula vinculante, e tratando-se de precedente com eficácia vinculante imediata, todos os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, conforme anteriormente abordado, encontram-se obrigados a observar a regra jurídica extraída do verbete sumular. Na hipótese de desobediência, é cabível reclamação constitucional para o STF, nos termos do art. 102, inc. I, alínea “I” da Constituição Federal.

A reclamação constitucional visa assegurar a autoridade do precedente gerado pela mais alta corte do país, zelando, conseqüentemente, pela segurança jurídica do sistema e a isonomia dada ao jurisdicionado, pois proporciona que situações idênticas recebam decisões idênticas, elevando, com isso, o grau de credibilidade do Judiciário que passa a ser visto como instituição mais séria e confiável.

Na realidade, o manejo da reclamação constitucional tem sido admitido não só no que diz respeito aos precedentes vinculantes do STF gerados pela própria súmula vinculante e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, como também nas súmulas não vinculantes daquele tribunal e nas decisões dadas em julgamento de controle difuso. Com efeito, não é crível que o jurisdicionado seja remetido à árdua via recursal, suportando custos processuais, a difícil tarefa de ver admitido um recurso extraordinário, além do fator tempo, quando a questão por ele discutida já foi objeto de apreciação e julgamento pelo STF, de forma reiterada, fazendo-o editar súmula não vinculante ou de forma individual proferida em sede de recurso extraordinário.

Numa situação ou noutra, o que se deve extrair é já existir posicionamento da corte maior do país naquele sentido. O maior tribunal do país já decidiu a questão, portanto, mesmo sem a armadura da súmula vinculante ou do controle concentrado de constitucionalidade, o precedente do STF deve obrigatoriamente ser seguido pelos demais juízes do país e pela Administração Pública. Não há justificativa plausível para se defender o contrário, tão somente a visão utópica da liberdade de julgamento do juiz colocando-se em sentido contrário ao interesse do jurisdicionado, o consumidor direto da atividade jurisdicional.¹⁸³

¹⁸³ LIMA e PINHEIRO, *Op. Cit.*, 2009, p.

Em remate, a inobservância do precedente do STF, seja oriundo de súmula vinculante ou não, em ação de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, deve ser corrigida mediante a reclamação constitucional. Considerando que a questão não é pacífica, ao menos no que diz respeito à súmula vinculante, não resta dúvida que a não observância será combatida com o ajuizamento da reclamação constitucional diretamente no Supremo Tribunal Federal, para preservar a autoridade de sua decisão.

Neste particular, uma observação deve ser acrescida. Existindo a desobediência da súmula vinculante por órgão da Administração Pública, antes do ajuizamento da reclamação diretamente no STF, é necessário que a parte prejudicada esgote as vias administrativas, conforme art. 7º, §1º da Lei 11.417/2006. Esta limitação do acesso ao STF, em tese razoável, mostra-se exagerada. Isto porque o condicionamento do direito à jurisdição pode ser feito pelo legislador, sem, contudo, significar o aniquilamento do direito. Não se justifica constitucionalmente, conforme previsão contida no art. 5º, XXV da CF/88, qualquer regra que condicione o exercício do direito de ação a um prévio esgotamento das instâncias extrajudiciais, sobre o pretexto da demonstração do interesse de agir, sem o exame das peculiaridades do caso em concreto¹⁸⁴.

Ainda sobre a inobservância da súmula vinculante pelos órgãos da Administração Pública, importante regra encontra-se prevista no art. 64-B da Lei n. 9.784/1999, inserido pela Lei 11.417/2006. Segundo o referido dispositivo: “acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Aqui reside um instrumento moralizador do sistema jurídico. É inadmissível em qualquer país civilizado do mundo, que uma decisão oriunda da mais alta corte do país seja desrespeitada pelo próprio Poder Público. Certamente nos países do primeiro mundo, tal dispositivo seria inócuo, pois sequer se cogita descumprimento pela esfera administrativa das decisões vindas da mais alta corte do judiciário.

No Brasil, o óbvio precisa ser legislado. Ora, após o Supremo Tribunal Federal decidir e editar súmula vinculante, disciplinando que, por exemplo, a cobrança de determinado tributo é inconstitucional, é inadmissível, inaceitável, imoral e ilegal que a Administração Pública permaneça insistindo na cobrança deste tributo. Principalmente a

¹⁸⁴ DIDIER JR. e CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 473.

Administração Pública que ocupa em todas as justiças os primeiros lugares dos maiores litigantes do país. Por tais razões, deve a autoridade e o respectivo órgão ser comunicado sobre a necessidade de adequar as suas decisões administrativas ao teor da súmula, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal, embora a administração possa realizar o *distinguishing*. Ressalte-se que, diante do princípio da separação dos poderes, tal vinculação não atinge o legislativo, podendo inclusive elaborar lei em sentido contrário à súmula vinculante. De igual modo, não há sanção para o órgão do Poder Judiciário que deixar de aplicar a súmula. Para tanto, há apenas a previsão do ajuizamento da reclamação constitucional para a parte prejudicada¹⁸⁵.

O procedimento da reclamação constitucional encontra-se disciplinado nos artigos 187 a 182 do Regimento interno do STF.

4.7.3 A repercussão geral no recurso extraordinário

O Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história atravessou várias crises, devido ao enorme quantitativo de processos a ele distribuídos para julgamento. Antes da Constituição Federal de 1988, à Corte Suprema competia tanto a guarda da Constituição da República como a guarda da legislação federal, tornando impraticável exercer ambas as atividades, devido ao crescente número de processos distribuídos a uma composição de apenas onze ministros. Com o advento da CF/88, a guarda da legislação federal passou para um novo tribunal de superposição, o STJ, criado pelo novel legislador constituinte. Mesmo assim, o quantitativo de recursos submetidos à apreciação do Supremo não parou de crescer levando os ministros daquela corte ao exercício quase sobre-humano da atividade judicante.

No intuito de minimizar o problema acima identificado, a Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou o §3º no inciso II do art. 102 da CF/88, criando a repercussão geral do recurso extraordinário, pressuposto específico de admissibilidade deste recurso¹⁸⁶. Este dispositivo constitucional foi regulado pela Lei 11.418/2006 que acrescentou o art. 543-A e art. 543-B do CPC.

¹⁸⁵ LIMA e PINHEIRO, *Op. Cit.*, 2009, p. 123

¹⁸⁶ Nas lições de Nelson Nery Júnior o “juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois lhe são antecedentes.” In: NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 252.

Assim, coloca-se a repercussão como evidente juízo de admissibilidade, pois o STF só analisará o mérito da discussão trazida no recurso extraordinário se identificar a existência da repercussão geral. A questão é prévia ao conhecimento do mérito recursal, portanto, insere-se no rol de juízo de admissibilidade desta figura recursal.

A repercussão geral é identificada quando ocorre relevância e transcendência na questão debatida, conforme esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁸⁷.

Este requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário configura um importante e necessário filtro ou triagem de acesso à Suprema Corte do país, controle este existente em vários sistemas jurídicos alienígenas. Na Suprema Corte Americana os juízes realizam uma reunião semanal e secreta denominada *conference* na sala do Presidente da Corte (*Chief Justice*) para elaborar a *discuss list* dos processos que serão efetivamente apreciados e a *dead list* dos feitos que serão rejeitados sem maiores considerações. Importante salientar que esta decisão ocorre não só no campo jurídico como também político. Na Argentina adota-se um critério seletivo denominado *gravedad institucional* da questão, que significa a transcendência¹⁸⁸.

Segundo Renato Luis Benucci, a finalidade da repercussão geral do recurso extraordinário foi firmar o papel do STF como verdadeira Corte Constitucional, permitindo ao supremo a análise tão somente de questões relevantes para sociedade, ultrapassando o interesse subjetivo das partes¹⁸⁹.

A caracterização ou não da repercussão geral, na previsão contida no art. 543-A, §1º do CPC, consiste num conceito jurídico vago deixado a cargo do STF escolher as questões que deseja julgar, baseado empiricamente na função constitucional que lhe foi outorgada pelo legislador constituinte em ser o guardião da Constituição Federal. Assim, a briga de vizinhos pela propriedade de uma galinha, não é discussão a ser levada a corte maior do país. Para isso existem as cortes ordinárias.

Os artigos 543-A, §3º e 543-B do CPC arrolam dois critérios objetivos caracterizadores da repercussão geral: caso a decisão recorrida contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF; e caso a discussão constitucional seja objeto de multiplicidade de recursos. Inferem-se aqui duas preocupações do legislador: a primeira no que diz respeito à força do precedente, buscando-se o alinhamento das cortes inferiores com a decisão da suprema corte do país. Na segunda, um procedimento específico para as demandas de massa, pontos estes já abordados ao longo do trabalho.

Nos moldes do §1º do art. 543-A do CPC, para efeito de repercussão geral será considerada “a existência ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes”. Trata-se,

¹⁸⁷ MARINONI e MITIDIERO, *Op. Cit.*, 2008, p.33-34.

¹⁸⁸ MANCUSO, *Op. Cit.*, 2008, p. 176.

¹⁸⁹ BENUCCI, Renato Luís. A repercussão geral no recurso extraordinário como instrumento de gestão judiciária. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 63, p.116-125, jun. 2008.

como já referido, de conceitos jurídicos indeterminados, que na visão de Karl Engisch, atrelados aos “conceitos normativos, conceitos discricionários e as cláusulas gerais” servem para “afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas”, fazendo com que o julgador “adquirir autonomia em face da lei”¹⁹⁰. A construção legislativa neste toar é proposital, justamente para ficar a cargo dos Ministros a aplicabilidade do instituto.¹⁹¹

Araken de Assis aponta indicadores positivos e negativos da existência da repercussão geral. Dentre os positivos pode-se indicar: a interpretação difícil de questão constitucional debatida; a questão constitucional provocou processos repetitivos; a interpretação dada à questão constitucional pode ser injusta; a discussão sobre a questão constitucional é muito controversa na jurisprudência e na literatura especializada. Já os indicadores negativos da repercussão apontam para: resolução de questão constitucional isolada; decisão sobre questão constitucional já pacificada pelo STF; decisão sobre questão constitucional que por sua natureza, aplica-se a poucas pessoas entre outras¹⁹².

O art. 543-B do CPC disciplina um regime processual especial para os recursos extraordinários múltiplos fundados em idêntica controvérsia, processando-se a análise da repercussão geral nos termos do regimento interno do STF e nas disposições previstas nos §§ 1º ao 5º do mesmo artigo.

Este procedimento de análise da repercussão geral por amostragem inicia-se com a escolha feita pelo Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais de origem de recursos representativos da controvérsia. Embora não exista qualquer disciplinamento sobre a metodologia de escolha, deve o magistrado priorizar aqueles recursos onde se desfile um maior número de fundamentos a ser analisados pelo STF para firmar seu posicionamento sobre a questão a ser decidida.¹⁹³

Na esfera de atuação do precedente, quanto maior o grau de profundidade sobre o conhecimento da questão, ou seja, quanto mais argumentos forem analisados para a construção da *ratio decidendi*, menor a possibilidade de aplicação das técnicas de afastamento dos precedentes. Escolhidos os recursos representativos, todos os demais ficarão sobrestados no tribunal de origem aguardando o pronunciamento do STF sobre a repercussão geral, conforme preceitua o §1º do art. 543-B do CPC. Na realidade, os recursos que devem ficar

¹⁹⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. P. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.208.

¹⁹¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 277.

¹⁹² ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 757.

¹⁹³ DANTAS, *Op. Cit.*, 2008, p. 320.

sobrestados são aqueles que tenham condições de admissibilidade positiva, pendente tão somente a questão da repercussão geral, pois aqueles onde não se identifica o preenchimento de outros pressupostos de admissibilidade recursal como tempestividade, preparo, prequestionamento, etc. devem ser inadmitidos de plano.

Faz-se um parêntese para esclarecer sobre a competência para analisar a existência da repercussão geral ou não. Esta competência é exclusiva do STF através das turmas ou do plenário. Aos presidentes e vices dos tribunais locais cabe tão somente analisar o preenchimento do requisito de regularidade formal estabelecido no art. 543-A, §2º do CPC, verificando a existência de uma preliminar na peça recursal defendendo a repercussão geral naquele caso em concreto. O procedimento que ora se evidencia é uma técnica processual para demandas de massa.¹⁹⁴

Escolhidos os recursos-modelo e sobrestados os demais, serão distribuídos no STF para análise da repercussão. Nos termos do art. 543-B, §2º do CPC, negada a repercussão geral pelo Supremo, todos os recursos extraordinários sobrestados na origem serão de pronto inadmitidos, pois lhes faltará o pressuposto específico de admissibilidade da repercussão geral. Vê-se claramente a técnica de massificação. A análise dos recursos modelos servirá para concomitantemente decidir a sorte de milhares de recursos espalhados nas diversas cortes do país esperando a definição da corte suprema.

Enxerga-se ainda a eficácia vinculante do precedente, pois dito pelo Supremo Tribunal Federal que determinada questão constitucional não tem repercussão, todas as demais cortes deverão aplicar o precedente e inadmitir os recursos extraordinários que discutam aquela questão. Em outras palavras, identificada a *ratio decidendi* pelo Supremo, toda vez que a questão se repetir, deve ser-lhe aplicada o precedente. Neste sentido, José Henrique Mouta Araújo: “trata-se, portanto de clara *eficácia vinculante às decisões que negam a existência de repercussão geral, ampliando os poderes dos presidentes dos tribunais de origem para a negativa de seguimento dos RE sucessivos*”¹⁹⁵.

Neste julgamento da repercussão geral, conforme previsão do art. 543-A, §6º do PC, há expressa autorização do Relator em admitir a intervenção do *amicus curiae* diante do evidente interesse público despertado no procedimento.

Para o afastamento da repercussão geral é necessária a recusa de no mínimo 2/3 dos membros do STF (CF, art. 102, §3º), ou seja, oito Ministros. Se o recurso for distribuído para

¹⁹⁴ DIDIER JR, e CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 336.

¹⁹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. A repercussão geral e a competência recursal: riscos a serem ponderados. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 92, p.33-39, Nov. 2010.

uma das Turmas, e esta decidir pela existência da repercussão geral, por no mínimo quatro votos, fica dispensada a remessa do recurso ao Plenário (§4º, do art. 543-A). Isto porque se quatro Ministros já votaram pela repercussão, o máximo que se conseguiria no plenário do total de onze ministros seriam mais sete votos, não atingindo o *quorum* necessário de oito. Por tais razões a repercussão geral nem sempre é julgada no Plenário, podendo ser também feita pela Turma na hipótese mencionada.

Caso o STF reconheça a presença da repercussão geral, o recurso extraordinário terá o seu mérito julgado. O art. 543-B, §3º, do CPC estabelece que julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados na origem serão devolvidos às Turmas, Câmaras dos Tribunais ou Turmas recursais que poderão “declará-los prejudicados ou retratar-se”. Novamente verifica-se nesta sistemática a necessidade de se alinhar o entendimento dos tribunais inferiores com ao STF. Se a corte maior, ao julgar o recurso extraordinário modelo, posiciona-se pelo seu provimento, significa dizer que todos os demais sobrestados devem ter a mesma solução. Mas justamente para evitar o acúmulo exarcebado de processos no STF, possibilita-se aos tribunais inferiores rever suas decisões alinhando o seu posicionamento ao do STF, ou ainda realizar ou não o *distinguishing*. Inova-se neste particular ao conceder a possibilidade de retratação aos tribunais inferiores, ou seja, conferiu-se ao recurso extraordinário o efeito regressivo.¹⁹⁶

Existindo a retratação, modifica-se o julgado alinhando o entendimento do tribunal ordinário ao do STF. Óbvio que contra esta decisão, poderá a parte prejudicada interpor recurso extraordinário. Todavia, deve ser inadmitido pelo fato da decisão recorrida estar em conformidade ao entendimento dominante do STF. Na hipótese do órgão colegiado realizar o *distinguishig* identificando que a tese jurídica discutida não se enquadra na *ratio* do precedente do Supremo, deverá o colegiado devolver o recurso para a autoridade competente (Presidente ou Vice) para que faça a análise dos requisitos de admissibilidade e consequente envio para o Supremo para julgar a questão fora da ótica do precedente.

Não existindo a retratação, o recurso extraordinário será submetido ao juízo de admissibilidade, e se devidamente preenchido, será remetido ao STF que, nos termos do seu Regimento Interno, poderá cassar ou reformar liminarmente acórdão contrário à orientação firmada por aquele sodalício (art. 543-B, §4º)¹⁹⁷.

Mais uma vez, seguindo a doutrina dos precedentes aplicada no presente estudo, ressalta-se ser totalmente incoerente ao sistema a possibilidade dos tribunais inferiores não

¹⁹⁶ DIDIER JR. e CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 338.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 338.

alinharem as suas decisões ao STF, excetuando a possibilidade do *distinguishing*. Esta permissão é contraproducente e só vem a prejudicar o jurisdicionado. Atente-se, que ao invés de ter seu direito de plano reconhecido, terá de submeter-se a exigência do juízo de admissibilidade deste recurso, para vê-lo admitido, sabe-se lá quando, para posteriormente vê-lo provido pelo STF. Certamente meses, talvez anos passem para o jurisdicionado ver o seu direito reconhecido, quando este reconhecimento poderia ter vindo tempos atrás permitindo já encontrar-se em gozo do direito. Não há mais espaço para esta sistemática. É inadmissível que os tribunais inferiores julguem em sentido contrário ao STF. Defende-se novamente que este precedente do STF tem eficácia vinculante e não há opção pela retratação, mas sim, obrigatoriedade dos tribunais inferiores seguirem o precedente, ainda mais quando oriundo de um procedimento de julgamento coletivizado^{198 199}.

Por derradeiro, nos termos do art. 329 do RISTF²⁰⁰, a presidência daquela corte promoverá ampla divulgação do teor das decisões sobre a repercussão geral, criando, inclusive, um banco eletrônico de dados. Este procedimento é característico do sistema do *common law*. Objetiva-se dar ampla divulgação aos julgados, principalmente aos presidentes e vices das cortes locais na aplicação da repercussão geral para casos já julgados.

4.7.4 O dever constitucional do STJ de uniformizar a jurisprudência do país e o julgamento dos recursos especiais repetitivos

Na linha das reformas processuais decorrentes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, chamada “Reforma do Judiciário”, a Lei Federal 11.672/2008 introduziu um procedimento para processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos onde se discute a mesma questão de direito.

¹⁹⁸ Em sentido contrário Teresa Arruda Alvim Wambier defende que a observância obrigatória ao precedente só ocorrerá na hipótese do STF editar súmula vinculante sobre o tema. Ver: WAMBIER, *Op. Cit.*, 2008, p. 306.

¹⁹⁹ Em consonância com o entendimento aqui defendido é o posicionamento de Marinoni: “afirma-se, ademais, que, julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, que poderão declará-los prejudicados ou se retratar. Os tribunais estão vinculados ao julgamento do mérito do recurso extraordinário. Assim, quando o recurso tiver sido interposto para permitir chegar ao resultado proclamado pela Suprema Corte, o tribunal de origem deverá se retratar. Mas, se o recurso objetivado resultado oposto, deverá ser declarado prejudicado. Não há como admitir que o tribunal de origem, após ter sobrestado o recurso, deixe de se retratar ou não o declare prejudicado quando o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito em desacordo ou de acordo com a decisão recorrida”. Ver: MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 477.

²⁰⁰ **Art. 329.** A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.

O procedimento previsto no art. 543-C do CPC apresenta-se bastante próximo ao do julgamento múltiplo da repercussão geral do recurso extraordinário já enfrentado no item acima. Calha, portanto, tão somente apresentar as regras em que diferem.

A ideia permanece inalterada. Através do julgamento dos recursos-modelo, o STJ exerce a sua função constitucional de uniformizador da jurisprudência e dá a melhor interpretação à legislação. Este julgamento vinculará os demais recursos sobrestados, caso a decisão recorrida esteja alinhada ao entendimento do STJ, os tribunais locais negarão a admissibilidade do recurso. Caso a decisão recorrida esteja em sentido contrário ao do STJ, volta aos órgãos fracionários dos referidos tribunais para o exercício do juízo de retratação.

Segundo estabelece o art. 543-C, §2º do CPC, a escolha dos recursos-modelo não fica a cargo tão somente dos presidentes e vice dos tribunais locais. Caso estes não tomem a providência, os ministros relatores ao identificar recursos a eles distribuídos com características de multiplicidade, têm autorização do art. 543-C, §2º para afetá-los ao procedimento de julgamento repetitivo e determinar a suspensão dos demais recursos especiais até pronunciamento definitivo do STJ.

Cabendo a escolha dos recursos-modelo ao tribunal local, o §1º do art. 1º da Resolução nº. 8/2008 do STJ²⁰¹ estabelece que deva ser selecionado no mínimo um recurso de cada relator e, dentre esses os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão recorrido e de argumentos no recurso especial. O §2º do referido artigo disciplina o agrupamento dos recursos repetitivos, levando em consideração apenas a questão central discutida.

O §3º do aludido artigo possibilita ao Ministro relator do julgamento repetitivo requerer informações aos tribunais estaduais e federais sobre a controvérsia, que deverão ser prestadas no prazo de quinze dias. A medida torna-se interessante, pois muitas vezes a questão é “estadualizada”, ou seja, diz respeito a ato de governo local ou a uma característica daquela localidade, distante dos Ministros sediados em Brasília-DF. Assim, maiores esclarecimentos podem ser dados pelos magistrados locais que vivenciam aquela situação particular.

O §5º estabelece vistas obrigatórias do recurso repetitivo ao Ministério Público para ofertar parecer. Como a afetação do procedimento repetitivo coletiviza o julgamento, faz-se necessário a ouvida do órgão ministerial para atuação como fiscal da lei.

²⁰¹ A resolução STJ n. 8/2008 encontra-se nos anexos do presente trabalho.

São competentes para o julgamento dos recursos repetitivos as Seções ou a Corte Especial. Se a questão discutida disser respeito à competência de mais de uma Seção, o julgamento se dará na Corte Especial. O julgamento do recurso repetitivo tem preferência sobre os demais feitos, exceto o *habeas corpus* e os processos que envolvam réu preso. O procedimento deste julgamento é disciplinado pela Resolução do STJ nº 8, de 07 de agosto de 2008.

Afetado o julgamento ao colegiado, a coordenadoria deve incluí-lo na primeira pauta de julgamento disponível, cabendo-lhe também comunicar a afetação por ofício aos demais Ministros que integram o colegiado e extrair cópia do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, do parecer do Ministério Público, da decisão de admissibilidade e outras cópias que o relator entenda pertinentes, que deverão ser enviadas aos demais ministros que integram o Colegiado, pelo menos cinco dias antes do julgamento²⁰².

Realizado o julgamento pelo STJ, quando publicado o acórdão, os ministros que tenham recursos idênticos a eles distribuídos poderão, de imediato, julgá-los monocraticamente aplicando o art. 557 do CPC, diante do posicionamento jurisprudencial dominante daquela Corte ao elucidar a questão com o julgamento do recurso especial repetitivo. Se os recursos idênticos ainda não tiverem sido distribuídos, serão julgados pela presidência do STJ, nos termos da Resolução nº. 3, de 17 de abril de 2008.

Quanto aos recursos especiais sobrestados na origem, aqueles que estiverem em sentido contrário ao entendimento dado pelo STJ serão de plano inadmitidos, conforme estabelece o §7º, do art. 543-C do CPC. Em relação a este dispositivo, evidencia-se a eficácia vinculante do precedente. Posicionando-se o STJ sobre a questão, caso a decisão recorrida esteja a ela alinhada, o recurso que sustente tese em sentido contrário deve ser denegado, pois a obrigatoriedade de respeito ao precedente faz com que este recurso jamais tenha condições de provimento (excetuando-se as técnicas de afastamento dos precedentes).

Caso a decisão recorrida dos tribunais locais esteja desalinhada ao precedente do STJ, o §7º, inc. I do art. 543-C determina a volta do processo para o colegiado de origem, para o exercício de retratação. Não exercida a retratação, estabelece o §8º a realização do exame de admissibilidade do recurso especial. Faz-se aqui a mesma observação feita no item acima. O precedente gerado pelo STJ deve ser vinculante, não existindo a faculdade de retratação, mas

²⁰² DIDIER JR. E CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 318.

sim, a obrigatoriedade. Na hipótese de não haver a retratação, cabe reclamação constitucional ao STJ para cassar a decisão que não respeita o seu precedente.²⁰³

No mesmo sentido, Tiago Asfor Rocha de Lima e Beatriz Fonteles Gomes Pinheiro:

Tudo isso somente é possível em razão da inexistência de regra explícita de respeito aos precedentes, desprovidos de efeitos vinculante, bem como de um instrumento processual que garanta a validade e eficácia dos entendimentos sumulados. Não quer dizer, entretanto, que tal modelo seja desejável. Pelo contrário, pode e deve ser repensado, ainda que para tanto seja necessário reformar-se a legislação processual ou mesmo constitucional.

É diante desse contexto que se insere a via da Reclamação, ainda que inicialmente pudesse ser aviada apenas para garantir a prevalência dos entendimentos sumulados da Corte, já se estaria diante de um grande e plausível avanço.

Contra-argumentar afirmando que tal medida implicaria uma avassaladora quantidade de reclamações no STJ não é bastante, pois justiça não se faz apenas com a redução de processos julgados pelas Cortes Superiores. Em determinados momentos e em prol do sistema como um todo, impõe-se dar um passo para trás para, em seguida, dar-se dois para frente.

Diz-se isso porque é natural que, no início, os magistrados inferiores não mudem de postura e continuem a decidir em contradição com os posicionamentos consolidados do STJ. Porém, é previsível que, à medida que suas decisões sejam cassadas pelo STJ, haja uma alteração de comportamento, passando a se pronunciarem em conformidade com a Corte Superior, reduzindo, conseqüentemente, o número de reclamações e reestruturando o sistema, que passará a ser mais coerente, possibilitando ao seu usuário (o jurisdicionado) o recebimento de uma prestação jurisdicional mais célere e justa²⁰⁴.

A problemática ora em análise teve voz no STJ. Explica-se. O art. 10, inc. II da revogada Resolução STJ n.º 7, de 14 de Julho de 2008²⁰⁵ estabelecia justamente a obrigatoriedade das Cortes ordinárias de adequarem o seu acórdão ao pronunciamento do STJ, e contra esta decisão seria incabível a interposição de novo recurso especial. Pela sistemática correta de aplicação do precedente, o dispositivo em comento nada tinha de ilegal, pelo contrário, perfila-se à teoria do *stare decisis*.

Em sentido contrário e tecendo consideráveis críticas posiciona-se Fábio Martins Andrade²⁰⁶.

Interessante o posicionamento de Pedro Roberto Decomin ao defender a adoção de súmulas vinculantes no STJ:

²⁰³ CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes e desvinculação da jurisprudência. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 77, p.70-84, ago. 2009.

²⁰⁴ LIMA e PINHEIRO, *Op. Cit.*, 2009, p.123.

²⁰⁵ Eis o teor do dispositivo: Art. 10 A suspensão a que se refere o artigo 1º, *caput*, desta Resolução, cessará automaticamente assim que publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no recurso especial afetado, aplicando-se aos recursos especiais suspensos as seguintes regras:

I – coincidindo os acórdãos recorridos com o julgamento do STJ, não serão admitidos;

II – divergindo os acórdãos recorridos do julgamento do STJ, serão novamente submetidos ao órgão julgador competente no tribunal de origem, competindo-lhe reconsiderar a decisão para ajustá-la à orientação firmada no acórdão paradigma, sendo incabível a interposição de outro recurso especial contra o novo julgamento.

²⁰⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimento relativos ao processamento e julgamento de recursos repetitivos – anotações à resolução do STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008 (regulamenta a lei n. 11.672/2008). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 67, p.54-66, out. 2008.

De resto, além de coadunar com o papel constitucional conferido ao STJ, mais ainda agora, que prevista no CPC a sistemática dos recursos especiais representativos da controvérsia, a súmula vinculante, se adotada também no âmbito das decisões daquela Corte proferidas em tais recursos, contribui de modo significativo para a preservação da segurança jurídica. Sabendo, em caráter estável, que exegese confere ao dispositivo o tribunal ao qual cabe dar a palavra final sobre a interpretação do Direito Federal, podem todos aqueles que devam observá-lo, agir de modo a que isto efetivamente aconteça, atentos à interpretação que lhe foi conferida²⁰⁷.

Embora bastante razoável o posicionamento do autor acima transcrito, acredita-se não ser necessário este rigor legislativo para preservar a autoridade destes tribunais na observância dos seus precedentes. Óbvio que uma mudança legislativa na Constituição Federal ou na lei infraconstitucional certamente colocaria de lado qualquer discussão sobre o tema. Mas, seguindo a visão de Marinoni, falta ao intérprete do direito compreender melhor a doutrina do *stares decisis* que há muito inundou o nosso sistema jurídico. Não é preciso a promulgação de uma lei para disciplinar sobre a obrigatoriedade do respeito ao precedente, pois esta conduta é a entranha da teoria do *stares decisis*. Quando passamos a conviver com o precedente em nosso sistema jurídico, estas lições têm de ser absorvidas. A função que os tribunais superiores exercem na organização do Poder Judiciário, por si só, já é o elemento identificador da obrigatoriedade do precedente, não precisando de previsão legal para tanto.

Uma última questão a ser abordada diz respeito à possibilidade ou não de desistência do recurso-piloto afetado ao julgamento por amostragem.

A instauração do procedimento de julgamento por amostragem faz surgir um segundo procedimento instaurado, em paralelo, cujo objetivo é definição do precedente ou da tese adotada pelo tribunal superior. Quando se desiste do recurso-piloto, os efeitos da desistência devem incidir tão somente sobre as partes nele envolvidas, não produzindo efeitos sobre o procedimento instaurado para a definição do precedente que seguirá normalmente²⁰⁸.

Segundo o art. 501 do CPC, o recorrente pode a qualquer momento desistir do recurso. A desistência é ato unilateral de vontade que dispensa a concordância do recorrido e homologação judicial, portanto, não há como opor óbice à figura do recorrente em desistir do recurso.²⁰⁹

A grande celeuma encontra-se na característica do julgamento dos recursos múltiplos, pois enquanto recurso individual não há qualquer problema na desistência, como identificado acima. Todavia, quando o recurso individual é escolhido como recurso-piloto e afetado ao

²⁰⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 101, p.92-113, ago. 2011.

²⁰⁸ DIDIER JR. e CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 322.

²⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, vol. v. 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 331.

procedimento de julgamento múltiplo, a discussão nele tutelada não é mais individual, mas sim coletiva, portanto, indisponível. Em outras palavras, quando o julgamento do recurso é feito por amostragem, transcende o interesse das partes.²¹⁰

O STJ no julgamento da questão de ordem no recurso especial nº. 1.063.343/RS negou pedido de desistência recursal em recurso submetido ao trâmite de recurso representativo da controvérsia. Confira-se o teor da ementa do acórdão:

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)

Não é esse o entendimento predominante na doutrina. A desistência do recurso não encontra óbices na legislação. Por outro lado, mesmo existindo a desistência do recurso especial repetitivo, não significa dizer que o STJ deva se abster de julgar a questão, pois se encontra em tramitação perante procedimento coletivizado, portanto, indisponível.

Na visão de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, a desistência do recurso especial não é apta a impedir o STJ de prosseguir com o julgamento coletivo. Basta, segundo o autor, escolher outros recursos representativos da controvérsia e dar sequência ao julgamento, pois deve cumprir sua função de interpretar o Direito federal e uniformizar a jurisprudência do país. Assim, manifestada a desistência, o recurso não pode mais ser julgado, cabendo ao STJ selecionar outro recurso representativo da controvérsia. Segundo Yoshikawa, “a desistência cria uma dificuldade para a aplicação da técnica, mas não se trata de problema insolúvel”²¹¹.

Acredita-se que a melhor solução é a apontada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, no sentido de seguir-se normalmente o julgamento do recurso especial repetitivo, todavia, quando julgado, não surtirá efeitos sobre o desistente que terá a sua situação tutelada pela decisão recorrida, transitada em julgado, com o pedido de desistência.

²¹⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 76, p.33-39, jul. 2009.

²¹¹ *Ibidem*, p.34.

4.7.5 O precedente nas instâncias ordinárias. Os poderes do relator no art. 557 do CPC e o julgamento liminar de improcedência no art. 285-A do CPC

O CPC também estabelece a observância dos precedentes perante as instâncias ordinárias, no primeiro e no segundo grau de jurisdição.

Nos tribunais ordinários, as decisões, em regra, se dão em forma de colegiado. Esta característica reside na própria ideologia do recurso. O recurso, conforme esclarece Moacyr Amaral Santos “é o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação”²¹². E esta reforma ou modificação é possibilitada para minimizar duas características inerentes ao ser humano: o inconformismo e a desconfiança na autoridade judiciária. Idealiza-se o recurso não só para se oportunizar uma nova discussão sobre a questão decidida, como também para diminuir a possibilidade de erro judiciário, aumentando o grau de segurança jurídica e credibilidade do Poder Judiciário.²¹³

Nesta perspectiva, as decisões dos tribunais são em regra proferidas por um Colegiado composto, na sua menor unidade, por três magistrados que vão compor uma Câmara ou Turma. Nesta forma de julgar, observa-se um procedimento interno no tribunal (ordem dos processos nos tribunais) com a participação de demais magistrados (revisor e todos os que comporão a sessão plenária), além da intervenção do órgão ministerial nos processos que exigirem a sua participação.

Esta sistemática, como sói acontecer, consome um grande esforço do Judiciário ao movimentar um aparelho pesado, custoso, mas imprescindível para a continuidade do processo e satisfação do jurisdicionado, pois, minimiza duas sensações inerentes a todo e qualquer ser humano: a insatisfação diante de uma derrota e a insegurança sobre a correção do julgado, pois quem o profere, é ser humano e como tal é falível.

Todavia, nem sempre se faz necessária a movimentação desta máquina judiciária na sua completude. Algumas situações processuais autorizam o afastamento do erro e da insegurança jurídica quando se observa a manifesta inadmissibilidade ou improcedência de determinado recurso. O objetivo aqui enxergado é justamente a necessidade de não se praticar atos desnecessários ao processo, contribuindo para a economia e duração razoável do processo.

²¹² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

²¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Sustentação oral. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 28, p. 88-102, jul. 2005.

Embora os tribunais superiores vivenciem o seu “inferno astral” ocasionado pelo número exorbitante de processos que são distribuídos, isto não é um “privilégio” somente daquelas Cortes. Os demais tribunais da federação sofrem de tal “doença” e precisam de “remédios” para enfrentá-la. Daí a disposição prevista no art. 557 do CPC, que atribui poderes ao relator para monocraticamente julgar os recursos sem a necessidade de participação do colegiado. O foco visado pelo legislador é facilmente constatado. Se a questão debatida na esfera recursal é facilmente identificável e conseqüentemente de fácil solução, para que levá-la ao Colegiado, gerando acréscimo de custo e tempo ao processo quando a solução é evidente, manifesta. Neste toar, o legislador autoriza o relator a negar seguimento quando identifica no recurso manifesta inadmissibilidade, prejudicialidade, improcedência ou a decisão recorrida encontra-se alinhada a entendimento jurisprudencial dominante ou sumulado daquele tribunal ou de tribunal superior. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, o relator está autorizado para dar provimento a recurso quando a decisão recorrida contrarie entendimento jurisprudencial dominante ou sumulado de tribunal superior.

O advérbio “manifestamente” e o adjetivo “manifesto” utilizado, respectivamente, no *caput* do art. 557 e em seu parágrafo primeiro devem ser compreendidos, na lição de Fabiano Carvalho, como sinônimo de “patente”, “claro”, “notório”, “flagrante”, “inequívoco”²¹⁴. Conforme esclarece o mencionado autor, estas palavras são critérios objetivos que implicam restrição para o relator julgar individualmente o recurso. Tais expressões retiram a complexidade da tese jurídica sustentada no recurso onde o relator percebe facilmente se ele pode ou não julgar o recurso por meio de decisão individual²¹⁵.

Evidenciada a simplicidade da tese recursal, a impertinência dos argumentos nela desfilados, o notório caráter de contrariar a norma ou resistir ao entendimento jurisprudencial consolidado daquela Corte ou de Tribunal Superior, são situações que autorizam a aplicação do art. 557.

Todo e qualquer recurso é submetido a um juízo de admissibilidade e, se positivo, um juízo de mérito. Identificando o relator uma manifesta inadmissibilidade no recurso, a evidente inobservância a um dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, deve de plano inadmitir o recurso. De igual modo, identificando uma manifesta prejudicialidade²¹⁶ no recurso, deve assim a declarar.

²¹⁴ CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 83-84.

²¹⁶ Nas lições de José Carlos Barbosa Moreira “diz-se prejudicado o recurso quando a impugnação perde o objeto, e, por conseguinte, cai no vazio o pedido de reforma ou anulação: v.g., se o juiz *a quo* reforma *in totum* a

Já a manifesta improcedência, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, e como tal provoca inquietação na doutrina. Isto porque há quem defenda que a manifesta improcedência estaria caracterizada quando a decisão recorrida contrarie súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior, apresentando-se como um único requisito. Para outros, são requisitos totalmente distintos. A manifesta improcedência não se confunde com o fato de a decisão recorrida ser contrária à súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior.

A manifesta improcedência é identificada quando a decisão recorrida apresenta-se contrária à lei ou à prova dos autos. É improcedente o recurso quando o recorrente “carece de razão de mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida”²¹⁷. Numa posição mista, atrelando a pretensão recursal infundada ao entendimento da jurisprudência ainda não dominante ou sumulado posiciona-se Delosmar Domingos de Mendonça Junior.²¹⁸

Quando o relator aplica o art. 557 ele atua como mandatário do colegiado, portanto, no entendimento acima transcrito, a aplicação do dispositivo consiste no adiantamento da posição da turma ou da câmara em prol da celeridade e segurança do processo.²¹⁹

Por fim, o artigo em comento deve ser aplicado quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior, hipótese em que o relator poderá negar seguimento ao recurso; bem como, quando a decisão recorrida estiver no mesmo sentido do entendimento dominante ou sumulado dos tribunais superiores, autorizando o relator a dar provimento ao recurso.

Verifica-se, neste particular, a observância do precedente pelos tribunais ordinários, tanto na linha horizontal como na vertical.

Segundo o art. 557 *caput*, o relator negará seguimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver alinhada à súmula ou jurisprudência dominante do seu tribunal ou de tribunal superior. No primeiro caso, vê-se a aplicação do precedente gerado no próprio tribunal, ou seja, o tribunal ao qual o relator encontra-se vinculado possui entendimento dominante ou já sumulado sobre a questão jurídica. No caso dos tribunais superiores, os relatores devem observar a força dos precedentes da própria corte.

decisão agravada, prejudicado fica o agravo (cf. art. 529).” In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, 2003, p. 662.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 662.

²¹⁸ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.156-157.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 587.

O STJ em situações restritas pode usar súmula ou jurisprudência dominante do STF para aplicar o art. 557. Isto porque, na resolução de questões federais, aquele tribunal é a última instância, visto que, não existe tribunal superior que tenha a função de zelar pela aplicação da federal, senão ele²²⁰. Registre-se apenas que o STF pode alterar entendimento do STJ em recurso ordinário em Mandado de Segurança ou em ação originária. Nesta hipótese, o Supremo poderá julgar matéria infraconstitucional.

A súmula “é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante do tribunal e vê traduzida na forma de verbetes sintéticos numerados”²²¹. Entendimento jurisprudencial dominante trata-se de um conceito jurídico indeterminado de difícil elucidação. Marinoni e Arenhart, para esclarecer o significado da expressão, defendem que ela não se confunde com jurisprudência pacífica. Esta se caracteriza quando no tribunal não há mais qualquer discussão a respeito do tema, ou seja, não merece mais séria atenção. Já dominante seria a jurisprudência que predomina na orientação do colegiado, ainda que exista ideia ou concepção contrária. A jurisprudência dominante só pode ser obtida com o auxílio do conceito de súmula. Os casos em que se identifica jurisprudência dominante a respeito de certo tema deveriam gerar a edição de uma súmula. Se isto não acontece é porque falta algum elemento a indicar que a questão ainda não reflete a orientação dominante do tribunal²²².

Não concordando com o entendimento acima transcrito, Fabiano Carvalho não atrela o conceito de jurisprudência dominante ao de súmula. Para o autor, o conceito de jurisprudência dominante é mais simples que o de súmula, pois se traduz nas decisões proferidas pelo tribunal por seus órgãos colegiados, sobre a mesma matéria de forma reiterada e uniforme²²³.

Esta jurisprudência dominante consistiria em reiterados acórdãos sobre determinado tema jurídico no mesmo sentido, perfilando o atual entendimento do colegiado sobre questão específica. Importante destacar que para o conceito de jurisprudência dominante, não deve ser levada em consideração decisão individual de relator. Este conceito também não se confunde com o de “jurisprudência majoritária”, pois se encontra atrelada à maioria (50% +1, por exemplo). Também não se confunde com a expressão jurisprudência “pacífica”, que tem como significado aquela que é tranquilamente aceita e não sofre oposição, embora este conceito encontre-se inserido no conceito de jurisprudência dominante. A jurisprudência dominante caracteriza-se pelo incontestável entendimento do tribunal sobre determinada matéria, mesmo que existam acórdãos não unânimes ou em sentido contrário. Leva-se em

²²⁰ MENDONÇA JUNIOR, *Op. Cit.*, 2009, p.156-161.

²²¹ *Ibidem*, p.156; 158-159.

²²² MARINONI, e ARENHART, *Op. Cit.*, 2012, p. 590.

²²³ CARVALHO, *Op. Cit.*, 2008, p. 128-129.

consideração a repetição de pronunciamentos no mesmo sentido, por meio de largas decisões sobre o mesmo assunto, sempre atrelada ao fator tempo, pois deve refletir o posicionamento atual do tribunal sobre determinado assunto jurídico, extraído de decisões recentes com sua composição contemporânea²²⁴ ²²⁵. Em outras palavras, se a decisão é antiga e não mais representa o posicionamento do tribunal sobre o assunto, não há o que se falar em jurisprudência dominante.

Uma observação bastante interessante é feita por Marinoni. Segundo o autor, tratando-se de precedente de tribunal superior, deve ser aplicado o art. 557 do CPC mesmo que seja a única decisão naquele sentido (precedente isolado) que firmou a *ratio decidendi* a respeito de determinada questão jurídica, prestando-se, o julgamento monocrático a tutelar a coerência do direito e a segurança do sistema.²²⁶

Uma vez exposta a aplicação do art. 557 baseado na jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior, passa-se ao ponto derradeiro que consiste na aplicação do referido dispositivo com fulcro no entendimento sumulado do próprio tribunal ou de tribunal superior.

Aplica-se o art. 557 para alinhar a decisão recorrida ao entendimento sumulado do próprio tribunal, autorizando o relator a negar seguimento ao recurso, ou quando a decisão recorrida encontra-se em sentido contrário ao entendimento de tribunal superior, está o relator autorizado a dar provimento ao recurso, mesmo que exista súmula no próprio tribunal em sentido contrário.

O instituto da súmula, com eficácia vinculante ou não, já foi abordado em item acima, dispensando maiores considerações. Todavia, neste particular há importante questão a ser observada. Como é cediço, no Brasil existem dois tribunais de superposição, o STF e o STJ. Cada um desses tribunais recebeu uma função precípua do legislador constituinte: ao STF foi atribuída a guarda da Constituição Federal e ao STJ o papel de intérprete da legislação federal e a uniformização da jurisprudência no país, no que diz respeito à justiça comum estadual e federal. Pois bem, constatada esta divisão, não poderia existir “invasão” destes tribunais na função constitucional que o legislador constituinte deu a cada um. A problemática ora abordada ganhou relevo quando o STF em 24 de setembro de 2003 editou a súmula 622, que teve o seu teor publicado no diário oficial da união de 9 de outubro do 2003. Eis o teor da

²²⁴ *Ibidem*, p. 131-132.

²²⁵ Aplica-se aqui a mesma previsão contida nas Súmulas 286 do STF e 83 do STJ que não admitem os respectivos recursos baseados em divergência de jurisprudência quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

²²⁶ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 510.

súmula: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

Verifica-se claramente nos termos do verbete sumular que o STF passou a disciplinar sobre o procedimento do mandado de segurança que à época era regulado pela Lei Federal 1.533/1951. Entendeu aquele tribunal que a Lei 1.533/1951 disciplinava todo o procedimento do MS, aplicando-se subsidiariamente o CPC apenas naquilo que a própria lei autoriza²²⁷. Como na lei não existia a previsão de recurso contra a decisão do relator que concedesse ou negasse a liminar nos mandados de segurança de sua competência originária, o STF consolidou entendimento de que não era cabível agravo regimental.

Ora, a observância da lei federal é de competência do STJ como já referido. A questão sumulada pelo STF não traz qualquer discussão acerca da (in)constitucionalidade das normas. Assim, estariam os demais tribunais da federação e o próprio STJ obrigados a aplicar o art. 557 e inadmitir monocraticamente agravos regimentais contra liminares em mandado de segurança com base na súmula 622?

Leonardo Greco²²⁸ e Leonardo Carneiro da Cunha entendem em sentido contrário. Isto porque o STF não está superposto aos juízes e tribunais para as matérias infraconstitucionais. Para estas matérias, eles encontram-se vinculados ao STJ. A súmula 622 estaria fundada em um exemplo e não em precedente. Na realidade, apenas uma indicação para o próprio Supremo como o seu entendimento para mandados de segurança de sua competência originária²²⁹.

Extraí-se, portanto, que em situações como tais, não há precedente, pois o tribunal não está atuando na limitação da sua atividade jurisdicional, por tais razões, seus julgados não vincularão os tribunais que não estão a ele subordinados.

Por fim, uma última análise a ser feita diz respeito ao julgamento monocrático quando ocorre nos tribunais superiores e nos tribunais ordinários. Nos primeiros, o recurso manejado contra o precedente, se não apresentar qualquer argumento técnico de afastamento do precedente, deve ser inadmitido de plano. Na hipótese de apresentar tal argumento, mas não se identificarem requisitos para o afastamento do precedente, a hipótese é de não provimento no recurso²³⁰.

²²⁷ Nos termos do art. 19 da revogada lei aplicava-se subsidiariamente o CPC, apenas no que diz respeito às questões que digam respeito ao litisconsórcio.

²²⁸ GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, 2004, p.49.

²²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. Cit.*, 2004, p.258.

²³⁰ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 512.

Nos tribunais superiores, a eficácia do precedente se desenvolve no plano horizontal. Assim, uma Turma não pode deixar de observar os seus precedentes. De igual modo, uma Seção não pode se abster de aplicar os seus precedentes, bem como as Turmas que compõem a Seção. Por outro lado, uma Seção não estaria obrigada a aplicar os precedentes de uma outra Seção e uma Turma não estaria obrigada a aplicar os precedentes de uma outra Turma ou Seção que não encontre-se vinculada²³¹. Turmas e Seções estariam obrigadas a aplicar os precedentes da Corte Especial, no caso do STJ e as Turmas estariam obrigadas a aplicar os precedentes do Pleno, no caso do STF.

Nos tribunais estaduais e regionais federais a vinculação ao precedente ocorre no plano vertical. Assim, o relator encontra-se obrigado a decidir de acordo com os precedentes dos tribunais superiores, excetuando a hipótese de se verificar as técnicas de afastamento do precedente cuja questão deverá ser levada para a apreciação do colegiado²³².

4.7.5.1 O artigo 285-A do CPC. O julgamento liminar de improcedência

O art. 285-A foi acrescentado ao vigente CPC pela Lei 11.277, publicada no Diário Oficial da União de 8 de fevereiro de 2006, passando a vigor noventa dias após a data de sua publicação. Segundo o dispositivo em foco, quando a matéria submetida à apreciação do juiz for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de improcedência sobre a questão jurídica posta em debate, toda vez que o caso se repetir, o juiz está autorizado de pronto a proferir sentença de improcedência, sem sequer determinar a citação do réu, reproduzindo o teor da sentença anteriormente prolatada.

O julgamento liminar de improcedência previsto no art. 285-A do CPC foi um dos institutos mais polêmicos acrescentado no CPC nas últimas reformas. José Carlos Barbosa Moreira tece considerável crítica contra o instituto taxando-o como incentivo a preguiça ou comodismo do julgador.²³³

Trata-se, sem dúvida, de técnica de julgamento de demandas repetitivas (demandas de massa), com a observância do precedente no primeiro grau de jurisdição.

Quando a questão jurídica chegar pela primeira vez naquele juízo, terá o seu processamento normal, com citação, audiência preliminar etc. Julgado o processo, se a hipótese for de improcedência do pedido, forma-se o precedente para ser aplicado, nos moldes

²³¹ *Ibidem*, p. 512.

²³² *Ibidem*, p. 513.

²³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.* 2005, p.54.

estabelecidos no art. 285-A, toda vez que a questão se repetir perante aquele juízo. Sobre o dispositivo em comento, importa fazer algumas observações.

A aplicabilidade do dispositivo só se encontra autorizada, caso a questão seja exclusivamente de direito, ou seja, além de existir uma identidade em relação aos fatos das demandas, estes prescindem de dilação probatória. Reside aqui a principal característica das demandas de massa.²³⁴

Estes casos devem ser *idênticos*, ou seja, se multiplicam com a mesma argumentação apenas se adequando ao caso concreto, modificando o nome das partes, e alguns dados particulares do processo. A identidade não diz respeito à causa de pedir ou ao pedido, pois cada uma tem uma relação jurídica própria. A identidade reside na argumentação ou fundamentação jurídica²³⁵. Em outras palavras, a tese jurídica sustentada é a mesma, mudam-se apenas os dados particulares dos envolvidos no litígio. Na hipótese de se apresentarem novos argumentos ou argumentos diferentes daqueles utilizados no processo que formou o precedente, o dispositivo não pode ser aplicado, pois se estaria diante de um *distinguishing*.

O precedente tem de ter sido formado naquele juízo para a aplicação do art. 285-A. A expressão “juízo” deve ser entendida como a “vara”. Se for de outro juízo, o precedente não pode ser aplicado. Registre-se entendimento em sentido contrário, de Frederico Augusto Leopoldino Koehler²³⁶.

A aplicação do precedente gerado no “juízo” pode contrariar a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal que esteja vinculado ou tribunal superior. Por tais razões, deve-se questionar se a aplicação do art. 285-A estaria autorizada, tão somente, quando existisse o alinhamento das decisões ou poderia sê-la independentemente deste alinhamento. Um juiz monocrático decide pela ilegalidade da cobrança de um tributo quando o STJ em julgamento de recurso especial já decidiu pela legalidade. Poderia este juízo aplicar o art. 285-A em demandas que se repitam e julgá-las improcedente, mesmo conhecedor de entendimento contrário no tribunal superior.

Pela doutrina de aplicação do precedente defendida no presente trabalho, a resposta é negativa. Se existe precedente de tribunal superior contrário ao entendimento do juiz

²³⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Op. Cit.*, 2006. p. 259.

²³⁵ *Ibidem*, p.260.

²³⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Processo Civil**. São Paulo, n. 39, p. 93-104, jun. 2006.

monocrático ele não está autorizado a julgar contrário. Deve obrigatoriamente observar o precedente e não aplicar o art. 285-A²³⁷.

Assim estará contribuindo para um processo sem dilações indevidas, na observância do princípio da duração razoável do processo, evitando divergências jurisprudenciais e assegurando o cumprimento do princípio da isonomia²³⁸.

²³⁷ Neste sentido é o recente julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONTRÁRIA À ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM, DESTA CORTE SUPERIOR E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Deve ser afastada a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil quando o entendimento do juízo de Primeira Instância estiver em desconformidade com orientação pacífica de Tribunal Superior ou do Tribunal local a que se encontra vinculado.

2. Precedente: REsp 1109398/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1.8.2011.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1279570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011)

²³⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Op. Cit.*, 2006, p. 256

5 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5.1 Noção geral

No final do mês de setembro do ano de 2009, o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney editou o ato da presidência do senado nº. 379/2009 nomeando uma comissão de juristas presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, composta pelos processualistas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes para elaboração de um anteprojeto sobre o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Dentre os elementos norteadores do anteprojeto destaca-se o combate à morosidade do Judiciário e ao formalismo processual, objetivando propor soluções legítimas para o número imoderado de ações e recursos. A comissão após a coleta de sugestões das mais variadas classes da sociedade e discussões em várias audiências públicas realizadas nos principais pólos jurídicos do país, entregou o anteprojeto do CPC que posteriormente transformou-se no Projeto de Lei 166/10 do Senado Federal, sob a relatoria do Senador Valter Pereira. Após a conclusão dos trabalhos legislativos realizados no Senado Federal, o projeto foi remetido para a Câmara dos Deputados, lá autuado como Projeto de Lei nº. 8046/2010, cuja relatoria foi incumbida ao Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

No mencionado projeto, o incidente de resolução de demandas repetitivas encontra sua previsão nos artigos 930 a 941 dispondo sobre todas as fases de tramitação do novel instituto que é objeto do presente estudo.

Impende ainda ressaltar que já se encontra disponível na rede mundial de computadores, o texto relativo à consolidação das propostas, datado de 27/04/12, feito pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, onde se identificam várias modificações no texto original²³⁹.

A título metodológico, esclarece-se que o estudo do incidente será feito pela redação originária do Projeto de Lei 8046/2010, mas serão comentadas as modificações substanciais previstas na consolidação das propostas elaborada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

²³⁹ <http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf> . Acesso em 25/07/2012.

Numa sociedade onde as relações interpessoais apresentam-se massificadas, há grande probabilidade de desenvolver-se uma litigiosidade de massa. Este fenômeno já é uma realidade no Brasil e nas últimas décadas, o Judiciário vem se deparando com demandas repetitivas à espera de uma solução. Esta solução, pela sistemática do vigente CPC é dada de forma individualizada.

Levando em consideração as lições mais básicas da ciência processual, a jurisdição explica-se pelo poder, dever e função do Estado-Juiz em compor o conflito de interesses nascido de uma pretensão que encontra uma resistência. Este Estado-Juiz, quando provocado, e toda vez que for provocado, obrigatoriamente, entregará a prestação jurisdicional, compondo o conflito de interesses, ressaltando-se as hipóteses em que não se autoriza a entrega do direito material diante da falta das condições da ação ou dos pressupostos processuais. Partindo-se de tal premissa, um fenômeno é de fácil visualização: cada demanda individual que adentra no Judiciário recebe deste uma solução individual. O que fazer então quando estas demandas individuais se multiplicam, abarrotam o Judiciário e esperam a solução obrigatória do Estado-Juiz?

Tal situação certamente contribui para a morosidade do Judiciário. Consome do aparelho judiciário um esforço imensurável de juízes, servidores, da máquina judiciária em geral para solucionar estas demandas repetitivas.

Por tais razões, é importante a criação de instrumentos processuais capazes de proporcionar um equilíbrio no enfrentamento do fenômeno das demandas de massa.

Dentre as preocupações da comissão responsável pelo projeto do novo CPC, encontra-se a de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, objetivando obedecer à previsão constitucional da duração razoável do processo, entabulada no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal. Na realidade, a comissão diagnosticou três fatores que representam a causa para a longa duração do processo, quais sejam: o excesso de formalidade do processo, a litigiosidade desenfreada e a prodigalidade do sistema recursal.

Sobre a litigiosidade de massa, adverte Luiz Fux:

A segunda causa detectada foi a litigiosidade desenfreada advinda, paradoxalmente, da conscientização da cidadania exurgente da Carta Pós-positivista de 1988. O povo que passa a perceber os direitos que tem também se lança no exercício desses direitos a partir do momento em que adquire a ciência do instrumental jurídico colocado à sua disposição, como destaca John Mayhew nos seus estudos empíricos

sobre “*Law and society*”. Neste sentido, o acesso à Justiça tornou-se o direito dos direitos, o pressuposto inafastável de efetivação de todos os demais direitos²⁴⁰.

Acrescente-se a este fator, o acesso à informação proporcionado pelo avanço tecnológico da rede mundial de computadores. Com efeito, a divulgação e a velocidade da informação até o cidadão faz com que a busca pela reparação do direito violado faça-se mais presente hoje do que na sociedade brasileira dos anos 70 e 80 do século XX. Vivencia-se o ajuizamento de inúmeras ações como a assinatura básica de telefonia, a reparação das perdas ocasionadas pelo não repasse dos expurgos inflacionários dos planos econômicos da década de 80, entre outras em tramitação e que possam surgir. Ainda neste sentido, o advento do Código de Defesa do Consumidor e a criação dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais e recentemente os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, foram importante marcos legislativos que aproximou ainda mais o cidadão da justiça.

O primeiro idealizou um microssistema, flexibilizando o formalismo processual característico do procedimento comum, norteando-se por princípios outros, em destaque o princípio do informalismo e da simplicidade. Ademais, ao atribuir o *jus postulandi* às partes, dispensando a obrigatoriedade do comparecimento em juízo acompanhado de advogado, nas causas cujo valor econômico não ultrapasse 20 (vinte) salários mínimos, peculiaridade dos Juizados Cíveis Estaduais, pois os Federais e os Estaduais da Fazenda Pública dispensam o advogado em qualquer valor, a total ausência de pagamento das despesas processuais no primeiro grau de jurisdição, certamente contribuíram em muito para que o cidadão, principalmente aquele menos favorecido, participe da classe média baixa buscasse a reparação dos seus direitos em juízos.

Importante contribuição ao fenômeno também foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor, um dos marcos legislativos do país, considerado um dos mais modernos do mundo, certamente, despertou na sociedade brasileira a defesa de direitos que em grande parte das vezes, quando violados, existia certa tolerância, diante da falta de norma que melhor regulamentasse.

Atrele-se a tudo isto, como já ressaltado acima, a velocidade da informação. A importante contribuição da rede mundial de computadores e das redes sociais (*twitter*, *facebook* etc.) neste sentido. Como se divulga, com muito mais facilidade do que outrora, notícias sobre ações cujos pedidos tenham sido julgados procedentes pelo judiciário, ainda mais quando dizem respeito a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A

²⁴⁰ FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro**: Direito em expectativa: Reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 5-6.

sociedade brasileira do Século XXI é muito mais informada e quanto maior o nível de informação, certamente, existindo violação do direito, existirá a busca pela sua reparação perante o Poder Judiciário.

Atente-se também para a massificação das relações de direito material. A facilidade do acesso à compra, num simples *click* do *mouse* do computador, os sítios de compras coletivas, o acesso ao crédito no toque de botões de um caixa eletrônico, tudo isso faz gerar a massificação das relações contratuais e, via reflexa, a massificação dos litígios.

Todas essas mudanças ocasionaram como dito, um sério problema no Poder Judiciário. Uma verdadeira avalanche de processos abarrotou os tribunais de todo o país, à espera de uma composição, que pela sistemática atual, deve ser dada de forma individualizada, embora se registre a existência de uma boa legislação de processo coletivo, que infelizmente não tem sido bem aplicada, conforme acentuado no capítulo segundo. Por mais que o Judiciário trabalhe, que os juízes cumpram as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esta equação jamais chegará a uma solução. A expressão popular “enxugar gelo” é bem empregada para esta situação ora abordada, pois na realidade da maioria dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, o número de demandas ajuizadas anualmente é bem maior que o número de processos solucionados.

É necessário que o Judiciário seja municiado de ferramentas processuais capazes de enfrentar o problema. A coletivização do julgamento é um caminho sem volta. O novo CPC externa esta preocupação, prevendo um instrumento para enfrentar tais ações, daí a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

5.2 Requisitos para a admissão do incidente

O artigo 930 do projeto²⁴¹ prevê a admissão do incidente de demandas repetitivas, quando identificada controvérsia jurídica com potencial de gerar a multiplicação de processos idênticos, bem como a possibilidade de causar grave insegurança jurídica pela plausibilidade de decisões conflitantes.

Como já visto no capítulo segundo, as demandas repetitivas se caracterizam por veicularem em larga escala situações jurídicas homogêneas. Significa dizer que sua caracterização reside justamente na homogeneidade das situações jurídicas nelas tratadas,

²⁴¹ Art. 930. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

independentemente do direito ser individual ou coletivo. Observa-se nessas causas um grande potencial para congestionar as vias judiciais²⁴². São demandas tipo, decorrentes de uma relação-modelo e que necessitam de uma solução-padrão²⁴³.

As demandas repetitivas, nas lições de Antonio Adonias Aguiar Bastos, além da conformação da causa-padrão pelos seus elementos objetivos, seu processamento pressupõe a sua massificação, pois apresentadas em larga escala ao Judiciário. Há identidade de teses associada à repetição em larga escala²⁴⁴.

As situações jurídicas homogêneas são situações que embora sejam individuais são repetidas em larga escala. Se examinadas individualmente teríamos a mesma perspectiva das demandas tipicamente individuais, mas, se examinadas no seu conjunto, surge um interesse metaindividual, visto que, atinge de modo semelhante um grande número de pessoas, caracterizando, assim, um interesse coletivo²⁴⁵.

Assim, o legitimado para provocar a instauração do incidente deve convencer o tribunal sobre a potencialidade de multiplicação de determinada demanda, que cuide de idêntica questão de direito, leia-se situações jurídicas homogêneas, e que possam ocasionar insegurança jurídica diante da possibilidade de coexistirem decisões conflitantes. Neste particular, observa-se a preocupação com a isonomia e segurança jurídica objetivando conferir tratamento idêntico a quem se encontra em idêntica situação. Esta noção de segurança deve ser vista sobre duas vertentes: a manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada e a previsibilidade permitindo que as pessoas possam se planejar e organizar diante de decisões judiciais já conhecidas em relação a determinados casos concretos²⁴⁶.

Estes requisitos de admissibilidade devem ser demonstrados pelos legitimados através de prova documental, não sendo cabível outro tipo de prova²⁴⁷.

Ao examinar os requisitos de admissibilidade, o tribunal verificará se estão preenchidos e se há conveniência em se fixar a tese jurídica a ser aplicada em casos repetitivos²⁴⁸.

Pela redação original do projeto, fica claro que as questões a serem tutelas pelo incidente devem ser exclusivamente de direito, evitando-se assim, a necessidade de dilação

²⁴² CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, 2011, p. 258.

²⁴³ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar, *Op. Cit.*, 2010, p. 97.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 98.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

²⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da., *Op. Cit.*, 2010, p. 147.

²⁴⁷ *Idem*, *Op. Cit.*, 2011, p. 267.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 272.

probatória, bem como análise de fatos, dado o caráter coletivo do incidente, avesso a tutelar casuisticamente situações individuais.

Porém, na consolidação das propostas, a Câmara dos Deputados achou conveniente autorizar a instauração do incidente também em relação às questões de fato.

Na redação dada ao §3º do art. 930 há expressa autorização para a instauração do incidente, também quando existirem decisões conflitantes sobre a mesma questão de fato²⁴⁹.

Esta questão não é pacífica.

Como referido, a consolidação das propostas feita pela Câmara dos Deputados há previsão sobre a aplicação do incidente quando houver uma questão de fato comum em ações repetitivas, como por exemplo, o nexos causal de um acidente de avião que fez várias vítimas. Há evidente potencial multiplicador de demandas, pois cada um dos parentes poderá ajuizar ações indenizatórias buscando as mais variadas reparações civis, todavia, todas as causas estão atreladas a um ponto comum: qual seja, o fato que deu causa à queda do avião. O Tribunal através do incidente julgaria tal questão fática, e aplicaria o precedente a todas as causas que se repetirem no limite de sua territorialidade. Ou seja, se a queda do avião foi causada, por exemplo, por culpa da companhia aérea por não respeitar o cronograma de manutenção da aeronave, esta *ratio decidendi* se aplicaria aos demais casos já ajuizados e os que venham a ser, vinculando o magistrado de primeiro grau. Apenas as questões que dizem respeito à particularidade de cada caso, por exemplo, pensão, dano moral, seriam julgadas individualmente pelo juiz de cada caso. A possibilidade do ajuizamento do incidente para dirimir a questão fática comum entre causas evitaria a possibilidade de decisões conflitantes.

Ney Castelo Branco Neto não comunga deste entendimento, pois para o autor a ampla dilação probatória é incompatível com a sistemática do incidente²⁵⁰.

A possibilidade do incidente também cuidar de questões de fato, conforme nova redação sugerida ao artigo 930, parece ser o pensamento que mais se coaduna com um dos objetivos do incidente que é zelar pela isonomia e segurança jurídica. Com efeito, independentemente da questão ser de fato ou de direito, o que importa é a possibilidade de formação de um precedente que seja aplicado toda vez que a questão se repetir, evitando com isso, tratamento diferenciado para a mesma situação.

²⁴⁹ Art. 930. [...]

§3º O incidente pode ser instaurado também quando houver decisões conflitantes em torno de uma mesma questão de fato.

²⁵⁰ CASTELO BRANCO NETO, Ney. **Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463>. Acesso em 10/10/2011.

Demais disso, a ampla dilação probatória não se mostra incompatível com a sistemático do incidente, pelo contrário, a produção de prova para investigar a realidade alcançará melhor o seu objetivo diante da ampla participação dos legitimados e do *amicus curie* que através do contraditório ajudarão nos trabalhos probatórios, com seus respectivos assistente técnicos e seu conhecimento científico sobre determinadas questões, como por exemplo, no que diz respeito a prova pericial.

5.3 Momento de instauração

Pela dicção do art. 930 do projeto, acima comentado, identificada pelos legitimados uma demanda cuja discussão seja capaz de gerar uma multiplicação de processos idênticos, autoriza-se, de imediato, a instauração do incidente pelos legitimados.

Nota-se, veementemente, o caráter preventivo do incidente. Com efeito, identificada a potencialidade de a demanda se repetir perante o Judiciário e nesta repetição verificar-se a possibilidade de decisões conflitantes, já autoriza, por si só, a instauração do incidente. Assim, por exemplo, ajuizada determinada demanda cujo objeto litigioso diga respeito à determinada taxa cobrada pelas financiadoras para financiamento de veículos, neste tipo de demanda, identifica-se nítida potencialidade de multiplicação, pois, é enorme a quantidade de pessoas da sociedade que contrataram ou possam vir a contratar financiamento de veículos, sendo atingidos por esta cobrança irregular. Quanto à insegurança jurídica com a coexistência de decisões conflitantes, de igual modo, se encontra presente, pelo quantitativo de órgãos do Judiciário competentes para conhecer tal conflito, podendo gerar entendimentos antagônicos.

Pela leitura do dispositivo em análise, verifica-se que o incidente deverá ser instaurado sempre em caráter preventivo, objetivando evitar que, daquela demanda inicial, outras que se repitam perante o Judiciário venham a ter solução diferenciada.

Todavia, é importante não se distanciar da base principiológica do incidente em estudo. Isto porque, atrelado a outros instrumentos processuais já existentes na legislação processual como o julgamento dos recursos especiais repetitivos, a repercussão geral e a súmula vinculante, o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas é criar uma ferramenta onde se enalteça a força do precedente.

E dentro desta ótica, levando-se em consideração que a decisão dada na resolução do incidente terá eficácia vinculante, conforme será identificado abaixo, é interessante que, na decisão dada pelo tribunal ao julgar o incidente, seja objeto de análise o maior número

possível de argumentos levados em consideração e apreciação para formar a *ratio decidendi* do precedente.

Sobre tal aspecto, importante transcrever posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada em casos futuros, é preciso que sejam examinados *todos* os pontos de vista, com a possibilidade de análise do *maior número* possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros²⁵¹.

A decisão do tribunal fixará a tese jurídica para casos futuros, estabelecendo a *ratio decidendi* aplicada, obrigatoriamente, pelos demais juízes que compõem aquele tribunal. Ora, uma análise da questão, ainda, sem maiores discussões perante o Judiciário, certamente incorrerá na formação de uma *ratio decidendi* do precedente fragilizada, possibilitando nos casos que se repetirem o desfile de novos argumentos que não foram apreciados, afastando-se a aplicação do precedente em razão do *distinguishing*, *overruling* ou *overrinding*.

Digna de nota é a observação feita por Karl Engisch:

Ora é evidente que cada caso apresenta as particularidades, de modo que surge sempre o problema de saber se o novo caso é igual ao outro, anteriormente decidido através do precedente judicial, sob os aspectos considerados *essenciais*. Além disso, a regra jurídica expressa num anterior precedente judicial apenas é vinculativa na medida em que foi necessária para a decisão do caso jurídico de então; se ela foi concebida com maior amplitude do que a que teria sido necessária, não constitui essa parte, uma ‘*ratio decidendi*’ decisiva para o futuro, mas, antes, um ‘*obter dictum*’ irrelevante do juiz²⁵².

Por tais razões, no intuito de proporcionar a observância da força do precedente a que se destina o incidente de resolução de demandas repetitivas, acredita-se que o melhor momento da sua arguição seria quando a questão já se apresente com a discussão exposta perante o judiciário.

Sem maiores formalidades, poder-se-ia autorizar a instauração do incidente, quando no Judiciário já existirem sentenças antagônicas a respeito do tema²⁵³. A este respeito, interessante observar que na consolidação do projeto feita pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, houve modificação da redação dada ao art. 930, para justamente prever a

²⁵¹ CUNHA, LEONARDO Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 193, p. 255-279, mar. 2011.

²⁵² ENGISCH, *Op. Cit.*, 2008, p.365.

²⁵³ Posicionamento defendido por CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, 2011.

possibilidade de instauração do incidente somente após a existência de decisões conflitantes nos órgãos do Poder Judiciário, dando ao incidente um notório caráter repressivo^{254 255}.

Tanto numa característica como noutra há prós e contras. Sendo o incidente preventivo, elimina e evita o maior número de causas repetitivas, contribuindo certamente para desafogar o Judiciário, todavia, se for repressivo, valoriza melhor a formação do precedente, não eliminando, num primeiro momento, o número de demandas, pois é necessária a existência de sentenças conflitantes, todavia, contribui para melhor formar o precedente, chegando-se à melhor solução a ser dada ao caso, pois um maior número de argumentos será analisado para a formação do precedente, pois com a matéria mais amadurecida se estabelece a melhor tese a ser seguida e aplicada nos casos futuros.

5.4 Legitimidade para postular a instauração do incidente

A legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*) consiste na titularidade ativa e passiva da ação, podendo esta ser proposta só por aquele que é titular do interesse que afirma pretender e contra aquele cujo interesse exige-se subordinação²⁵⁶.

Nos termos do §1º do art. 930, o pedido de instauração do incidente será formulado por petição endereçada ao Presidente do Tribunal em que se encontra vinculado o juízo de origem, e terão legitimidade para instaurá-lo, o juiz ou relator de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Registre aqui a timidez do legislador, pois excluiu alguns legitimados das ações coletivas, como associações e sindicatos, por exemplo. Com efeito, as associações estão muitas vezes mais próximas dos titulares dos direitos defendidos do que o próprio Ministério Público²⁵⁷. Por tais razões, certamente deveriam figurar entre os legitimados. Na realidade, a legitimidade deveria ser ampliada para todos aqueles legitimados para propor ações coletivas, contribuindo para a própria coesão do microsistema da tutela coletiva²⁵⁸.

²⁵⁴ Art. 930. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver decisões conflitantes em processos que versem sobre a mesma questão de direito, material ou processual, desde que presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

²⁵⁵ <http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf>. acesso em 23/07/2012.

²⁵⁶ MARQUES, *Op. Cit.*, 2000, p. 25.

²⁵⁷ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. (Coord). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.441.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.442.

Inovou de forma bastante ousada o legislador ao conferir legitimidade ao juiz ou relator de ofício, para requerer a instauração do incidente. Esta legitimidade conferida aos magistrados proporciona solução para situações, onde, identificando uma quantidade de processos idênticos nos cartórios ou gabinetes, nenhuma providência poderia ser tomada, no que diz respeito à coletivização destas demandas, pois apenas os legitimados para as ações coletivas poderiam fazê-lo. A magistratura se encontrava de mãos atadas ao problema. Por tais razões, uma vez identificado o processo com os requisitos devidamente preenchidos, o magistrado condutor do feito, ou o relator da demanda originária ou do recurso, deverá requerer a instauração do incidente.

Todavia, é importante ressaltar que se o incidente for repressivo como previsto na consolidação das propostas da Câmara dos Deputados ficará difícil sustentar a legitimidade do juiz, visto que, o incidente será instaurado em ações ordinárias de tribunal ou em recursos. Assim, se o incidente será admitido no julgamento dos recursos, o juiz monocrático já esgotou o seu ofício, não havendo, portanto, como conferir-lhe legitimidade. O mesmo não se aplica ao relator que poderá provocar a instauração do incidente por intermédio de recursos pendentes de julgamento.

O verbo “deverá” aqui é colocado de forma proposital, pois diante dos objetivos macro do incidente atrelado ao princípio da cooperação norteador do projeto do novo CPC, a instauração do incidente é obrigação, e não mera faculdade do juiz ou relator, bem como dos demais legitimados.²⁵⁹

No segundo grau, a instauração do incidente pode derivar de duas situações distintas: em ações de competência originária de tribunal ou em recursos. Na primeira hipótese, pode-se exemplificar através de ações rescisórias com idêntica matéria de direito contida na sentença rescindenda e potencial de gerar multiplicação de processos. Imagine o ajuizamento de uma ação rescisória baseada em violação à lei cuja decisão que transitou em julgado é a mesma em várias ações que transitaram em julgado sobre o mesmo fundamento, envolvendo direitos situações jurídicas homogêneas. Uma “avalanche” de ações rescisórias poderá ser ajuizada, o que justificaria a instauração do incidente.

Em grau recursal, de igual modo, identificado pelo relator do recurso a presença dos requisitos previstos no art. 930, deve a qualquer momento provocar a instauração do incidente. Em princípio, seria interessante que o pedido de instauração ocorresse antes da

²⁵⁹ CASTELO BRANCO NETO, Ney. **Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463>. Acesso em 10/10/2011.

remessa dos autos para a revisão, todavia, se o relator identificar o preenchimento dos requisitos para a instauração do incidente até o término do julgamento do recurso no plenário poderá provocar a instauração do incidente, suspendendo-se, o julgamento do recurso do processo originário.

Só o relator estaria autorizado a requerer a instauração do incidente? Compreendendo a instauração do incidente como uma questão de ordem pública, visto que, a decisão nele proferida terá efeito vinculante para todo o território onde o tribunal prolator da decisão tenha jurisdição, não há sentido em restringir a legitimidade de sua instauração apenas ao relator. Assim, qualquer julgador (relator, revisor ou vogal) estaria autorizado a requerer a instauração do incidente²⁶⁰.

Este requerimento, se formulado pelas partes ou pelo Ministério Público, deve ser em petição escrita e endereçado ao Presidente do Tribunal. Se pelo juiz ou relator (revisor ou vogais), mediante ofício. Deve-se expor, de forma fundamentada, o preenchimento dos requisitos que autorizam a instauração e consequente admissão do incidente.

No incidente de resolução de demandas repetitivas forma-se um procedimento de coletivização do julgado, exercendo uma verdadeira jurisdição coletiva. Este fator motiva a legitimação do órgão ministerial, justificada pela sua função na defesa dos interesses difusos e coletivos e individuais homogêneos cuja guarda lhe é confiada pela Constituição Federal. Ressalte-se que as demandas repetitivas trazem em seu bojo discussão sobre situações jurídicas homogêneas. Importante ainda ressaltar que mediante expressa previsão contida no art. 932²⁶¹, mesmo que o incidente não seja provocado pelo Ministério Público, exige o projeto do novo código, sua participação na condição de fiscal da ordem jurídica.

No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público encontra-se atrelada à relevância do interesse social. Isto porque muito se discute em relação à legitimação do órgão ministerial no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos. Embora exista posicionamento no sentido de não reconhecer a legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos, o STF no julgamento do AgRg no AI 516.419/PR, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a legitimidade

²⁶⁰ LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de processo**. São Paulo, n. 185, p.233-244, jul. 2010.

CABRAL, Antonio dos Passos. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 147, pp. 123-146, maio 2007.

²⁶¹ Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias, findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para a admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

do órgão ministerial na defesa de direitos individuais homogêneos atrelada a relevância social²⁶². No mesmo sentido, é o posicionamento de Hugo Nigro Mazzili²⁶³.

Por fim, previu o legislador a legitimidade da Defensoria Pública para a instauração do incidente de demandas repetitivas. Visualiza-se a pretensão do legislador em seguir a mesma linha de raciocínio empregada nas ações coletivas, pois com o advento da Lei Complementar 132/2009, que alterou o art. 4º, inc. VII da Lei Complementar 80/94, atribuiu-se função institucional à defensoria de “promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Devido à previsão legal acima transcrita, impõe-se questionar se a legitimidade da Defensoria Pública estaria vinculada às demandas que envolvessem interesses daqueles chamados pobres na forma da lei, ou qualquer tipo de demanda? Exemplificando. Como é cediço, o incidente de demandas repetitivas foi inspirado no modelo alemão do *Musterverfahren*. Este procedimento-modelo foi idealizado diante do quantitativo de demandas que avolumaram o Judiciário daquele país, pelo descontentamento de investidores do mercado de capitais que se sentiram lesados. Ora, quem tem dinheiro para investir no mercado de capitais, certamente não será considerado “pobre na forma da lei”. Caso a situação fosse a mesma, existiria a legitimidade da Defensoria Pública?

No julgamento da medida cautelar relativa à ADI nº. 558 foram impugnados vários dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, dentre eles, a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas em defesa de direitos difusos. No voto condutor do acórdão cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, restou claro o afastamento de qualquer situação econômica individual para se reconhecer a legitimação *ad causa* da Defensoria, diante da relevância social de sua atuação²⁶⁴.

Na esfera dos interesses difusos, facilmente constata-se a representatividade do órgão, pois justamente as pessoas menos abastadas da população sofrem as consequências pela violação desses direitos. Basta visualizar um desastre ambiental provocado por um vazamento de petróleo de uma plataforma. Certamente as populações ribeirinhas, as vilas de pescadores serão as mais prejudicadas. Mas em relação aos direitos individuais homogêneos, tal

²⁶² O acórdão em referência encontra-se assim ementado: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ação civil pública. Interesse individual homogêneo. 3. Relevância social. Ministério Público. Legitimidade. 4. Jurisprudência dominante. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 516419 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-230 DIVULG 29-11-2010 PUBLIC 30-11-2010 EMENT VOL-02441-02 PP-00315)

²⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas: O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coord). *Op. Cit.*, 2010, p. 275.

²⁶⁴ SOUSA, *Op. Cit.*, 2010, p. 331.

constatação não é tão simples, visto que alguns direitos violados podem dizer respeito a bens de consumo, aplicações financeiras, enfim, violações de direitos fora do contexto da classe social tutelada pela Defensoria Pública.

É de ser observar que muitas vezes não há como se separar a tutela do direito entre favorecidos e não favorecidos. Uma discussão sobre a taxa de juros de empréstimos bancários, por exemplo, pode se aplicar tanto a pessoas menos favorecidas como a grandes empresas. Por outro lado, pode ocorrer do direito tutelado dizer respeito aos menos favorecidos, mas, de alguma forma repercutir também na esfera dos mais favorecidos, a exemplo de discussão que leve em consideração uma cláusula leonina num contrato de financiamento de casa própria. Esta discussão atinge a classe média e média baixa, lembrando o projeto do Governo Federal “Minha Casa, Minha Vida”, como também a classe alta, que de igual modo, adquire imóveis com financiamento pela Caixa Econômica Federal.

Na esfera trabalhista, por exemplo, o descumprimento de uma cláusula no acordo coletivo celebrado entre a empresa e o sindicato obreiro, pode repercutir no salários dos empregados mais simples até aqueles que ganham grandes somas.

Neste particular, abre-se um parentes para afirmar não existir qualquer empecilho para a aplicação do incidente na esfera trabalhista.

Com efeito, a própria Consolidação das Leis do Trabalho disciplina no art.769 sobre a aplicação subsidiária do CPC no processo do trabalho. Demais disso, o direito do trabalho também convive com situações jurídicas homogêneas, motivo pelo qual, os Tribunais Regionais do Trabalho também seriam competentes para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Diante deste contexto, afirma Marinoni que a legitimidade da defensoria pública estaria ligada à sua finalidade essencial prevista no art. 134 da CF, ou seja, poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que repercutam no interesse dos necessitados. Não é necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva dos necessitados, mas que a solução repercuta na sua esfera jurídica, ainda que possa operar perante outros sujeitos²⁶⁵.

Na visão instrumentalista norteadora do processo civil, acrescentando-se a sua constitucionalização e proximidade aos direitos humanos, o processo é o instrumento para a garantia do direito material. Por tais razões, não se afigura plausível a extinção sem resolução do mérito de uma demanda pela ilegitimidade cuja discussão encontre respaldo tão somente

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 731-732.

em filigranas processuais. Deve existir uma abrangência cada vez maior dos legitimados para as ações coletivas e também para o incidente de resolução de demandas repetitivas, devido à especificidade do conteúdo das discussões travadas neste tipo de demanda. O direito a ser tutelado no incidente reverberará a um grande número de interessados.

Por tais razões, justifica-se a legitimidade da Defensoria Pública em requerer a instauração do incidente de demandas repetitivas que de alguma forma repercuta na esfera jurídica dos necessitados, não precisando ser direta. Não existindo como seccionar estes interesses, se de alguma forma repercutir na tutela dos necessitados, certamente a Defensoria Pública terá legitimidade, embora também repercuta na tutela de direitos dos não necessitados. Só o contrário afastará a sua legitimidade. Se o conflito versar, por exemplo, sobre o aumento da alíquota de IPI em veículos automotores importados, certamente, inexistirá a legitimidade da defensoria para a instauração do incidente.

Importa registrar que, caso o Tribunal entenda não existir legitimidade pela falta de pertinência temática ou legitimidade adequada, não deve de pronto inadmitir o incidente, mas sim, proporcionar prazo e oportunidade para que o requerente inadequado seja substituído por outro adequado²⁶⁶.

Por fim, guardando coerência com o aqui exposto, embora o legislador não tenha inserido no rol de legitimados, seria de bom tom a atribuição da legitimidade também às associações insertas nos moldes do art. 5º, inc. V da Lei 7.347/85 (lei de Ação Civil Pública) para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esta correção foi feita na consolidação do projeto que alterou a redação do art. 930, atribuindo a legitimidade da propositura do incidente para qualquer dos legitimados para a propositura de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos²⁶⁷.

Outra questão que merece destaque, diz respeito à qual ação repetitiva deve ser escolhida para servir como processo-piloto que originará o incidente. As ações repetitivas encontram-se ajuizadas de forma dispersa no Judiciário, portanto, dentre as várias ações ajuizadas ou os recursos interpostos, qual deverá ser escolhido? Desde logo ressalva-se que esta problemática vem à tona quando o incidente é provocado, de ofício, pelo juiz ou relator do recurso, pois, quando o incidente for provocado pelas partes, obviamente será a ação em que figuram como litigantes a que servirá para a instauração do incidente, não fazendo sentido utilizarem-se de processo que não são partes.

²⁶⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, 2011. p. 266.

²⁶⁷ Art. 930 [...]

II - pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, ou qualquer um dos demais legitimados para propositura de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, por petição.

Quando os juízes ou relatores pedirem a instauração do incidente devem escolher a demanda inicial ou recursal que condense a maior quantidade possível de argumentos sustentados pelos litigantes no que diz respeito à matéria de direito discutida. Deve-se aplicar técnica similar ao regramento previsto no art. 1º da Resolução n. 08/08 do STJ, que disciplina como devem ser escolhidos os recursos especiais repetitivos representativos da controvérsia, dentre aqueles que contiverem "maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial". No caso do incidente, na hipótese da demanda originária, a petição inicial e a contestação, no caso recursal, esta última acrescentada das razões de apelação, as contrarrazões, enfim, aquela que contiver maior riqueza de argumentos desfilado em suas peças postulatórias²⁶⁸.

Caso as demandas mais bem fundamentadas não sejam levadas ao conhecimento do Tribunal competente para a instauração e julgamento do incidente, o próprio projeto no artigo 935²⁶⁹ prevê a possibilidade de o relator ouvir as partes, os interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Reside nestes últimos a figura do *amicus curiae* que será abordada em item específico, mas que pode, oralmente ou por escrito, através de sustentação oral em plenário e apresentação de memoriais expor seus pontos de vista a respeito da discussão, suprimindo eventual deficiência argumentativa. Poderá também, o relator utilizar-se da previsão contida no art. 932²⁷⁰ e requisitar a juízos monocráticos, que extraíam cópias de autos distintos daquele que originou o incidente e que melhor reproduzam a discussão. A maior amplitude de argumentação deve ser proporcionada diante da dimensão não individual do incidente, na formação do precedente²⁷¹.

Uma última questão a ser analisada, diz respeito ao fato de, instaurado o incidente, poder-se-ia quaisquer dos legitimados dele desistir. O raciocínio aqui é o mesmo empregado no julgamento dos recursos especiais repetitivos quando se desiste do recurso piloto. O interesse no julgamento do incidente passa a ser coletivo e não mais somente dos partícipes envolvidos, pois a questão jurídica extravasará os limites subjetivos da relação processual. A dimensão coletiva do incidente impede que haja desistência do procedimento instaurado para

²⁶⁸ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz. (Coord). **O novo processo civil brasileiro em expectativa**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 508.

²⁶⁹ Art. 935. 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.

²⁷⁰ Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

²⁷¹ BARBOSA e CANTOARIO, *Op. Cit.*, 2011, p. 509.

a definição da tese jurídica geral, mas não do recurso ou da ação²⁷². Ressalte-se apenas que o incidente não é uma ação coletiva, ele produz resultados coletivos, sendo que a coletivização só ocorre no que diz respeito à discussão da questão jurídica²⁷³.

Existindo a desistência ou abandono pelo suscitante, o Ministério Público poderá assumir a titularidade do incidente ou qualquer um dos legitimados²⁷⁴.

5.5 Divulgação e publicidade do incidente

O art. 931 do projeto estabelece a necessidade de divulgação e ampla publicidade por meio de registro eletrônico no CNJ sobre a instauração e o julgamento do incidente. Além disso, deverão os tribunais promover a formação e atualização de um banco eletrônico de dados com a especificidade das questões submetidas ao incidente, comunicando imediatamente ao CNJ para inclusão no cadastro.

Tal como já acontece no julgamento da repercussão geral do recurso extraordinário e no julgamento dos recursos repetitivos, o direito processual brasileiro passou a conviver com os bancos de dados e cadastro eletrônicos, cujo intuito é justamente facilitar o acesso à informação.

Uma vez instaurado o incidente, deve o tribunal local enviar os dados para o CNJ que irá divulgá-lo e dar ampla publicidade, bem como alimentar um banco de dados eletrônico com as questões de direito objeto da discussão travada. É interessante que esta publicidade sobre o incidente ocorra da forma mais abrangente possível, não só via Diário Oficial, mas pelo sítio dos tribunais e do CNJ na rede mundial de computadores, bem como através das atuais mídias eletrônicas, como *facebook*, *twitter* etc.

O objetivo desta publicidade é proporcionar ao jurisdicionado ampla divulgação sobre a existência dos incidentes instaurados em todo o território nacional, o teor das discussões e, sobretudo, o resultado, justamente para observância e obediência ao precedente criado pelo julgamento do incidente, que deverá ser observado nos demais casos que envolva a mesma questão jurídica.

Importante registrar crítica feita por Arthur Mendes Lobo sobre o dispositivo em comento no que diz respeito à expressão "serão sucedidos". O mesmo entende que a referida expressão não traz segurança jurídica ao não prever quando, na prática, esta divulgação e

²⁷² *Ibidem*, p.516.

²⁷³ COSTA, Ana Surany Martins. As luzes e sombras do incidente de resolução de demandas seriadas no novo projeto do código de processo civil. **RDC**. São Paulo, n. 75, p. 44-61, jan./fev. 2012.

²⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, 2011, p. 267.

publicidade ocorrerão, fato este que pode prejudicar qualquer terceiro que tenha interesse em se manifestar sobre o incidente ou fazer sustentação oral no julgamento. Para o autor, o mais recomendado seria que instaurado o incidente, o exame de admissibilidade só poderia ser realizado, se e somente se, houvesse ampla divulgação e publicidade da petição ou ofício que o instaurou juntamente com os documentos que serviram de fundamento²⁷⁵.

Realmente, a principal finalidade deste cadastro exigido pelo legislador é justamente proporcionar o acesso à informação para que qualquer interessado, bem como, *amici curiae* possam participar do julgamento do incidente. Por tais razões, esta publicidade torna-se imperiosa sob pena de nulidade do acórdão que julgue o incidente.

5.6 Contraditório e participação de *amicus curiae*

Segundo prevê o art. 935 do projeto, uma vez admitido o incidente,

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.

Uma vez admitido o incidente, o Relator para formar seu convencimento sobre o objeto litigioso, ouvirá as partes do processo originário e outros interessados, ou seja, todos aqueles que possuem ajuizadas demandas idênticas e que terão seus respectivos processos suspensos com a admissão do incidente. Estes interessados participarão do incidente na qualidade de assistentes litisconsorciais. Isto porque a questão jurídica discutida também lhes diz respeito pois o incidente representa toda a controvérsia sobre a questão, concentrando nos tribunais todas as demandas que se fundam na questão jurídica lá examinada. Assim, as partes de cada processo repetitivo, tornam-se partes no incidente, intervindo nele na condição de assistentes litisconsorciais²⁷⁶.

A autorização desta participação realmente guarda total compatibilidade com o instituto da assistência. Aqueles que possuem demandas idênticas ajuizadas irão ao incidente ajudar a parte originária do processo em que foi suscitado o incidente, visando obviamente o resultado favorável da decisão, pois certamente será aplicado na sua demanda individual. O interesse jurídico deste terceiro que ingressará na condição de assistente traduz-se na

²⁷⁵ LOBO, *Op. Cit.*, 2010, p. 239

²⁷⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. Cit.*, 2011.

expressão “ajudar para ser ajudado”. Este terceiro mira um objetivo próprio para intervir como auxiliar da parte²⁷⁷.

Assim, a vitória do assistido certamente será a vitória do assistente. Nunca é demais ressaltar que o acórdão do tribunal no julgamento do incidente vinculará todos os juízes que se encontrem na área de atuação do tribunal, portanto, é recomendável a ampla participação de todos os interessados para fomentar argumentos às questões de direito que serão discutidas no julgamento, colaborando com a formação da *ratio decidendi* vinculativa do precedente.

Tal como já acontece nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento dos recursos especiais repetitivos e na repercussão geral do recurso extraordinário, acrescente-se uma terceira categoria de participante no julgamento do incidente. Trata-se da participação dos *amici curiae*.

Podem participar do incidente na qualidade de *amici curiae*, todos aqueles “que a lei brasileira prevê como legitimados para as ações coletivas e que têm, por isso mesmo, o reconhecimento expresso do legislador por serem ‘adequados representantes’ de direitos e interesses em juízo (ou fora dele)”²⁷⁸.

Mas não só estes se apresentam aptos para figurar no incidente. Podem desempenhar a função de *amicus curiae* toda e qualquer pessoa física ou jurídica que preencha os requisitos necessários para atuação processual nesta qualidade, quais sejam: a relevância da matéria e a adequada representação do postulante. O primeiro identifica-se pelos elementos basilares do incidente, a possibilidade da multiplicação de demandas com idêntica questão de direito causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes. Assim, sempre que este requisito justificador da instauração do incidente for configurado, torna-se evidente a relevância da matéria a ser enfrentada pelo tribunal no julgamento do incidente.

No tocante à representação adequada, a terá toda pessoa ou grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou privado, que conseguir demonstrar ter um específico interesse institucional na causa, e justamente por isso tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo ao julgador, elementos ou informações úteis para que possa proferir melhor decisão.²⁷⁹

Este interesse deve ocorrer no plano institucional, ou seja, relacionado às finalidades institucionais do representante e não dos seus interesses próprios com o deslinde da ação. Não

²⁷⁷ KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011. p. 283.

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 646.

²⁷⁹ BUENO, *Op. Cit.*, 2008, p. 146-147.

é por outra razão que o STF admitiu na qualidade de *amicus curiae* a Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) em ação direta de inconstitucionalidade que questionava dispositivos da Lei Complementar 101/2000 que impunha limites às despesas de pessoal do Poder Judiciário. Também admitiu a Federação Nacional de Empresas de Seguro Privado e Capitalização (FENASEG) em ação direta de inconstitucionalidade em que se questionava a transferência para lei ordinária, de atribuições do Instituto de Resseguros do Brasil para a Superintendência de Seguros Privados; a Companhia Energética de Brasília (CEB) que foi admitida em ação direta de inconstitucionalidade onde se questionava a isenção de tarifas de energia elétrica²⁸⁰ dentre várias outras, onde o entendimento da jurisprudência tem sempre levando em consideração o interesse institucional do representante no debate da matéria a ser enfrentada na causa, contribuindo, cooperando, para uma melhor decisão judicial.

5.7 Competência para admitir, processar e julgar o incidente

Estabelece o art. 933 do projeto que “o juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal, ou onde houver, ao órgão especial”.

Este dispositivo tem enfrentado críticas na doutrina, inclusive com questionamento sobre a sua constitucionalidade. Isto porque o legislador infraconstitucional disciplina sobre qual órgão interno do tribunal o incidente será admitido, processado e julgado. Esta indicação faz-se da seguinte forma: a competência pertence ao plenário, todavia, se o tribunal tiver mais de 25 membros, diante de expressa previsão constitucional (CF, inc. XI do art. 93), poderá existir em sua organização interna a previsão de uma Corte Especial, a quem seria atribuída a competência para admitir, processar e julgar o incidente. Na visão de Leonardo Carneiro da Cunha²⁸¹ o dispositivo em comento viola o art. 96 da Constituição Federal. Este artigo fixa competência privativa aos tribunais para elaborar seus regimentos internos, onde se encontra o disciplinamento da competência dos órgãos internos jurisdicionais. Portanto, só o tribunal teria competência para disciplinar sobre qual o órgão interno seria competente para julgar o incidente, não podendo o legislador fazê-lo²⁸².

Realmente, interessante que cada tribunal em seu regimento interno defina o órgão competente para o procedimento e julgamento do incidente. Embora o legislador tenha fixado o plenário ou a Corte Especial, interessante seria que a competência recaísse sobre o órgão

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 148-149.

²⁸¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, 2011.

²⁸² *Ibidem*.

onde se encontre uma composição maior de magistrados com expertise cível, como por exemplo, o Grupo de Câmaras Cíveis ou a Seção Cível.

Sobre este aspecto, há proposta de modificação, no que diz respeito à redação do art. 933. A consolidação das propostas prevê a competência do julgamento do incidente ao "órgão interno que o regimento interno do tribunal indicar", devendo este órgão ser integrado, sempre que possível, por desembargadores que componham órgãos fracionários "com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente"²⁸³. Elimina-se assim, qualquer discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo, compatibilizando-o com o art. 96 da CF. De igual sorte, deixa ao tribunal a recomendação de privilegiar o órgão interno com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente. Realmente, as Cortes Especiais, pela previsão trazida no art. 93, inc. XI da CF, sua composição é feita metade pelos desembargadores mais antigos e metade por eleição. Assim, há grande probabilidade deste órgão ser composto por Desembargadores que não tenham atuação na área cível, o que prejudicaria a melhor formação da *ratio decidendi* do precedente.

Apenas serão de competência do plenário ou órgão especial, os incidentes que versarem sobre matéria relativa à constitucionalidade de leis, guardando compatibilidade com o incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto no art. 901 da consolidação e com art. 97 da CF.

5.8 Procedimento e julgamento do incidente

Requisitada por um dos legitimados a instauração do incidente, este será distribuído a um relator que compõe o órgão do tribunal com competência para julgá-lo. O Relator, se entender necessário, poderá requisitar informações aos juízos monocráticos onde existam demandas similares. Estas informações deverão ser prestadas no prazo de 15 dias, prazo este improrrogável. Após as informações, o Relator pedirá data para a admissão do incidente, devendo intimar para tanto o Ministério Público.

O juízo de admissibilidade do incidente é de competência exclusiva do Colegiado competente, não podendo ser exercido monocraticamente pelo Relator, sob pena de usurpação de competência daqueles órgãos.

²⁸³ Art. 933. O julgamento do incidente competirá ao órgão que o regimento interno do tribunal indicar.

§1º Sempre que possível o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos fracionários com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

§2º Quando, no julgamento do incidente ocorrer a hipótese do art. 901, a competência será do plenário ou órgão especial do tribunal.

Importa aqui registrar as alterações sugeridas aos artigos 932 e 936 pela consolidação das propostas, que estabelecem um duplo juízo de admissibilidade ao incidente. O primeiro feito pelo relator assim que este receber o processo em seu gabinete. Se admitido o incidente, após os procedimentos necessários, o relator pedirá inclusão em pauta para julgamento. Na sessão de julgamento, o órgão competente realizará novo juízo de admissibilidade, analisando os requisitos do art. 930 e a existência de interesse público para adoção da decisão paradigmática.

Na redação anterior, tanto o juízo de admissibilidade como o de mérito pertenciam ao mesmo órgão colegiado. Na redação nova, ficou clara a intenção do legislador de manter a tradição do nosso sistema processual de atribuir ao relator a competência para admissibilidade de recursos, incidentes e causas originárias. Uma vez determinada a suspensão, deve o relator comunicá-la através de ofício aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária²⁸⁴.

Este juízo de admissibilidade consiste em analisar o preenchimento dos requisitos que justificam a instauração e processamento do incidente, requisitos estes previstos no art. 930 do projeto e já comentado em tópico anterior. Deve ainda o relator analisar a conveniência de se adotar aquela questão jurídica em discussão, uma decisão paradigmática.

Se o incidente for inadmitido, os processos suspensos terão seu curso retomado. Caso haja a admissão do incidente, na própria sessão que deliberou sobre a admissão, o presidente do tribunal ou do órgão fracionário determinará a suspensão dos processos pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição cuja matéria seja idêntica àquela que será decidida pelo incidente.

Na nova redação do art. 932, §1º, inc. I, será ato do relator, uma vez admitido o incidente, suspender os processos pendentes no estado ou na Região, conforme o caso.

As medidas de urgência pleiteadas nestas demandas certamente poderão ser decididas pelo juízo de origem. Demais disso, caso no processo haja questões que não estejam compreendidas no objeto do incidente, a título de exemplo, cumulação de pedidos, nada impede que o juiz profira decisão parcial a respeito do mérito da causa que desafiará recurso de agravo de instrumento e em nada tumultuará o desenvolvimento do processo no primeiro grau, sepultando de vez o dogma da unidade do julgamento²⁸⁵. Todavia, se a questão afetada para o julgamento do incidente for prejudicial a análise do mérito não há como adiantar o julgamento.

²⁸⁴ Conforme §2º do art. 932 com redação dada pela consolidação das propostas.

²⁸⁵ BARBOSA e CANTOARIO, *Op. Cit.*, 2011, p. 511.

Se por exemplo, dentre os pedidos indenizatórios formulados, há uma questão prejudicial a ser analisada, como a prescrição (muito comum nas ações de DPVAT), não há como proferir julgamento parcial, quando a questão da prescrição se encontra pendente de julgamento no incidente, podendo o tribunal declará-la.

O projeto não se refere às demandas individuais que contenha a mesma situação jurídica do incidente e sejam ajuizadas após a sua instauração. Desta forma, nada impedirá o ajuizamento de novas ações no curso do incidente. Melhor seria se o projeto contemplasse a sustação dos prazos prescricionais e decadenciais para as ações não ajuizadas até a instauração do incidente, tendo seu curso retomado após o julgamento do incidente. Com isso, evitaria o ajuizamento de milhares de ações, motivadas no medo de ver perecer seu direito pelo decurso dos referidos prazos²⁸⁶.

Esta decisão que determina a suspensão das ações é irrecorrível²⁸⁷. Não há prejuízo para despertar interesse de recorrer, visto que, como já abordado, as questões de urgência, *v.g.* um pedido de tutela antecipada, serão resolvidas pelo juiz da causa.

Ato contínuo, o relator ouvirá as partes, os interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia no prazo de 15 dias. Neste prazo, as pessoas ora mencionadas poderão juntar documentos, bem como requerer diligências necessárias para a elucidação da matéria de direito controvertida, como, por exemplo, requerer a realização de audiência pública. Ao término das diligências, o relator ouvirá o Ministério Público também no prazo de 15 dias e pedirá pauta para julgamento do incidente.

Toda a condução deste trabalho é feita pelo relator, a quem competirá, inclusive, decidir as questões incidentais que possam daí surgir.

O julgamento do incidente no plenário inicia-se com a exposição feita pelo Relator, em seguida, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, bem como ao Ministério Público, para sustentar suas razões, cada um no prazo de 30 minutos. Após, todos os demais interessados poderão se manifestar, nos mesmos 30 minutos, só que divididos entre todos. Assim, se existirem 30 interessados, cada um falará por ínfimo um minuto. Nesta situação deve prevalecer o bom senso do magistrado presidente da sessão. Nunca é demais lembrar que o julgamento incidente formará o precedente vinculativo daquele tribunal, portanto, deve ser proporcionada a maior amplitude possível da discussão, podendo, o presidente do órgão julgador, dentro de uma razoabilidade, tolerar a ultrapassagem do prazo, possibilitando ao partícipe expor melhor os seus argumentos de convencimento.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 513.

²⁸⁷ §4º do art. 932. A decisão que determina a suspensão é irrecorrível.

Aquele interessado na sustentação deverá requerer a inscrição com quarenta e oito horas de antecedência. Na consolidação das propostas, a redação do §2º do art. 936 alterou este prazo para dois dias. A alteração é pertinente, visto que, como cediço, a contagem do prazo em horas é feita de hora em hora e impossível se precisar qual a hora de início da sessão de julgamento do incidente.

Por fim, exige o legislador que o incidente seja julgado no prazo máximo de seis meses, prazo este alterado para um ano, de acordo com a nova redação do art. 938 na consolidação das propostas, com preferência legal sobre os demais processos, à exceção daqueles que envolvam réu preso e *habeas corpus*. Caso este prazo seja ultrapassado, cessa a suspensão dos processos com matéria idêntica, salvo se o relator em decisão fundamentada entender em sentido contrário, ou seja, verificar a necessidade de pronunciamento controvertido sobre a questão no sentido de elidir o risco de decisões conflitantes a ponto de gerar insegurança jurídica entre os jurisdicionados, fato este que não pode ser sobreposto a um simples decurso do prazo.

5.8.1 Uma melhor previsão para o procedimento

Uma visão crítica ao projeto deve ser feita. O instituto em estudo consiste num incidente processual. Ora, um incidente é sempre um procedimento instaurado a partir de outro, daí o incidente de inconstitucionalidade, o incidente de uniformização de jurisprudência, etc. Diante de tal constatação advém o seguinte questionamento: como um incidente pode ser formado no tribunal se não há qualquer procedimento nele instaurado?

Este é o problema que existe quando o projeto autoriza a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas pelas partes, Ministério Público e pelo juiz de primeiro grau de forma preventiva, sem que nenhum recurso tenha ainda chegado ao tribunal. Não há como prever um incidente no tribunal sem nenhum procedimento nele instaurado originariamente.

Neste particular, a melhor redação para o projeto seria no sentido do incidente só ser instaurado por provocação do relator ou de qualquer das partes de um recurso, ou o Ministério Público no grau recursal, tal qual acontece com o incidente de uniformização e jurisprudência e de inconstitucionalidade.

Na consolidação das propostas, feita até o presente momento pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, foi acrescentado o §2º ao art. 930, segundo o qual o "incidente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal"²⁸⁸.

A redação dada guarda mais compatibilidade com nossa sistemática processual, além de atender à questão já mencionada anteriormente, que seria o caráter repressivo do incidente.

Demais disso, na redação original, a própria constitucionalidade do dispositivo poderia ser questionada, visto que, estaria atribuindo uma competência originária a tribunal, sem previsão na Constituição Federal, que disciplina a competência originária dos Tribunais Regionais Federais e nas Constituições Estaduais que disciplinam as competências do Tribunais de Justiça dos Estados.

5.9 Recursos no incidente

As decisões monocráticas proferidas pelo relator do incidente poderão ser atacadas pelo recurso de agravo interno.

Importante ressaltar a decisão isolada do relator que admite ou não a intervenção de interessados e de *amici curiae*. Isto porque a decisão do relator pode ser no sentido de aceitar a intervenção ou não. Na hipótese de rejeição, obviamente, caberá à figura recursal do agravo interno conforme exposto acima. Todavia, na hipótese de ser admitida a intervenção, esta decisão é irrecurável. A admissão de qualquer interessado que se apresente ao incidente, não acarreta qualquer prejuízo para os partícipes da relação processual e como já exposto em momento anterior, a formação da decisão paradigma deve preceder amplo debate sobre a questão de direito discutida no incidente²⁸⁹.

As partes originárias, as partes das demandas idênticas admitidas como interessados (assistentes litisconsorciais) e o Ministério Público têm legitimidade para a interposição de recursos no incidente. No tocante à figura do *amicus curiae*, algumas observações merecem ser feitas. Não há dúvidas em relação à sua legitimidade para apresentar recurso contra decisão do relator que inadmitiu sua participação. Neste sentido, já decidiu reiteradamente o STF. Todavia, em relação aos incidentes que surjam na admissão e no próprio julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas a questão não se apresenta pacífica. A colocação que se faz é a seguinte: Uma vez admitido no processo, o *amicus curiae* formula ao

²⁸⁸ Ver: <http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf>. Acesso em 23/07/2012.

²⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, 2011.

relator um pedido de diligência e este pedido é indeferido. Contra esta decisão poderia interpor recurso?

O Supremo Tribunal Federal entende que a legitimidade do *amicus curiae* para recorrer diz respeito tão somente à decisão que indefira sua participação no processo. Nas demais questões, não se confere legitimidade recursal.

Já na doutrina, o entendimento não se coaduna com a visão do STF. Para Cassio Scarpinella Bueno, há legitimidade recursal. Segundo o autor, a doutrina e jurisprudência há certo tempo vem reconhecendo a legitimidade recursal do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares de justiça quando a decisão recorrida, de certa forma, atinge o seu patrimônio jurídico, causando-lhes um prejuízo pessoal, uma vez que afetados pela decisão em nome próprio, na esfera dos seus interesses. Entendendo que o *amicus curiae* estaria caracterizado na qualidade de mero auxiliar de justiça, reconhece a sua legitimidade para a interposição de recursos²⁹⁰²⁹¹ ²⁹².

Na defesa da legitimidade recursal do *amicus curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas, posiciona-se Leonardo Carneiro da Cunha:

Já se viu que a definição da tese jurídica pelo tribunal deve ser precedida de amplo debate, sendo possível a intervenção do *amicus curiae*. Este, também se viu, ostenta interesse institucional de contribuir para a prolação da melhor decisão possível, oferecendo ao órgão julgador elementos técnicos que possam contribuir para a formação do seu convencimento. Ora, se o *amicus curiae* tem legitimidade e interesse de intervir, deve-lhe ser franqueada a possibilidade de recorrer se a decisão afetar ou atingir, em qualquer medida, o *interesse institucional* que justifica sua intervenção. Se se lhe permite participar da discussão e contribuir com a firmamento do convencimento judicial, tal participação e contribuição podem – e devem – estender-se para o âmbito recursal, a fim de que o órgão *ad quem* considere os elementos fornecidos que eventualmente tenham sido desprezados, desconsiderados ou rejeitados pelo órgão *a quo*²⁹³.

A intervenção do *amicus* no processo justifica-se pelo seu interesse institucional em contribuir com a solução do litígio, cooperando para obter do Estado-Juiz a melhor decisão possível. Por tais razões, a contribuição trazida pelo *amicus* deve estar diretamente relacionada ao direito material discutido no incidente de resolução de demandas repetitivas. Questões processuais como condições da ação e pressupostos processuais refogem ao seu interesse institucional, portanto, devem ser discutidas pelas partes envolvidas no litígio.

²⁹⁰ BUENO, *Op. Cit.*, 2008, p. 569-570.

²⁹¹ *Ibidem*, p.570

²⁹² Corroborando a defesa da legitimidade recursal do *amicus curiae*, na mesma obra o autor traça um paralelo entre as funções desempenhadas pelo *amicus* e o Ministério Público como *custos legis*, desempenhando função se não idêntica, muito próxima. Portanto, se o CPC confere legitimidade ao órgão ministerial, certamente pela identidade de funções, também existirá em relação ao *amicus*.

²⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, 2011.

Julgado o incidente, os legitimados para instauração poderão interpor Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Estes recursos serão dotados de efeito suspensivo e, no tocante ao recurso extraordinário, a repercussão geral já se encontra presumida. O legislador cria mais um critério objetivo para a caracterização da repercussão geral, como acontece com a previsão contida no art. 543-A, §3º do CPC. A repercussão geral é, portanto, legalmente presumida.

Os recursos deverão ser diretamente remetidos aos tribunais superiores pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem nos termos do parágrafo único do art. 940 do projeto. Isso porque, o juízo de admissibilidade é de competência exclusiva do órgão superior. Na hipótese de retenção indevida do recurso pelo tribunal *a quo* caberá reclamação constitucional para o tribunal superior.

O art. 937 autoriza as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública requererem ao tribunal competente para conhecer o recurso extraordinário ou especial, que determine a suspensão de todos os processos em curso no território nacional cuja matéria discutida seja idêntica à questão objeto do incidente. A importância do julgamento destes recursos para o jurisdicionado é tamanha, que certamente deverão ser julgados pelo plenário do STF e pela Corte Especial do STJ, a título de sugestão, todavia, como visto, cabe ao regimento interno de cada um estabelecer o órgão competente.

Embora tecnicamente não se trate de recurso, é importante destacar que não caberá remessa necessária contra decisão que seguiu orientação adotada em incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme preceitua o art. 483, §3º, inc. III do projeto²⁹⁴.

5.10 Consequências do julgamento do incidente

5.10.1 Vinculação a casos pendentes e a casos futuros

Segundo o art. 938 do projeto, “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”.

O dispositivo em comento prevê o efeito vinculante do precedente criado no julgamento do incidente de demandas repetitivas. Esta vinculação atinge os casos pendentes e

²⁹⁴ Art. 483. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§3º Também não se aplica ao disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

os casos que futuramente venham a ser ajuizados, cuja questão de direito seja idêntica à analisada no incidente.

Como restou analisado em tópico anterior, o tribunal de origem, ao admitir o incidente, determinou a suspensão de todos os processos em tramitação, bem como daqueles ajuizados durante a tramitação e julgamento do incidente. Esta suspensão justifica-se pela obrigatoriedade que surgirá quando o tribunal julgar a matéria discutida no incidente. Com o julgamento, todos os juízes vinculados àquele tribunal deverão aplicar a mesma solução aos casos idênticos já ajuizados e àqueles ajuizados após a formação do precedente.

O mesmo deve acontecer quando a matéria decidida pelos tribunais locais seja enfrentada pelos tribunais superiores quando interposto recurso especial ou extraordinário contra acórdão que julgou incidente de resolução de demandas repetitivas. Não é por outra razão que o art. 937²⁹⁵ do projeto prevê a possibilidade de as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando garantir a segurança jurídica, requererem ao STF ou STJ a suspensão de todos os processos em curso que discutam a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente.

Na mesma linha de raciocínio utilizada no comentário ao art. 934 do projeto, esta suspensão decorre justamente da obrigatoriedade de aplicar o precedente dos tribunais superiores.

Atente-se que para este pedido de suspensão, se o requerente for parte do processo em curso cuja questão jurídica for igual à discutida no incidente, pode pedir a suspensão independentemente dos limites da competência territorial, conforme prevê o parágrafo único²⁹⁶ do art. 937 do projeto. Nestes termos, se o incidente foi requerido, por exemplo, pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, quando o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco julgar o incidente, nas hipóteses de interposição de recurso para os tribunais superiores, o Ministério Público de Pernambuco poderá requerer a suspensão dos processos idênticos em todo território nacional, até o posicionamento final do tribunal superior.

Uma vez julgado o incidente, o tribunal criará a *ratio decidendi* do precedente que obrigatoriamente vinculará todos os juízes que se encontrem subordinados àquela corte. Se o tribunal for local, na competência originária do julgamento do incidente, o efeito vinculante

²⁹⁵ Art. 937. 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.

²⁹⁶ Art. 937. Parágrafo único. 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 neste *caput*.

será em relação a todos os juízos a ele subordinados. Assim, se o incidente for julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, todos os juízes federais daquela região obrigatoriamente deverão aplicar o precedente em seus julgados. Na hipótese de julgamento do recurso especial ou extraordinário, contra acórdão que julgou o incidente, a vinculação é perante todo o território nacional.

Esta vinculação apresenta-se salutar para o processo. Isto porque, posicionando-se o tribunal sobre determinada questão, além da obrigatoriedade dos juízes de primeiro grau em dar a mesma solução para os processos suspensos, assim também será para todas aquelas demandas que se repetirem. Certamente, esta vinculação servirá para minimizar a repetição de novas demandas, principalmente quando o tribunal tiver julgado aquela pretensão improcedente²⁹⁷.

Realmente, a estabilidade e a previsibilidade das decisões ocasionam um fenômeno inverso àqueles que defendem que o efeito vinculante dos precedentes produz um obstáculo ao acesso à justiça. Muitos daqueles que ajuizariam demandas “estimulados” pela possibilidade de ser distribuída para um juiz com pensamento contrário ao decidido pelo tribunal, certamente não o farão, diante da obrigatoriedade de o juiz monocrático obedecer o precedente, diminuindo, consideravelmente, o número de novos litígios sobre aquela tese já reconhecida como improcedente. Esvaziando a possibilidade de decisão contrária ao posicionamento do tribunal, aqueles que acreditam na jurisprudência lotérica, já referida em passagens anteriores, não mais identificarão esta possibilidade, pois “as apostas estão encerradas e o cassino fechado.” Com efeito, imprimindo tratamento igualitário na composição das demandas múltiplas, certamente o fenômeno da litigiosidade de massa será minimizado. Neste sentido, bem ressalva Rodolfo de Camargo Mancuso ao se referir à súmula vinculante instituída pela Emenda Constitucional 45:

Impende que os conflitos de massa, donde se originam as chamadas demandas múltiplas, recebam respostas judiciárias qualitativamente uniformes. Para essa finalidade muito pode contribuir a súmula vinculante, ao imprimir tratamento igualitário às controvérsias plurissubjetivas, coartando o risco da *atomização* dos conflitos eminentemente coletivos²⁹⁸.

Por outro lado, aquele que tem o seu direito reconhecido, não precisará socorrer-se à *via crucis* dos recursos, toda vez que encontrar um magistrado desinteressado em julgar de acordo com o precedente. Conforme transcrito acima, tal sistemática assegura uma tutela jurisdicional efetiva, proporcionando ao jurisdicionado, o processo com uma duração razoável.

²⁹⁷ MARINONI, *Op. Cit.*, 2010, p. 211-212.

²⁹⁸ MANCUSO, *Op. Cit.*, 2001, p. 352.

Na hipótese de o tribunal julgar a tese procedente, certamente o movimento será inverso, ou seja, todos aqueles que estiverem enquadrados dentro daquele direito reconhecido certamente irão ao Judiciário buscar a reparação deste direito. Realmente, nesta situação não existirá a diminuição de litígios, pelo contrário, servirá como elemento de estímulo, estímulo este positivo, pois direitos violados devem ser reparados.

Na realidade, nesta situação é imperioso identificar técnicas processuais que atreladas ao instituto em análise, possibilitem ao jurisdicionado o reconhecimento e a efetivação da sua pretensão de modo mais rápido possível. O desestímulo aqui é inverso, é destinado aos litigantes habituais.

Assim, a vinculação ao precedente já economiza praticamente toda a fase de conhecimento. Atreladas a isto, as tutelas de evidências que serão abaixo abordadas, proporcionarão de imediato e *inaudita altera parte* a entrega da pretensão já acolhida pelo Judiciário através do precedente. Acrescentem-se ainda, punições processuais de cunho econômico nas defesas utilizadas contra as pretensões já sedimentadas, bem como os recursos contrários às decisões dadas com a observância dos precedentes. Estas ferramentas levarão os litigantes habituais a refletirem sobre as “vantagens” do litígio. O elemento tempo que antes lhes era favorável, passa não mais a sê-lo. Com efeito, o litigante habitual ao se deparar com a possibilidade de o jurisdicionado no momento do ajuizamento da ação já ser contemplado com a providência jurisdicional pretendida, podendo de imediato executá-la, certamente refletirá sobre o cumprimento espontâneo ou extrajudicial.

Acrescentem-se as penalidades pecuniárias ocasionadas pelo abuso do processo, que deverão surgir ao longo do litígio, tornando a “conta muito mais cara”. Acredita-se que tais elementos servirão como desestímulo à litigiosidade, acarretando, conseqüentemente a diminuição do número de demandas.

Passa-se, por derradeiro, a identificar ferramentas que atreladas ao incidente de resolução de demandas repetitivas contribuirão para o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva e um processo com uma duração razoável.

Digno de destaque é a previsão contida no §3º do art. 937 da consolidação das propostas²⁹⁹. Na justificativa da proposta, deixa claro o relator que o incidente só terá a eficácia social que dele se espera, se a atividade administrativa cooperar. Vê-se aqui

²⁹⁹ Art. 937 [...]

§3º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação.

claramente a intenção do legislador de buscar a cooperação da Administração Pública para o cumprimento de decisão judicial evitando, assim, o ajuizamento de demandas futuras.

Importa ainda destacar a redação dada ao art. 937, §6º, na consolidação da proposta. Segundo o dispositivo, uma vez interposto contra a decisão do incidente recurso especial ou extraordinário para o STJ e STF, respectivamente, caso estes recursos tenham o seu mérito julgado, a tese jurídica firmada terá efeito vinculante em todo o território nacional.

Por fim, deve-se destacar a previsão contida no §4º do art. 937³⁰⁰ sugerida na consolidação das propostas. Segundo o dispositivo, o tribunal de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública e mais todos os outros legitimados para as ações coletivas poderão requerer a revisão do precedente formado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tal como acontece com a súmula vinculante, este procedimento de revisão do precedente é salutar para o próprio sistema, se praticado de acordo com as técnicas de *overruling e overriding* já analisadas. Na realidade, é dever do tribunal, conforme preceitua o art. 882 do projeto velar pela estabilidade da jurisprudência, admitindo-se a revisão do precedente, através de fundamentação adequada e específica levando-se em consideração os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

5.10.2 A improcedência liminar

A improcedência liminar ou o julgamento liminar de improcedência foi introduzido no direito processual civil brasileiro pela Lei 11.277/2006 que acrescentou o art. 285-A ao Código de Processo Civil.

A possibilidade de o juiz monocrático julgar o pedido improcedente sem determinar a citação do réu, desde que a matéria discutida seja de direito e já decidida, também foi contemplado no projeto do novo código de processo civil em seu art. 307.

No projeto, quando a matéria discutida “contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas”³⁰¹, o juiz encontra-se autorizado a julgar liminarmente improcedente o pedido.

Seguindo a mesma linha de obrigatoriedade da aplicação do precedente, o legislador confere poder ao juiz, ao receber questão jurídica já apreciada pelo tribunal no julgamento do

³⁰⁰ Art. 937, §4º O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no inciso II do §4º do art. 930 poderão pleitear ao Tribunal a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 882, §1º e 2º.

³⁰¹ Vide inciso III do art. 307 do projeto.

incidente, caso o resultado desse julgamento seja a improcedência do pedido, deverá ser aplicado o art. 307, julgando liminarmente improcedente o pedido, proporcionando economia e celeridade ao processo.

5.10.3 A tutela antecipada de evidência

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) já se encontra sedimentado no nosso ordenamento jurídico e na aplicação prática pelos operadores do direito.

No Projeto do Novo Código de Processo Civil, o art. 278 estabelece o instituto da tutela antecipada de evidência. Segundo o dispositivo, o juiz poderá antecipar a pretensão do autor, dispensando a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”³⁰².

A tutela de evidência, segundo José Herval Sampaio Júnior, deve ser entendida:

como aquela que é dada após se constatar, como o próprio nome diz, a evidência do direito alegado, ou seja, não há discussão sobre o direito que se quer ver protegido imediatamente, logo, não se fala em plausibilidade, mas em constatação de plano do direito alegado³⁰³.

O elemento caracterizador do instituto é a possibilidade do juiz no nascedouro do processo entregar ao autor sua pretensão quando restar evidenciado o direito por ele alegado. Significa dizer que não há elementos capazes de desconstruir o precedente já formado sobre o direito protegido, portanto, não se fala em plausibilidade, mas sim em constatação de plano do direito alegado³⁰⁴. Convém atentar que poderá o réu na sua contestação apresentar um *distinguishing* ou pretender provocar um *antecipatory overruling*.

Quando o juiz se deparar com um processo cuja matéria litigiosa é idêntica à já apreciada em julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva, presume-se de imediato a indiscutibilidade do direito tutelado, autorizando-se a concessão da tutela antecipada de evidência. Atente-se que o legislador utilizou a expressão “jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos”. Portanto, todo e qualquer incidente de coletivização de procedimento que resulte em precedente com aplicação nos demais processos idênticos, autoriza o deferimento da tutela antecipada de evidência. Assim, a repercussão

³⁰² Redação do inc. IV do art. 278 do projeto.

³⁰³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência: Sistematização das liminares de acordo com o projeto do novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 62.

geral, o julgamento dos recursos especiais repetitivos, a súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas estariam dentro deste conceito utilizado pelo legislador.

Na hipótese de o tribunal acolher a tese autoral em incidente de resolução de demanda repetitiva, quando matéria idêntica for requerida em juízo, pode ser antecipada, à luz da tutela de antecipada de evidência, por traduzir o entendimento firmado pela jurisprudência sobre a questão amplamente discutida nos Tribunais³⁰⁵.

O princípio dispositivo estabelece que toda e qualquer pretensão deve ser provocada em juízo para que o julgador enfrente a pretensão, atendendo-a ou não. Não é diferente com a tutela antecipada de evidência. Não há a possibilidade da sua concessão de ofício, ou seja, depende de provocação pela parte interessada. Todavia, na hipótese de se pretender uma tutela antecipada de evidência sobre questão jurídica já decidida em incidente de resolução de demandas repetitivas, é dever legal de o juiz concedê-la, devido não só ao preenchimento dos requisitos legais, mas à vinculação obrigatória do precedente, já esclarecido em item anterior.

5.10.4 A reclamação constitucional

O artigo 941 do projeto determina que “não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente”.

A reclamação constitucional tem como objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos tribunais³⁰⁶.

A própria natureza jurídica da reclamação apresenta-se divergente na doutrina, pois é apontada como ação, incidente processual ou direito de petição. Todavia, a melhor doutrina a confere o *status* de ação autônoma de impugnação de competência privativa de tribunal. Além de sua previsão constitucional para preservar a competência dos tribunais superiores, diante do princípio da simetria encontra previsão nas Constituições dos Estados para preservar a competência dos tribunais estaduais.

Assim, quando o acórdão que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas for publicado no diário oficial, a partir deste momento, todos os processos até então suspensos terão sua tramitação reestabelecida e estes, bem como os que não foram sequer ajuizados, quando o forem, terão que receber do Judiciário o mesmo tratamento, evitando assim, a “jurisprudência lotérica” já mencionada anteriormente.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 65.

³⁰⁶ DIDIER JR. E CUNHA, *Op. Cit.*, 2010, p. 457.

Na hipótese de algum juiz monocrático não aplicar o precedente criado pelo tribunal no julgamento do incidente, caberá o ajuizamento pelo lesado de reclamação constitucional para próprio tribunal, objetivando preservar a autoridade da sua decisão.

Uma questão interessante a ser observada diz respeito ao precedente gerado no Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal e o âmbito dos juizados especiais.

Isto porque, conforme visto acima, a competência para julgar o incidente pertence aos mencionados tribunais. Todavia, o efeito vinculante diz respeito a todos os juízes que estiverem vinculados àquele tribunal, portanto, abrange os juízes dos juizados especiais. Imagine que tramitou um incidente de resolução de demanda repetitiva no Tribunal de Justiça de Pernambuco, cujo objeto litigioso diz respeito à legalidade ou não da cobrança de taxa de abertura de crédito pelas instituições financeiras e no julgamento foi resolvido que a cobrança é ilegal. Considerando o baixo valor dessas taxas, os lesados irão usualmente aos juizados especiais, visto que não ultrapassaria o teto de quarenta salários mínimos. Ao receber o pleito ressarcitório, mesmo conhecedor do precedente do tribunal, o juiz do juizado julga contrário ao precedente, julgando o pedido do autor da ação improcedente. Contra esta decisão, a reclamação seria destinada ao Tribunal de Justiça de Pernambuco? Em outras palavras, poderia o tribunal de justiça exercer controle sobre o mérito das decisões proferidas pelos juizados especiais?

O STJ vem externando em reiterados julgados, posição contrária ao controle pela justiça estadual dos atos praticados pelos juizados especiais, admitindo a impetração de mandado de segurança nas questões que dizem respeito à própria competência do microsistema³⁰⁷.

³⁰⁷ Processo civil. Recurso em Mandado de Segurança. Mandamus impetrado, perante Tribunal de Justiça, visando promover controle de competência de decisão proferida por Juizado Especial Cível. Possibilidade. Ausência de confronto com a jurisprudência consolidada do STJ, que veda apenas a impetração de mandado de segurança para o controle do mérito das decisões proferidas pelos Juizados Especiais.

- Não se admite, consoante remansosa jurisprudência do STJ, o controle, pela justiça comum, sobre o mérito das decisões proferidas pelos juizados especiais. Exceção é feita apenas em relação ao controle de constitucionalidade dessas decisões, passível de ser promovido mediante a interposição de recurso extraordinário.

- A autonomia dos juizados especiais, todavia, não pode prevalecer para a decisão acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas. É necessário estabelecer um mecanismo de controle da competência dos Juizados, sob pena de lhes conferir um poder desproporcional: o de decidir, em caráter definitivo, inclusive as causas para as quais são absolutamente incompetentes, nos termos da lei civil.

- Não está previsto, de maneira expressa, na Lei nº 9.099/95, um mecanismo de controle da competência das decisões proferidas pelos Juizados Especiais. É, portanto, necessário estabelecer esse mecanismo por construção jurisprudencial.

- Embora haja outras formas de promover referido controle, a forma mais adequada é a do mandado de segurança, por dois motivos: em primeiro lugar, porque haveria dificuldade de utilização, em alguns casos, da Reclamação ou da Querela Nullitatis; em segundo lugar, porque o mandado de segurança tem historicamente sido utilizado nas hipóteses em que não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de reparar lesão ou prevenir ameaça de lesão a direito.

Por outro lado, o STJ tem admitido a reclamação constitucional quando as decisões dadas no âmbito dos juizados especiais contrariam o entendimento jurisprudencial dominante ou sumulado do próprio STJ^{308 309}. Neste particular, inclusive, foi editada a Resolução do STJ nº 12, de 14 de dezembro de 2009 que dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de

- O entendimento de que é cabível a impetração de mandado de segurança nas hipóteses de controle sobre a competência dos juizados especiais não altera o entendimento anterior deste Tribunal, que veda a utilização do writ para o controle do mérito das decisões desses juizados.

Recurso conhecido e provido.

(RMS 17.524/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 211).

³⁰⁸ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TELEFONIA FIXA. ASSINATURA MENSAL. CASSAR ACÓRDÃO. TURMA RECURSAL. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA OU REPETITIVO. DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DE PROCESSOS EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DESCABIMENTO.

1. Cuida-se de reclamação constitucional ajuizada com o objetivo de cassar acórdão de turma recursal, de juizados especiais cíveis, por alegada divergência entre o julgado e o decidido na Rcl 3.918/PB (Rel. Min. Hamilton Carvalhido). Pede que seja cassado acórdão que decidiu controvérsia sobre assinatura básica, conforme a Súmula 356/STJ. Alega que o tema está suspenso nas turmas recursais, e que não poderia ter havido julgamento.

2. Deve ser frisado que o sistema efetivado pela Resolução n.12/2009, nos termos do art. 1º, é excepcional e visa somente garantir a possibilidade de "dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil". Neste sentido: Rcl 5.844/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22.9.2011; AgRg na Rcl 6.006/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.8.2011; e AgRg na Rcl 5.598/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 1º.6.2011.

3. O cabimento da reclamação está relacionado à existência de notória dissonância entre a jurisprudência do STJ e a tese esposada na turma recursal. Deve ser lido que a Rcl 3.918/PB determinou somente a suspensão dos processos em divergência; raciocínio contrário abarcaria a suspensão de processos nos quais os acórdãos foram julgados em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Reclamação improcedente.

(Rcl 5.481/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011)

³⁰⁹ PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. JUZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. RECURSOS. INTERPOSIÇÃO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO VÁLIDA NOS AUTOS. INTERPRETAÇÃO A CONTRÁRIO SENSU DA SÚMULA N. 115 DESTA CORTE SUPERIOR. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. As hipóteses de cabimento da reclamação são estritas e podem ser assim resumidas: (i) preservação da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, (ii) manutenção da autoridade das decisões proferidas nesta Corte Superior e, em razão do decidido no EDcl no RE 571.572/BA (Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j.26.8.2009) e do aposto na Resolução STJ n. 12/2009, (iii) adequação do entendimento adotado em acórdãos de Turma Recursais Estaduais à jurisprudência, súmula ou orientação adotada na sistemática dos recursos repetitivos do STJ.

2. Na espécie, a hipótese (iii) está plenamente configurada.

Explica-se.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que, no âmbito das instâncias ordinárias, não se pode considerar inexistente recurso - e, conseqüentemente, deixar de conhecê-lo - por ausência ou invalidade de procuração referente à capacidade postulatória de patrono sem, antes, aplicar-se a regra do art. 13 do CPC (abrir à parte a oportunidade de regularizar sua situação).

4. Confram-se, nesta esteira, além da leitura a contrario sensu da Súmula n. 115 desta Corte Superior, o seguinte precedente emblemático: EREsp 868.800/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 11.11.2010.

5. Se, para as instâncias ordinárias comuns, regidas essencialmente por formalidades mais densas e rigorosas, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme pela necessidade de abertura às partes interessadas da possibilidade de retificar vícios sanáveis, é impossível negar a elas o mesmo entendimento no âmbito dos Juizados Especiais, marcados notoriamente pela informalidade.

6. Reclamação procedente.

(Rcl 5.979/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2011, DJe 22/09/2011)

Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal e a jurisprudência daquela Corte³¹⁰.

O sustentáculo de tal entendimento reside justamente na função do STJ como o órgão do Poder Judiciário responsável por uniformizar o entendimento jurisprudencial do país. Assim, os precedentes nele gerados devem, conforme defendido alhures, ser aplicados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Não é por outro motivo que, caso as turmas recursais contrariem a jurisprudência, as súmulas e as orientações decorrentes do julgamento dos recursos especiais repetitivos, estas decisões serão objeto de cassação mediante a reclamação constitucional.

Empregando o mesmo raciocínio, ao estabelecer o incidente de resolução de demandas repetitivas e ao atribuir às decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais efeito vinculante a todos os juízes monocráticos a ele subordinados, estes tribunais funcionarão como o órgão responsável pela uniformização de jurisprudência local, enquanto obviamente a questão não chegar ao STJ, motivo pelo qual o precedente não pode deixar de ser aplicado. Caso isto ocorra, a competência para preservar a autoridade do seu precedente pertence ao próprio tribunal.

5.10.5 O abuso do processo nas demandas ajuizadas posteriormente ao julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas

O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é responsável pela criação do precedente sobre determinada questão jurídica. Quando o tribunal publica o seu acórdão todos os processos que discutirem a mesma questão receberão idêntica solução pela aplicabilidade da eficácia vinculante do precedente.

Mas algo precisa ser enxergado. O incidente dentro da sua principiologia é responsável por buscar diminuir a litigiosidade, bem como dar previsibilidade ao jurisdicionado sobre questões jurídicas já apreciadas pelo Judiciário. O ideal seria que após o julgamento do incidente, aquela matéria solucionada recebesse igual solução na esfera extrajudicial, evitando assim, o ajuizamento de novas demandas. Todavia, o efeito vinculante produz-se só para o Poder Judiciário, não vinculando os órgãos de Administração Pública, como sói acontecer com a súmula vinculante e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

³¹⁰ A Resolução n. 12 encontra-se no anexo do presente trabalho.

Assim, por exemplo, se determinada empresa de telefonia estabelecida no Estado de Pernambuco está cobrando taxa de assinatura básica e, ao ser questionada judicialmente sobre a cobrança, a questão foi submetida ao incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e esta Corte decidiu pela abusividade da taxa, não há qualquer elemento legal que impeça a empresa de continuar cobrando a taxa. Esta conduta levará à continuidade do ajuizamento de múltiplas ações, principalmente agora, quando o tribunal já criou o precedente sobre a ilegalidade.

Como não há na lei material qualquer preocupação com este tipo de conduta, ficará a cargo do processo penalizar o litigante que insiste em descumprir o precedente criado pelo judiciário. E dentro das condutas tipificadas como abuso do processo encontram-se inseridas as ferramentas que servirão no mínimo para desestimular o comportamento deste litigante.

O ajuizamento da ação buscando reparação de direito já assegurado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza o juiz monocrático a antecipar a tutela de evidência e, de imediato, entregar ao jurisdicionado o direito que possui. Mas o processo continuará e certamente a empresa de telefonia do exemplo será citada para apresentar resposta diante do princípio do contraditório. Citada é que dependendo do seu comportamento pode ser caracterizado o abuso do processo. Na hipótese de ser revelar, ou reconhecer a procedência do pedido, o máximo que poderá acontecer é pagar as custas processuais e os honorários advocatícios diante do princípio da causalidade.

Todavia, se apresentada contestação poderá ser caracterizado o abuso de defesa, a depender do seu teor. Isto porque, caso a contestação traga exatamente os mesmos argumentos que foram amplamente debatidos e enfrentados pelo tribunal no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, está caracterizado o abuso do direito de defesa, conduta esta punível através das penalidades de litigância da má-fé.

Realmente, os efeitos nefastos do tempo no processo recaem unicamente sobre o autor do direito, sendo este penalizado pela demora da jurisdição. Por outro lado, há uma concepção equivocada no direito de defesa, ainda ligada à filosofia liberal clássica do século XIX. Isto porque a amplitude que se pretende dar a este direito de defesa parece cegar os juristas e não levá-los à percepção de que este direito, se concebido de forma plena, pode dar ensejo à privação de muita coisa por parte do autor³¹¹³¹²

³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16-17.

³¹² *Ibidem*, p. 18.

Esta falta de razão do réu está ainda mais caracterizada. O tribunal já julgou a questão. O Judiciário teve toda uma preocupação e colocou a questão a ser analisada através de um procedimento de julgamento coletivizado com prioridade sobre todos os demais feitos, dando ampla divulgação, autorizando ampla participação, enfim foram engendrados ingentes esforços para a solução da questão de forma justa e segura. O mínimo que se espera do réu é que a partir da formação do precedente passe a cumpri-lo, e se este não é o seu comportamento, deve ser punido processualmente. Não é possível que o processo conviva pacificamente com este tipo de conduta, vê-se claramente que esta conivência torna o processo interessante para o réu, pois quanto mais tempo dure o processo mais tempo ele ficará com o bem incorporado no seu patrimônio. A conduta que se esperava dele extrajudicialmente só se apresenta com o trânsito em julgado da decisão.

Por tais razões, a primeira medida a ser adotada nas demandas que se encontram alinhadas ao precedente gerado no julgamento de demandas repetitivas é, de imediato, a concessão da tutela antecipada de evidência. Ao receber estas demandas, os juízes não devem criar maiores obstáculos para concedê-la de pronto. Como outro caminho a trilhar, deve determinar a citação do réu e aguardar a resposta. Se acaso contestada a ação e identificada na peça de defesa os mesmos argumentos daqueles amplamente enfrentados no incidente, ou seja, sem qualquer técnica de afastamento do precedente, deve-se penalizar o réu pelo abuso do direito de defesa. Não há aqui razoabilidade no direito de defesa, pois se apresenta contrário à *ratio decidendi* do precedente.

Esta responsabilidade punitiva é um poder-dever do juiz condutor do feito. Não é favor que presta em relação ao autor, mas obrigação, não só perante os partícipes da relação processual, mas acima de tudo perante toda a sociedade. O juiz tem o dever de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à duração razoável do processo, e a conduta abusiva do réu atenta contra este direito fundamental.

Assim, ao contestar ação defendendo tese em sentido contrário, à *ratio decidendi* do precedente, tal atitude constitui abuso do direito de defesa e como tal deve o réu ser penalizado.

Agora, caso a contestação traga algum dos elementos de afastamento do precedente, *distinguishing*, *overruling* ou *overriding* deverá ser sopesado pelo magistrado monocrático que observará a possibilidade ou não de afastar o precedente daquela situação concreta. O não acolhimento da técnica de afastamento de precedente sustentada gera abuso de defesa e como tal deve ser punido.

6 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário vivencia o problema da litigiosidade de massa. A economia de escala tornou crescente a massificação das relações individuais. Diplomas legais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e as leis que regem os juizados especiais, são verdadeiros marcos históricos que proporcionaram ao cidadão o acesso à justiça, mas acesso este desenfreado e com o culto à litigiosidade.

O resultado desta fórmula desaguou numa avalanche de litígios ajuizados em todo o Judiciário. A legislação processual civil de caráter eminentemente individual não se mostra apta para enfrentar esta inundação de demandas de massa, visto que a solução para cada conflito há de ser dada de forma individual.

As demandas de massa têm como principal característica tratarem de situações jurídicas homogêneas geralmente atreladas a direitos individuais homogêneos. Há nessas demandas a presença de um litigante eventual, aquele que não tem muito ou nenhum contato com o Judiciário, e o litigante habitual, o "cliente" do Judiciário que praticamente todos os dias está nas pautas de audiências, nas publicações, nas sentenças, etc.

O processo coletivo, apesar de a nossa legislação coletiva ser digna de aplausos, inclusive pela doutrina alienígena, não foi satisfatório para estancar ou ao menos minimizar as demandas de massa. Problemas atrelados à legitimidade ativa e aos efeitos subjetivos da coisa julgada, entre outros, não permitiram que o processo coletivo alcançasse o seu objetivo de solucionar a lide de forma molecular, macro.

Este fenômeno das demandas de massa não ocorre apenas no Brasil. Vários países o vivenciam e passaram a desenvolver técnicas de julgamento de grupo, onde a solução dada para determinado processo-piloto será a mesma para os demais que se enquadrarem dentro da mesma situação jurídica. Nas Inglaterra as *Group Litigation Orders* - GLO. Em Portugal, o instituto da agregação, e na Alemanha, o *Musterverfahren* são exemplos.

Este julgamento em grupo, além de se apresentar como importante ferramenta para enfrentar as demandas de massa, proporciona, de igual modo, a minimização para um sério problema no Brasil, apelidado de jurisprudência lotérica. Com efeito, principalmente nas demandas de massa, pelo fato de discutirem, em regra, direitos individuais homogêneos e por serem ajuizadas nos mais variados órgãos do Poder Judiciário recebe dele decisões antagônicas, embora, repita-se, tratarem de situações jurídicas homogêneas.

A sociedade, de um modo geral, não tolera mais tal situação. A liberdade do julgador não pode se colocar acima do princípio constitucional da isonomia e da segurança jurídica. Situações idênticas devem receber idêntica solução do Judiciário. Uniformizar as decisões leva a sociedade a creditar mais confiança no Judiciário; o cidadão conhecendo a decisão, adequa-se ao comportamento que lhe será exigido, além de diminuir consideravelmente o número de litigantes que apostam no fator sorte para ter êxito em seus litígios.

No direito processual civil brasileiro, várias técnicas de julgamento de grupo e uniformização da jurisprudência foram introduzidas. A súmula vinculante, a repercussão geral do recurso extraordinário, o julgamento dos recursos especiais repetitivos, o incidente de uniformização de jurisprudência, são exemplos de como o legislador tem se esforçado para municiar o operador do direito para enfrentar as demandas de massa.

Importante ressaltar que essas ferramentas provocaram outro fenômeno que merece importante destaque, qual seja, o direito brasileiro passou a conviver com os precedentes, característica da tradição do *common law*.

A cultura dos precedentes nos aproximou da tradição do *common law* e diante de tal situação tornou-se necessária à compreensão dos elementos que compõem o precedente, quais sejam, a *ratio decidendi* que pode ser resumida como a regra que se extrai da análise de determinada situação jurídica submetida ao Judiciário, para aplicação em causas futuras toda vez que a situação jurídica se repetir, e o *obiter dictum* que é o elemento dito pelo julgador de passagem, que não faz parte da *ratio decidendi*.

Também se faz necessária a compreensão das técnicas de afastamento dos precedentes, o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding*. No primeiro, o julgador afasta a aplicação do precedente ou o aplica em parte, pelo fato de o caso paradigma não alinhar-se à *ratio decidendi* do precedente. Já o *overruling* consiste na revogação do precedente por não mais traduzir o ideal de justiça na época da sua aplicação e, por fim, o *overriding* que seria a revogação parcial do precedente.

Embora as técnicas brasileiras de julgamento em bloco e de observância do precedente tenham apresentado resultados satisfatórios, ainda mais quando se falam de Tribunais Superiores, os tribunais de segunda instância ainda precisavam de uma ferramenta específica que proporcionasse o julgamento em grupo.

Com inspiração no procedimento alemão e nas GLO Inglesas, a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto do novo CPC criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos art. 930 a 941 do Projeto.

Segundo a previsão do projeto, quando identificada demanda com potencial de gerar demandas múltiplas que comprometam a segurança jurídica do sistema, o juiz, o relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública e os demais legitimados para as ações coletivas devem requerer ao tribunal a instauração do incidente de demandas repetitivas.

Admitido o incidente, todos os processos ajuizados que discutam a mesma situação jurídica serão suspensos aguardando o julgamento do incidente. Forma-se no tribunal um amplo contraditório produzido pelas partes do processo que gerou o incidente, por todos aqueles que tenham demandas idênticas, além de autorizar a participação do *amicus curiae*.

Julgado o incidente pelo tribunal, a decisão dada vincula o próprio tribunal e todos os juízes monocráticos. Caso o juiz julgue contrário ao precedente, admite-se a figura da reclamação para alinhar a decisão ao precedente.

Acredita-se que tal ferramenta traga importante contribuição aos juízes monocráticos e tribunais para enfrentar o problema das demandas de massa.

Num primeiro momento, enquanto os incidentes vierem a ser instaurados, admitidos e julgados, existirá uma economia de trabalho no primeiro grau de jurisdição, pois os processos que tratem de situação jurídica similar ao do incidente serão todos suspensos. Com isso, diminui-se a prática de atos cartorários (despachos, intimações, mandados etc), desobstruem-se as pautas de audiências de conciliação, proporcionando ao juiz um "fôlego" para cuidar das demais demandas.

Mas, a grande economia virá após os primeiros incidentes serem julgados. A partir daí, para as ações já ajuizadas e até então suspensas, seu curso normal seguirá, mas já se sabendo o resultado a ser dado. Neste contexto, o litigante, que já tem sua derrota conhecida, poderá desistir, renunciar ao direito pelo qual se funda a ação ou reconhecer a procedência do pedido. embora, tal situação, hodiernamente, é difícil de verificar no dia a dia forense. Talvez o legislador incentivando, com a diminuição dos encargos sucumbenciais, por exemplo, desperte no litigante o interesse de praticar tais atos.

Não existindo ato de submissão de vontade das partes, o processo estará apto para julgamento donde o juiz estará autorizado à julgar antecipadamente o mérito, com a decisão já dada, "mastigada" pelo tribunal. Acredita-se que aqui será um trabalho bem próximo ao que ocorre com as sentenças proferidas com base no art. 285-A do atual CPC.

Caso se recorra da decisão, o recurso não será admitido, pois a tese sustentada encontra-se em sentido contrário ao precedente do tribunal.

Os autores, já na petição inicial podem pleitear a entrega do seu direito requerendo ao juiz da causa uma tutela antecipada de evidência.

Os réus que resistirem às demandas sem apresentarem uma técnica de afastamento do precedente, devem ser condenados como litigantes de má-fé.

Certamente o incidente de resolução de demandas repetitivas contribuíra em muito para a diminuição do lapso temporal existente entre petição inicial e entrega do direito.

Mas, o melhor dos resultados do incidente, e todas as demais ferramentas para enfrentar as demandas de massa, virá quando o litigante habitual despertar para a realidade de que o direito brasileiro está preparado para enfrentar as demandas de massa. A morosidade do Judiciário não será mais o escudo para eles e o litígio não será mais um grande negócio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Mário Aroso; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. **Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 196, p. 237-274, jun. 2011.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito processual civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimento relativos ao processamento e julgamento de recursos repetitivos – anotações à resolução do STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008 (regulamenta a lei n. 11.672/2008). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 67, p.54-66, out. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Justiça administrativa**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas atuais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da emenda constitucional n. 45. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 26, p. 64-73, maio 2005.

_____. A repercussão geral e a competência recursal: riscos a serem ponderados. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 92, p.33-39, nov. 2010.

ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz. (Coord). **O novo processo civil brasileiro em expectativa**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 186, p. 87-106, ago 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENUCCI, Renato Luís. A repercussão geral no recurso extraordinário como instrumento de gestão judiciária. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 63, p.116-125, jun. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

_____. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 786, p. 108.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedades**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes e desvinculação da jurisprudência. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 77, p.70-84, ago. 2009.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

COSTA, Ana Surany Martins. As luzes e sombras do incidente de resolução de demandas seriadas no novo projeto do código de processo civil. **RDC**. São Paulo, n. 75, p. 44-61, jan-fev. 2012.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo regimental em mandado de segurança originário: breves comentários sobre a súmula 622 do STF. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 19, p. 66-70, out. 2004.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 193, p. 255-279, mar. 2011.

_____. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa. **Revista Dialética de Processo Civil**. São Paulo, n. 39, p. 93-104, jun. 2006.

_____. Sustentação oral. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 28, p.88-102, jul. 2005.

_____. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 179, p. 139-173, jan. 2010.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 101, p.92-113, ago. 2011.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, vol. 2**. 5. ed.. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneira da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Vol. 3. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DONOSO, Denis. Um novo princípio contraditório: análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 73, p. 22-25, abr. 2009.

_____. Aspectos processuais no controle concentrado de constitucionalidade: coisa julgada, objeto, legitimidade, efeitos da medida cautelar: aproximação dos sistemas de controle difuso e concentrado. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 60, p.9-27, mar. 2008.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIDI, Antonio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marília Zanella. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

GERMANOS, Paulo André Jorge. **Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GOZZOLI, Maria Clara et al (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 10, p.44-54, jan. 2004.

KLIPPEL, Rodrigo. BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Processo Civil**. São Paulo, n. 39, p. 93-104, jun. 2006.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 196, p. 164-204, jun. 2011.

LIMA, Tiago Asfor Rocha de; PINHEIRO, Beatriz Fonteles Gomes. Reclamação: instrumento de preservação dos precedentes judiciais e da competência para a apreciação das tutelas recursais provisórias. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 81, p.114-128, dez. 2009.

LOBO, Artur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 185, p. 233-244, jul. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas.** São Paulo: Revista dos tribunais. 2010.

MARTINS, Samir José Caetano. A regulamentação da súmula vinculante. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 49, p. 130-140, abr. 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil, vol. V.** 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 27, p. 49-58, jun. 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVO, Karla Brito. Reflexões sobre a transcendência dos motivos determinantes nas decisões do STF. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 94, p. 40-52, nov. 2010.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil. Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 184, p. 109-140, jun. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípios processuais civis na constituição.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na Lei nº 11.417/06. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 50, p.86-94, maio 2007.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: tendência de coletivização da tutela processual civil. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 185, p. 117-144, jul. 2010.

REIS, Palhares Moreira. **Reclamação constitucional e súmula vinculante.** Brasília: Consulex, 2010.

_____. **A súmula vinculante do supremo tribunal federal**. Brasília: Consulex, 2009.

RODRIGUES, Francisco Sérgio Bocamino. Súmula vinculante: o que temos hoje?. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 15, p. 26-31, jun. 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Marilena Talarico Martins. Súmula vinculante. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 81, p. 59-74, dez. 2009.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisprudencial vinculante e sua força no brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, p. 38-58, mar. 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 3**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 50, p.20-41, maio 2007.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Raciocínio jurídico e nova retórica**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 76, p.33-39, jul. 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional.** O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.