

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PROCESSO E DOGMÁTICA
4ª TURMA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AS DEMANDAS DE MASSA: UMA NOVA DOGMÁTICA APLICÁVEL
ÀS TESES REPETIDAS

NEY CASTELO BRANCO NETO

RECIFE

2010

**AS DEMANDAS DE MASSA: UMA NOVA DOGMÁTICA APLICÁVEL
ÀS TESES REPETIDAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP – como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José R. B. Carneiro da Cunha

RECIFE

2010

C349d **Castelo Branco Neto, Ney**

As demandas de massa : uma nova dogmática aplicável às teses repetidas / Ney Castelo Branco Neto ; orientador Leonardo José R. B. Carneiro da Cunha, 2010.

92 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2010.

1. Processo civil. 2. Direito processual. 3. Hermenêutica (Direito)
I. Título.

CDU 347.9

NEY CASTELO BRANCO NETO

**AS DEMANDAS DE MASSA: UMA NOVA DOGMÁTICA APLICÁVEL
ÀS TESES REPETIDAS**

Dissertação apresentada à Pró-reitoria de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco, com área de concentração em Direito Processual e linha de pesquisa *Processo e Dogmática*.

Banca examinadora composta pelos professores doutores abaixo, sob a presidência do primeiro, que a julgou nos seguintes termos:

Prof. Leonardo José R. B. Carneiro da Cunha, Dr. UFPE (Orientador)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Sérgio Torres Teixeira, Dr. UNICAP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Dr. UFRN

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Menção Geral:

Coordenadora do Curso:

Profa. Dra. Marília Montenegro

RESUMO

Esta dissertação se propõe a uma investigação científico-dogmática das demandas relativas às teses repetidas, isto é, de mesma fundamentação jurídica. Para tanto, a partir da concepção histórica do processo civil, desde o seu nascimento até a mudança de paradigma com o surgimento das ações de massa, refletiu-se a respeito da descrição das melhores técnicas, tendo sido várias delas já inseridas em nossa legislação, para que assim se realize o direito de massa como um modelo de processo diferente do individual e do coletivo. Introduziu-se a noção de um processo de resultados práticos a partir da releitura do procedimento para casos diferenciados, de modo a ocorrer maior racionalização dos julgamentos. Também foi analisado o uso dos precedentes judiciais e suas variantes como meio de unificação da jurisprudência, o que denota maior aproximação ao direito de família do *Common Law*. A partir da demonstração de tais premissas, concluímos que é possível a construção de uma dogmática própria para as ações de massa, pois crucial para garantir maior segurança jurídica nas soluções de casos análogos.

Palavras-chave: demandas de massa, teses repetidas, dogmática.

ABSTRACT

This dissertation aims to research scientific-dogmatic of demands concerning repeated theses, in other words, with the same legal reasoning. Therefore, from the historical conception of civil procedure, from its birth to the paradigm shift with the emergence of mass action, reflected about the best techniques that were able to make the mass right as a model process other than the individual and the collective. Introduced the notion of a process of practical results from the rereading of the procedure for different cases in order to occur a greater rationalization of the judgments. Also discussed was the use of judicial precedents and its variants as a means of unification of the jurisprudence, which denotes closer to family law in the *Common Law*. After the demonstration of such assumptions, concluded that it is possible to construct a particular dogmatic for mass actions, as crucial to ensure greater legal certainty in the solutions of similar cases.

Keywords: mass demands, repeated theses, dogmatic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo
BA	Bahia
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos Declaratórios
EM	Exposição de Motivos
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ISS	Imposto sobre Serviços
LJEF	Lei dos Juizados Especiais Federais
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Ao meu avô paterno, Ney Castelo Branco Mello (*in
memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, sempre e agora, pela realização de um sonho.

Aos meus pais, Ney e Tereza, pela educação que me deram. Vocês me inspiram a ser melhor a cada dia. É um presente tê-los junto a mim neste momento de glória.

À Dóris e Sofia, por tudo.

Aos meus queridos irmãos Bruno e Breno, pela amizade e companheirismo nas horas verdadeiramente difíceis. À Madalena, minha tia, minha mãe, minha amiga, e aos sensacionais Carlos Maurício Alves de Souza e Maria das Graças Carneiro Leão de Souza, pelos exemplos de fé e amor.

A Marcondes Rubens Martins de Oliveira, irmão-amigo que tenho a honra de acompanhar suas lutas, vitórias e decência como profissional do direito. Aos amigos queridos Leonardo Gonçalves Maia e Danilo Martiniano Lins Filho, pela amizade verdadeira já consolidada e pela graça do convívio diário. As suas lutas pela ética no exercício da advocacia me engrandecem como profissional.

Aos colegas da Quarta Turma do Mestrado, especialmente a Inaldo Pereira Guerra Neto e a José Tenório Bezerra Martins.

Ao examinador externo, Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e aos estimados professores do Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco que tive a honra de ser aluno: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira; Prof. Dr. Lúcio Grassi Gouveia; Profa. Dra. Virgínia Colares; Prof. Dr. Elias Dubard Moura Rocha; Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira; Prof. Dr. José Soares; Prof. Dr. Marcelo Labanca, e especialmente ao meu orientador, Professor Dr. Leonardo José R. B. Carneiro da Cunha, meu verdadeiro inspirador e incentivador ao estudo mais aprofundado do nosso Direito. Por isso, meus sinceros agradecimentos por ter sido sempre solícito e compromissado com as críticas imprescindíveis para que o trabalho fosse finalizado.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
CAPÍTULO I - Demandas individuais; Demandas coletivas e Demandas repetidas.....	14
1.1 Noções Gerais.....	14
1.2 Do nascedouro do processo civil aos tempos atuais.....	17
1.3 A mudança de paradigma: surgimento das demandas de massa.....	20
CAPÍTULO II - Demandas repetidas: especificidades.....	25
2.1 Fundamentos Dogmáticos.....	25
2.2 Princípios e regras – aplicabilidade nas demandas de massa.....	27
2.3 A questão da flexibilização procedimental.....	29
2.4 A técnica processual na pós-modernidade e os poderes do Juiz.....	32
CAPÍTULO III - Demandas repetidas e a aplicação do precedente judicial.....	36
3.1 O precedente judicial como meio de unificação da jurisprudência.....	36
3.2 Aplicação dos precedentes: <i>overruling</i> , <i>overriding</i> e <i>distinguishing</i>	42
3.3 A <i>ratio decidendi</i> , o <i>obiter dictum</i> e o <i>amicus curiae</i>	45
CAPÍTULO IV - Demandas repetidas e a nova dogmática.....	50
4.1 Inovações e Características singulares.....	50
4.2 A repercussão geral no recurso extraordinário.....	53
4.3 As súmulas vinculantes.....	60
4.4 Os recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.....	62
4.5 O julgamento improcedente do mérito sem citação réu.....	69
4.6 A relevância dos poderes do Relator nas demandas de massa.....	74
4.7 As teses repetidas nos Juizados Especiais Estaduais, Federais e da Fazenda Pública.....	76
Conclusões.....	81
Referências.....	84
Legislação.....	90
Jurisprudência.....	91

“O ócio ou inação corrompe o vigor da mente.”

Leonardo Da Vinci

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro foi concebido a partir de uma visão individualista, onde a filosofia política era pautada pelo liberalismo, preocupando-se, apenas, com a eliminação de conflitos no campo individual. Por certo, em razão do contexto do regime constitucional da época, inegável direcionador da ordem em que se desenvolvia o processo, suas regras foram condensadas sob a ótica da garantia da propriedade privada, da liberdade individual e da autonomia da vontade.

Hoje, com o Estado Social imbuído da plena realização dos valores humanos, e ainda com as constantes reformas que procuram concretizar uma tutela eficaz, principalmente com a ampliação dos poderes diretivos do juiz na condução do processo, não se revela eliminada a destinação individual do nosso Código de Processo Civil, o que significa dizer que há casos em que tais regras são inadequadas.

Destarte, a partir das novas relações sociais estabelecidas na sociedade, fruto do desenvolvimento industrial e tecnológico, ocorreu uma alteração de paradigma, onde se possibilitou uma tutela jurisdicional ampla, de forma a atender às finalidades da tutela coletiva de direitos. Passou-se, então, a disciplinar esses mecanismos por meio de legislação esparsa (Lei da Ação Popular; Lei da Ação Civil Pública; Lei de Improbidade Administrativa; a Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, as regras do CDC e também a novel norma que disciplina o mandado de segurança coletivo).

Com isso, verificamos que mesmo com o regime de tutelas coletivas, o qual não se confunde com o individual, subsistem as *demandas repetitivas* ou *demandas de massa*, de mesma tese jurídica, as quais necessitam de uma dogmática própria, diferenciada da existente, de modo que as soluções a casos de mesma fundamentação jurídica tenham uniformidade e garantam uma maior racionalização nos julgamentos.

Nestes termos, a presente dissertação possui o intuito de contribuir para que seja reavaliada não apenas a mentalidade dos atores processuais na aplicação do direito referente às teses repetidas, mas que haja, principalmente, uma dogmática específica aplicável a processos desta natureza, isto é, fruto de situações jurídicas semelhantes, sistematizando as regras a fim de que se obtenham respostas rápidas, e assim sejam concretizadas as tutelas com um processo de duração razoável, onde sejam identificadas soluções compatíveis com o grau de relevância e amplitude em que se inserem.

O magistrado, o procurador público, o advogado privado e todos aqueles que fazem parte do cenário de aplicação do direito devem ter o compromisso de minimizar os efeitos deletérios que o tempo exerce sobre o processo.

A importância dessa preocupação de resultados práticos do processo voltado às *demandas de massa* diz respeito não apenas à utilidade que deve estar presente neste instrumento, mas também na eficácia, unidade e coerência que deve permear o sistema processual na busca pelo método ideal ou mais próximo da realização da justiça.

Por isso, esse tipo de processo deve ser construído e desenvolvido levando-se em consideração as suas peculiaridades para que a nova dogmática proposta possa ser justificada com a releitura de conceitos e reavaliação de técnicas para que com isto ocorra a adequação necessária do processo a esse fenômeno processual de repetição de mesmos casos jurídicos, onde a visão crítica a respeito da necessidade de um regramento próprio, o qual será propugnado neste trabalho, aliado às propostas que serão lançadas, possam trazer a lume a concretização da isonomia na prestação da tutela jurisdicional àqueles que se encontram em situações jurídicas idênticas, sendo irrelevante a matéria fática em que se encontram, ao menos neste objeto de estudo.

Para tanto, no primeiro capítulo faremos uma breve incursão no nascimento do processo civil aos tempos de crise, e depois trataremos do surgimento das demandas de massa.

Já no segundo capítulo, serão estudados os fundamentos dogmáticos das causas repetidas a partir da relevância dos princípios e regras aplicáveis a essas ações, de modo a conferir autonomia a essa disciplina. Logo em seguida, ainda neste capítulo, será analisada a questão da flexibilização procedimental, necessária e fundamental para a aplicação de técnicas aptas a superar os óbices na aplicação do *processo de massa*, atentando-se para os poderes do juiz na busca pela realização do direito de massa.

Mais adiante, no terceiro capítulo, avaliaremos a relevância dos precedentes, de modo que a sua correta utilização possa unificar a jurisprudência e trazer maior segurança jurídica, havendo assim coerência com a ideia de uma nova dogmática proposta.

Ao final, no quarto capítulo, analisaremos as características singulares das teses repetidas para que seja feita uma sistematização das regras já existentes, e com isso possamos propugnar o aprimoramento das técnicas pertinentes a essa nova realidade da qual a doutrina processualística necessita se debruçar.

Para elaboração da presente dissertação foram utilizadas a legislação aplicável à espécie, ainda que incipiente, pesquisa de jurisprudência dos Tribunais Superiores, além de consulta bibliográfica à literatura nacional e estrangeira.

CAPÍTULO I – Demandas individuais; Demandas coletivas e Demandas repetidas

1.1 Noções gerais

Para o jurista atual, o sentido da dogmática não consiste em fixar somente o que está simplesmente estabelecido, mas em possibilitar a distância crítica, em organizar estratos de reflexões, de motivos, de ponderações de proporção, meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que é imediatamente dado e é preparado para a sua utilização¹.

O objetivo precípua da dogmática é criar condições para que a decisão não seja puro arbítrio. Assim, pode-se dizer que possui o caráter de ensinar, doutrinar – tem a função de preparar a resposta a uma investigação. Mas, aplicar a Lei ao fato concreto requer o devido ajustamento entre fatos e normas.

Sem dúvida, o direito é a vida normada, e assim a dogmática jurídica não pode desvincular de suas preocupações os aspectos sociológico, filosófico, antropológico, político e histórico em razão da realidade humana, que há de estar inserida numa ordem que se refira a um grupo, o qual possa valorar e encontrar no sistema respostas satisfatórias às suas angústias.

É possível afirmar que o direito age no contexto da sociedade por meio de normas e valores produzidos e assumidos pelos seres humanos numa relação complexa, mas há de se ter em conta a realização da justiça, sob pena de negação do próprio direito.

A tradição romanística do nosso Direito concebia o juiz como a vontade do poder aplicado de modo mecânico na solução das controvérsias, entretanto, no contexto atual exige-se a superação da dogmática estrita, onde seja, sobretudo, alterado o modo de pensar e aplicar o Direito na atualidade, pois a efetividade é uma garantia fundamental ao jurisdicionado.

Queremos dizer não apenas que o processo civil moderno deve almejar resultados práticos, mas que necessita estar apto a prestar uma tutela em que haja racionalidade, e assim cumpra seu propósito de pacificação social em tempo hábil, sem que sejam feridos os princípios e regras garantidores do *due process of law*.

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a

¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1997, p.321.

tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.²

Como o fenômeno jurídico revela-se fruto da sociabilidade humana, estamos cercados de normas, as quais mantêm as sociedades estáveis. Mas é necessário que no conhecimento científico haja organização do conhecimento do homem, descrevendo situações e analisando efeitos a partir das causas.

Adeodato nos ensina:

Uma primeira olhada sobre o direito já revela que ele é ordenação, ordenação da conduta humana. As investigações de Nicolai Hartmann mostram como todo problema que o sujeito cognoscente – no caso o jurista – se propõe envolve necessariamente uma intuição sobre a constituição do objeto problematizado. Nunca se põem dúvidas sobre algo de que nada se conhece.³

Por sua vez, Ferraz Junior muito bem elucida:

Compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber amar e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.⁴

Ir além da norma no processo interpretativo é fundamental para o ajuste do descompasso das regras com os anseios dos jurisdicionados.

Para Kelsen, os fenômenos jurídicos eram reduzidos a uma dimensão normativa, onde a norma jurídica é colocada no centro do direito, cuja finalidade seria descrever o significado objetivo que ela confere ao comportamento.⁵ O foco era reduzir os fenômenos jurídicos a uma visão exclusivamente normativa, ordenando-os de modo coerente, distinguindo o *ser* do *dever-ser*.

Já na construção teórica de Dworkin, o Direito não pode ser visto como fruto da legalidade estrita, e sim como instrumento que realiza valores e expectativas de justiça, de forma que pauta seus pilares na '*conveniência*', entendida esta como a constatação de

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

³ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007, p.108.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 427 (Título Original: *Reine Rechtslehre*).

argumentos cabíveis; e também no ‘valor’ como sendo o processo de seleção dos argumentos a serem acolhidos.⁶

Na atualidade perpassa, nos diferentes campos das ciências humanas, uma certa dificuldade em se encontrar um novo parâmetro de verdade diante da crise de fundamento em que vive a sociedade hodierna.⁷

Parece oportuno que se descortinem divergências ideológicas em prol não apenas de um fundamento de validade do direito, mas em razão, sobretudo, de uma solução de controvérsias apta a encontrar respostas compatíveis com o grau de agigantamento dos conflitos hoje existentes para que o direito sirva como elemento viabilizador da ordem, harmonia e paz social, com foco na racionalização de procedimentos como forma de manutenção dos seus pilares.

Vivenciamos um momento em que há o surgimento de um novo tipo de processo, onde as *demandas de massa*, que não se confundem com o processo individual e nem mesmo com o coletivo, merecem atenção especial, pois possuem objeto de estudo próprio. Referimo-nos às demandas de mesma fundamentação jurídica, as quais já abarrotam as estantes do Judiciário e precisam de meios adequados para aplicação da legislação de modo coerente e uniforme.

Temos o intuito de contribuir para que seja reavaliada não apenas a mentalidade dos atores processuais na aplicação do direito referente às teses repetidas, mas que haja uma dogmática própria aplicável a processos desta natureza, isto é, fruto de situações jurídicas semelhantes, as quais têm impedido a obtenção de respostas rápidas, tornando surreal a garantia da razoável duração do processo.

É essencial, neste estágio de evolução da ciência processual, avaliar a ruptura dos padrões comportamentais da sociedade, a qual busca novos valores e respostas satisfatórias em razão desses novos tipos de demandas que surgem em face do volume de processos com teses repetidas, de mesma fundamentação jurídica, sendo necessário, por isso mesmo, mecanismos que viabilizem o equilíbrio entre segurança e celeridade, onde somente com uma dogmática específica às ações desta natureza se terá uma solução de controvérsias apta aos novos tempos desse processo civil aplicável às *demandas de massa*, o qual deve ser visto não apenas como meio de uniformizar a jurisprudência, mas sim como um novo ramo do processo civil atual.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Direito, filosofia e interpretação*. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 1997, p.44.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

1. 2 Do nascedouro do processo civil aos tempos atuais

A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo.⁸ Era a fase chamada de *sincretismo*.

A certidão de nascimento da ciência processual deu-se com a célebre obra de Oskar Von Bulow⁹, onde no ano de 1868 desenvolveu a sua *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, tendo sido o marco do nascimento da ciência processual civil, eis que entendia o processo como relação jurídica intersubjetiva entre os sujeitos *autor, réu e juiz*.

Na visão de Bulow, o fenômeno processual comporta um vínculo jurídico que é desencadeado por meio de determinados atos, tendo em vista um objeto próprio, predeterminando, assim, o tempo em que deve ser instaurado o processo. Tais elementos foram identificados como *pressupostos processuais*. Foi ele quem fez germinar a concepção de que a relação jurídica processual apenas surgiria após a satisfação de determinados elementos, distintos da matéria de mérito.

A escalada de *autonomia* científica do direito processual, fruto dos estudos principiados em meados do século XIX, deixou fora de dúvida que o direito processual tem sua vida própria e cabe-lhe uma missão social e jurídica diferente, em relação ao direito substancial. Seus *escopos*, ou objetivos próprios (sociais, políticos e jurídicos), são bem definidos e não se confundem com os deste; apóia-se em *fundamentos metodológicos* que não são os mesmos do direito substancial (...) e tem seu próprio *objeto material*, que são as categorias jurídicas relacionadas com a atividade destinada a eliminar conflitos.¹⁰

Alguns como Bedaque¹¹ atribuem o nascimento da ciência processual quando da famosíssima polêmica entre os professores alemães Windscheid e Muther, nos anos de 1856 e 1857, onde o autor afirma que “um dos marcos da evolução processual consiste exatamente na polêmica travada entre os dois civilistas tedescos, nos anos de 1856/1857, a respeito do conceito de ação para os romanos”.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2007, p.48.

⁹ BULOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas – SP: LZN, 2005, p.6.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civi*. Vol 1. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p.45.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo*, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

De acordo com Diogo Ciuffo Carneiro¹², Windscheid publicou em 1856 *A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*, onde abordava a diferença entre a *klage* alemã e a *actio* romana. Em sua obra verifica-se que a *klage* alemã seria o direito de acionar enquanto a *actio* significaria uma pretensão juridicamente perseguível, de modo que para o autor o sistema romano seria um sistema de pretensões.

Como resposta à obra acima, Muther, um ano após, escreve a obra *Sobre a Teoria da Actio Romana, do Moderno Direito de Queixa, da Litiscontestação e da Sucessão Singular nas Obrigações*, onde afirma que a *actio* romana era igual à *klage* alemã, concluindo que o ordenamento alemão era um sistema de direitos e que a *actio* era a pretensão do titular diante do pretor para que este conferisse a fórmula, o que se aproximaria à *klage* alemã.¹³

Mais adiante Windscheid publica a obra intitulada *A Actio. Réplica ao Dr. Theodor Muther*, em que aceita a maioria das idéias lançadas pelo seu oponente, e aí passa a aceitar o caráter comum entre a *klage* e *actio* no sentido de consubstanciar uma pretensão em face do próprio Estado.¹⁴

Em 1885 surge a figura do professor e magistrado Adolph Wach, fundador da Escola Alemã, tendo publicado sua obra *Manual de Direito Processual Civil Alemão*, o qual pôs em relevo a autonomia do direito de ação.

Chiovenda¹⁵ entendia que com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina.

Substancialmente, as *Ordenações Afonsinas* (1446 ou 1447) constituem uma compilação das fontes de direito com aplicação em Portugal (...). Pela Lei de 20 de outubro de 1823 o processo civil permanece sendo regido pelo livro III das Ordenações Filipinas, acrescidas das normas extravagantes. Apenas no ano de 1832 o rígido sistema das Ordenações começa a mudar.¹⁶

É curioso ressaltar que o baiano Augusto Teixeira de Freitas, conforme leciona Pedrosa¹⁷, foi um dos fundadores do Instituto dos Advogados Brasileiros (1843), tendo

¹² CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *A Ação – um Breve Ensaio sobre a sua História, sua Natureza Jurídica e a Aplicação da sua Teoria no Estudo do Acesso à Justiça e das Condições da Ação*. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 59, 2008, p.50.

¹³ Idem, p.50.

¹⁴ Ibidem, p.51.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1930. Apud Alvim, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31 – 44.

¹⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 442.

iniciado seus estudos na Faculdade de Recife e concluído em São Paulo, fora convidado a consolidar as Ordenações Filipinas e o Direito Romano, cuja aplicabilidade se dava em caso de lacunas, tendo resultado, em 1857, na *Consolidação das Leis Civis*, marco essencial ao Direito brasileiro.

Como se sabe, na produção científica há necessariamente uma carga ideológica que reflete o momento histórico vivenciado, pois as regras do sistema são muitas vezes alteradas em face da dinamicidade das relações sociais e principalmente dos anseios por resultados efetivos na vida das pessoas. Foi neste caminho que surgiu a fase denominada *instrumentalista*, buscando encontrar as falhas do sistema para produzir justiça na sociedade com respostas práticas.

O aprimoramento das técnicas processuais com vistas à obtenção de resultados mais efetivos no processo, tendentes a simplificar a atuação do Poder Judiciário e a retirar do *processo* formalidades desnecessárias e temerosas era o caminho a ser seguido pelo processo, que já ansiava por marchas rápidas e regulares.

O processo civil do século XIX era tido como coisa privada das partes e refletia de maneira adequada a concepção claramente individualista e exclusivamente privatística dos direitos patrimoniais então dominantes.

Somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal.¹⁸

Podemos dizer que a publicização do direito processual civil é hoje observada sob a perspectiva da Constituição Cidadã, onde o Estado Constitucional traz a sua ideologia humanista como manifestação do poder. A partir desse entendimento e do compromisso com a era da concretização dos direitos fundamentais devemos observar o saber jurídico aliado a uma dogmática de criação, e não meramente reprodutiva do *modus* dominante no cotidiano dos juristas, o que implica assegurar que a justiça e segurança promovem o bem comum, mas sempre hão de ser ressaltados os fundamentos do nosso Estado, mormente o da cidadania e da dignidade da pessoa humana, como forma de garantir a democracia plena e o processo justo.

¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 48.

1.3 A mudança de paradigma: surgimento das demandas de massa

A consolidação do Estado Social exige a concretização dos direitos fundamentais, superando o positivismo jurídico e despertando para a necessidade de compreender e utilizar técnicas processuais embasadas, primordialmente, na Constituição Federal.

Cambi¹⁹ assegura que esse é o primado do que nomina de *neoprocessualismo*, o qual procura uma metodologia que visa aproximar do pensamento contemporâneo o essencial diálogo que deve permear os direitos processual e constitucional. É assim que vemos a realidade da nova era dos direitos, isto é, satisfaça a dignidade da pessoa humana e tornem efetivamente indisponíveis os direitos fundamentais.

Vasconcelos ressalta em *O novo paradigma da ciência*:

O tempo todo estamos vendo o mundo por meio de nossos paradigmas. Eles funcionam como filtros que selecionam o que percebemos e reconhecemos e que nos levam a recusar e distorcer os dados que não combinam com as expectativas por eles criadas. Sendo diferentes os paradigmas de duas pessoas em relação a um determinado tema, o que é percebido por uma será imperceptível para a outra. É a isso que se chama efeito paradigma.²⁰

Desde a descoberta do *logos* na Grécia Antiga, onde a razão ganhou espaço para o mito; passando também pela era medieval de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, para os quais a razão só se faz presente com a iluminação da graça divina, até o pensamento do homem moderno, cuja matematização da experiência seria suficiente para legitimar as evidências, vemos que a mudança de paradigma da ciência neste estágio de evolução se faz presente em razão da complexidade das relações intersubjetivas, as quais alcançaram níveis que tornam a mera adequação das normas já existentes uma quimera, fruto da incongruência das regras do sistema.

No liberalismo não era possível ao juiz determinar o modo de ser do processo. Estava consolidada a teoria do silogismo judicial, eis que ao juiz bastava confrontar as circunstâncias relevantes do caso e confrontá-las com as normas legais existentes, pois não havia espaço para interpretações nem mesmo construções jurisprudenciais.

Gouveia²¹ muito bem sustenta:

(...) não é a refutação do pensamento sistemático que solucionará o problema da construção de uma teoria capaz de explicar o processo decisório pelos aplicadores do direito, sendo porém imprescindível que sejam afastadas aquelas teorias que

¹⁹ CAMBI, Eduardo Augusto. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.19.

²⁰ VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência*. 2ª edição. Campinas/SP: Papirus Editora, 2003. p.30.

²¹ GOUVEIA, Lúcio Grassi. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Recife: Bagaço, 2000, p. 104.

procuram explicá-lo como procedimento lógico-dedutivo, no qual a uma premissa maior que é a norma jurídica se subsuma a premissa menor, que corresponde à situação fática, chegando-se silogisticamente a uma conclusão única e correta.

Canaris²², ao reconhecer a incompletude do conhecimento científico admite a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Todavia, a modificabilidade não é radical, mas gradual, sempre limitada pelo sistema jurídico vigente. Pela abertura vê-se a incompletude, a capacidade de evolução e alterabilidade do sistema.

Ora, se o Direito tem por finalidade o controle social, assegurando a convivência das pessoas dentro do grupo social, para que se possa falar em direito, é necessário que se pense em regularidade, sentido que se vai verificar, de um modo geral, pelo tratamento dos iguais de modo igual e dos diferentes de modo diferente, de acordo com uma medida da diferença. Daí uma primeira ideia de sistema de direito: “relações estáveis, firmadas entre fenômenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja.”²³

A função ordenadora que o Direito exerce deve estar imbricada com a simplicidade, com a concisão, e principalmente com a junção da boa técnica à razoável duração do processo, garantia constitucional pós-moderna. A utilidade da decisão deve ser a correlação necessária entre o conteúdo jurídico do provimento judicial e as suas conseqüências no mundo dos fatos.

O famoso *Projeto Florença*, idealizado nos anos setenta por Mauro Cappelletti foi um movimento mundial pela efetividade dos direitos. Cappelletti asseverou que a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.²⁴

O instrumento estatal de solução de controvérsias deve proporcionar a possibilidade de que sejam usufruídos concretamente os efeitos dessa proteção.

Parece-nos que o acesso à justiça, já bastante estudado, fora superado em parte; isto acontece devido a várias razões: criação das defensorias públicas nos estados; juizados

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

²³ CORDEIRO, António Menezes. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Revista Jurídica - CCJ/FURB I S SN 1982 -4858 v. 11, nº 21, p. 100 - 132, jan./jun. 2007, 130. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX-CXIV. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Editora Fabris, 1988, p.8.

especiais e um sem número de leis que visam à facilitação do amplo acesso à justiça. Temos os juizados do torcedor, do consumidor, e agora até mesmo os juizados da fazenda pública, todos assentados na política de amplo acesso à justiça, cujos resultados têm garantido maior cidadania em razão do pleno exercício dos direitos.

De fato, os mais carentes tem tido acesso ao Judiciário, mesmo que de modo ainda incipiente, mas exercem as garantias que lhes são asseguradas constitucionalmente. É preciso enxergar que a sociedade mudou, e com essa mudança vieram novas exigências, as quais necessitam de uma verdadeira identidade e de um modelo fiel aos anseios do jurisdicionado.

É intuitivo, pois, que o homem diante da comunidade perceba a indispensabilidade da norma, a qual às vezes parece se resumir à sua incidência, de forma a transformar o suporte fático em fato jurídico.

O fato jurídico representa um tema de extrema importância ao Direito como ciência e ao fenômeno jurídico em si considerado, pois as relações jurídicas só podem existir se uma norma jurídica as atribui certa situação de fato por ela prevista que o torna tal após a norma definir o fato jurídico, atribuindo-lhe consequências.

Marcos Bernardes de Mello²⁵ sustenta que nada acontece no mundo jurídico senão como produto de um fato jurídico, seja em que ramo da Ciência Jurídica for. E vai mais além, pois ensina que na finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano. É dizer que o mundo jurídico é criação humana e se desenvolve numa ordem de *valência*, no plano do *dever-ser*.

Podemos dizer que a norma processual, antes elaborada com vistas à regular as relações entre particulares, e depois preocupada com a coletividade, não havia alcançado as demandas de massa, eis que a idéia cristalizada no séc. XVII era a de defender a propriedade individual; o direito de agir era atributo do direito privado.

A transformação estrutural da sociedade e do Estado inevitavelmente atingiria a ciência jurídica. As ações de massa clamam por resultados de massa, pois os feitos repetidos abarrotam o judiciário sem que se possa conferir a tão almejada efetividade. Isso é sinal de que a dogmática tradicional ainda não está apta ou adequada a produzir os resultados esperados, pois tradicionalmente o nosso código foi produzido apenas para solucionar as demandas individuais.

Cunha adverte:

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de existência*. 15. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2008, p.11.

Com efeito, a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.²⁶

Transformações na sociedade alteraram profundamente as relações jurídicas, que ao mesmo tempo em que se multiplicaram, também se tornaram mais complexas. Para muitas dessas novas relações não está preparado o nosso Código de Processo Civil.²⁷

Temos assistido, neste caminhar, ao surgimento de demandas idênticas, ou seja, de ações individuais ou coletivas que procuram discutir o mesmo bem da vida com a mesma tese, o que leva a um entendimento já consolidado em razão da experiência do julgador. Nestes casos, impende seja privilegiada a racionalização dos processos como forma de aperfeiçoamento do sistema.

A resistência a propostas inovadoras faz parte do evoluir da ciência. As mudanças no direito nada mais são do que adaptações à realidade social, onde a ordem jurídica, em que pesem as rupturas causadas pelo descompasso natural das reformas, necessita estar amparada pelos pilares constitucionais, mormente o da razoável duração do processo e o do devido processo legal. Processos intermináveis, repetitivos e que privilegiem em excesso o formalismo não se adequam mais à atual realidade, eis que a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por excelência.

De fato, acreditamos que é chegado o momento de pensar o processo pelo caminho da instrumentalidade, pois assim se guardará relevância com os fins a que ele se destina. A presteza da atividade jurisdicional é fundamental para o alcance do que, modernamente, tem-se como ordem jurídica justa. A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade.²⁸

Com isso, a moderna doutrina processualista necessita refletir acerca da aplicação da técnica processual adequada aos processos repetidos, onde haja maior aproximação à realização da justiça, isto é, uma tutela jurisdicional plena, onde a garantia de ingresso em juízo seja tão relevante quanto o real resultado do processo, o qual deve ter respostas

²⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. Luiz Rodrigues Wambier; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira (coords.). São Paulo: Ed. RT, no prelo.

²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p.32.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005, p.67.

uniformes para as teses de mesma fundamentação jurídica, e isso só é possível a partir de uma nova perspectiva, onde a releitura de conceitos e a mudança de mentalidade dos juristas na interpretação da norma possam facilitar a forma de concretização da justiça por meio desse instrumento democrático que deve, necessariamente, estar consentâneo com o direito a uma tutela jurisdicional prestada à luz dos direitos fundamentais, de modo que seja garantido o devido processo legal de forma célere, sem dilações indevidas, e ainda aliado à garantia de que as causas repetidas tenham o mesmo desfecho, e assim se consolide a segurança jurídica corolário de um Estado Democrático de Direito.

Independentemente de carências estruturais na organização judicial, e inclusive ante a ausência de uma dogmática própria a casos repetidos, não se há de deixar de combater a morosidade processual, e isso deve ser feito a partir da construção da norma que vise ao resgate do prestígio do Poder Judiciário e procure minimizar a crise processual brasileira que macula a tutela jurisdicional efetiva, ora agravada pelas *demandas pseudoindividuais*.

Por isso, há de se pautar a interpretação normativa com o cunho da teleologia, fugindo da máxima *in claris cessat interpretatio*, pois a norma deve ser o produto do que se diz dela. E para isso devemos levar em consideração os direitos fundamentais consubstanciados no *neoconstitucionalismo*, pois a existência de metarregras é essencial para superar a validade exclusivamente formal do direito, inclusive e principalmente na tutela das *demandas de massa*.

CAPÍTULO II – Demandas repetidas: especificidades

2.1 Fundamentos Dogmáticos

A ciência possui a missão de sistematizar de modo coerente o conhecimento, e é a partir do estudo de enunciados e regras que são permitidos a descoberta e prova desse conhecimento.

Todavia, o pensar também se caracteriza por renovação e mudança, mesmo quando estas signifiquem ruptura com as estruturas reinantes. O comportamento do homem pós-moderno muitas vezes consubstancia uma sociedade hipernormativa sem que haja uma reflexão científica mais detalhada.

É natural e evidente que o conhecimento parte da base de pressupostos conquistados, os quais se acumulam na história e possibilitam novas visões e entendimentos a respeito do objeto estudado.

É por isso que ciência é teoria, ainda que suas hipóteses e suas leis, bem como o aprendizado, as comprovações e as constatações, tenham caráter prático, verificadas e vivenciadas que são na realidade social e real. Apesar disso, continua sendo teoria.²⁹

Diniz leciona:

A ciência é, portanto, uma ordem de constatações verdadeiras, logicamente relacionadas entre si, apresentando a coerência interna do pensamento consigo mesmo, com seu objeto e com as diversas operações implicadas na tarefa cognoscitiva. O conhecimento científico pretende ser um saber coerente. O fato de que cada noção que o integra possa encontrar seu lugar no sistema e se adequar logicamente às demais é a prova de que seus enunciados são verdadeiros. Se houver alguma incompatibilidade lógica entre as idéias de um mesmo sistema científico, duvidosas se tornam as referidas idéias, os fundamentos do sistema e até mesmo o próprio sistema.³⁰

O dogmatismo na Ciência do Direito reflete o cumprimento de regras previamente estabelecidas de acordo com os valores eleitos, e isto serve para que haja respostas ao problema dado. Não se quer dizer, contudo, que deve ser desprezado o caráter zetético na investigação científica, mas em função do que se pretende nesta investigação é crucial sejam lançadas direções para o agir, onde se otimize a aplicabilidade das normas voltadas ao campo das demandas de massa, obtendo o máximo de eficiência com o mínimo de perturbação social.

²⁹ NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p.29.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p.17.

A ideia é dar enfoque, de modo pós-positivista, isto é, longe do legalismo estrito, aos fundamentos que devem nortear os processos repetidos, sendo esse o corte metodológico de nosso estudo, sempre tendo em conta o caráter publicista do processo à luz de uma dogmática jurídica apta a realizar a prestação jurisdicional voltada à melhor técnica de resultados. Eis a razão do caráter descritivo do trabalho em face da nova dogmática que deve ser aplicada de forma sistêmica às teses de mesma fundamentação jurídica.

Então, a partir da inegabilidade dos pontos de partida, a qual toma por base a norma jurídica do sistema, será possível construir um pensamento jurídico crítico sobre o fenômeno da repetição de demandas de mesma natureza, levando em consideração o caráter axiológico do direito.

O fenômeno da aplicação exige do jurista, inicialmente, uma identificação do que seja o direito a ser aplicado. Dessa identificação se ocupa, primariamente, o pensamento dogmático. Sujeito ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, o pensar dogmático tem, portanto, de identificar suas premissas.³¹

Os enunciados dogmáticos traduzem a realizabilidade de modelos de comportamento, bem como as suas conseqüências ao mundo em sociedade, mas parece claro que a ciência do direito necessita articular seus elementos, conferindo-lhes unidade. Por mais que o pensamento jurídico seja um sistema que vise regular o comportamento humano, agrupar normas com o único fim de aplicá-las sem analisar o contexto em que elas se inserem é deixar de lado o caráter teleológico-axiológico do nosso ordenamento jurídico, o qual há de ter no intérprete o seu maior trunfo.

Como na Constituição temos o fundamento de validade de todas as normas, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil não é suficiente para resolver os problemas causados pelas suas antinomias. Menos ainda se não são identificados os fins a que se prestam.

O Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contem o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos Códigos. O caminho percorrido sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada a sua unidade narrativa.³²

³¹ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 93.

³² DIDIER JÚNIOR. *Fredie. Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 52.

O direito processual civil deve ser estudado e avaliado sempre em observância à Constituição Federal, querendo isto significar a importância da aceitação da proposta metodológica inserta na Carta Magna, onde as diretrizes constitucionais são fundamentais para a *construção* do direito processual civil de massa.

Sem dúvida, apenas na unidade de raciocínio e de estruturas teóricas é que será possível formar a base de um direito processual de massa condizente com o legítimo exercício do poder democrático que o processo deve traduzir.

2.2 Princípios e regras – aplicabilidade nas demandas de massa

O paralelismo entre teoria e prática jurídicas vem sempre condicionado na ideia de crise do direito, quiçá do próprio processo civil atual. Mas sentimos que em nenhum momento do caminhar científico se pode perder de vista a relevância dos princípios e regras como base para se obter diretrizes sólidas no pensamento jurídico.

O princípio da unidade da Constituição que Canotilho³³ elucida, ao obrigar o intérprete a considerar a carta política em sua globalidade, afastando as aparentes antinomia, é um exemplo fiel do que deve ser levado em conta na aplicação das normas que tratam do processo de massa, conferindo-o, deste modo, unidade e coerência.

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmudar em grilhões de uma servidão perversa.³⁴

Princípios são “normas fundantes”, regras gerais e genericamente formuladas, são “inspiradoras” de uma estrutura, imprimindo-lhe certa coesão e tendência à harmonia.³⁵

Rodrigues³⁶ salienta que os princípios situam-se entre o plano dos fatos sociais e o plano das normas abstratas, não para isolá-los, mas justamente para o contrário: aglutiná-los

³³ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 226.

³⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 20.

³⁵ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001. p. 58-62

e tornar ainda mais legítima a aplicação de uma norma. Para o autor, os princípios são o ponto de referência mais próximo daqueles que manuseiam as normas abstratas, que normalmente devem deles se socorrer tendo em vista que toda norma é uma projeção do fato social valorado.

De fato, para a formação e aplicação das normas exige-se dos princípios o papel de orientação, sem que com isso signifique explicitação exclusiva de valores a serem ponderados. São verdadeiras diretrizes do ordenamento jurídico, isto é, premissas a serem observadas na interpretação do sistema.

Nery Junior³⁷ leciona que os princípios gerais de direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. São regras estáticas que carecem de concreção, tendo como função principal auxiliar o magistrado no preenchimento das lacunas.

Curiosa e instigante é a observação de Bonavides³⁸ ao afirmar que há um defeito capital nos conceitos de princípios, eis que há omissão do traço da sua normatividade. Com isso, podemos dizer que pelo discurso normativo perpassa a força normativa dos princípios, dado o seu grau de abrangência e abstração, fundamentais à segurança e ao caráter deontológico das normas.

Os pesquisadores da seara da filosofia jurídica, em geral, já vêm alertando há bastante tempo sobre o fato de que a resistência positivista mantém os operadores do Direito como reféns de um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o que torna ainda mais difícil a missão do Estado de espectro democrático de direito.³⁹

Com a função de alcançar o sentido dos textos a partir de uma interpretação sistemática, a Ciência do Direito deve buscar a maior proximidade ao significado intrínseco do enunciado. É dizer que ao intérprete cabe descrever um significado já existente, de acordo com as circunstâncias do caso, mas sem que com isso deixe de construir o real alcance do postulado.

Ávila⁴⁰ assegura que:

³⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v.1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 89.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 406.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 230.

³⁹ ISAIA, Cristiano Becker. *O Direito Processual e o Problema do Decisionismo Jurisdicional: da Subsunção à Integridade do Direito*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 70, 2009, p.9.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34.

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões e circunstâncias do caso a julgar.

Como realidade fenomenológica, o processo aplicável às teses repetidas possui o caráter de ordem pública, eis que transcende a esfera dos interesses privados na prestação jurisdicional, sendo, portanto, cogente e não dispositiva a sua aplicabilidade, pois não cabem às partes dispor a respeito de sua utilização.

É necessário que nas *demandas de massa* ocorra a aplicação das regras e princípios tendo em conta a adoção de uma postura que procure uniformizar a solução de casos apresentados com o mesmo fundamento. Utilizar o *princípio da adequação* é permitir que a nova dogmática solidifique a segurança ao garantir ao jurisdicionado respostas compatíveis com as exigências da prestação jurisdicional do mundo contemporâneo.

No próprio Projeto de Lei 5.139/2009, referente ao Código de Processo Coletivo, há princípios que devem se fazer presentes também na aplicação das *demandas de massa*, quais sejam, o da duração razoável do processo; o da isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; além do princípio da publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade.

Quer-nos parecer que às teses repetidas, como possuem objeto próprio de estudo, há de haver adequação das regras e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico a esta nova solução de controvérsias, que deve caminhar ao encontro de um processo civil de resultados práticos, onde a concretização desses direitos ainda não tratados sistematicamente em nosso vigente Código de Processo, possam se efetivar sem que haja ofensa à Constituição e ao sistema de normas, de modo a se criar uma real dogmática aplicável a esses casos nascidos do agigantamento e complexidade da sociedade atual, cuja exigência de respostas rápidas faz com que tenhamos de adequar os princípios e as regras para que a ciência procure caminhar lado a lado com a incessante evolução da sociedade.

2.3 A questão da flexibilização procedimental

É sabido que a preocupação do Estado Liberal era com o individualismo e a propriedade privada, entretanto, com a evolução da sociedade e a incapacidade de manutenção desse paradigma o Estado Social se fez presente, havendo reflexos na ciência jurídica, de

modo que se passou a prestar direitos nunca antes garantidos à sociedade massificada, a exemplo dos direitos sociais.

Como as ciências jurídicas não descrevem verdades absolutas, e sim pontos de vistas de acordo com o enfoque a ser dado no objeto de estudo, e levando-se em conta o pós-positivismo⁴¹ da atualidade, é de ser assegurada a adequação de procedimentos a demandas diferenciadas, ainda que não previstos na norma, como meio de efetivação de uma tutela prestada à luz dos direitos fundamentais, isto é, uma tutela efetiva, sem dilações indevidas e focada, sobretudo, na observância de decisões iguais em conteúdo aos que se encontram em situações similares juridicamente.

Gajardoni⁴² leciona que, paradoxalmente, o Código de Processo Civil permite que com base no artigo 131 o juiz decida livremente com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal, sobre a pretensão formulada. Mas não lhe permite, com base nos mesmos elementos, que opte pela prática de tal ou qual ato processual. Isto quer dizer, na visão do autor, com a qual concordamos, que é permitido liberdade no principal (julgamento da causa), mas não o é na escolha do *iter* para a condução do processo.

A superação de óbices meramente formais deve prevalecer quando se trata de tutelar o direito material. Não se defende aqui o esquecimento total da forma, mas o excessivo formalismo, o qual muitas vezes deforma o processo, que deve ser um instrumento democrático.

Assim, torna-se essencial a releitura desse instituto (procedimento), o qual deve ser concebido como mais uma garantia de tornar eficazes tutelas ainda não sistematizadas por inteiro, como as *demandas de massa*.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴³ fazem a seguinte observação quanto ao momento do processo civil brasileiro:

A efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro. Essa nova impostação, todavia, não desampara a outros valores igualmente fundamentais para conformação de nosso formalismo, como a segurança jurídica, a participação das partes e do juiz no processo e a autonomia individual.

⁴¹ CARVALHO anota que “o pós-positivismo é um movimento recente que mistura tendências normativistas e culturalistas, surgindo como uma crítica à dogmática jurídica tradicional (positivismo), à objetividade do direito e à neutralidade do intérprete. Suas idéias ultrapassam o legalismo estrito do positivismo sem, no entanto, recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo”. Cf. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 1 ed. São Paulo, Noeses, 2009, p. 76.

⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.(Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona).

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL* Comentado artigo por artigo. RT: SP, 2008, p. 93.

Todos são igualmente prestigiados na construção da tutela jurisdicional adequada aos casos concretos levados a juízo. O formalismo do processo civil é um formalismo valorativo. O sincretismo entre a atividade cognitiva e aquela destinada a realização prática dos direitos, a inserção de técnicas processuais antes reservadas, tão-somente, aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela satisfativa antecipada), o estímulo à cooperação ao longo do processo do juiz com as partes e das partes com o juiz e a flexibilização das exigências formais em atenção à obtenção da justiça do caso concreto marcam o Código Reformado (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Comentado artigo por artigo. RT: SP, 2008, p. 93.)

O nosso Código de Processo Civil ordena que o procedimento ordinário prevaleça em primeiro grau de jurisdição se para o caso não houver norma específica que opte por outro procedimento. É válido ressaltar que o aprimoramento das técnicas processuais que envolvem o *modo*, o *tempo* e a *forma* são fundamentais para as tutelas diferenciadas, como as de nosso objeto de estudo, pois a não flexibilização procedimental, além de eternizar os litígios, denota uma preponderância da visão do absolutismo dos conceitos de institutos processuais criados para trazer segurança, o que não se coaduna com os preceitos da Constituição Federal de 1988, onde se verifica nova roupagem ao processo civil, que pode ser preparado à sumarização de procedimentos.

O artigo 24 de nossa Carta Magna, por sua vez, diferentemente das Cartas anteriores, outorgou à União, aos estados e ao Distrito Federal a missão de legislar sobre procedimento. Destarte, a razão única por tal opção fora as diferenças regionais existentes no nosso país de dimensão continental, pois a realidade local é essencial para que a norma seja aplicada de forma eficaz.

O entendimento da majoritária doutrina é no sentido de que os atos processuais devem estar previstos em lei, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento dariam legalidade e legitimidade à decisão judicial. Ocorre que a velocidade e multiplicidade dos litígios de hoje não acompanham o rigor formal exigido pelo processo tradicional, por isso acreditamos que no contexto em que ocorre a *demanda diferenciada* é possível ao juiz flexibilizá-la sem ferir direitos das partes, ainda que não previstos expressamente na norma.

Revela-se como supedâneo desse pensamento já exposto a razoável duração do processo, como assentado na Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), a qual acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Magna, onde se prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, de modo que uma vez observados os valores caracterizadores da implementação de uma política judiciária que prima por um

processo civil pautado pela racionalização dos julgamentos, torna-se factível a referida flexibilização.

Ainda Gajardoni⁴⁴ assevera:

Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.

Assim, as formas não podem ser um embaraço à consecução dos fins do processo. A adaptabilidade do rito ao caso, ainda que não haja previsão legal, e desde que as partes tenham ciência do novo caminhar processual, justifica-se ou pode ser justificada em função da natureza da lide, pois ao legislador seria impossível prever todas as situações do cotidiano e sentir qual o melhor *iter* para alcançar a pacificação social.

Deve-se retirar da norma a sua utilidade máxima. É intuitivo, pois, que num Estado Democrático de Direito sejam oferecidos instrumentos capazes de realizar os direitos, tutelando-os. Tutelar é dar proteção, e tal proteção deve estar legitimada num instrumento garantidor do devido processo legal em *tempo* útil e com as adaptações calcadas na razoabilidade.

Portanto, a generalização do método e a ordinarização do procedimento apenas aproximam o processo da visão privatística e autoritária, esquecendo do carácter publicista que possui a técnica de solução de controvérsias. Por isso, é de ser lembrado que a grandeza do processualista moderno está na capacidade de conseguir adequar a ciência processual às transformações ocorridas na sociedade, de modo a atingir os resultados práticos esperados do processo com a devida utilidade das decisões.

2.4 A técnica processual na pós-modernidade e os poderes do Juiz

Nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Judiciário na formação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação - legítima e democrática - em decisões públicas.⁴⁵

O incremento dos poderes do juiz no processo, na verdade, tem sido de inegável contribuição para sacramentar o fim do antigo juiz passivo, fiel observador do princípio da

⁴⁴ Ibidem, p.86

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

imparcialidade. Mais do que nunca, precisa-se de um juiz proativo, garantindo que o bem da vida perseguido seja usufruído da forma mais rápida possível, ainda que mitigue o princípio da inércia, pois é o juiz quem dirige o processo, e como tal tem o dever de impulsioná-lo.

O poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para que o julgamento alcance seu desiderato, mormente quando a prova de iniciativa da parte não for suficiente para seu convencimento.

A dita expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado tem-se dado o nome de *judicialização da política*. Sem dúvida, o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo pode não ser um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas é notório que funciona como garantia da democracia, pois estabelece um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos não serão violados.

Ao efetuar esse controle de constitucionalidade, em muitos momentos, os tribunais acabam por adentrar em questões eminentemente políticas - mas para a própria garantia dos direitos fundamentais, o que é uma exigência da democracia.⁴⁶

Ao juiz é dado desenvolver o direito não exclusivamente com fidelidade à lei, mas em harmonia com os anseios da vida, avaliando os interesses em jogo, de forma que há casos em que a ordem jurídica deve ser flexível e adaptável ao caso concreto, pois interpretar normas antigas com critérios atualizados cientificamente é privilegiar o ideal de justiça.

A ampliação dos poderes do magistrado constante do Primeiro Relatório da Comissão de Juristas que buscam proposições para a feitura do anteprojeto do CPC é digna de aplauso, eis que traduz a realização de um processo que tem por base a busca da verdade calcada na realidade do caso apresentado, sendo, na verdade, a tradução e evidência do caráter publicista já consentâneo à atualidade, onde a preocupação em liberar o juiz das amarras da inércia, conferindo-o amplitude nos poderes para dirigir e conduzir o processo traz a certeza da maior proximidade com o ideal da justiça das decisões.

Por seu turno, a previsão de permissão da alteração do pedido e da causa de pedir em determinadas hipóteses, constantes do referido relatório, assegurando sempre a ampla defesa, é sem dúvida, um verdadeiro avanço no que pertine à resolução da demanda com base nas modificações naturais existentes no curso do processo, o que denota maior fidelização à realidade prática, adequando o processo ao cotidiano.

Humberto Theodoro Júnior⁴⁷ ensina:

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 37.

O moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve a feição dispositiva, diante da postura de inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração *ex officio* de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (CPC, arts. 2º, 128 e 460).⁴⁸

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.⁴⁹

A técnica na ciência do Direito há de adaptar a boa técnica à razoável duração do processo, garantia alcançada na pós-modernidade. É preciso que a utilidade da decisão seja a correlação necessária entre o conteúdo jurídico do provimento judicial e as suas consequências no mundo dos fatos.

Como o direito origina-se da prática, tem-se no seu novo modo de pensar uma alternativa de impor por meio de argumentos não só a aceitabilidade e legitimidade das decisões, mas a concretização da norma, sempre com o auxílio do intérprete que extirpe a prática do positivismo jurídico desenfreado e realce a criação do direito no processo interpretativo.

O processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, que perde a relação com seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribui para o amesquinhaamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigências formais, obscurecendo a característica principal dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social.⁵⁰

Neste estágio de evolução da ciência jurídica, onde o Judiciário ativo se porta como sendo a melhor saída para a crise de fundamento do paradigma atual, verifica-se que na dogmática pura e simples não se tem uma base de raciocínio que deva ser sustentada pela cultura jurídica contemporânea. Isto significa que a flexibilidade da interpretação da norma vai além de um sistema linear.

⁴⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 80, 2009, p.73.

⁴⁹ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 95.

⁵⁰ BEDAQUE, op. cit., p.30.

Se a técnica 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, é dizer que “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 deste.”⁵¹

Esquecer a dimensão teleológica do processo na sua aplicabilidade às *demandas repetidas* é vendar os olhos ao exercício da jurisdição plena, pois se o sistema processual ainda não está totalmente predisposto à solucionar demandas desta natureza, cabe ao jurista utilizar a técnica processual sem as distorções naturais do evoluir científico, de modo que o excessivo aumento do número de demandas em razão da facilitação do acesso à Justiça e a interpretação das normas e princípios avessos ao ideal de efetividade não encontrem na lentidão o berço para propugnar injustiças.

Constitucionalizar o processo civil de massa, iniciando um método que forneça estrutura e estabilidade aos que se encontram na mesma situação jurídica não pode ser apenas perspectiva. Com isso, asseguramos que é por meio da simplicidade e abreviação do curso natural de uma demanda diferente, como a de *massa*, que se estará concretizando os fundamentos de nossa república federativa, mormente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, de forma que o direito aplicado seja consentâneo com o já citado *neoprocessualismo*.

Sem dúvida alguma, o aprimoramento do instrumento estatal através de valores ligados à segurança e à celeridade, calcados ainda na flexibilização de exigências formais serão, por certo, o caminho para a simplificação das regras e real adequação da norma aos propósitos do processo, onde caminhar para frente sem ofender o devido processo legal seja uma realidade concreta.

Assim, deve o juiz, no uso dos poderes diretivos do processo, ir além da norma, ou seja, prestar uma tutela efetiva, que garanta um resultado onde a fundamentalidade dos direitos se faça presente, exsurgindo, a partir dessa aplicação, um alargamento dos instrumentos úteis e aptos a ensejarem uma sistemática própria para casos repetidos, sem que com isso haja ofensa ao devido processo legal e ao contraditório.

⁵¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.274.

CAPÍTULO III – Demandas repetidas e a aplicação do precedente judicial

3.1 O precedente judicial como meio de unificação da jurisprudência

Diante da evolução social e econômica que vem ocorrendo cada vez mais rápido na sociedade, e ainda o não acompanhamento da legislação ínsita nos Códigos à realidade, verificamos um maior destaque às decisões judiciais, as quais aliadas à supremacia da Constituição possuem o condão de conferir maior credibilidade aos julgados, ainda que haja certa limitação na discricionariedade do magistrado, o qual deve estar comprometido com uma justiça ágil e de visão unificadora, ainda que nossa herança lusitana tenha trazido a lei como a principal fonte do direito.

Carlos Maximiliano⁵² afirma:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

Com isso, podemos dizer que interpretar é conhecer e decidir, compreendendo a norma diante da situação concreta. No âmbito das ciências jurídicas, a atividade de interpretação é essencial, consistindo numa tarefa indispensável à aplicação e realização do direito.

Se não há uma única interpretação correta diante do caso concreto, e se assim são levadas em consideração as circunstâncias na aplicação do ato interpretativo, pode parecer que há uma antinomia no que se assevera neste trabalho, haja vista a não univocidade dos textos das normas.

Acontece que para casos de mesma fundamentação jurídica que tenham a matéria fática irrelevante para a solução do caso, eis que os casos serão juridicamente iguais e não haverá absolutamente nenhuma particularidade que venha a ensejar entendimento diferente, impende que se observe o precedente judicial como meio de unificar o entendimento de casos semelhantes, de forma a haver julgamentos iguais para casos semelhantes.

Neste cerne, se é certo que o conhecimento jurídico se desenvolve por meio de argumentos, é imperioso que se tenha em mente que estes são meios de persuasão. Assim, em disputa havida pela argumentação, no Direito, é possível afirmar que a prevalência de uma

⁵² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 19ª Edição, p. 7.

tese deve ocorrer em razão do sentimento de justiça prescrito em determinado modelo de conduta adotado pela sociedade.

Na linha evolutiva do processo civil brasileiro se verifica uma maior aproximação ao sistema da *common law*, onde prevalece o pragmatismo ao invés de dogmas, eis que a simples formulação de leis novas ou o maior aparelhamento do Judiciário são fórmulas que não alcançaram o sucesso desejado ainda.

É válido frisar que hoje o nosso sistema tem assumido a feição de *sui generis*, onde a miscigenação das fontes utilizadas o torna mais próximo de realizar o direito de modo compatível com a fundamentalidade da prestação jurisdicional.

Procedimentos simplificados e que valorizam o precedente como direito vivo num dado momento histórico parecem se coadunar com um maior grau de previsibilidade e unificação de entendimento, além de haver adequação ao preceito da razoável duração do processo, verdadeiro direito fundamental.

O Presidente da Comissão de Juristas responsáveis pelo anteprojeto do novo CPC, Ministro Luiz Fux, ressaltou que o Diploma terá cerca de mil artigos distribuídos em cinco livros e prevê a criação de vários instrumentos inovadores que servirão para reduzir, de forma significativa, o tempo de tramitação dos processos sem ferir o princípio da ampla defesa. É dizer que a força da jurisprudência faz parte também da ideologia norteadora dos trabalhos, onde a preocupação primordial reside na diminuição do excessivo número de recursos previstos no sistema atual, o que de fato em alguns casos vem a atrapalhar o andamento do processo, ainda que se apliquem multas aos que não se pautam pela probidade, verdadeiro dever das partes.

O chamando *incidente de resolução de ações repetitivas* possibilitará que uma única decisão da Justiça seja adotada nas ações relativas a um mesmo assunto. Na prática, o instrumento consistirá na adaptação do atual recurso repetitivo, utilizado pelo STJ, para os demais tribunais, o que significa maior segurança jurídica às decisões de mesma fundamentação jurídica.

É necessário frisar, registre-se novamente, que a função dos tribunais superiores é a de uniformizar a jurisprudência. Com isto, a proposição de filtrar recursos se coaduna com a política já implementada e agora provavelmente será aperfeiçoada a partir da experiência atual de maior valorização aos precedentes.

Se a grande distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law* está na fonte do direito, o que para o nosso sistema romano-germânico a lei é fonte primeira, já para o

direito da *common law*, a jurisprudência situa-se no nível mais alto das fontes jurídicas. Isto significa, como dito, que hoje tem havido uma maior aproximação do direito nacional a esta família, onde a lei continua ser fonte primária do direito, mas há uma tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito⁵³.

De fato, há uma tendência a maior absorção dos institutos inerentes ao *common law* no direito brasileiro, onde o processualista busca novas soluções em sistemas processuais que se pautam pelo pragmatismo, o que denota maior modernização e menor caráter individualista a esse nosso verdadeiro sistema híbrido.

Sem dúvida, tudo isto é fruto da complexidade pós-moderna, onde a pluralidade da sociedade aproxima os sistemas como meio natural para solução das controvérsias. Isto é facilmente identificado no uso dos precedentes aos casos semelhantes, o que não só defendemos esse meio de legitimar as decisões, mas se revela uma autêntica forma de tornar os iguais verdadeiramente iguais.

Mello muito bem esclarece:

O *common Law* inglês se desenvolveu, portanto, a partir de precedentes vinculantes (*binding precedents*), a serem obrigatoriamente seguidos por todas as cortes inferiores, muito embora sejam passíveis de modificação pela *House of Lords*. O funcionamento de tal sistema ocorre nos seguintes termos: quando um ponto de direito é fixado pelo tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada, obrigatoriamente, em demandas semelhantes, pelas cortes inferiores e pelo próprio órgão que o proclamou, salvo em hipótese de revogação pelo último. Assim, em um novo litígio judicial, o magistrado deverá, primeiramente, identificar os fatos relevantes e a questão legal a ser enfrentada. Em seguida, buscará um precedente que trate do mesmo problema jurídico e no qual se constate, ainda, que a discussão se baseou em uma situação de fato semelhante, hipótese em que o precedente e a nova causa serão considerados análogos e, por conseguinte, em que será obrigatória a aplicação da conclusão do julgado anterior.⁵⁴

Já o direito americano cogitou inicialmente adotar a codificação, mas a opção pelo *judge made law* ocorreu após um longo período de embate entre os dois sistemas. Como resultado natural da língua, do povoamento e sobretudo da identidade cultural com a Inglaterra, bem como a partir da percepção de que suas normas favoreciam a proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real prevaleceu o *common law* inglês.⁵⁵

⁵³ O termo *fonte* é empregado pela dogmática jurídica para designar a origem das normas, de onde provém o Direito. Aqui, adotamos a posição de que juntamente com a Lei, o costume e a doutrina, a jurisprudência é também fonte do direito, pois seu fundamento de validade emana do Estado. Portanto, mesmo que se entenda que a jurisprudência tenha a função de apenas esclarecer o comando legal, não rejeitamos o seu caráter de fonte imediata ou formal de normas, eis que servem, inclusive, para fundamentação dos julgados.

⁵⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.23.

⁵⁵ FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, [s.a], p.10-18.

Com isso, tem-se que a jurisprudência hoje representa fonte de construção contínua de entendimentos do Poder Judiciário, sendo a alternativa encontrada pela política judiciária que prima por uma solução rápida e unificada dos litígios, ressaltando que uma decisão isolada não constitui jurisprudência se não se repete com a mesma matéria de fundo.

Para Reale⁵⁶, a jurisprudência seria a “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”

Camargo⁵⁷ ao tratar da previsibilidade como condição essencial para manutenção da ordem leciona que:

Não obstante, a discussão metodológica atual confirma a importância da segurança e da ordem. Afinal, é princípio basilar do Estado Democrático de Direito o conhecimento e a não-arbitrariedade de suas decisões. Um grau considerável de previsibilidade deverá viabilizar os investimentos sugeridos pelo progresso e trazer confiança às relações sociais. O que se discute é a racionalidade deste novo saber concreto que trabalha com valores, conferindo algum nível de objetividade às decisões judiciais, de forma a submetê-los a uma instância de conhecimento e controle.

Alexy⁵⁸ questiona se é possível uma fundamentação racional das decisões jurídicas com critérios e objetivações de metas que traduzam a ideia reguladora do discurso real, consubstanciada em sua Teoria da Argumentação Jurídica. Para ele, a racionalidade e a universalidade proporcionam no discurso jurídico a legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais, de modo que propõe a observância a cânones interpretativos numa completa fidelização ao silogismo puro que tanto combate.

O fato crucial e que vem a colocar a jurisprudência num patamar de maior relevância é a busca pela uniformização de julgados em matéria de mesma fundamentação jurídica. Somado a isso, a busca pela celeridade processual vem exigindo a criação de mecanismos que permitam alcançar tal desiderato às ações *pseudoindividuais*.

A importância da uniformidade até mesmo nos procedimentos internos dos tribunais fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Resolução n.º99, de 24 de novembro de 2009, a qual obriga os tribunais de todo o país a apresentarem o Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação, o que significa dizer que deve haver pelo menos um indicador de resultado para cada objetivo estratégico, além de metas de curto,

⁵⁶ REALE JR. Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1976, p.167.

⁵⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 97.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p.23.

médio e longo prazos, associadas aos indicadores de resultado, alinhados ao Plano Estratégico Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação, com abrangência mínima de 5 (cinco) anos.

Destarte, a previsão de troca de informações entre tribunais consignada na pré citada resolução é o retrato do projeto de alinhamento nos procedimentos a serem adotados para que haja igualdade também na forma de administrar a prestação do serviço jurisdicional.

No I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, assinado desde 2004, verificou-se que houve a aprovação de várias reformas processuais e ainda a atualização de normas legais. Já no II Pacto Republicano, assinado em 13 de abril do ano de 2009 pelos presidentes dos três poderes da República, foram estabelecidas metas nacionais em prol da efetividade, onde destacamos entre os objetivos primordiais deste documento para este estudo: a) a agilidade e efetividade da prestação jurisdicional; b) a instituição de sistema de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, na esteira do sistema Federal; e ainda c) a revisão de normas processuais, visando a agilizar e a simplificar o processamento e julgamento das ações, coibindo os atos protelatórios, restringindo as hipóteses de reexame necessário, de forma a reduzir recursos.

Destarte, constatamos a ampla preocupação de nossa política judiciária com a celeridade, mas também com a unificação da jurisprudência pátria no intuito de se obter a razoável duração dos processos, e é por meio de uma dogmática própria, aplicável às *teses repetidas*, que será possível alcançar não apenas as metas dos instrumentos firmados pelos presidentes dos poderes da República, mas acima de tudo obter respostas compatíveis com as exigências atuais: segurança e rapidez, com a reavaliação de conceitos e uma nova visão no que pertine à maior utilização da jurisprudência em nosso sistema ainda legalista.

Com relação à aplicação de teses idênticas e a necessidade de uniformização, Marinho⁵⁹ ensina:

A aplicação de teses divergentes ou até opostas nessas situações provoca permanente irresignação dos prejudicados, semeando ceticismo, imprevisibilidade (insegurança jurídica) e descrédito entre os membros da comunidade. Portanto, a intenção da homogeneização jurisprudencial não é a de embarçar a evolução das teses jurídicas, mas evitar que sejam proferidas, em iguais circunstâncias temporais, fáticas e materiais, decisões díspares de modo que o julgamento possa flutuar pela mera distribuição processual entre turmas ou câmaras diferentes de tribunais. Ou mesmo entre tribunais diferentes.

⁵⁹ MARINHO FILHO, Luciano. *Breves Comentários aos Embargos de Divergência e aos Incidentes de Uniformização de Jurisprudência no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 74, 2009, p.48.

Barbosa Moreira⁶⁰ elucida que nem mesmo a República recolheu o legado do Brasil imperial, onde o antigo Supremo Tribunal de Justiça tinha competência para buscar a inteligência das leis civis, comerciais e criminais quando ocorressem dúvidas em razão de julgamentos divergentes, tendo a Constituição de 1891 determinado que a justiça federal consultasse a jurisprudência dos tribunais locais, quando houvesse de aplicar leis dos Estados, e vice-versa, isto é, as justiças estaduais deveriam consultar a jurisprudência dos tribunais federais, quando lhes coubesse interpretar leis da União.

É dizer, então, que a jurisprudência, na prática, representou e representa nos tempos atuais um verdadeiro guia para discussão nos julgamentos, e a partir de 1963, com a criação da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, verificou-se a intenção de minimizar a sobrecarga de trabalho naquela corte, embora não houvesse ainda previsão de efeito vinculativo.

É certo que a jurisprudência se refere à perspectiva histórica, dependendo do contexto de valores em vigor num dado momento, levando-se em conta ainda o modelo político-institucional adotado em cada país, todavia enquanto a regra escrita tende a ser cada vez mais admitida nos países que adotam o *common law*, a ideia de maior utilização da jurisprudência vem inspirando profundas transformações nos sistemas baseados no *civil law*, o que denota uma crescente aproximação entre as duas correntes jurídicas predominantes.

Revela-se a jurisprudência às *demandas de massa* como sendo uma forma de interpretar harmonicamente as normas, de modo que possui o condão de sinalizar a exegese dominante a casos similares, de mesma fundamentação jurídica, dirimindo a controvérsia a partir das discussões diárias dos Tribunais do país.

Mancuso⁶¹ elucida:

Naturalmente, nos Estados de Direito e em situações de normalidade, a jurisprudência, mormente quando potencializada em súmulas e enunciados, exerce papel relevantíssimo, atuando em mais de um plano: a) opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como importante subsídio para a subsunção dos fatos ao Direito, na medida em que sinaliza a interpretação dominante em casos análogos; b) contribui para a consecução da ordem jurídica justa, ou isonômica, ensejando que casos semelhantes recebam respostas judiciais qualitativamente uniformes; c) complementa a formação da convicção do magistrado, seja atuando como fator de atualização do Direito Positivo, seja como elemento moderador entre o fato e a *fria letra da lei*.

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p.299.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.48.

Neste raciocínio, entendemos que a menor preocupação com a logicidade e formalidade do sistema em função de um maior enfoque nos efeitos produzidos por meio da realização do direito é que garantirão uma prestação jurisdicional mais próxima do ideal de justiça, e a jurisprudência possui esse relevante papel de unificar o entendimento de matérias relativas a casos semelhantes, passando a ter maior relevância ao nosso sistema, e não uma função meramente orientadora ou declaratória.

Então, se a Constituição de 1988 foi um recomeço da nova ordem jurídica, que seja a partir do correto uso dos precedentes que se demonstre a falência absoluta do positivismo exacerbado para que assim se empreenda uma nova leitura do nosso sistema e da própria hermenêutica, onde a supremacia da constituição garanta um processo com segurança jurídica, isonomia e eficiência aos casos de idêntica fundamentação, os quais necessitam de soluções construídas a partir de premissas desprovidas da legalidade estrita, isto é, da chamada nova hermenêutica constitucional, que privilegia o ideário da dignidade da pessoa humana. Causas repetidas devem ser solucionadas sob a ótica da similitude jurisprudencial.

3.2 Aplicação dos precedentes: *overruling*, *overriding* e *distinguishing*

A crescente valorização do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, como já infirmado, traz-nos a preocupação de aplicar corretamente essa técnica, de forma que haja maior previsibilidade nas decisões e o sistema não perca a sua essência e nem mesmo o seu caráter estabilizador.

Larenz⁶² salienta que na tarefa da interpretação, jurisprudência e ciência do Direito repartem-se de tal maneira que esta facilita, de certo modo, o trabalho à jurisprudência, ao mostrar os problemas da interpretação e as vias para a solução, enquanto que aquela põe à prova os resultados, em confrontação com a problemática do caso particular, necessitando assim constantemente da ciência do Direito para a comprovação. E aduz ainda que “mas, embora o juiz seja levado, pelo caso a resolver, a interpretar de novo um determinado termo ou uma determinada proposição jurídica, deve interpretá-los, decerto, não apenas precisamente para este caso concreto, mas de maneira a que a sua interpretação possa ser efectiva para todos os outros casos similares.”

A doutrina do precedente – *stare decisis* – é entendida, no contexto norte-americano e inglês, como sendo aplicável um princípio jurídico a matérias semelhantes, de

⁶² LARENZ, op. cit., p.442.

modo que aos casos futuros haverá a aplicação do mesmo substrato fático-jurídico do precedente anteriormente utilizado. “Uma decisão proferida pela corte de maior hierarquia de uma jurisdição será vinculante para todas as cortes de hierarquia inferior pertencentes a mesma jurisdição.”⁶³

O *stare decisis* deriva da frase latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo.”⁶⁴

Neste cerne, ao analisar casos que apresentem semelhanças jurídicas e factuais com seus precedentes, tem-se como o ponto de partida para análise do novo caso o precedente anterior já utilizado. Isto não quer dizer que não haja dinamismo nas relações sociais, muito pelo contrário, pois a corte que criou o precedente paradigma pode revogá-lo, sendo tal ato denominado *overruling*, o qual acontece quando há novas circunstâncias que tornam os precedentes não utilizáveis, a exemplo de modificações sociais, econômicas, políticas ou até mesmo jurídicas em que venha a ser aplicado.

Pelo pragmatismo que deve permear a dogmática jurídica atual, torna-se fundamental a melhora nas técnicas de aplicação dos *direitos de massa*, importando dizer que o uso dos precedentes para solucionar questões jurídicas desta natureza não faz com que haja necessariamente a conversão do nosso direito, de família romano-germânico, em um campo de origem anglo-saxão, nem ocorra abandono das nossas matrizes filosóficas.

A Súmula n.º 276 do Superior Tribunal de Justiça, a qual fora publicada em 2/6/2003, rezava que “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.” A Primeira Seção deste Tribunal entendeu por cancelar em 12/11/2008 a supracitada súmula, e frise-se que a cobrança da Cofins das sociedades prestadoras de serviços já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no mês de setembro do ano de 2008, fato que fez com que muitos contribuintes parassem de pagar a referida contribuição amparados pela referida Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça, que consolidava o entendimento contrário à cobrança.

Neste toar, como em razão do firmamento de novo entendimento acerca da matéria restou modificado pelo Colendo STJ, é possível afirmar que *in casu* ocorreu a aplicação da técnica do *overruling* por parte deste tribunal.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1984, p.80.

⁶⁴ PEREIRA, Celso de Tarso. *Common Law e Case Law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.77, n.638, dez.1988, p.69.

Como verificamos, o mesmo tribunal ou até mesmo outro pode, desde que comparados os precedentes e haja uma circunstância que o diferencie do anterior (*distinguishing*), deixar de aplicar o precedente desgastado pelo tempo, de forma que o Judiciário possa evoluir a partir do novo entendimento e não se apegue a paradigmas ultrapassados. Assim sendo, o uso dos precedentes não pode ser um comando lógico, exigindo análise das peculiaridades da causa e o devido cotejo do precedente com o caso em concreto. Com isso, haverá uma ferramenta que poderá evitar o engessamento do direito posto em discussão.

O *overriding*, por sua vez, acontece se a corte reduz o âmbito de uma doutrina anteriormente estabelecida em favor de uma regra ou princípio legal que surgiu depois que a antiga doutrina foi estabelecida. O *overriding* representa uma revogação parcial de um precedente geral que passou a ter sua aplicação restringida diante de uma norma especial que justifica a alteração da abrangência do precedente. Isso denota a dinamicidade do acompanhamento dos precedentes às mudanças dos valores insertos na sociedade.

Eisenberg⁶⁵ leciona que o *overruling* tem lugar quando, concomitantemente não se satisfaz mais as exigências de congruência social e consistência sistêmica e os valores que legitimam o efeito vinculante, tais como proteção de justificável confiança, defesa contra a injusta surpresa, previsibilidade e isonomia não prevalecem sobre os motivos que justificam sua invalidação.

Almeida Melo esclarece:

O *prospective overruling* visa estabelecer que o desligamento do precedente não seja feito de forma abrupta. Faz aplicá-lo ao caso concreto e menciona que, a partir de sua data ou de outra que for fixada, diferente será a orientação a ser seguida. Mecanismo intermediário é o do *signaling*, pelo qual o Tribunal aplica o precedente antigo, porém sinaliza aos operadores do Direito a intenção de alterá-lo, o que diminui a confiança até então existente nele.⁶⁶

O *aviso*, pelo que se vê, é uma técnica pela qual a corte segue um precedente, mas ao mesmo tempo alerta a comunidade jurídica sobre o fato de que aquele precedente já não é mais confiável, de modo que se abre o caminho para a modificação das próximas decisões, e assim ter-se-á maior confiança na aplicabilidade da jurisprudência ao caso concreto.

Apropriadamente, Cunha mais uma vez leciona:

Afora o tratamento prioritário, devem as demandas repetitivas orientarem-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de

⁶⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts London, England, 1991. p. 267 *apud* in SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 267.

⁶⁶ ALMEIDA MELO, José Tarcísio de. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.893.

que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica. Aliás, a noção de segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em duas vertentes. A segurança pode ser encarada como: (a) manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada; e, (b) garantia de *previsibilidade*, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.⁶⁷

Verifica-se que os mecanismos em comento, bastante utilizados no Direito da família do *common law*, devem servir para a aplicação do precedente adequado ao caso, pois não se pode conceber mais que casos semelhantes tenham desfecho diferente, o que apenas contribui para o descrédito da prestação jurisdicional e o afastamento da segurança e isonomia na forma já citada.

Sem dúvida, o conhecimento dessas técnicas, sobretudo em razão da relevância que os precedentes tem exercido no direito romano-germânico, torna-se essencial para que haja a sua correta aplicação às teses repetidas, as quais estão próximas desse ideal de aplicação das súmulas aos casos desse jaez, o que não apenas racionaliza o processo com a diminuição do tempo da prestação jurisdicional, mas também realiza o direito de modo igualitário a quem se encontra na mesma situação jurídica.

3.3 A *ratio decidendi*, o *obter dictum* e o *amicus curiae*

O princípio da isonomia diz respeito ao tratamento igualitário a ser dado a todos pela lei, o que significa também que as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de modo diferente a casos similares, sob pena de transformação de um instrumento democrático em injustiça.

Bobbio⁶⁸ assevera que o ordenamento jurídico é uma unidade sistemática, e que é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si.

Importa dizer, com isso, que a coerência na técnica de aplicação dos precedentes é crucial para atingir o sucesso almejado. Entender a real fundamentação da decisão paradigma é tarefa que requer zelo e acuidade. Por isso, impende não apenas reconhecer o papel relevante dos fundamentos, mas delimitar sua abrangência e modo de aplicação. Assim sendo, é imperioso tratarmos dos conceitos de *ratio decidendi*, *obter dictum* e *amicus curiae* para

⁶⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. Luiz Rodrigues Wambier; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira (coords.). São Paulo: Ed. RT, no prelo.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*; tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Silvana Cabucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.219.

melhor compreender o papel dos precedentes e o seu uso adequado como meio de unificação da jurisprudência.

A *ratio decidendi* ou *holding* constitui norma, a qual é extraída do caso concreto e que vincula os tribunais inferiores. São os fundamentos que sustentam a decisão. Mas como identificá-la? Por que identificá-la?

É certo que no processo decisório são articuladas várias razões, e cada uma desempenha um determinado papel. Os fundamentos definitivos podem ser utilizados a casos futuros, já os argumentos marginais não compõem o substrato da decisão – trata-se, neste último caso, do *obiter dictum*. São os argumentos de passagem, os quais não servem como substrato para dar sustentáculo à decisão.

Então, como percebemos, é crucial que seja identificada a motivação que deu substrato ao comando geral que produzirá eficácia, pois nele é que se encontra a definição da questão de direito prevalecente após o deslinde dos debates. Eis a maior razão para se encontrar o suporte jurígeno que sustenta a decisão que servirá ou poderá servir de modelo na solução de controvérsias de mesma fundamentação jurídica. De fato, não constitui tarefa simples a delimitação do teor normativo do julgado.

Para Cruz e Tucci⁶⁹, a *ratio decidendi* é composta pela indicação dos fatos relevantes da causa (*statemente of material fact*); pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e pelo juízo decisório (*judgement*).

Mello assegura que:

Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes.⁷⁰

É dizer então que as manifestações de passagem não possuem força obrigatória para os casos futuros, isto é, apenas tem força de persuasão como aspecto argumentativo. Sabemos que muitas vezes os textos jurídicos são dotados de retórica excessiva, e a compreensão que se deve ter deles precisa estar afastada da sedução. Isto implica afirmar que a habilidade na técnica de verificação dos conceitos deve se ater aos pontos efetivamente questionados e discutidos, sob pena de não delimitação das razões de fundo da decisão.

⁶⁹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte de Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

⁷⁰ MELLO, op. cit., p.125.

Inclusive, há uma nova tendência no STF a aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença até mesmo para o controle difuso, o que reforça a relevância da identificação da *ratio decidendi* nas decisões.

Nos embargos de declaração no recurso extraordinário - RE 194662ED / BA-BAHIA, cujo julgamento se deu em 11/12/2002 e publicação em 21/03/2003, na Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto-vista, esclareceu o que se procura tratar aqui de modo preciso ao asseverar que “afigura-se fundamental a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tendo em vista a necessidade ou a imprescindibilidade dos argumentos para formação da decisão obtida (...) Embora possa haver controvérsias sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, é certo que um critério menos impreciso indica que integra a *ratio decidendi* premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão.”⁷¹

Para Streck⁷², o Direito como legado da modernidade longe está de alcançar a igualdade e o *welfare state*, e a dogmática atual obstaculiza a realização dos direitos sociais. Pensamos que a partir da prática eficaz de construção da decisão tomando por base a jurisprudência consolidada, e desde que sejam identificados os comandos normativos de relevância do *holding* ou *ratio decidendi*, torna-se factível a realização dos objetivos principais do nosso Estado de Direito, e aqui entra em ação a nova dogmática que se sugere seja aplicada às *teses repetidas*, pois precisam além de unificar o entendimento sobre uma dada matéria, devem tornar real a aceleração do processo, eis que esta não pode encontrar guarida apenas na legislação, mas sim se fazer presente no cotidiano das pessoas.

É válido lembrar lição do professor Teixeira⁷³:

Nesse sentido, destaque-se que, por mais eficiente que seja um sistema sob o ponto de vista dogmático, a sua eficácia no plano empírico estará condicionada à atuação dos seus usuários, aos quais incumbe a utilização adequada dos seus instrumentos e o cumprimento dos deveres impostos pela legislação processual.

Atenta a estes acontecimentos, a doutrina começa a afirmar a existência de *ações de grupo*, que consistiriam em “procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam

⁷¹ <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=194662&classe=RE-ED>. Acesso em 01/12/2009.

⁷² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999, p.205.

⁷³ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Peculiaridades da antecipação de tutela enquanto instrumento de concretização da efetividade do processo*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.533.

de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de *incidente coletivo* dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma ‘não-parte substituída’. É a tentativa de estabelecer ‘algo análogo a uma *class action*, mas sem classe’⁷⁴.

Neste contexto, cabe-nos trazer a lume um aspecto deveras representativo a este tópico, ou seja, a atividade de controle em abstrato da constitucionalidade utilizada no Brasil, cujo fundamento reside na supremacia da Constituição. Isso é pertinente ao tema, pois ao lado do papel que é entregue ao Judiciário, o qual tem conferido maior relevância às súmulas de jurisprudência, aparece a figura do *amicus curiae* como sendo uma técnica que permite a manifestação de órgãos ou entidades que venha a demonstrar a sua representatividade e interesse na relevância da matéria a ser discutida, debatida, sendo, uma exceção à regra da Lei n.º 9.868/99, cuja dicção veda expressamente a intervenção de terceiros.

Del Prá⁷⁵ anota o seguinte:

É corrente afirmar que a figura do *amicus curiae* já se encontra entre nós desde 1978, introduzida pela Lei 6.616/78, que alterou a redação da Lei 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários (art.31). A doutrina, ademais, aponta outras hipóteses que também seriam de intervenção do “amigo da corte”, como a prevista na Lei 8.884/94 (CADE), que regula a defesa da concorrência (art.89), e a prevista Lei 10.259/2001, que instituiu o Juizado Especial Federal (art.14, §7º, LJEF).⁷⁶

O fato é que tem havido aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade, na medida em que ocorre abertura da jurisdição constitucional. Daí resulta não só a possibilidade de o tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também de se valer de um amplo direito de participação da sociedade no controle da lei em abstrato.

Peter Habermas⁷⁷ em sua obra *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, propõe um método de interpretação constitucional que preveja a compreensão de todas as potências públicas e grupos sociais envolvidos ou que, de forma

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In: Revista de Processo, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007. p. 128.

⁷⁵ DEL PRÁ. Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves Considerações sobre o Amicus Curiae na ADIN e sua Legitimidade Recursal*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p.61.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p.12.

direta ou indireta, influenciem, no labor interpretativo dos agentes formalmente legitimados para produzir a norma em abstrato e em concreto.

Temos na teoria da interpretação constitucional, na visão do autor citado, que o modelo esteve muito vinculado a uma interpretação do que se diz como sendo uma ‘sociedade fechada’, onde é reduzido o âmbito de investigação.

Assim se posiciona Habermas⁷⁸:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

Concordamos com o autor quando propugna uma nova ordem no processo hermenêutico e critica o modelo lógico-dedutivo do positivismo, eis que sua teoria quanto à abertura da sociedade no processo de formação da norma se revela de modo concreto na figura do *amicus curiae*.

Em recurso de agravo regimental na Adin 4071, o Supremo Tribunal Federal decidiu que somente até o momento em que o processo é encaminhado para o relator para inclusão na pauta de julgamentos é que será admitida a intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Uma vez deferida a participação no processo, possui o interveniente o prazo de trinta dias para apresentar a sua manifestação (art. 6º, parágrafo único da Lei n.º 9.868/99), lembrando que desde a emenda regimental n.º 20/06 é facultado, na forma do art. 131, parágrafo 3º do Regimento Interno do STF,⁷⁹ o uso da sustentação oral, o que se coaduna com a utilização do instituto, pois poderão ser ouvidos argumentos novos e serem assim criados debates em torno da matéria, o que em muito democratiza o controle em abstrato da constitucionalidade no Brasil.

Sem que haja maior preocupação com a natureza jurídica deste instituto, até mesmo porque não é o foco do presente estudo, podemos afirmar com veemência que ele trouxe maior aprimoramento técnico para a construção da decisão. Na verdade, a sua utilização correta revela-se no binômio *relevância da matéria e representatividade dos postulantes*, o que significa um instrumento hábil para que o processo se ultime de modo a preservar a supremacia da nossa atual Constituição.

⁷⁸ Idem, p.15.

⁷⁹ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Agosto_2009.pdf. Acesso em 02/12/2009.

CAPÍTULO IV – Demandas repetidas e a nova dogmática

4.1 Inovações e Características singulares

Ao monopolizar a função jurisdicional o Estado trouxe para si a obrigação de dirimir os conflitos, decidindo sobre as pretensões apresentadas por meio de decisões que procurem alcançar a pacificação com justiça.

Entretanto, não podemos nos distanciar do problema da longa duração dos processos, pois ainda que tenham sido tomadas medidas a fim de minimizar esse real problema, o jurisdicionado e os operadores do processo, ávidos pela concretização de seus direitos e também pela transformação da realidade processual em utilidade prática, invariavelmente, e de modo acertado, confrontam a idéia de *tempo* com a de *qualidade* desta função ordenadora, que precisa estar mais próxima dos anseios da sociedade. E ao dizermos estar mais próxima, queremos buscar também a ideia de uniformidade desenvolvida ao longo deste trabalho.

No momento atual, onde a ciência processual perpassa por inúmeras modificações legislativas, as quais tem tentado aprimorar o serviço estatal prestado por meio do processo, é mister verificar como se garantir os direitos insertos na Constituição Federal que traduzam a realização dos valores humanos, de forma que seja entregue o bem jurídico em discussão em *tempo* razoável, onde a jurisdição seja prestada de forma célere, observando e garantindo sempre o maior grau de segurança jurídica possível.

Relembramos que o *incidente de resolução de ações repetitivas*, constante do Anteprojeto do novo CPC consistirá na adaptação do atual recurso repetitivo, utilizado pelo STJ, o que implica afirmar que causas iguais terão respostas iguais, fazendo valer a isonomia e a segurança jurídica, muitas vezes deixadas de lado em face de formalismos ou convicções pessoais.

É indubitoso que as marcas do pensamento jurídico contemporâneo se caracterizam pelo reconhecimento da força normativa da constituição e pela consagração dos direitos fundamentais, os quais elucidam o princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, o papel criativo do julgador é de crucial relevância para a concretização do que vem a ser uma hermenêutica fruto de um momento histórico pragmático, pautado por um Estado fundado na reconstrução dos ideais de um processo sem apego ao formalismo puro e exacerbado que corrói a prestação jurisdicional brasileira.

Advindo do latim, *procedere*, o termo processo significa *caminhar avante, para frente*, pondo-se como antônimo de *retrocesso*, cujo sentido aponta para *caminhar para trás*. Daí se percebe que a idéia de *processo* está relacionada com o *tempo*, justamente porque seu resultado depende da prática de vários atos.⁸⁰ A racionalização de procedimentos aplicáveis às *teses repetidas* se caracteriza como uma inovação, fruto da evolução da nossa ciência que deve dar mais atenção ao estudo dos direitos *pseudoindividuais*.

Como afirmou Cappelletti⁸¹, a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Como não é razoável que pessoas que se encontram na mesma situação jurídica tenham desfecho das suas ações de modo diferente, podemos dizer que o acesso à justiça também se caracteriza como o direito a uma resposta célere e à luz do devido processo legal, mas sempre calcada na uniformidade das decisões aos casos análogos.

Fernandez ressalta:

Um puro sistema de segurança e certeza jurídicas, indiferente ou contrário à justiça, constitui por si mesmo a negação do próprio direito. Daí porque, no plano metodológico, faz-se sentir a necessidade de superar os unilateralismos – quer do legalismo estrito, que privilegia a segurança em prejuízo da justiça, quer do judicialismo casuístico, que favorece a justiça com menoscabo das exigências essenciais de segurança-, mediante soluções que atendam equilibradamente à norma e ao caso, assim como às reclamações desses dois valores fundamentais do Direito, isto é, mediante soluções que tratem de alcançar um estado de coisas onde a justiça e a segurança jurídica em presença alcancem seu mais alto grau de vigência e eficácia possível.⁸²

Se para Marinoni⁸³ o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social, não há que vender os olhos para o surgimento de um direito que necessita de respostas que ainda a dogmática tradicional não estabeleceu soluções de modo sistêmico, o que nos faz, necessariamente, com que reavaliemos conceitos e mitigue princípios e normas em nome de uma hermenêutica não apenas de resultados práticos, mas de respostas que

⁸⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a Desistência da Ação*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, vol. 3, 2003, p. 49.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1988, p. 8.

⁸² FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*. São Paulo: Impacus, 2008, p.94.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1994, p. 57-58.

atendam ao clamor da igualdade de tratamento àqueles que se encontram na mesma posição jurídica.

Apropriadamente, Cunha⁸⁴ adverte novamente:

Existem *dois* modelos ou regimes de processo: aquele que disciplina as causas *individuais* e o que regula as causas *coletivas*. As demandas individuais têm suas regras contidas no Código de Processo Civil, ao passo que as coletivas, nos referidos diplomas legais e, ainda, nas disposições processuais insertas no Código de Defesa do Consumidor. Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia.

É dizer, então, que a singularidade desse direito de massa há de ter uma dogmática própria, isto é, apta a direcionar o processo civil de causas repetidas a técnicas que sejam eficazes, sob pena da solução dos conflitos dessa natureza se chocar com a própria política judiciária implementada por um Estado que erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio constitucional.

Se a insuficiência da dogmática tradicional dificulta a solução dos casos de massa, é justamente por ter um objeto próprio de estudo que se devem tratar as causas *pseudoindividuais* de forma diferenciada, onde seja possível reavaliar conceitos e utilizar técnicas inovadoras, muitas das quais já positivadas, de forma a trazer maior racionalização ao processo de causas repetidas.

Com efeito, entendemos que a superação da ineficiência de respostas do Judiciário deve ter respaldo na aplicação de técnicas adequadas às *demandas de massa*, eis que a mera utilização das normas positivadas no ordenamento pátrio, as quais já foram e são alteradas diuturnamente não é suficiente.

Destarte, a maior inovação que pode ser trazida ao estudo das *teses repetidas* é partir do pressuposto de que o processo civil deve olhar para os direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, a qual ampliou o conceito de devido processo legal, nele incluindo o princípio fundamental da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, o que implica direito do jurisdicionado a um processo sem dilações indevidas (artigo 5º, LXXVIII), mas sempre observando a singularidade dos casos repetidos, fruto do dinamismo das relações sociais.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. Luiz Rodrigues Wambier; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira (coords.). São Paulo: Ed. RT, no prelo.

Santos Filho⁸⁵ revela sua preocupação com a prestação jurisdicional célere ao elucidar:

(...) ou o Direito Processual Civil evolui mais rapidamente, de forma a responder aos reclamos e anseios da maioria da sociedade que clama por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, ou corre-se o risco do retorno, de forma conturbada, à justiça privada, com consequências imprevisíveis, inclusive, para a manutenção do Estado de Direito Democrático.

O surgimento do julgamento imediato de improcedência (CPC, art. 285-A); o 103-A da Constituição, onde permite que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (CPC, artigos 543-B e 543-C); os poderes do Relator e a repercussão geral como requisito para admissibilidade ao recurso extraordinário representam, sem dúvida alguma, não apenas inovações legislativas, mas características singulares aplicáveis ao regime processual de causas dessas natureza, as quais visam racionalizar os julgamentos de massa de modo diferenciado, unificando o entendimento jurisprudencial.

4.2 A repercussão geral no recurso extraordinário

Sabemos que o Supremo Tribunal Federal possui a função precípua de guardião da Constituição Federal, preservando e interpretando as normas constitucionais.

Ocorre que, na função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve se considerar inserida a função de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Por isso as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como *paradigmáticas*, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.⁸⁶

Neste contexto, podemos afirmar que o Recurso Extraordinário é o instrumento de controle concreto previsto no art. 102, III, da Constituição Federal.

Evidencia-se em nossa ordem jurídica que a busca por um processo justo perpassa por uma organização de procedimentos sem os quais inviabiliza a efetiva tutela jurisdicional.

⁸⁵ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2005, p.174.

⁸⁶ DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Vol. 3. 6ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2008, p.313.

Marinoni e Mitidiero⁸⁷ ressaltam de modo convincente a busca pela unidade do direito pelo STF:

Daí, pois, a consecução da unidade do Direito pelo Supremo Tribunal Federal em uma dupla perspectiva: a uma, no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatibilização das decisões; a duas, no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais.

Entendemos, inclusive, que poderia haver maior articulação entre os controles difuso e concentrado, pois hoje inexistente justificativa para se conferir eficácia vinculante a uma decisão e não a outra. Se o fundamento nuclear do STF é manter incólumes a certeza, previsibilidade e igualdade aos jurisdicionados há de ser emprestado efeito *transcendente*, como veremos adiante, também ao controle difuso, eis que a finalidade precípua do recurso extraordinário envolve o interesse público de garantir superioridade à Constituição.

Ainda assim, revela-se oportuno ressaltar que o caráter de objetivação a ser dado em sede de recurso extraordinário, onde se empreste força ao julgado do STF, deve perpassar por um precedente que traduza a efetiva orientação da Corte, impedindo decisões contraditórias também no controle difuso.

A EC n.45/2004, por sua vez, acrescentou o §3º ao art.102 da Constituição Federal atual, onde se previu que o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões tratadas no caso para que desta forma o Tribunal examine a admissão do recurso, podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros. Significa dizer que além de o recorrente ter de fundamentar seu recurso em uma das hipóteses do art.102, III, da Constituição Federal, deverá abrir um tópico específico em preliminar na sua peça recursal, de modo a demonstrar a repercussão geral, sendo um verdadeiro pressuposto de admissibilidade do recurso.

A Lei n.º11.418/2006 veio a regulamentar o §3º do art. 102 da CF, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 543-A⁸⁸.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.16.

⁸⁸ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da 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 da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

Destarte, a repercussão geral veio a delimitar a competência do STF no julgamento de recursos extraordinários às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa, tendo ainda o intuito de uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional, trazendo, desta forma, um meio de racionalizar os julgamentos de causas repetidas.

A preliminar formal de repercussão geral é exigida nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental 21/07 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto (QO-AI 664.567, Min. Sepúlveda Pertence). Os recursos extraordinários anteriores não devem ter seu seguimento denegado por ausência da preliminar formal de repercussão geral.⁸⁹

A adoção desse mecanismo de filtragem recursal se coaduna com o direito fundamental a uma tutela efetiva e com o direito a um processo com duração razoável, eis que leva ao Colendo STF apenas as questões que se mostrarem imprescindíveis à ordem jurídica.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Omissis

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

⁸⁹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=vigencia>. Acesso em 06/12/2009.

A questão debatida deve ser relevante do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, de forma que reste ultrapassado o âmbito do interesse das partes, sendo-lhes transcendente e com o ônus dessa prova ao recorrente.

No Brasil, antes da instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Emenda Constitucional 45 de 2004; art. 102, §3º, da CF), experimentamos o requisito da arguição de relevância da questão afirmada para o seu conhecimento em sede extraordinária (art. 119, III, *a e d c/c* §1º, da CF 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1 de 1969 *c/c* arts. 325, I a XI, e 327, §1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 2 de 1985).⁹⁰

Importante ressaltar que ambos os institutos não obstante tenham a função de filtrar o recurso, na arguição de relevância não havia necessidade de motivar a decisão, e ainda era tomada sob sigilo. Isso acontecia sob o argumento de que o ato possuía natureza legislativa, onde os Ministros que estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no regimento interno do STF estariam apenas acrescentando mais um inciso aos casos em que cabia recurso extraordinário.⁹¹

É possível que em algum Tribunal do país o Presidente ou o Vice-Presidente negue seguimento ao recurso extraordinário sob o argumento de que não houve a violação ao dispositivo constitucional, conforme as razões do recurso apresentado aparentam. No entanto, a verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF, porém, a análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF.

Com isso, cabe ao relator, nos termos do art. 323 do Regimento Interno do STF, examinar os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário, e uma vez presentes todos os requisitos e ainda não sendo caso de recurso idêntico ao outro cuja repercussão geral já tenha sido examinada antes, bem como não tenha o recurso se fundamentado em súmula de jurisprudência dominante do próprio STF, ocorre a presunção absoluta de existência de repercussão geral, aos moldes do art. 323, §1º, do RISTF, *in verbis*:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

⁹⁰ MARINONI, MITIDIERO, op. cit., p.30.

⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo:RT, 2005, p.104.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

Na forma do art. 324 do RISTF, o relator, após sua manifestação sobre a existência ou não de repercussão geral, submete a questão aos demais ministros, que terão o prazo de 20 (vinte dias) para o pronunciamento. Se, no entanto, nesse prazo não chegar ao relator o número suficiente de manifestações que, somadas à do relator, perfazem o total de oito, o requisito estará cumprido e haverá a repercussão geral, sendo caso de julgamento tácito ou implícito, o que não afronta o art. 93, IX, da CF, pois a existência da repercussão geral é presumida, só deixando de existir se houver a manifestação de oito ministros do STF. Neste toar, entendendo o relator que há repercussão geral deve levar o caso à turma, que se concordar com ele, terá por confirmado tal requisito. Caso contrário, deve ser levado o caso ao Plenário para apreciação.

Sobre o assunto, Bermudes⁹² salienta:

Tal como manifestada no parágrafo, presume-se a repercussão geral, tanto assim que se exige quorum qualificado para negá-la. Em virtude dessa presunção, o juízo de admissibilidade de que cuida o parágrafo dependerá da manifestação de dois terços dos membros do tribunal. Entenda-se por *tribunal*, não o plenário da Corte, mas o órgão competente para o julgamento do recurso (no STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário). Se este é o órgão competente para julgar o recurso, será dele a competência para o juízo de admissibilidade. Note-se que o § 3º não usou da linguagem do art. 97, onde a referência ao órgão especial leva à conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade dependerá do voto da maioria dos membros da Corte, se nela não houver órgão especial

Fato interessante é que acaso ultrapassado o prazo de vinte dias, terá havido preclusão para o juiz, na modalidade temporal, diferentemente do que ocorre com os demais prazos para o juiz, os quais são impróprios, não geram, em regra, consequência alguma. Vale ressaltar, com isso, que a competência para exame da questão debatida é exclusiva do STF, não se admitindo que outros tribunais se pronunciem sobre o assunto. Eventual intromissão importaria em reclamação ao Supremo para manter a integridade de sua competência.

⁹² BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 57.

A emenda regimental n.º31/09 acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 324 do RISTF, que tem a seguinte redação: “§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.” Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e vale para todos os recursos sobre questão idêntica (art. 326 do RISTF), devendo ser comunicada ao relator e à presidência para que seja dada ampla publicidade, haja vista a inconstitucionalidade de um julgamento secreto. Lembre-se que se o debate, a discussão em torno da repercussão geral não se dá em sessão pública, impõe-se a ampla publicidade, a qual vem sendo observada pelo Colendo STF.

A mesma Lei n.º11.418/2006 previu um incidente de análise da repercussão geral por amostragem quando houver multiplicidade de recursos com idêntica fundamentação⁹³.

Havendo conflito de massa, isto é, recursos extraordinários de mesma tese jurídica, em razão da já dita racionalização de procedimentos e da razoável duração que um processo deve ter, é preciso que as fundamentações jurídicas se embasem em uma ideia de um

⁹³ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República

processo objetivo, onde o Plenário do STF possa se concentrar na real controvérsia da questão, cuja técnica já demonstrou que a relevância da questão deve extrapolar o limite do individual, trazendo efeitos a toda a coletividade. Isso acontece porque se trata de um espécie de demanda onde não há partes e o interesse público se faz presente.

Não foi à toa que a comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo CPC decidiu incluir em suas proposições instrumentos capazes de obstar a ocorrência do volume de demandas, tornando alcançável a duração razoável do processo. Inclusive, restou também previsto pela referida comissão um *incidente de coletivização* para as demandas de massa, o que apenas ressalta o caráter de uniformidade que deve ser dado às *teses repetidas*.

É de se ressaltar que o Instituto Brasileiro de Defesa de Shopping – IDELOS – propôs ADIN contra a norma da repercussão geral no último dia 15/01/2010, cujo relator é o Ministro Eros Grau. Mesmo sem haver ainda a publicidade dos fundamentos que sustentam a referida ação, é preciso ficar atento aos questionamentos feitos, pois como se dará a convivência da decisão inconstitucional que não possua a devida repercussão geral é um ponto ainda não abordado pela doutrina, merecendo maior discussão.

Na verdade, à corte suprema do país só devem ser encaminhados processos que exijam maior amplitude nos efeitos, sendo factível e até mesmo aconselhável que decisões inconstitucionais de um determinado tribunal e que não possuam repercussão geral sejam revistas pelo próprio tribunal que assim decidiu, eis que tal raciocínio possui respaldo na política judiciária implementada pelo Estado.

Couture⁹⁴ ressalta que o antagonismo entre celeridade processual e segurança jurídica é apenas aparente, e o que garantirá a aplicação da justiça ao caso concreto, ao fim e ao cabo, é o equilíbrio entre ambas. Quer-nos parecer que esse equilíbrio deve traduzir a aplicação da dignidade da pessoa humana, de forma que a razoabilidade possa traduzir o sentido de um processo eficaz.

Portanto, a unificação da jurisprudência e o processo com duração razoável pautado pela racionalização da atividade judiciária são os elementos cruciais para que seja dada maior eficácia em matéria de hermenêutica constitucional aos direitos e garantias individuais (art.5º, §1º, da CF), os quais devem ter aplicação imediata, de forma que a repercussão geral é uma técnica de massificação de soluções que encontra respaldo num processo civil de resultados práticos, o qual deve evitar que a multiplicação de demandas idênticas tenham seu curso levado até última instância.

⁹⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. 4d. Colección: Maestros Del Derecho Procesal, n.1. Montevideo: B de F, 2002, p.141.

4.3 As súmulas vinculantes

A eficácia que os precedentes têm alcançado no Brasil possui como maior foco a solução dos casos análogos de forma unificada, pois a dogmática contemporânea não mais aceita a separação entre o sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado, onde aquele vem a ser co-participante do processo de criação do Direito a partir do momento em que faz escolhas a partir de valorações, completando assim o trabalho do legislador.

A preocupação atual é a de afastar as inseguranças jurídicas fruto da multiplicação de processos sobre idêntica questão, de modo que o clima de confiabilidade nas decisões judiciais possa eliminar os efeitos danosos das diferentes decisões aplicadas a casos semelhantes.

A partir da EC n.º 45/2004 foi criada a súmula vinculante em matéria constitucional (art.103-A da CF), nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Então, pode-se dizer que para que haja a súmula vinculante deve haver controvérsia atual entre órgão do Judiciário ou entre esses e a Administração Pública; a controvérsia deve trazer insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre questão idêntica; o STF deve, ainda, proferir reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, incluindo-se aí a necessidade de aprovação de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal.

Rodrigues⁹⁵ ensina:

A súmula vinculante igualmente se concretiza como sedimentação de uma linha interpretativa que o STF consolidou ao construir sua jurisprudência sobre determinada questão. Ela representa a opção jurídico-constitucional que a Suprema Corte, reiteradas vezes, considerou como devida para uma série de situações semelhantes. À medida que atribui efeito vinculante às diretivas interpretativas constantes das súmulas, devendo ser aplicadas às situações em andamento, elas significam um relevante instrumento de padronização da interpretação jurídica da Constituição.

Com isso, temos na súmula vinculante, regulamentada pela Lei n.º 11.417/2006, um sentido interpretativo dado a determinada norma, onde passa a matéria sumulada a ser conhecida, e assim faz-se com que se confira economia processual e segurança jurídica com base na posição dominante do Supremo Tribunal Federal.

Mas nem todos veem com bons olhos esse novo mecanismo que diminui a lentidão do Judiciário e faz com que casos de mesma fundamentação sejam decididos da mesma forma. Herkenhoff⁹⁶ assim se manifesta:

(...) querem fechar o Judiciário aos avanços, ao novo, ao desafio de criar; querem podar toda e qualquer tentativa de prática de um Direito mais aberto e mais crítico. Mas tais súmulas vinculantes vão também amordçar as lutas populares na direção da crescente e dialética ampliação dos direitos humanos. Já temos as súmulas não vinculantes e estas prestam serviço ao Direito. Constituem indicativos para os juizes que, em muitas hipóteses, se servem delas nos seus julgamentos. Bem diferentes serão as súmulas vinculantes, porque retirarão dos juizes parte substancial de seu papel social, em nome de uma eficiência a qualquer custo, mesmo que o preço seja a estagnação do Direito [...] E observe-se que as súmulas são elaboradas pelas cúpulas judiciárias, por tribunais compostos por ministros escolhidos pelo crivo de critérios políticos nem sempre éticos. Os juizes inferiores são pelo menos escolhidos por meio de concurso público. E, freqüentemente, é da primeira instância, é dos juizes de primeiro grau que parte o grito pela renovação do Direito, pela ampliação das franquias, pela aproximação entre Justiça e Povo.

É de se notar que o caráter público que o processo hoje alcança é consentâneo com os valores do Estado Social intervencionista, e a tendência hoje é de que haja tomada de consciência para se alcançar os reais objetivos estatais de solução de controvérsias de modo célere e uniforme, os quais devem ser concretizados pelo próprio processo.

Revelam-se interessantes as formas como os precedentes se agrupam: a) precedentes com eficácia normativa, b) precedentes com eficácia impositiva intermediária e c) precedentes com eficácia meramente persuasiva. Os primeiros estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos; os do segundo grupo não possuem eficácia normativa e seria uma espécie residual na classificação, fazendo parte de

⁹⁵ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Súmula vinculante*. Revista Dialética de Direito Processual. vol.81, Dezembro 2009, p.60.

⁹⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Justiça, direito do povo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000. p.36.

uma jurisprudência dominante; já os de eficácia meramente persuasiva diz respeito a invocação de um determinado julgado apenas para fins de persuasão do magistrado, fornecendo elementos para argumentação das partes.⁹⁷

A súmula vinculante, de acordo com a classificação acima apresentada, estaria dentro do que se entende como sendo precedente de eficácia normativa, o que denota a tendência de massificação de soluções de casos símiles.

Tavares⁹⁸ anota que a súmula vinculante representa uma forma de transposição do concreto para o abstrato, pois “os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos *erga omnes*. ”

Nota-se, entretanto, que as técnicas tradicionais de pacificação social não mais encontram respaldo na realidade da atividade jurisdicional, o que ganha relevo a padronização de julgamentos de massa neste processo de sumarização, onde muitas vezes se mitiga o contraditório e privilegia a rapidez para casos de idêntica fundamentação, sendo acertada a política judiciária adotada, eis que uma dilação injustificada na prestação jurisdicional acarretaria maior dispêndio de dinheiro público em nome de princípios que traduzem dogmas que se chocam com o anseio do jurisdicionado por uma justiça eficaz.

4.4 Os recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

O devido processo legal teve sua origem na Magna Carta das Liberdades do Rei João, “O Sem Terra”, editada no ano de 1215 com o objetivo de frear o avanço do poder real sobre os domínios dos senhores feudais.⁹⁹ Isso é relevante em face da associação que é feita do princípio da legalidade com o direito à razoável duração do processo, que já existia expressamente no sistema jurídico pátrio desde 1992, com a incorporação do *Pacto de San José da Costa Rica*, e a partir da EC 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Magna para que a tutela seja realmente efetiva.

Soares¹⁰⁰ leciona que:

⁹⁷ MELLO, op. cit., pp. 62-66.

⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, São Paulo: Método, 2007, p.13.

⁹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo:RT, 2006, p.501.

¹⁰⁰ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.133.

Tutelar é conferir proteção. A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável. Se este atende exatamente a necessidade da parte e lhe é ofertado em tempo útil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do demandado e do ordenamento como um todo, há que se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras processuais decorrentes.

A busca pelo aprimoramento do sistema processual tem de ter em foco técnicas que tratem o problema da efetividade do processo sem levá-lo a distorções que causem o amesquinamento da função jurisdicional. O processo civil ideal ainda não existe, residindo no *tempo* um dos fatores de maior preocupação. Sem dúvida alguma, o processo há de refletir a cultura do povo, isto é, seus costumes, princípios e hábitos, sendo o retrato da civilização em que atua. Rapidez e presença dos direitos fundamentais são de crucial importância na construção de técnicas que otimizem os resultados perseguidos, mormente no que pertine a uma técnica de aceleração processual aplicável aos processos repetitivos. Nesse raciocínio, a Lei n.º 11.672/08 acrescentou o art. 543-C¹⁰¹ ao nosso CPC, consagrando o procedimento para

¹⁰¹ Art. 1º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 543-C:

“Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

julgamento dos recursos especiais repetidos, o que significa dizer que o recurso no âmbito do STJ pode atingir casos semelhantes no próprio tribunal ou em trâmite nas instâncias ordinárias. Os casos de mesma fundamentação jurídica também fazem parte do dia-a-dia do Colendo STJ, e essa técnica, além de ampliar a força dos precedentes, pacificando o entendimento a respeito de determinada matéria, serve de filtro recursal.

Sabe-se que ao STJ cabe a função de interpretar a legislação infraconstitucional, verificando se houve ilegalidades nos julgamentos das causas em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça, além de lhe caber igualmente a uniformização da jurisprudência nacional.

O processamento do julgamento dos recursos especiais repetitivos consta da Resolução n.º 8 do STJ, a qual considerando a Lei que instituiu tal regramento, implanta uma sistemática do *caso piloto*, onde o precedente apreciado no referido caso, por se tratar de uma matéria que envolve vários recursos de fundamentação idêntica, a solução adotada deve ter o caráter vinculativo tanto no STJ como nos demais órgãos judiciais.

Neste toar, o recurso representativo da questão de direito, que na verdade pode ser mais de um, por envolver a mesma tese jurídica representativa da controvérsia, deverá ser selecionado pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente do tribunal recorrido, para que assim seja encaminhado ao STJ, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal (art. 1º da Res. N.º8 do STJ e parágrafo 1º do art. 543-C do CPC). Ressalte-se que o critério de escolha é duplo, isto é, devem ser selecionados os recursos que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial, sendo intuitivo

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei aos recursos já interpostos por ocasião da sua entrada em vigor.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 8 de maio de 2008; 187º da Independência e 120º da República. (...)”

que assim será possível discutir tudo o que está envolvido em outros recursos repetidos que não possuem a extensão dos recursos especiais eleitos como *caso piloto*.

Acaso o tribunal de origem não proceda à seleção dos recursos, a suspensão dos recursos idênticos será determinada pelo Ministro Relator do STJ ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, onde poderá, e aqui entendemos que ele deverá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, podendo solicitar informações a respeito da controvérsia aos tribunais federais ou estaduais no prazo de quinze dias, prazo este que se estende ao Ministério Público. Admite-se ainda manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, tendo desperdiçado o legislador de apontar os parâmetros a serem adotados pela corte neste sentido.

A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia. Se sobrestados na origem, os recursos especiais idênticos terão seguimento na forma dos parágrafos 7º e 8º do art. 543-C do CPC.

Os tribunais de origem, em nossa opinião, deverão concordar com o entendimento do STJ, negando seguimento aos recursos especiais divergentes da orientação adotada por este último, pois se o fundamento das normas que regem a aplicação de causas repetidas tem o intuito de uniformizar as decisões judiciais referentes a casos de mesma fundamentação, não há que se falar em independência do tribunal de origem acaso se entenda que é possível pensamento diverso do aqui assegurado, eis que todo magistrado, membro do MP, advogado e demais atores processuais precisam estar imbuídos da vontade e compromisso de racionalizar julgamentos diferenciados, sob pena de vilipêndio a maior garantia que deve ser dada aos que buscam a Justiça: celeridade com respostas iguais a casos de mesma fundamentação jurídica.

O STJ, no Resp 1.134.903/SP, cujo relator fora o Ministro Luiz Fux, deixou de acolher a desistência do recurso especial tido como paradigma, sem atentar que a desistência independe do consentimento da parte ou de homologação judicial (art.501, CPC) para a produção dos seus efeitos. A desistência do recurso no caso tratado não poderia prejudicar aquele que desiste, por expressão disposição legal, pois é um direito que pode ser exercitado. Na verdade, seria conveniente que ocorresse o julgamento do recurso com base no procedimento em específico, para que houvesse assim a adoção da tese a ser adotada pelo tribunal superior.

O amadurecimento das reflexões e sedimentação dessa sistemática que fazem com que os recursos repetitivos no âmbito do STJ tenham os seus cursos abreviados é inerente à mudança de paradigma pela qual vem passando o processo civil, onde a partir da objetivação conferida aos casos representativos da controvérsia, pode-se aferir que o grau de agigantamento na porta de entrada do Judiciário, construído e legitimamente assegurado pela garantia de ingresso em juízo, deve, necessariamente, buscar alternativas que visem dar maior vazão a estas mesmas demandas que ainda traduzem descrédito ao nosso sistema processual como um todo, o qual ainda encontra-se ávido por respostas compatíveis com a relevância que possui na busca pelo encontro do bem comum e realização da justiça.

Hoje, parcela da doutrina tem defendido, inclusive, a indenizabilidade contra o Poder Público nos casos de danos sofridos com a demora do processo, residindo tal fundamento na irrazoável duração do processo, isto porque a norma constitucional possui eficácia plena e deve ser aplicada em consonância com o restante do ordenamento jurídico.¹⁰²

De acordo com o § 9º da Lei n.º 11.672/2008, “O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE), por meio do Gabinete da Vice-Presidência, exarou a Portaria nº 04/2009-GVP, em 27 de novembro de 2009, que trata do processamento dos recursos extraordinários e especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, e ainda com apreciação da repercussão geral, nos termos dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil e da Instrução de Serviço nº 04/2009, de 25 de novembro de 2009, da Vice-Presidência, onde destacamos o art. 2º, VII, que reza caber à servidora designada que encaminhe aos juízes auxiliares da Vice-Presidência, bem como aos Desembargadores Presidentes das Câmaras Cíveis ou Criminais, para fins de cientificação, a respectiva cópia do acórdão de julgamento dos recursos paradigmas pelos Tribunais Superiores, o que simplesmente corrobora com a ideia de unificação e racionalização nos julgamentos das causas repetitivas.

Também o Tribunal Regional Federal da 5ª Região disciplinou a matéria em seu Regimento Interno, precisamente em seu art. 220, o qual elucida que “quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao Presidente do Tribunal admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais

¹⁰² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: 2009, pp-62/64.

serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais, até pronunciamento definitivo da Corte Superior.”

Consta ainda do § 1º deste artigo que uma vez “publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados: I – terão seguimento denegado, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; II – serão novamente examinados pelo Tribunal, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.”

No § 2º do referido artigo 220 tem-se que “no caso do inciso II, do parágrafo anterior, mantida a decisão divergente pelo Tribunal, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial, nos termos da Lei nº 11.672/2008.”

De toda sorte, a Resolução n.º 8 do STJ não se preocupou em limitar o prazo para julgamento do recurso especial paradigma, diferentemente do que havia previsto a revogada Resolução n.º 7 do mesmo tribunal, onde o julgamento deveria se encerrar no prazo de 60 dias, incluindo pedido de vistas dos autos. Entretanto, em razão do que se depreende ao longo deste estudo, deve a jurisprudência do próprio STJ afastar essa celeuma, de modo que cada vez mais seja dada maior importância ao regime processual das causas repetidas.

Importa ressaltar que a Primeira Seção do STJ, de acordo com a informação prestada pelo próprio Tribunal¹⁰³, fechou o ano com 89 recursos repetitivos julgados na forma da Lei dos Recursos Repetitivos. Entre as decisões estão questões referentes à possibilidade de cobrança dos créditos provenientes de operações de crédito rural cedidos à União pelo Banco do Brasil; ISS sobre os serviços prestados por empresas franqueadas dos Correios que realizam atividades postais e telemáticas; e a aplicabilidade das leis disciplinadoras dos regimes de compensação relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. A Primeira Seção também aplicou a Lei dos Recursos Repetitivos para consolidar sua posição a respeito da incidência de imposto de renda sobre o resultado das aplicações financeiras realizadas por cooperativas; forma de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a gratificação natalina; incidência do ICMS sobre os encargos financeiros nas vendas a prazo; e base de cálculo do ISS incidente sobre a prestação de serviços de agenciamento de mão de obra temporária.

De fato, os resultados obtidos com o julgamento único de recursos com questões idênticas garante a uniformização da jurisprudência e faz com que haja maior segurança jurídica neste instrumento democrático de soluções de controvérsias.

¹⁰³ http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95125. Acesso em 10/12/2010.

É relevante destacarmos recente julgamento no Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº571.572-8/BA, onde restou decidido ser cabível no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a Reclamação Constitucional para eliminar divergência entre decisões dos Juizados Estaduais e a jurisprudência do próprio STJ.

A Reclamação Constitucional nº3.752/GO, que almejava o desfazimento da decisão do Juizado Especial Estadual que contrariou entendimento já pacificado pelo STJ, ensejou que a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, levasse o caso à Corte Especial, a qual editou a Resolução nº12, de 14 de dezembro de 2009, onde se prevê expressamente a reclamação como meio de suspender casos similares em curso nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Destarte, em função da citada Resolução nº12/2009 do STJ, a Ministra Nancy Andrighi concedera liminar nos autos da Reclamação alhures para suspender os processos que versavam sobre a controvérsia dos autos. É dizer, no nosso entendimento, que houve preocupação fundada na solução de uniformização de decisões para os Juizados Especiais Estaduais, até mesmo porque ainda não foi criada a Turma de Uniformização respectiva, assim como já existe para os Juizados Especiais Federais.

A utilização da Reclamação prevista no art.105, I, f, da CF não apenas possui a amplitude necessária para resolver o problema das decisões conflitantes entre os Juizados Especiais Estaduais e o STJ, como também se coaduna com a lógica do sistema judiciário nacional que procura dar unidade às interpretações de matérias de mesma fundamentação jurídica, e assim prevaleça a previsibilidade, estabilidade e segurança jurídicas essenciais ao deslinde de ações desta natureza, eis que a manutenção de decisões divergentes aumenta o risco de se potencializar a desordem e a prática da injustiça das decisões, maior mal que pode acometer uma sociedade plural que se respalda no Estado de Direito para solucionar os impasses naturalmente existentes no seio da sociedade.

É imperioso ressaltar que no Anteprojeto do novo CPC defende-se que a tese adotada no recurso repetitivo deve ser de obediência obrigatória para os tribunais locais, com o que concordamos, eis que o compromisso do julgador com a ideologia norteadora do ideário de celeridade e uniformidade deve prevalecer sobre convicções pessoais, de modo a sedimentar a sistemática de abreviação e racionalização dos recursos de teses repetidas, e assim sejam desencorajadas aventuras judiciais e obstadas na origem as ações com fundamentos já plenamente discutidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

4.5 O julgamento improcedente do mérito sem citação réu

Duarte¹⁰⁴ ressaltou em excelente artigo que a criação do Conselho Nacional de Justiça e o advento da súmula vinculante não teriam o condão de transformar a justiça brasileira em uma justiça concebida também no âmbito material. Quis afirmar o renomado autor que o processo deve ser ágil e ainda por cima propiciar segurança jurídica com simplificação de técnicas.

Com isso havemos de concordar, pois o próprio pacto por um judiciário mais rápido como forma de combate à morosidade representa o anseio por medidas mais eficazes, mormente quando o assunto é tutelar os direitos de massa, os quais abarrotam as estantes da Justiça, e também por isso devem se afastar da dogmática tradicional.

Neste toar, dando sequência ao estatuído no art. 7º da EC N.º45,¹⁰⁵ foi introduzido o art. 285-A ao CPC¹⁰⁶ por meio da Lei 11.277/06, a qual na exposição de motivos - EM nº 00186 - MJ - deixou bastante claro que essa seria uma maneira de criar um mecanismo que permitisse ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida fosse unicamente de direito, e no juízo já houvesse sentença de total improcedência, poder dispensar a citação e proferir decisão, desde que reproduzindo a anteriormente prolatada.

Ressaltamos que essa técnica de julgamento de mérito *in limine litis* não é novidade em nosso ordenamento jurídico, pois ao juiz já é dado o poder de indeferir a petição inicial sem que haja a citação do réu, por verificar que a pretensão do autor está prescrita (art. 295, IV), o que resulta num julgamento de mérito da causa *prima facie*, assim como já disposto no art.285-A.

Sem dúvida, trata-se de uma técnica voltada à racionalização de julgamentos de *demandas de massa*, onde se pode abreviar o curso do processo se a matéria "controvertida"

¹⁰⁴ DUARTE, Bento Herculano. *Constitucionalidade do Novel Artigo 285-A do CPC (Decisão Liminar de Improcedência) – Uma resposta à luz dos Princípios Fundamentais do Direito processual e Outras Questões*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.132.

¹⁰⁵ "Artigo 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça e mais célere a prestação jurisdicional."

¹⁰⁶ "Art. 285 - A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º. - Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. - Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso".

for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros “casos idênticos”.

Convém elucidar que poderia o legislador ter tido mais cuidado na redação da norma, haja vista que a controvérsia efetivamente só se realiza após a devida impugnação, pelo réu, de algum ponto alegado pelo autor. Como na aplicação desta regra não há a citação propriamente dita, não há que se falar em controvérsia.

Em outro aspecto se revela mais uma atecnia. Quer-nos parecer que os “casos idênticos” não se tratam de causas idênticas, o que implicaria em ações idênticas (§2º, art.301, do CPC), exigindo-se as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, o que implicaria, na forma do art.267, V, do CPC, em julgamento sem resolução de mérito.

Na verdade, os casos idênticos se revelam, pelo teor do dispositivo ora estudado, e ainda levando-se em conta o pacto por um judiciário mais célere, como já infirmado acima, nas *demandas repetidas*, de mesma tese jurídica. Cunha¹⁰⁷, mais uma vez, muito bem trata da questão ao dizer que:

O que se identifica, o que é igual em todas essas demandas, é a *argumentação* ou *fundamentação jurídica*. Assim, se se postula, por exemplo, em determinada demanda, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, por ser inconstitucional determinado tributo, o juiz não deverá aplicar o art.285-A do CPC se, depois de ter julgado improcedentes vários pleitos formulados no mesmo sentido, for proposta uma demanda contendo argumentos diversos.

Então, é possível depreender que para a correta utilização dessa técnica abreviada de julgamento de mérito sem que ocorra a citação, devem ser observados alguns pontos: *a) a matéria tratada na demanda seja unicamente de direito; b) já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos de mesma fundamentação jurídica no juízo; c) reprodução do teor da(s) decisão(ões) proferida(s) em outras ações de mesma natureza.*

A constitucionalidade da regra vem sendo discutida no Supremo Tribunal Federal em razão de ajuizamento por parte do Conselho Federal da OAB de uma ADIN, de número 3.695/DF, que tem como Relator o Min. César Peluso. Já houve, inclusive, parecer do procurador da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, em julho de 2006, pugnando pela improcedência da referida ação para que seja declarada constitucional a Lei

¹⁰⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Breves Notas sobre o art. 285-A do CPC*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.401.

11.277/06. De acordo com informações do STF¹⁰⁸, o processo está concluso ao Ministro Relator desde abril de 2009.

Em apertada síntese, consta da petição inicial os seguintes argumentos, conforme se verifica no sítio do Colendo STF¹⁰⁹: 1- Restrição ao princípio do direito de ação; 2- mácula ao princípio do contraditório; 3- inobservância do devido processo legal e 4- violação do princípio da igualdade.

Marinoni¹¹⁰, sobre a suposta inconstitucionalidade do artigo em comento, ressalta que em tais processos as sentenças são reproduzidas via computador, na mesma proporção em que ingressam as petições iniciais e as contestações, que somente variam quanto aos dados relativos às partes. Assegura ainda que a “multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial. Portanto, é lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do art. 285-A.”

Não se trata de vedar o acesso ao judiciário, como procura fazer crer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. É que para os processos de massa cabe enaltecer a racionalidade, propiciando ao magistrado a oportunidade de identificar demandas que não possuem viabilidade jurídica, eis que já conhecidas as teses jurídicas, o que apenas demandaria mais tempo no seu trâmite, pois seria despendido muito trabalho cartorário para se chegar onde já se saberia: na improcedência do pleito. A extensão do direito de ação deve ser proporcional ao resultado útil a ser dado às partes, eis que necessário a adequação da concepção aos direitos fundamentais, de modo que não se tome ainda mais tempo da estrutura jurisdicional brasileira.

O juiz, estando plenamente convencido a respeito dos argumentos jurídicos da demanda, e havendo mesmos casos na vara em que atua, deve abreviar o curso da demanda em função de uma tutela eficaz, não lhe sendo faculdade, e sim compromisso com uma prestação jurisdicional apta a traduzir concretude na realização dos direitos.

Acreditamos ainda que deve haver compromisso da decisão do juízo *a quo* com o entendimento consolidado dos tribunais superiores, sob pena de vilipendiar uma resposta uniforme, que deve ser pautada pela garantia de previsibilidade e consentânea com os instrumentos legislativos que vem a facilitar o deslinde das *teses repetidas*.

¹⁰⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2373898>. Acesso em 19/12/2009.

¹⁰⁹ http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=2373898. Acesso em 19/12/2009.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações Repetitivas e julgamento liminar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 858, 2007, p. 11-18.

Não vislumbramos ofensa ao contraditório, eis que este existe em razão da possibilidade de o réu vir a perder a ação. Ora, se a decisão é favorável ao réu, não lhe havendo prejuízo algum, a simples exigência da oportunidade de defesa não se insere no contexto de um processo com duração razoável. Ademais, não há que se falar em nulidade por não ter havido a citação, pois só se pode proclamar nulidade se houver prejuízo (§§1º e 2º do art.249 e parágrafo único do art.250, ambos do CPC).

Bedaque¹¹¹, ao tratar das alterações estruturais do direito processual, sustenta que há duas razões fundamentais: a primeira seria a para mudança comportamental do processualista, o qual possui maior consciência do verdadeiro papel reservado à ciência, onde o processo é instrumento de pacificação social, devendo haver renovação de conceitos e adequação à evolução do direito material; a segunda diz respeito à necessidade de o instrumento se adequar ao objeto, de modo que seus institutos fundamentais possam ser moldados à luz das novas relações.

A facilitação do acesso à justiça hoje, superado em parte, dá lugar a mecanismos que possam solucionar os casos análogos com uniformidade, celeridade e garantia de previsibilidade, tudo com vistas a manter o caráter instrumentalista que o processo deve exercer na sociedade.

Promover julgamentos diferentes sobre a mesma matéria gera insegurança. Por isso que nessa técnica de julgamento há a possibilidade de retratação do juízo. “Enfim, poderá o juiz retratar-se diante da apelação, exsurto aí mais uma exceção ao princípio da inalterabilidade da sentença, previsto no art.463 do CPC.”¹¹²

Caso seja mantida a sentença de improcedência total do pedido e, portanto, não ocorra o juízo de retratação, é que será ordenada a citação do réu para responder ao recurso, com base no artigo 285-A, parágrafo 2º do CPC. O tribunal poderá ainda, sob nossa ótica, dar provimento ao recurso, julgando procedente o pedido, desde que o recorrente, ao fixar a extensão do efeito devolutivo na apelação requeira expressamente.

O juiz, caso não emita juízo de retratação, remeterá os autos ao juízo *ad quem*. O Tribunal, se entender que a questão envolve fatos ou que o caso não é idêntico aos anteriores, *anulará* a sentença, pois aqui tratar-se-á de um caso de *error in procedendo*, de modo que deve ser aberta oportunidade para o contraditório.

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2009. p.62.

¹¹² ¹¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Breves Notas sobre o art. 285-A do CPC*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007, p.407.

Em excelente ensaio Cambi¹¹³ explica que:

As contra-razões do recurso de apelação não podem ser recebidas como se fosse a *contestação*, pois quando o demandado responde ao apelo se detém ao objeto do recurso. A resposta do réu é mais ampla que as contra-razões, abrangendo a contestação, as exceções e a reconvenção (art. 297/CPC). Logo, o princípio da eventualidade (art. 300/CPC) não se aplica às contra-razões, não se exigindo que o apelado alegue toda a matéria de defesa, mesmo porque a ausência de resposta à apelação não implica a revelia, já que não se trata de um ônus, mas de mera faculdade do demandado, cujo prejuízo se restringe, no máximo, à anulação do julgado pelo juízo *ad quem*.

Interessante observar o preceito do §1º do art.518 do CPC, o qual assevera que o juiz não receberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Isso significa que cada vez mais, necessariamente, deverá ser seguido o entendimento dos tribunais superiores, pois a consolidação das decisões vem de cima para baixo, onde após amplas discussões resta sedimentada uma determinada matéria. Seria, sem dúvida alguma, gasto desnecessário de tempo, indo ao arrepio da garantia constitucional de uma tutela efetiva, acaso houvesse o recebimento da apelação caso a sentença estivesse de acordo com súmula dos tribunais superiores, de modo que as regras do art.285-A e a do §1º do art.518, ambas do CPC, se complementam e racionalizam os julgamentos de massa.

O relator da apelação, pelo teor do art.557 do CPC, poderá inclusive negar seguimento ao recurso em razão de confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de tribunal superior. Na verdade, essa deverá ser a postura adotada pelo julgador, eis que o âmago das reformas empreendidas propugna celeridade; unidade e coerência dos julgados, e assim, tanto o juiz de primeira instância quanto o relator devem empenharem-se ao máximo para que sejam observadas as súmulas, mormente às dos tribunais superiores.

Aos juizados especiais estaduais e federais deve a regra do art.285-A ser seguida, a despeito de não haver previsão expressa neste sentido, dado que a técnica em comento possibilita maior agilização processual, sendo certo que o próprio princípio da economia processual faz parte do objetivo dessas regras que tratam de causas de menor complexidade. Por isso, em todo tipo de processo de conhecimento é compatível a regra do art.285-A, a qual prima por um tratamento diferenciado, isto é, apropriado às teses repetidas.

¹¹³CAMBI. Eduardo Augusto. *Julgamento prima facie (Imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_eduardo_augusto_s_cambi.pdf. Acesso em 20/12/2009.

4.6 A relevância dos poderes do Relator nas demandas de massa

Já afirmamos páginas atrás que o direito é a vida normada. E como tal, deve o jurista se preocupar em compreender e explicar o discurso jurídico de modo pragmático. No entanto, válido frisar que aqui não se procura deixar de lado o enfoque filosófico que deve ser dado a toda ciência, eis que a cognoscibilidade é a base racional para se alcançar um raciocínio coerente, o verdadeiro saber humano. Porém, os efeitos práticos que o processo de massa deve exercer no controle da sociedade nos remetem à prevalência do cotidiano para identificação dos problemas e encontro de soluções que possam trazer respostas eficazes.

Com efeito, a partir da interpretação da norma, a qual não significa que o operador vai simplesmente aplicar uma regra pronta do legislador, mas sim terá de avaliar as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, manipulando situações políticas, sociais, éticas e econômicas, podemos afirmar que nasce a decisão, cujo conteúdo deve estar longe da abstração e generalidade, dada a concretude dos preceitos casuísticos.

Recasens Siches¹¹⁴ afirma que “sem interpretação não há possibilidade alguma nem de observância nem de funcionamento de nenhuma ordem jurídica.” O caráter interpretativo, mesmo que vinculado a critérios ideológicos, deve ser pautado por efeitos práticos, sempre visando uniformidade de interpretação aos casos que possuam a mesma tese jurídica, atendendo aos propósitos da norma na criação do direito.

A CF de 1988, em seu inciso LV do art.5º, assegura que a todos os litigantes, em processo administrativo ou judicial, é garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes. Mas apesar dessa garantia constitucional, amplamente ligada ao Estado de Direito, parcela da doutrina repele o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, a exemplo de Barbosa Moreira¹¹⁵.

Maria Berenice Dias¹¹⁶, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, de forma brilhante, leciona:

¹¹⁴ RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 2 ed. Argentina: Editorial Porrúa, 1972, p.211.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5, p. 236.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *As decisões monocráticas do artigo 557 do CPC*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto230.rtf>. Acesso em 20/12/2009.

O aumento cada vez maior de demandas que aportam na Justiça leva à necessidade de buscar formas mais expeditas para a solução dos conflitos. Para assegurar a garantia de um resultado conforme com o Direito, imperiosa a manutenção dos meios impugnativos, pois há maior probabilidade de acerto, quando os pronunciamentos judiciais estão sujeitos ao crivo da revisão. Entretanto, a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição não pode continuar a subjugá-lo à tradição de que todos os recursos merecem julgamento por órgãos coletivos.

Apesar da relevante função do duplo grau de jurisdição na solução dos conflitos, há de se convir que diante das crescentes demandas repetidas e também da instrumentalidade inerente a um processo de resultados práticos, é necessário que haja limitações no seu uso. Vejamos que o §3º do art.515 do CPC, o qual permite que o Tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença que julga a causa sem resolução do mérito, possa conhecer diretamente do mérito se a causa versar questão apenas de direito e estiver madura para julgamento é um claro exemplo de mitigação desse princípio.

Ainda assim, mesmo que se argumente existir, em razão do duplo grau de jurisdição, dificuldade de acesso à justiça; desprestígio de primeira instância ou quebra da unidade do poder jurisdicional, faz-se necessário elucidar que há questões que por já ter passado por vários debates em sede de segundo grau, tornam-se consolidadas, de modo que seu entendimento não mais controvertido, necessariamente, faz com que devam as ações desta natureza não mais ir adiante, ou seja, não se deve garantir o duplo grau de jurisdição quando disser respeito a teses já definidas no âmbito do posicionamento do Judiciário.

Destarte, razoável afirmar que é possível haver exceções ao referido princípio, devendo haver harmonia com o sistema processual que clama por celeridade e uniformidade em suas decisões, o que, sem dúvida, traz segurança jurídica e dá sustentáculo a uma tutela pautada nos direitos fundamentais, sobressaindo-se o da efetividade.

Diante disso, torna-se plausível a *mens legis* dada pela lei nº10.352/01, contida no inciso I do art. 527 do CPC,¹¹⁷ a qual propugna que o relator negará seguimento *in limine* aos recursos que estiverem em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Do mesmo modo, o §1º-A do art.557 contem regra de mesmo sentido, eis que se a decisão recorrida confrontar-se com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso, ressaltando que eventual provimento não deve estar respaldado por jurisprudência do tribunal local.

¹¹⁷ “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído “incontinenti”, o relator: I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557.

Diferente não é o julgamento de recurso afetado à Seção ou Corte Especial no âmbito do STJ, pois a Resolução n.º8 do STJ, precisamente em seu art.7º, autoriza julgamento monocrático de recurso fundado em idêntica questão de direito, o que apenas ressalta que os poderes do relator são essenciais para que se dê unidade e coerência nos julgamentos de mesma fundamentação jurídica.

Verifica-se que caminhamos para a relativização do julgamento colegiado. E frise-se que o fato de a lei ter adotado uma nova modalidade de julgamento também não violenta o princípio do devido processo legal, pois o dinamismo processual deve caminhar ao lado das mudanças da realidade, de forma que o caráter instrumental se sobressaia como meio de adequação ao fim a que se destina.

Interessante se mostra a dicção do §1º do art.518 do CPC, introduzida pela Lei n.º11.276/06, pois uma vez interposta a apelação, o juiz não a receberá quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, revelando-se como um efeito obstativo da apelação, o que se coaduna com os poderes do relator, pois se ainda assim houver inconformismo do recorrente, aplicar-se-á a regra do art. 527 do CPC alhures evidenciada.

Percebemos que o novo sistema brasileiro recursal tem procurado privilegiar os valores do constitucionalismo, estando na direção correta, pois todo o problema de inefetividade do processo deve passar pelo cumprimento das garantias processuais que se refiram à realização de justiça em um espaço mais curto de tempo, e com observância aos critérios de uniformidade de decisões em prol de um maior aperfeiçoamento desse relevante instrumento que necessita de operadores imbuídos de uma mentalidade consentânea com os efeitos práticos que o processo deve exercer.

4.7 As teses repetidas nos Juizados Especiais Estaduais, Federais e da Fazenda Pública

Os juizados especiais estaduais foram previstos no art.98 da CF de 1988 e foram regulados pela Lei n.º 7.244/84, sendo hoje regulados pela Lei n.º9.099/95, onde tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo, sendo regidos pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

De fato, os juizados especiais cíveis garantiram um maior acesso à justiça, tendo alcançado resultados excelentes nos últimos anos. Apenas para se ter uma ideia do número de profissionais que desempenham suas atividades nos juizados especiais estaduais por todo o país, a título informativo, colhemos que no estado de Pernambuco há 37 (trinta e sete) juizados especiais¹¹⁸; no estado de Minas Gerais, de acordo com a Lei Complementar n.º 59/2001¹¹⁹, há mais de cem juízes que exercem suas funções nesses juizados.

As teses repetidas também ocorrem na seara dos juizados especiais cíveis, de modo que as regras já tratadas, que visam dar celeridade e uniformidade em demandas desta natureza devem ter sua aplicação nas causas de menor complexidade caso se enquadrem na mesma fundamentação jurídica.

No caminho inverso desse raciocínio, o I Colégio Recursal de Pernambuco insiste no entendimento de que a Lei n.º 9.099/95 deve ser seguida sem que se observe o CPC, por tratar-se de rito especial. O Enunciado n.º 6 do referido Colégio de Recurso assevera que nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. Ora, se a regra deve prestigiar a celeridade, nada mais coerente do que tratar as *demandas de massa* de forma que sejam adequadas às regras do CPC, ainda que a ação em curso seja no juizado especial cível.

Assim, não haverá contradição com o próprio sistema das causas de menor complexidade, muito pelo contrário, pois estar-se-á primando pela prestação jurisdicional pautada pela razoabilidade, eis que o instrumento não deve ser refém de procedimento quando se trata de tutelar o direito, devendo ocorrer a adequação das regras dos juizados especiais estaduais a esse novo tipo de demanda, até mesmo porque o princípio da celeridade que rege os juizados será maculado se não houve aplicação do CPC aos casos repetidos nos juizados estaduais.

É preciso ter sempre em mente que a Constituição é o fundamento para validade de todas as normas desde a sua formação até a aplicação prática, eis que a unidade da CF é capaz de traduzir um sistema de coerência narrativa. Canotilho¹²⁰ ensina que:

O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação. Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da 'coerência

¹¹⁸ http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=6487. Acesso em 24/12/2009.

¹¹⁹ http://www.tjmg.jus.br/jesp/legislacao_atos_normativos/lei_estadual/lei_complementar_%20n59_18_01_2001.pdf. Acesso em 23/12/2009.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1183.

narrativa' do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as lerem e compreenderem, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma unidade dividida (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material de suas normas, isso em nada altera a *igualdade hierárquica* de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.

Se a razão maior da norma em comento foi a de trazer oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tem-se na aplicação das regras voltadas às *demandas de massa* no CPC um meio adequado para dar um tratamento uniforme às causas nos juizados especiais estaduais, pois a racionalização nos julgamentos é medida que se impõe a todos os procedimentos, tudo isto de acordo com a política judiciária advinda da CF de 1988.

No Rio Grande do Sul, o Regimento Interno¹²¹ das Turmas Recursais dos Juizados já tratam da uniformização da jurisprudência no art.19, valendo ressaltar que entre as Turmas Recursais Cíveis poderá o relator propor que seja o recurso julgado por colegiado composto por integrantes de todas as turmas recursais cíveis. Essa preocupação é digna de aplauso e se coaduna com os ditames da nova processualística.

Na Lei n.º10.259/2001, que rege os juizados especiais federais, em seu art.14 também há previsão de pedido de uniformização de interpretação. Se uma lei federal for interpretada de modo diverso sobre questões de direito material por Turmas Recursais da mesma região, de regiões diferentes ou até mesmo interpretada em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, caberá o pedido de uniformização, sendo neste último caso julgado pela Turma de Uniformização.

Importa ressaltar que em questões de direito material, quando a Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste tribunal superior, o qual dirimirá a divergência (§4º, do art.14 da Lei 10.259/01), na forma da Resolução n.º10, de 21 de novembro de 2007, do próprio STJ.

É possível ainda que o relator conceda medida liminar suspendendo o curso dos processos onde a controvérsia esteja estabelecida, o que ressalta vanguarda para uma norma de cunho simplista e informal.

Convém elucidar que eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos após os pedidos realizados nas Turmas Recursais serão devidamente retidos nos autos até que

¹²¹ http://www.tjrs.jus.br/institu/je/reg_int_camrecursais.doc. Acesso em 24/12/2009

haja o pronunciamento do STJ. Após apreciação pelo referido tribunal superior consta previsão legal (§9º da Lei 10.259/01) de que as Turmas Recursais poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo STJ.

Entretanto, entendemos que devem as Turmas Recursais, necessariamente, atender ao decidido no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça de forma expressa, pois deve haver um compromisso dos julgadores com o sistema processual que procura cada vez mais criar mecanismos aptos a alcançarem a uniformidade, sendo medida desarrazoada pensar em priorizar a independência do magistrado neste sentido, indo tal pensamento ao arrepio do que se tem denominado ordem jurídica justa.

É de extrema relevância trazer a lume a publicação em 23/12/2009 da Lei n.º12.153, de 22/12/2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, os quais terão o condão de processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do DF, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, assim como a norma dos Juizados Especiais Federais.

A regra só entra em vigor após seis meses da publicação, havendo o prazo de dois anos para a respectiva instalação. Trata-se, na verdade, de regra de semelhante natureza das já citadas, onde procura racionalizar os julgamentos em face da Fazenda Pública, ré em diversas causas repetidas, de mesma fundamentação jurídica. Sobreleva afirmar que, assim como na Lei dos Juizados Especiais Federais, houve previsão expressa quanto ao pedido de uniformização de interpretação de lei (art.18 da Lei n.º12.153/09), quando por Turmas Recursais houver divergência sobre questões de direito material, devendo o referido pedido ser julgado em reunião conjunta das Turmas que estiverem em conflito.

Com efeito, se Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ, o pedido será por este julgado (§3º da Lei n.º12.153/09).

Apenas para corroborar o entendimento já manifestado ao longo do presente estudo, as questões idênticas constantes de pedidos de uniformização serão retidas nos autos, aguardando o pronunciamento do STJ (§1º do art.19 da Lei n.º12.153/09), podendo o relator conceder medida liminar visando à suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Por conseguinte, após publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos serão apreciados pelas Turmas Recursais, que também poderão exercer o juízo de retratação ou os

declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo STJ. Implica reafirmarmos que deve ocorrer o juízo de retratação, pois se o tribunal superior competente é capaz de dirimir a controvérsia, não é dado à Turma Recursal alguma seguir no entendimento contrário, devendo haver expressa manifestação no sentido dado *in casu* pelo STJ.

Na visão de Pizetta¹²², a grande novidade da nova Lei dos Juizados da Fazenda Pública foi a de criação do Sistema dos Juizados Especiais, de modo a unificar ações e procedimentos de todos os Juizados Especiais e aplicar diretamente, por analogia e, também, subsidiariamente as normas de uns aos outros, desde que compatíveis, o que a nosso ver traduz claramente a idéia de unidade e coerência entre as normas que fazem parte do mesmo Sistema.

Importa comentar que não foi de bom tom o veto ao §4º do referido artigo 19 da lei em comento, pois eventuais interessados no processo, ainda que não sejam parte, deveriam poder se manifestar para dirimir controvérsias e esclarecer questões pertinentes à ação em curso. Entretanto, talvez por privilegiar a celeridade processual e simplicidade presentes na regra, decidiu o Exmo. Presidente da República vetar esse parágrafo. Acontece que a intervenção de terceiros não é incompatível com o rito dos juizados. Veja que se fosse permitido o litisconsórcio¹²³, assim como já prevê o art.10 da lei dos juizados especiais cíveis (Lei n.º9.099/95), seria possível e até mesmo prudente utilizar a regra do *amicus curiae* em sede de juizados como meio de fazer ouvir toda a sociedade, ainda que em causas de menor complexidade. Bastava haver limitação quantitativa dos interessados para que não houvesse uma série de atos praticados que poderiam macular ou colidir com o âmago da lei.

De fato, não devemos deixar de ressaltar a brilhante previsão da norma em seu artigo 27, de que o CPC é aplicado subsidiariamente, o que se coaduna com as ideias aqui lançadas, pois apesar de existir um microsistema com regras próprias não há que vender os olhos ao propugnado na CF e muito menos no CPC. Uma vez sendo compatíveis as regras que tratam de *teses repetidas*, é imperiosa a sua aplicação até mesmo nos juizados especiais, pois possuem o caráter de ordem pública, eis que ao processo civil deve ser dado tudo o for possível para que sirva de meio para realizar a concretude na realização da tutela jurisdicional.

¹²² PIZETTA, José. *Juizado Especial da fazenda pública, sistema dos juizados especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 73, 01/02/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7125. Acesso em 04/02/2010.

¹²³ Também foi vetado o §3º da lei n.12.153/2009 que tratava do litisconsórcio.

Conclusões

A partir da preocupação do Estado Social em realizar os valores humanos e trazer ao processo civil uma tutela eficaz, entendemos que a permanência da destinação individual do CPC, fruto do liberalismo e garantia da propriedade privada, ainda atravança a solução dos casos de mesma fundamentação jurídica, das chamadas *demandas de massa*.

Com as tutelas coletivas, consolidadas pelos padrões da ordem e do contexto histórico da CF de 1988 houve uma alteração de paradigma, onde se possibilitou uma tutela jurisdicional ampla, atendendo às finalidades da tutela coletiva de direitos. É dizer que os mecanismos criados por meio de legislação esparsa são essenciais ao desenvolvimento da cidadania e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Porém, mesmo com o regime de tutelas coletivas, subsistem as *demandas repetitivas* ou *demandas de massa*, de mesma tese jurídica, as quais, como demonstrado necessitam de uma dogmática própria, onde as soluções a casos de mesma fundamentação jurídica tenham uniformidade, previsibilidade e garantam uma maior racionalização nos julgamentos dessas ações que devem ter um desfecho albergado pelo devido processo legal.

As *demandas de massa*, em nosso entender, tratam-se de categoria diferenciada da coletiva. Decorrem de origem comum, como o fato de contribuintes diversos se insurgirem sobre a não cobrança de exação tida por inconstitucional; ou ainda se vários aposentados questionam individualmente eventual diferença de reposição da aposentadoria devida pelo INSS. Ressalte-se que a origem comum aqui defendida para ações desta natureza diz respeito a cada demanda individualmente considerada, isto é, que contenha a mesma tese jurídica.

É certo que os direitos difusos (pertencentes a pessoas indeterminadas ou indetermináveis) e os direitos coletivos *stricto sensu* (pertencente a grupo ou classe de pessoas) são categorias do direito coletivo *lato sensu*. Acontece que, como visto, aos direitos individuais homogêneos, os quais possuem origem comum, apesar da roupagem de coletivo, necessitam de um tratamento diferenciado do individual e do coletivo, eis que direitos individuais a serem tratados por meio de uma dogmática própria, onde seja criada a condição de obtenção de respostas coerentes com a investigação realizada.

Foi possível constatar que a adequação das regras e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico é essencial para a solução de controvérsias no âmbito dos *processos repetidos*, e com isso aconteça um processo civil de resultados práticos, onde a concretização

desses direitos ainda não tratados sistematicamente em nosso vigente Código de Processo possam se efetivar sem que haja ofensa à Constituição.

Registramos que o CPC perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, onde os conflitos entre leis não podem mais ser resolvidos com a visão exclusiva do código, de modo que a avaliação das antinomias seja feita privilegiando a Constituição Federal.

Com efeito, evidenciamos a premência da releitura do instituto do procedimento, o qual deve ser concebido como mais uma garantia de tornar eficazes tutelas ainda não sistematizadas por inteiro, como é o caso das *demandas de massa*.

Na sequência, asseguramos a relevância dos poderes do juiz para que às teses repetidas possa ser garantida uma interpretação consentânea com os direitos fundamentais, eis que o desenvolvimento do direito não pode se dar com fidelidade à lei, mas em harmonia com os anseios da vida e avaliando os interesses em jogo, pois há casos em que a ordem jurídica deve ser flexível e adaptável ao caso concreto, e assim normas antigas sejam interpretadas com critérios atualizados cientificamente.

Vislumbramos que na linha evolutiva do processo civil brasileiro tem havido uma maior aproximação ao sistema da *common law*, onde prevalece o pragmatismo em nome de dogmas, eis que a simples formulação de leis novas ou o maior aparelhamento do Judiciário são fórmulas que não alcançaram o sucesso desejado. Assim, asseveramos que procedimentos simplificados e que valorizam o precedente num dado momento histórico se coaduna com um maior grau de previsibilidade, segurança e unificação de entendimento.

Percebemos que no momento atual a ciência processual perpassa por inúmeras modificações legislativas, as quais tem tentado aprimorar o serviço estatal prestado por meio do processo. A preocupação do jurista deve ser garantir os direitos insertos na Constituição Federal que traduzam a realização dos valores humanos, de forma que seja entregue o bem jurídico em discussão em *tempo* razoável e garantindo sempre o maior grau de segurança jurídica possível.

A singularidade desse direito de massa requer uma dogmática própria, como a descrita nesta dissertação, apta a direcionar o processo civil de *causas repetidas* a técnicas que sejam eficazes, sob pena da solução dos conflitos dessa natureza se chocar com a própria política judiciária implementada por um Estado que erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio constitucional.

Restou demonstrado que a insuficiência da dogmática tradicional dificulta a solução dos casos de massa, e justamente por ter um objeto próprio de estudo se devem tratar as causas *pseudoindividuais* de forma diferenciada, onde seja possível reavaliar conceitos e utilizar técnicas inovadoras aqui tratadas, de forma a trazer maior racionalização ao processo de causas repetidas.

Portanto, acreditamos que a superação da ineficiência de respostas do Judiciário em casos de massa deve ter respaldo na aplicação de técnicas adequadas, eis que a mera aplicação das normas positivadas no ordenamento pátrio sem a mudança de mentalidade dos atores processuais não trarão, por certo, respostas compatíveis com a relevância desse instrumento democrático, o qual deve sempre estar apto a prestar a tutela jurisdicional *massificada*, de modo a garantir uniformidade com a decisão que venha a tutelar o direito material perseguido de quem se encontra em situação semelhante.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALMEIDA MELO, José Tarcísio de. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Direito e Processo*, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*; tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Silvana Cabucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BULOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas – SP: LZN, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In: Revista de Processo, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMBI, Eduardo Augusto. *Julgamento prima facie (Imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_eduardo_augusto_s_cambi.pdf.

_____. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.19.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Editora Fabris, 1988.

_____. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1984.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *A Ação – um Breve Ensaio sobre a sua História, sua Natureza Jurídica e a Aplicação da sua Teoria no Estudo do Acesso à Justiça e das Condições da Ação*. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 59, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 1 ed. São Paulo, Noeses, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1930. *Apud* Alvim, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2007.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Revista Jurídica - CCJ/FURB I S SN 1982 -4858 v . 11, nº 21, p. 100 - 132, jan./jun. 2007, 130. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX-CXIV. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. 4d. Colección: Maestros Del Derecho Procesal, n.1. Montevideo: B de F, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. Luiz Rodrigues

Wambier; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira (coords.). São Paulo: Ed. RT, no prelo.

_____. *Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Anotações sobre a Desistência da Ação*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, vol. 3, 2003.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves Considerações sobre o Amicus Curiae na ADIN e sua Legitimidade Recursal*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *Breves Notas sobre o art. 285-A do CPC*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Constitucionalidade do Novel Artigo 285-A do CPC (Decisão Liminar de Improcedência) – Uma resposta à luz dos Princípios Fundamentais do Direito processual e Outras Questões*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *As decisões monocráticas do artigo 557 do CPC*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto230.rtf>. Acesso em 20/12/2009.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Vol. 3. 6ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civi*. Vol 1. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Direito, filosofia e interpretação*. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 1997.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Havard University Press. Cambridge, Massachusetts London, England, 1991. p. 267 *apud in* SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, [s.a].

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*. São Paulo: Impacus, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

_____. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p.86.(Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona).

GOUVEIA, Lúcio Grassi. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Recife: Bagaço, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Justiça, direito do povo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

ISAIA, Cristiano Becker. *O Direito Processual e o Problema do Decisionismo Jurisdicional: da Subsunção à Integridade do Direito*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 70, 2009.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 80, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 427 (Título Original: *Reine Rechtslehre*).

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINHO FILHO, Luciano. *Breves Comentários aos Embargos de Divergência e aos Incidentes de Uniformização de Jurisprudência no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 74, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1994.

_____. *Ações Repetitivas e julgamento liminar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 858, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL* Comentado artigo por artigo. RT: SP, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 19ª Edição.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de existência*. 15. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2008.

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

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PEREIRA, Celso de Tarso. *Common Law e Case Law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.77, n.638, dez.1988.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIZETTA, José. Juizado Especial da fazenda pública, sistema dos juizados especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 73, 01/02/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7125. Acesso em 04/02/2010.
- REALE JR. Miguel. *Lições preliminares direito*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 2 ed. Argentina: Editorial Porrúa, 1972.
- RODRIGUES. Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v.1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUES. Marilene Talarico Martins. *Súmula vinculante*. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol.81, Dezembro 2009.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2005.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Peculiaridades da antecipação de tutela enquanto instrumento de concretização da efetividade do processo*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preus (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol.2. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência*. 2ª edição. Campinas/SP: Papirus Editora, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br. Capturado em 1º de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br. Capturado em 24 de outubro de 2009.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br. Capturado em 4 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br. Capturado em 4 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponibilidade de acesso em www.planato.gov.br. Capturado em 5 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponibilidade de acesso em www.planato.gov.br. Capturado em 5 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponibilidade em www.planato.gov.br. Capturado em 8 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponibilidade em www.stf.jus.br. Capturado em 02 de dezembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Disponibilidade em www.stj.jus.br. Capturado em 6 de dezembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 8. Dispõe sobre o tratamento dos recursos repetitivos. Disponibilidade em www.stj.jus.br. Capturado em 10 de dezembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Regimento Interno. Disponibilidade em www.trf5.jus.br. Capturado em 10 de dezembro de 2009.

BRASIL. Estado de Pernambuco. Tribunal de Justiça. Portaria n. 04, de 27 de novembro de 2009. Disponibilidade de acesso em www.tjpe.jus.br. Capturado em 10 de dezembro de 2009.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.194662. Recorrente: SINDIQUÍMICA – Sindicato dos Trabalhados nas Indústrias e Empresas Petroquímicas, Químicas Plásticas e Afins do Estado da Bahia. Recorridos: SINPER – Sindicato da Indústria Petroquímica e de Resinas Sintéticas do Estado da Bahia e outro. Julgamento em 11/12/2002. Publicado em 21/03/2003. Acesso em 01/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4071. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requeridos: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Menezes Direito.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 664.567. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº571.572-8/BA. Embargante: Telemar Norte Leste S/A. Embargado: Albérico Sampaio do Lago Pedreira. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação Constitucional nº3.752/GO. Reclamante: Caixa Consórcios S/A. Reclamado: Turma Recursal da 11ª Região em Ceres - GO.