

JAMYL DE JESUS SILVA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SEGURANÇA JURÍDICA E
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

BRASÍLIA – 2013

JAMYL DE JESUS SILVA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SEGURANÇA JURÍDICA E
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

BRASÍLIA – 2013

JAMYL DE JESUS SILVA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SEGURANÇA JURÍDICA E
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Em _____ de _____ de _____, o candidato foi considerado
_____ pela banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes – Presidente
Universidade de Brasília

Professor Doutor Valcir Gassen – Membro
Universidade de Brasília

Professor Doutor Fábio Lima Quintas – Membro Externo
Doutor em Direito – Universidade de São Paulo

A todos os que, sem vocação para escravo, lutam pelo direito de não submissão a qualquer forma de poder ilegítimo.

AGRADECIMENTOS

A conclusão do curso de pós-graduação *stricto sensu* representa o término de uma jornada de grande amadurecimento intelectual. Para além disso, consolida uma marca indelével na vida do cidadão estudante de quem, a partir de então, exige-se um novo olhar sobre o universo. A entrega do trabalho de conclusão dessa empreitada não pode ser feita sem sinceros agradecimentos.

Agradeço inicialmente ao meu orientador, Prof. Jorge Amaury Maia Nunes, não somente pelas “lições jurídicas”, paciência e amizade, mas principalmente pelo exemplo de retidão, dedicação acadêmica e honradez que, para além dos livros, fazem valer a máxima de que um cidadão, para ser confiável, deve pregar pelo exemplo. A sobriedade e o criticismo ímpares com que foram tratados os temas mais caros ao presente trabalho fizeram a diferença. E os erros que sobraram são somente nossos.

Aos colegas do “Grupo de Estudos Gepro”, da Universidade de Brasília, um agradecimento pelos debates e pelo trabalho de pesquisa e reflexão sobre temas relevantes do processo civil contemporâneo. Agradeço especialmente ao colega Henrique Araújo Costa, pela disponibilidade e pela oportunidade da manutenção do contato acadêmico, mesmo a longa distância.

Agradeço ao professor Valcir Gassen, cujas reflexões no Grupo de Pesquisa “Estado, Constituição e Direito Tributário” da Universidade de Brasília, e também fora dele, impulsionaram-me à reflexão para além do processo. E ao colega Guilherme Dolabella Bicalho, pelos valiosos debates, pelas amizade e disponibilidade de sempre.

Rendo minhas homenagens aos colegas da Advocacia-Geral da União, especialmente a Carlos Henrique Costa Leite e Diogo Palau Flores dos Santos, meus “debatedores diários” ao longo dos dois anos mais incríveis da minha “vida de advogado”. E a Gerly Tenório, que com paciência indescritível oportunizou-me o acesso às mais relevantes obras jurídicas da biblioteca da AGU e da Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal.

Final e principalmente, agradeço aos meus pais, Renalde e Miracy, que me ensinaram, no Angical da Bahia, o que aprendi de mais valioso na vida.

Há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa.

Neil MacCormick

Aos juízes compete respeitar certos lindes impostos pela consciência de que não entra em sua missão institucional pretender corrigir com golpes autoritários tudo quanto suponham contribuir para o desconcerto do mundo.

Barbosa Moreira

RESUMO

Não há Estado de Direito sem segurança jurídica, um de seus elementos (con)formadores. A Constituição Federal de 1988, um pacto pela construção de uma sociedade menos desigual e pelo desenvolvimento social, não deixou de prever o dever estatal de promover a segurança jurídica que, contudo, não pode ser buscada a qualquer preço: precisa ser compatibilizada com o direito fundamental, também constitucionalmente assegurado, à resposta estatal em prazo razoável, porque litígios não podem se eternizar. E a solução dos litígios, também por exigência da segurança jurídica, deve dar-se de forma previsível. A busca pela compatibilização desses valores impulsionou um longo período de reformas nas leis e na própria Constituição e, mais recentemente, fomenta a elaboração de um novo Código de Processo Civil. Esse projeto de novo código traz consigo inúmeras alterações e inovações relevantes, dentre elas o chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, instituto inspirado no direito alemão (*musterverfahren*) que tem como escopo a resolução de processos repetitivos por meio de um julgamento modelo que fixará a tese aplicável ao caso, com efeito vinculante a todos os demais processos que contenham a mesma controvérsia jurídica. A partir dessa possibilidade – e desse novo efeito vinculante no direito brasileiro – impõe-se a reflexão acerca dos limites à atuação legítima do Poder Judiciário, no exercício do seu papel de tutelar direitos ou, dito de outro modo, de exercer o poder que lhe foi outorgado pelo constituinte originário. Sobre esse aspecto – e admitidas três premissas: i) a de que o ato de julgar é, ao mesmo tempo, exercício de poder e criação do direito; e ii) a de que poder, em um Estado Constitucional de Direito, somente pode ser exercido de forma legítima; iii) a de que o Poder Judiciário, dadas a investidura de seus membros sem a participação popular (ausência de representação) e a inexistência de ratificação periódica do poder, sofre de um *deficit* de legitimidade prévia – deve-se reconhecer o dever de legitimação *a posteriori* de seus atos, o que se mostra possível pela adoção de um procedimento legitimante e pelo cumprimento, pelo julgador, do dever de fundamentar racionalmente suas decisões. Assim, cumpridos esses requisitos mínimos, que asseguram que o julgador não fará da lei que existe a que ele gostaria que fosse, é que se pode admitir o legítimo exercício do Poder Jurisdicional no Estado de Direito.

PALAVRAS CHAVE: Segurança Jurídica, Estado Constitucional de Direito, Direito, Poder, Processo, Legitimidade, Efeito Vinculante, Procedimento, Argumentação Jurídica.

ABSTRACT

There's no Rule of Law without legal safety, one of its former elements. The Fundamental Law of State of 1988, an agreement for the structure of a less disparate society which, however, can not be succeeded at any cost: it must be compatible with the fundamental right, also constitutionally asserted, to the state's reply in reasonable time, considering that litigation can not be eternal. And the solution of the litigations, also in demand of the legal safety, must happen in a previsible way. The search of compatibility of these values stimulated a long period of laws reformation and in the proper Constitution and, more recently, foment the elaboration of a new Code of Civil Procedure. This project of a new code brings many considerable changes and innovations, among them the "incidente de resolução de demandas repetitivas", doctrine inspired in German law (*musterverfahren*) that's marked by the resolution of reiterant procedures by means of a standard trial that will establish the concerning proposition to the case, with binding effect to all the others procedures that get the same legal controversy. From this possibility – and from this new binding effect in Brazilian law – it's primordial the prudence about the load limit of the lawful performance of the judicial branch, in its performance providing relief rights or, otherwise, to perform the authority granted by the original constitutional convention. On this sense – and accepted three premises: i) that the act of the trial is, at the same time, to practise the authority and the creation of the law; and ii) that authority, in a Rule of Law, can only be practised in a legitimate way; iii) that the judicial branch, because of the investiture of its members without popular participation (absence of representation) and the non-existence of a periodic ratification of authority, suffers of a deficit of a previous standing – it must be recognised that the standing duty *a posteriori* of its acts, that seems to be possible by the adoption of a legitimate proceeding and by the judge's performing the duty of justify its decisions. By this way, with the accomplishment of these little requirements, that guarantee that the judge will not try to change the existent law for another he thinks convenient, we can admit the legitimate practice of the Jurisdictional Branch in the Rule of Law.

KEYWORDS: Legal Certainty, The Constitutional Rule of Law, Law, Authority, Procedure, Standing, Binding Effect, Proceeding, Legal Argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - A TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ESTADO BRASILEIRO	13
1 Segurança Jurídica e Estado de Direito	13
1.1 Considerações iniciais: segurança jurídica como pressuposto do Estado de Direito ...	13
1.2 A segurança jurídica na constituição federal.....	14
1.3 Segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais	18
2 Direito e Poder Jurisdicional	22
2.1 Direito e Poder	22
2.2 Jurisdição e legitimidade no Estado Constitucional de Direito.....	25
2.3 Limites ao Poder Judiciário: judicialização da política e ativismo judicial	34
3 Duração razoável do processo	42
3.1 Considerações iniciais e notícia histórica sobre a preocupação com a duração razoável do processo	42
3.2 A importância da Emenda Constitucional 45.....	44
3.3 Natureza jurídica, conteúdo material e âmbito de incidência do direito à razoável duração do processo	46
3.4 Critérios de aferição do tempo razoável e dever de proteção	49
CAPÍTULO II - O NOVO CPC, O COMMON LAW E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	58
4 Notícia histórica sobre o processo civil brasileiro: das ordenações portuguesas às recentes reformas	58
4.1 Notícia da história do processo civil brasileiro	58
4.2 As reformas do CPC de 1973: breve panorama	63
4.3 Análise pontual das reformas: tendência de valorização dos precedentes?	72
5 O Projeto do Novo Código de Processo Civil	84
5.1 Justifica-se um novo Código de Processo Civil?	84

5.2	Principais alterações previstas no Código de Processo.....	86
6	Considerações sobre o <i>common law</i>	90
6.1	Aspectos históricos.....	90
6.2	Precedentes: conceito e natureza jurídica.....	93
6.3	<i>Stare decisis</i> e <i>overruling</i>	98
6.4	<i>Distinguishing</i> , <i>ratio decidendi</i> , <i>obiter dictum</i> : conceitos fundamentais	102
CAPITULO III – LEGITIMIDADE DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....		107
7	O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo CPC.....	107
7.1	Considerações iniciais sobre a tutela coletiva de direitos	107
7.2	A origem do incidente de resolução de demandas repetitivas: o <i>Musterverfahren</i> do direito alemão	110
7.3	O incidente de resolução no Projeto de Lei: panorama inicial.....	114
7.4	Alcance objetivo e subjetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas	115
7.5	Legitimidade para instauração do incidente e intervenção do Ministério Público	118
7.6	Admissibilidade do incidente e o seu eventual caráter preventivo	121
7.7	Suspensão das ações em curso, divulgação e publicidade do incidente.....	124
7.8	Competências e recursos no âmbito do incidente	126
7.9	Procedimento do incidente de resolução: breve resumo	131
8	O incidente de resolução de demandas repetitivas: parâmetros democráticos	134
8.1	Particularidades do efeito vinculante da tese definida no incidente.....	134
8.2	A legitimação da decisão judicial: procedimento e argumentação jurídica no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.....	138
CONCLUSÃO.....		150
BIBLIOGRAFIA		154

INTRODUÇÃO

Segurança jurídica constitui um elemento fundamental do Estado de Direito. Representa, aliás, um dos fundamentos do Estado brasileiro, garantida que é pela Constituição Federal de 1988. Uma de suas faces é a previsibilidade das decisões judiciais, sem a qual o cidadão fica privado da legítima expectativa quanto à resposta estatal, para que norteie seu comportamento social.

Essa resposta estatal, para além de previsível, deve se dar em um prazo razoável. Trata-se de outro direito fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII), nitidamente prestacional e, pois, exigível pelo cidadão em face do Estado. Para além de tudo isso, há de se exigir que essa resposta estatal – a decisão judicial, impositiva por natureza – seja proferida de forma legítima. E isso porque, no Estado de Direito, o exercício de poder exige mais do que legalidade: precisa legitimar-se. Para dar conta desses temas, o presente trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da relação entre segurança jurídica e Estado de Direito. Analisa o tratamento dado à matéria pela Constituição Federal de 1988 e expõe a relevância da insegurança jurídica que advém da imprevisibilidade das decisões judiciais. Trata da relevante imbricação existente entre direito e poder, da excessiva “judicialização da política” e do ativismo judicial desmedido por que passa o Brasil, visto, com Elival da Silva Ramos (2013, p. 107), como uma “disfunção no exercício da função jurisdicional”. Em seguida, aborda o direito fundamental à razoável duração do processo, considerando a contínua tensão entre segurança e efetividade do direito.

O segundo capítulo inicia com uma notícia histórica do processo civil brasileiro, desde as ordenações portuguesas às recentes reformas do Código de Processo Civil vigente, com especial atenção às modificações direcionadas à valorização dos precedentes judiciais. Em seguida, faz breve análise do projeto do novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado Federal e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 8.046/2010). Quanto a ele, trata, inicialmente, a (des)necessidade de uma codificação processual e expõe sucintamente as principais alterações contidas no projeto. Ao final do capítulo, tece “considerações sobre o *common law*”, seus aspectos históricos, o conceito e a natureza do precedente, o princípio do *stare decisis* e os principais institutos de aplicação e revisão do precedente.

Finalmente, no terceiro capítulo foi analisado com detalhes o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, instituto inspirado no direito alemão (no *musterverfahren*) que serve de referência inicial ao presente trabalho. Em seguida, tratou-se da necessidade de legitimação de qualquer exercício de poder – inclusive e especialmente o Poder Jurisdicional – no Estado Constitucional de Direito, essa “culminação do Estado de Direito”, que “supõe a completa submissão do poder ao direito, à razão: a força da razão, frente a razão da força”. (ATIENZA, 2005, p. 11).

É no terceiro capítulo também que são concluídas as reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC, especialmente quanto aos parâmetros de legitimidade da decisão a ser proferida, dotada – pela primeira vez em processos subjetivos – de efeito vinculante para todos os demais feitos com a mesma controvérsia. Para tanto, sugere-se o caminho da legitimação pelo procedimento, em que os interesses sejam devidamente representados, e pela argumentação racional, como dever do Estado no exercício – legítimo – do poder de julgar.

A expectativa, então, é que o presente trabalho possa fornecer uma reflexão crítica acerca da necessidade do exercício legítimo do Poder Jurisdicional no Estado Constitucional de Direito, especialmente quando se trata de decisões proferidas em “processo modelo”, com amplo alcance subjetivo e efeito vinculante. E também de ressaltar essa intrínseca ligação – não necessariamente pejorativa – entre direito e poder, aspecto cuja desconsideração, pelo jurista, lança-o em tarefas e expectativas vãs.

CAPÍTULO I - A TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ESTADO BRASILEIRO

1 Segurança Jurídica e Estado de Direito

1.1 Considerações iniciais: segurança jurídica como pressuposto do Estado de Direito

O direito justifica-se, em grande medida, como um instrumento de promoção da segurança. E a era de velocidade – proporcionada pelos incomensuráveis avanços humanos – caminha para ser, também, a era da insegurança.

A crise de insegurança jurídica na sociedade contemporânea já foi amplamente diagnosticada. O cenário atual dos conflitos, especialmente aqueles que deságuam no Poder Judiciário, “parece que não mais se comporta nos limites do conceito de grave” (NUNES, 2010, p. 5). E não pode ser assim, no Estado de Direito.

Como já disse Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 35), “a vida em sociedade é inconcebível sem ordem e regularidade nas situações” e que “para que exista ordem, é também imprescindível uma ordenação jurídica”. Essa regularidade nas situações, protegida pela ordem jurídica, exige um acordo semântico em torno de “segurança” e de “segurança jurídica”.

Há, evidentemente, muitos significados à expressão “segurança”. Humberto Ávila (2011, p. 107/108) inicia sua explanação sobre segurança falando da “segurança não-jurídica”, onde inclui “estar protegido de algo ou contra algo que represente uma ameaça externa à sua incolumidade física”, assim como uma dimensão psicológica individual, que chama de “estado de proteção de bens individuais ou coletivos, como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade”¹.

Há, de fato, diversas acepções possíveis à “segurança”, muitas delas apartadas do âmbito estritamente jurídico. No que interessa ao presente trabalho, importa reconhecer que a segurança jurídica, a seguir definida, é ínsita ao estado de direito. Como afirma Gilmar Mendes (2011, p. 398), a ideia central de segurança jurídica é “uma das expressões máximas do Estado de Direito”.

¹ O mesmo sentimento parece ser compartilhado pelo Min. Humberto Gomes de Barros (2009, p. 57), que assim se manifestou sobre o ponto: “A procura de segurança constitui denominador comum entre os integrantes do reino animal. Racionais ou irracionais, todos fogem do perigo – ora procurando abrigos contra predadores ou desastres naturais, ora agrupando-se, para transformar a fraqueza individual em força coletiva. Nós, humanos, não fugimos à regra. Em busca de segurança, desenvolvemos habilidades para construir abrigos e nos tornarmos gregários. Depois, agrupamos nossas moradias em cidades, onde a união faz a força. A segurança resultante da grei integrou-se à psicologia, de tal modo que a solidão, por nos tornar inseguros, é o mais doloroso sentimento”.

Há, de fato, um consenso doutrinário no sentido de que a segurança jurídica é pressuposto do Estado de Direito². Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet (2007, p. 86) que

O clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos de nossa Lei Fundamental.

Luis Roberto Barroso (2000, p. 79), sustenta que “o conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* – como um dos fundamentos do Estado de Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social”. Cita, inclusive, a ideia contratualista de formação e justificação do Estado, segundo a qual, “recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade”.

A fundamentalidade da segurança jurídica para o Estado de Direito também foi percebida por J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 371), para quem “o homem necessita de certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”.

É certo, portanto, que sendo o Estado brasileiro um Estado de Direito, é ele constituído pela segurança jurídica. Assim, convém analisar o tratamento dado à matéria pela Constituição Federal de 1988.

1.2 A segurança jurídica na constituição federal

A Constituição Federal de 1988 não se refere à “segurança jurídica” em nenhum dos seus mais de duzentos e cinquenta artigos. Recentemente, por meio da Emenda Constitucional

² Paulo Bonavides (1998, p. 30), tratando das classificações possíveis ao Estado moderno, cita a trilogia proposta por GROPPALI “baseada no limite maior ou menor que encontra o poder do Estado, chegando aos seguintes tipos: a) Estado patrimonial, quando o Estado é considerado patrimônio pessoal do príncipe e o exercício da soberania decorre da propriedade da terra; b) Estado de polícia, quando o soberano, embora não governando em nome próprio, mas em nome do Estado, exerce discricionariamente o poder público, de conformidade com aquilo que ele considera de interesse do Estado e dos súditos; c) Estado de direito, quando os poderes são rigorosamente disciplinados por regras jurídicas. Este último tipo de Estado, do qual procura avizinhar-se o Estado Moderno, ainda não foi conseguido em realidade, uma vez que muitas relações entre o Estado e os cidadãos carecem ainda de regulamentação jurídica e de tutela jurisdicional”.

45/2004, o legislador constituinte incluiu o art. 103-A para autorizar o Supremo Tribunal Federal a editar súmulas com efeito vinculante. No § 1º do citado artigo traçou parâmetros à elaboração de tais súmulas, dentre eles a exigência de que a controvérsia nelas tratada acarrete “grave insegurança jurídica”³.

Embora não se refira expressamente à segurança jurídica, o texto constitucional utilizou a palavra “segurança” em vinte e seis ocasiões diferentes. Assim o fez no preâmbulo⁴, ao afirmar que a Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*...”. No artigo 5º, que se inicia com a máxima democrática de que “todos são iguais perante a lei”⁵, garantiu o Constituinte Originário aos brasileiros e estrangeiros o “direito à segurança”.

Ainda no art. 5º, inciso XXXIII, assegurou o Constituinte ao cidadão o direito de ter acesso às informações de seu interesse, ressaltando aquelas “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”⁶. No artigo 6º, incluiu a segurança entre os direitos sociais⁷. A partir de então, referiu-se à segurança no trânsito, no trabalho, segurança interna do país, segurança pública etc. Humberto Ávila (2012, p. 255), busca responder à indagação acerca do sentido da palavra segurança na Constituição Federal, nos termos seguintes:

É a segurança jurídica. Primeiro porque, ao instituir no seu art. 1º, um Estado Democrático de Direito destinado a “assegurar a segurança como valor”, a CF/88

³ 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.

§ 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.

⁴ PREÂMBULO: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁵ Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁶ XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

refere-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física.

Segundo porque o art. 5º, ao garantir o “direito à segurança” ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade, que são qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais, termina por proteger a segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores, isto é, como valores jurídicos.

Terceiro porque, entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º, há vários relativos quer à segurança física e individual (proteção da residência e garantia do habeas corpus contra restrições abusivas da liberdade), quer às exteriorizações específicas da liberdade (liberdade de manifestação do pensamento, de consciência e de crença, de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação ou de associação para fins lícitos), o que pressupõe a maior amplitude da previsão do caput do mencionado artigo.

Humberto Theodoro Junior (2006, p. 97), ratifica o entendimento de que a referência constitucional à segurança é, de fato, à segurança jurídica, como valor do Estado Brasileiro.

Nas palavras do autor:

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no caput do art. 5º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do Estado de Direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes europeias o adota e exalta.

No mesmo trabalho, Humberto Theodoro Junior (2006, p. 100/101) apresenta um panorama do tratamento dado à segurança jurídica nos estados contemporâneos. Refere-se, inicialmente, ao entendimento tranquilo na doutrina e jurisprudência acerca de sua Consagração na Constituição de Portugal, como decorrência inarredável do Estado de Direito, embora nela não haja previsão expressa⁸, assim como ocorre no direito grego; lembra da Constituição dos Estados Unidos, em que não há uma expressa menção à segurança jurídica, embora a jurisprudência pacificamente chegue a ela por meio da cláusula do *due process* e da não retroatividade, além, é claro, da conformação do próprio Estado de Direito; na Itália,

⁸ Esse ponto merece uma ponderação. A Constituição Portuguesa, como lembra Amaury Nunes (2010, p. 90), ao tratar dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dispôs em seu art. 282.4 que “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2”. Assim, embora a referência situe-se no âmbito do controle de constitucionalidade, apenas, há menção expressa à segurança jurídica na Constituição da República Portuguesa.

registra o reconhecimento feito pela Suprema Corte de que “a segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado Democrático” e de que, portanto, seria um “princípio supremo” do Estado de Direito; Na França, o Conselho Constitucional tem a segurança jurídica como “uma exigência constitucional”, percepção compartilhada pelo direito europeu em geral, considerando que “o princípio de segurança jurídica foi erigido pela Corte de Justiça das comunidades europeias ao grau de exigência fundamental”.

No Brasil, há ainda que se registrar, em sede constitucional, a previsão do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 105, III, “c”, cujo desiderato é justamente o de uniformizar a interpretação da legislação federal, de modo a impedir que tribunais decidam de forma diferente a mesma matéria⁹. Daí a assertiva do Min. Humberto Gomes de Barros (2009, p. 58), de que “construído a partir de uma costela do STF, o STJ tornou-se o intérprete máximo da legislação federal e o unificador da jurisprudência em torno do Direito federal infraconstitucional. Esta a razão de o Tribunal existir”.

Finalmente, consigne-se que há diversos institutos jurídicos consagradas na Constituição Federal que guardam estreita ligação com a ideia de segurança jurídica. Alguns deles, inclusive, foram erigidos à condição de cláusula pétrea, como a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito¹⁰. Sobre a coisa julgada, lembra José Afonso da Silva (2009, p. 22) que:

A garantia de estabilidade da *coisa julgada* se refere à *coisa julgada material*, não à coisa julgada formal, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. (...). Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.

Não há dúvida de que a proteção constitucional à coisa julgada tem como objetivo a promoção da segurança jurídica. E o mesmo pode ser dito quanto ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, cujos conceitos foram assim formulados por José Afonso da Silva (2009, p. 20/21):

⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Quanto ao direito adquirido, é ainda a opinião de Gabba que orienta sua noção, destacando como seus elementos caracterizadores: (1) ter sido produzido por um fato idôneo para sua produção; (2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. (...) Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre retomar a ideia de direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando conviesse ao seu titular. (...).

A noção de *ato jurídico perfeito* consta da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 1º: *ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*. Essa definição dá a ideia de que ato jurídico perfeito é aquela situação jurídica consumada ou direito consumado, referido acima, como direito definitivamente exercido.

As referências acima se ligam diretamente à segurança jurídica do direito objetivo, no sentido de sua elaboração. Há, contudo, uma face específica da segurança jurídica que tem especial importância para o presente trabalho: aquela que decorre da previsibilidade das decisões judiciais. Theodoro Junior (2006, p. 102), fiando-se na doutrina italiana, afirma que

Há dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.

É o primeiro deles – o de segurança jurídica decorrente da previsibilidade das decisões judiciais – que será abordado a seguir.

1.3 Segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais

A previsibilidade das decisões judiciais constitui fator de intenso interesse doutrinário. Não é por acaso que inúmeros estudos foram publicados nos últimos anos e outros tantos se encontram em andamento nas academias brasileiras e de boa parte do mundo ocidental. As mais recentes reformas constitucionais e processuais tiveram a busca da previsibilidade como um de seus motores, ao lado, é claro, do desejo por efetividade e celeridade da tutela jurisdicional.

Ilustrativamente, veja-se que a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, instituiu a repercussão geral e autorizou a edição, pelo STF, de súmulas vinculantes, dentre outras modificações. As recentes reformas da legislação

processual – e até de direito material¹¹ – tiveram como norte a busca pela efetividade, celeridade e previsibilidade das decisões judiciais, embora, especialmente quanto à última, não se tenha visto resultados positivos¹².

O fato é que a imprevisibilidade das decisões judiciais constitui fator de grave insegurança jurídica. Pérez Luño (2012, p. 66) afirma que “a relevância da função judicial como fonte do direito e sua repercussão para a garantia da segurança jurídica constitui um capítulo inevitável das trajetórias mais recentes da cultura jurídica”. Ainda assim, há quem diga que, mesmo cientes dessa realidade, permanecem os julgadores brasileiros despreocupados com o assunto. Marinoni (2010, p. 31) afirma ser

estarecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira. As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual.

Tereza Alvim (2011, p. 01), após diagnosticar o problema da insegurança e citar diversas reformas e dispositivos vocacionados à “facilitação” das decisões, mediante a aplicação da jurisprudência consolidada (art. 518, § 1º, 285-A, 557 e 555, § 1º, todos do CPC, dentre muitos outros), conclui ser curioso que, apesar de tudo isso, “os tribunais brasileiros vêm demonstrando, infelizmente, em assuntos muito relevantes, pouca inclinação a respeitar decisões reiteradas das Cortes Superiores...”.

Embora pretenda justificar a conduta, reconhece a situação de insegurança o Min. Humberto Gomes de Barros (2009, p. 59) que, ao escrever recente texto referindo-se ao que chamou de “crise dos 20 anos” do STJ, cunhou a seguinte assertiva:

A jurisprudência tornou-se insegura. Lável a jurisprudência, instaurou-se a incerteza. Sem tempo para meditar, o Tribunal afundou-se na incoerência. Não são raros os casos em que, numa mesma assentada, uma determinada questão federal recebesse soluções antagônicas. Súmulas de jurisprudência fixadas com pompa e circunstância são desconstituídas sem maiores formalidades. À míngua de orientação segura, os jurisdicionados quedam-se no limbo da insegurança¹³.

¹¹ Um bom exemplo, em sede de direito material, foi a lei 11.280/06, que determinou ao juiz o pronunciamento de ofício da prescrição. A alteração, que tem por escopo “agilizar” a prestação jurisdicional, foi e é duramente criticada.

¹² Talvez a exceção seja a lei de recursos repetitivos, cujos resultados indicam um aprimoramento do sistema, em dois sentidos: a redução da litigância recursal e uma maior previsibilidade quanto às decisões futuras dos tribunais de segundo grau. Esse particular aspecto será adiante analisado.

¹³ Ainda não é o momento adequado, já que a isso se dedicará a terceira parte da dissertação, mas se adiante, desde já, que não parece coerente a postura do Min. Humberto Gomes de Barros. Ao menos não o parece quando cotejamos a citação acima com o seguinte trecho do seu voto no AgReg em EREsp nº 279.889-AL: “Não me

E não deveria ser assim. Uma simples consulta ao acervo jurisprudencial do STJ revela que a expressão “segurança jurídica” consta da ementa de 1.466 julgados¹⁴. Seria razoável concluir que o Tribunal preocupa-se por demais com a segurança jurídica decorrente de seus julgados, não fosse a realidade concreta, evidenciada por uma análise da atuação da Corte.

Por ora, insista-se que há uma imensa preocupação acadêmica com a previsibilidade das decisões judiciais. E que ela não alcançou, ainda, como regra, os tribunais brasileiros, embora já integre a agenda do legislador. Nesse particular aspecto, o Projeto de Lei 8.046/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil, contém previsão específica de que “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”¹⁵.

De fato, o direito não se resume à previsão normativa abstrata. Não bastam as garantias da reserva legal e da irretroatividade das leis, pois a insegurança jurídica decorre, em especial no caso brasileiro, da imprevisibilidade sobre a aplicação das normas aos casos concretos, à vida dos jurisdicionados.

Conforme será demonstrado na segunda parte da dissertação, não está mais em discussão a natureza criativa da atividade jurisdicional. E se isso é verdade – e certamente o é – o controle sobre os limites dessa atividade e, sobretudo, a (im)previsibilidade dos resultados dos julgamentos ganham importância. Isso porque nenhum cidadão pode orientar sua vida considerando a previsão normativa abstrata, se não houver uma proteção a sua legítima

importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a **doutrina** que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. (Grifo adicionado)

¹⁴ Consulta efetivada em 25.12.2012, às 11h10min, com a expressão “segurança jurídica”, no endereço <http://www.stj.jus.br/SCON/>.

¹⁵ Art. 508. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável; Art. 509. Para dar efetividade ao disposto no art. 508 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: (...) § 1º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

expectativa de que as leis sejam aplicadas de forma previsível, sem divergências injustificadas ou câmbios jurisprudenciais inesperados.

Essa crise e esse caos já vêm sendo pontuado pela doutrina especializada. Há, sobre um ponto, um curioso consenso. Amaury Nunes (2010, p. 96/97), após analisar a relação entre segurança jurídica e previsibilidade e, especialmente, o entendimento de que o juiz não deve sofrer nenhuma vinculação às decisões anteriores¹⁶, afirma que

mantido esse estado de coisas, tal como preconizado por Hobbes, não há cogitar da possibilidade de segurança jurídica. Jamais o jurisdicionado poderá aquilatar a justeza de seu próprio comportamento e jamais saberá o que esperar do Estado. Não saberá quais os limites de resposta que poderá esperar de qualquer interlocutor, nem nas suas relações privadas, nem nas suas relações com o Estado, o que sugere a adoção de critérios corretivos à ampla liberdade preconizada por Hobbes.

Em tempos de crise, em que o trabalho dos responsáveis pela administração da justiça lembra as tarefas de Sísifo¹⁷ e a aplicação do direito pelas cortes mostra-se imprevisível, vem se tornando comum um certo encantamento com a ideia de precedentes vinculantes, reconhecendo-se uma suposta aproximação entre os sistemas do *common law* e

¹⁶ Entendimento esse já identificado, segundo o autor, na obra de Hobbes, para quem “Jamais o erro de um homem se torna sua própria lei, nem o obriga a nele persistir. Tampouco, pela mesma razão, se torna lei para outros juízes, mesmo que tenham jurado segui-lo”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 205).

¹⁷ Sísifo, na mitologia grega, era considerado o mais astuto dos mortais. Era filho de Éolo, rei da Tessália. Ficou conhecido, segundo a mitologia, como um ofensor dos deuses, em busca da felicidade. Por ter enganado os deuses, a morte e até fugido dos infernos, Sísifo foi condenado, por toda a eternidade, a rolar uma grande pedra de mármore com suas mãos até o cume de uma montanha, sendo que toda vez que ele estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida por meio de uma força irresistível. Ficou consagrada, então, a expressão “trabalho de sísifo” com o sentido de algo inútil e/ou sem fim, eterno. Albert Campus (2003, p. 74), assim tratou do mito:

“Os deuses tinham condenado Sísifo a rolar um rochedo incessantemente até o cimo de uma montanha, de onde a pedra caía de novo por seu próprio peso. Eles tinham pensado, com as suas razões, que não existe punição mais terrível do que o trabalho inútil e sem esperança.

Se acreditarmos em Homero, Sísifo era o mais sábio e mais prudente dos mortais. Segundo uma outra tradição, porém, ele tinha queda para o ofício de salteador. Não vejo aí contradição. Diferem as opiniões sobre os motivos que lhe valeram ser o trabalhador inútil dos infernos. Reprovam-lhe, antes de tudo, certa leviandade para com os deuses. Espalhou os segredos deles. Esina, filha de Asopo, foi raptada por Júpiter. O pai, abalado por esse desaparecimento, se queixou a Sísifo. Este, que tomara conhecimento do rapto, ofereceu a Asopo orientá-lo a respeito, com a condição de que fornecesse água à cidadela de Corinto. Às cóleras celestes ele preferiu a bênção da água. Foi punido por isso nos infernos. Homero nos conta ainda que Sísifo acorrentara a Morte. Plutão não pôde tolerar o espetáculo de seu império deserto e silencioso. Despachou o deus da guerra, que libertou a morte das mãos de seu vencedor.

Diz-se também que Sísifo, estando prestes a morrer, imprudentemente quis pôr à prova o amor de sua mulher. Ele ordenou jogar o seu corpo insepulto em plena praça pública. Sísifo se recobrou nos infernos. Ali, exasperado com uma obediência tão contrária ao amor humano, obteve de Plutão o consentimento para voltar à terra e castigar a mulher. Mas, quando ele de novo pôde rever a face deste mundo, provar a água e o sol, as pedras aquecidas e o mar, não quis mais retornar à escuridão infernal. Os chamamentos, as iras as advertências de nada adiantaram. Ainda por muitos anos ele viveu diante da curva do golfo, do mar arrebatando e dos sorrisos da terra. Foi necessária uma sentença dos deuses. Mercúrio veio apanhar o atrevido pelo pescoço e, arrancando-o de suas alegrias, reconduziu-o à força dos infernos, onde seu rochedo estava preparado. Já deu pra compreender que Sísifo é o herói do absurdo.”

do *civil law*. Didier Jr (2010, p. 38) chega a afirmar que não parece correta a afirmação de que “o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição romano-germânica, difundida na Europa continental”, equívoco que será devidamente abordado a seguir.

Diante de todo esse contexto, é lícito concluir que o direito brasileiro precisa urgentemente construir mecanismos que proporcionem previsibilidade aos jurisdicionados quanto às decisões judiciais. A situação atual é manifestamente violadora da isonomia e, mais do que isso, negadora do Estado de Direito que, como já dito, não é possível sem segurança jurídica, inclusive – e especialmente – sem aquela que decorre da previsibilidade das decisões judiciais.

2 Direito e Poder Jurisdicional

2.1 Direito e Poder

Não parece alcançável uma perfeita definição de *poder*. Há quem prefira tratar de sua importância ou essencialidade a buscar defini-lo enquanto essência¹⁸. Essa complexidade insuperável foi assim tratada por Tércio Sampaio Ferraz Junior (2009, p. 2):

O fenômeno do poder é certamente irreduzível. É possível apontar o que há de mais central – e oculto – em seu processo. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo como uma descoberta adolescente.

Apesar dessa já identificada dificuldade, parece possível ter em conta, como fez Amaury Nunes (2010, p. 19), “que a resistência é elemento inerente ao poder, tanto quanto o seu caráter relacional”. A mesma percepção parece ter sido compartilhada por Calmon de Passos (2000, p. 45), para quem

Se a sociedade é pressuposto essencial da condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade. Caso conviver seja um mal, será um mal necessário. O mesmo ocorre com o poder – se ele for um mal, é um mal inevitável. O poder, como adverte Foucault, não é uma substância, algo que se detém, sim uma relação.

¹⁸ Como fez Bonavides (2003, p. 106): “Elemento essencial constitutivo do Estado, o poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”.

Essa percepção de “poder como relação” evidentemente não o define nem esgota suas possibilidades. É apenas uma premissa – justificada pela consciência da complexidade e das infinitas possibilidades do tema poder – para que se possa avançar para as reflexões acerca do “direito e poder”, especialmente porque o direito é, também, relacional. Antes, contudo, impõem-se algumas considerações mais sobre poder.

Escrevendo sobre o direito de participação política, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 53) elege o “poder” – na esteira do que fizera Georges Burdeau em seu “Tratado de Ciência Política” – como um “fenômeno fundamental e comum, tanto no direito como na política”. Para tanto, assentou que esse elemento fenomenológico central, o poder, deve ser tomado em sua plena amplitude para alcançar todas as formas de poder que se entrelaçam na convivência social¹⁹.

Esse sentido lato de poder, foi assim definido pelo autor:

Em síntese, em seu sentido lato, o poder é uma relação na qual a vontade tem capacidade de produzir efeitos desejados. Deste conceito pode-se derivar o de poder político: uma relação social na qual a vontade tem capacidade de produzir os efeitos desejados na *condução da sociedade*.

Ao que parece, Diogo de Figueiredo Moreira Neto deixou de fora de sua reflexão conceitual a questão da força. Falou da vontade como capacidade de produzir efeitos, sem, contudo, referir-se à resistência, algo, repita-se, inerente ao poder. E para suplantar a resistência, a força ainda é um dos instrumentos, como lembra Ferraz Junior (2009, p. 17):

Não se nega certa relação entre poder e força (física), pois se reconhece que os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que eles emanam. Admite-se, pois, que a força é *instrumento* necessário do poder, mas nega-se que seja seu *fundamento*. Sutilmente, vai dizer o jurista que a força é necessária para *exercitar* o poder, mas não para justificá-lo. O que justifica é o *consenso*²⁰.

O Poder Judiciário exercita poder e, marcadamente, dispõe do uso da força institucionalizada (coercibilidade). Não pode ficar de fora, portanto, das reflexões acerca da legalidade e legitimidade de sua atuação.

¹⁹ Dentre essas formas estaria não somente o poder político (destinado a produzir efeitos na *direção da sociedade*), mas também as diversas outras manifestações, como o poder econômico, poder de imprensa, poder militar, poder dos grupos sociais secundários e “de tantas outras manifestações que, embora não sejam políticas na sua imediata motivação, são capazes de produzir efeitos juspolíticos (MOREIRA NETO, 1992, p. 55).

²⁰ A referência ao *consenso* justifica-se, no ponto, porque o autor, nessa passagem da obra, trata do tema “Direito e força nas teorias da soberania”.

De tudo o que já foi dito, parece autorizado concluir que direito e poder político imbricam-se. Vinculam-se de tal maneira que desconsiderar um ao pensar o outro é fracassar, de antemão, na tentativa de compreender tão importantes fatores da vida social. É o que defende Calmom de Passos (2000, p. 51/52), ao concluir suas reflexões acerca do que chamou de “dimensão política do jurídico”, cujas palavras merecem transcrição:

A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos na sua interação com os fatos econômicos. Ao direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado. *O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência*, o que só alcança em virtude de sua positividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político organizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Correto, pois, afirmar-se que *Direito e poder político são indissociáveis*. (...) Conclui-se, portanto, que a própria condição humana impõe a vida em sociedade que, por seu turno, exige a organização da vida social, pelo que faz presente, de modo necessário, o fenômeno do poder político, indispensável em virtude da imperiosa necessidade de disciplinar-se impositivamente a divisão do trabalho social e a apropriação do produto dele resultante. Refletir sobre o homem sem considerar a sociedade é um contra-senso. Pensar a sociedade sem considerar a organização, um despropósito. Refletir sobre a organização abstraído o poder, um despautério. Pensar o poder dissociado de sua principal consequência – a desigualdade na divisão do trabalho social e na apropriação dos bens produzidos, uma alienação injustificável. Consequência necessária – não há um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. *Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos*.

Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou.

De fato, o direito é um construir humano e, portanto, firma-se em esteios e valores contingentes, historicamente situados e condicionados pelo poder inerente a toda associação humana. Nesse autocondicionamento recíproco, a manifestação política do jurídico e – porque não o dizer – jurídica do político, seus limites e possibilidades, constitui uma tensão democrática, uma questão que, embora de extrema relevância para a teoria do direito, ainda se encontra em aberto.

Consigne-se que o direito aqui referido não é sinônimo de Jurisdição. Dizendo de outro modo, o direito que regula uma sociedade não é o que dizem ser os que detêm o poder jurisdicional. Contudo, quando se fala em direito processual civil (que não por acaso foi

historicamente chamado de “direito judicial” ou “direito judiciário”²¹), há de se ter em conta duas constatações: i) a de que o processo não é somente um meio de efetivação do direito material, como outrora se defendeu (tese do processo como instrumento), mas também uma forma de criá-lo; ii) a de que, no Brasil, somente o direito “dito” pela Jurisdição goza do atributo da coercibilidade, com aptidão de se tornar indiscutível (*res judicata*).

É justamente essa possibilidade – esse poder – de dar respostas com a marca da definitividade que exige reflexões sobre a legitimidade do exercício jurisdicional. Luigi Ferrajoli registrou esse aspecto:

Pode-se estabelecer uma correlação biunívoca entre Estado de direito e jurisdição. Se é verdade que o Estado de direito consiste na sujeição à lei por parte dos poderes públicos, o espaço da jurisdição equivale ao sistema de limites e vínculos legais impostos aos poderes públicos e cresce com o desenvolvimento desse sistema. (...). O progresso do Estado de direito é então simultâneo e paralelo ao desenvolvimento do papel da jurisdição. (...) De fato, pode-se afirmar que, a toda expansão do princípio da legalidade, a todo passo dado na tarefa de limitação e sujeição do poder ao direito, inevitavelmente corresponde um aumento do espaço da jurisdição²².

A jurisdição, então, é chamada a contribuir com a efetividade do Estado de Direito, exatamente quando, diante de uma violação ou ameaça à legalidade, interfere reafirmando esse “sistema de limites” referido por Ferrajoli. Ocorre que, a despeito dessa função, há a necessidade de legitimação da própria atividade jurisdicional, pois ela também se submete, como não poderia deixar de ser, ao direito posto. É assim, e precisa ser assim, no Estado de Direito.

2.2 Jurisdição e legitimidade no Estado Constitucional de Direito

²¹ Até hoje há disciplinas em Universidades cujo nome é “Direito Judiciário”, ao invés de Direito Processual Civil, como ocorre na pós-graduação da Universidade de Brasília. Esse aspecto histórico foi assim tratado por Moacyr Amaral do Santos (2011, p. 36): “Uma parte da doutrina menos recente prefere à de *direito processual* a denominação *direito judiciário*. Segundo essa corrente, a velha denominação oficial da cadeira nos cursos jurídicos do país. (...) A expressão *direito judiciário*, enquanto, por um lado, põe em relevo a figura do juiz, eclipsando as dos sujeitos dos interessados e demais pessoas que intervêm no processo, por outro lado permite alargar o seu campo com institutos alheios ao processo e que se compreendem na órbita das funções que, estranhas à função jurisdicional, são atribuídas ao Poder Judiciário”.

²² Redação original: “Puede establecerse una correlación biunívoca entre Estado de derecho y jurisdicción. Si es verdad que el Estado de derecho consiste en la sujeición a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de la jurisdicción equivale al sistema de limites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo de este sistema. (...) El progreso del Estado de drecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. (...) De hecho, se puede afirmar que, a toda expansión del principio de legalidad, a todo paso dado em la tarea de limitación y sujeición al derecho del poder, inevitablemente ha correspondido un aumento de los espacios de la jurisdicción”.

Consignou-se acima a assertiva de que o Poder antecede ao Estado, até porque, como lembra Amaury Nunes (2010, p. 23), “parcela do poder político é anterior ao Estado, preexiste ao Estado, funda ele próprio o Estado”. Também já restou assentado que, apesar disso, o Estado é a institucionalização do poder²³.

Esse Poder político, após a institucionalização do Estado – que é um fenômeno da modernidade – precisa justificar-se no direito, mas não prescinde da busca por legitimidade. É preciso, então, identificar uma conceituação mínima de jurisdição e legitimidade, necessária às reflexões seguintes.

Início pelo conceito de Jurisdição. Há diversas formas de conceituá-la, sendo que duas delas gozam de grande prestígio histórico, inclusive no Brasil, dada a influência que a doutrina italiana, pelas mãos de Liebman, aqui sempre exerceu.

A primeira delas define jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a ideia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte de alguém a observância do que a lei dispõe. Já a segunda prefere ver na jurisdição *a justa composição das lides* (Carnelutti), entendendo por *lide* qualquer conflito de interesses regulados por direito e por *justa* a composição feita nos termos deste (LIEBMAN, 1980, p. 23).

No Brasil, como é sabido – embora não sem contestação – a Jurisdição é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. Ao contrário da França, por exemplo, em que o direito também é dito (*iurisdictio*) por órgãos estatais administrativos, com aptidão para tornar-se indiscutível, no Brasil, por força da cláusula constitucional da inafastabilidade, somente o Poder Judiciário exerce a Jurisdição.

É por isso que o conceito de Liebman (1980, p. 23), de Jurisdição como “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação”, não é plenamente adequado, pois em tais órgãos administrativos ele – à luz da Jurisdição exercida em outros lugares do mundo – incluiu os órgãos de julgamento administrativo. Mas isso é de somenos importância, reconheça-se.

²³ Gerra Filho (2000, p. 18), citando lição do sociólogo francês Lapierre, assim trata do tema: “a institucionalização do poder consiste em transferir o poder social de indivíduos ou grupos para uma entidade abstrata (o Estado), representação da sociedade em que se insere. Do ponto de vista sociológico, a institucionalização é uma espécie de tomada de consciência coletiva, onde o grupo social é reconhecido por seus membros como uma realidade dotada de direitos superiores ao dos seus membros individualmente...”.

Importa perceber que a atividade jurisdicional não constitui um mero ato de técnica jurídica. É, sem dúvida, senão principalmente, exercício de poder estatal, como reconheceu Dinamarco (2009, p. 147), após defini-la em termos similares aos de Liebman – de quem é discípulo:

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe acomete.

A Jurisdição, então, é uma das faces do poder político. Se é poder, somente pode ser exercido nos limites em que lhe foi outorgado pelo Estado de Direito. Eis outro conceito que convém ser retomado, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2010, p. 311/312):

Estado de Direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno histórico (o chamado Estado de Direito liberal) e uma ocorrência estrutural. Estado de Direito tem a ver com codificação jurídica do poder. Em primeiro lugar, significa que o poder de coação politicamente organizado em instâncias centrais é posto à disposição do agente privado que se encontra numa posição protegida pelo direito. Em segundo lugar, significa que o poder político, ele próprio, está submetido ao direito, de tal modo que o poder só possa valer-se de *seus meios de coação* quando juntamente autorizado. E, afinal, que o próprio direito autorizante só pode ser criado, mudado ou reconhecido pelas condições postas pelo próprio sistema jurídico.

Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 21) afirma ser o século XXI “o século do ‘Estado de direito’ ou, segundo a expressão alemã, do *Rechtsstaat*”²⁴. Após distingui-lo do “Estado sob o regime da força”²⁵ e do “Estado de polícia”²⁶, manifestações do absolutismo e do despotismo ilustrado, tece as seguintes considerações:

A expressão “Estado de direito” é certamente uma das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea. Contém, sem embargo, uma noção genérica e embrionária, embora não seja um conceito vazio ou uma fórmula mágica, como se tem dito para denunciar um certo abuso dela. O Estado de direito indica um valor e alude somente a uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si mesma consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação

²⁴ No original: “el siglo del ‘Estado de derecho’ o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*”

²⁵ Estado bajo el régimen del de fuerza.

²⁶ “Estado bajo el régimen de policía”.

entre poder e direito que constituía a essência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, mas *Lex facit regem* (ZAGREBELSKY, 2011, p. 21)²⁷.

Dois aspectos ressaltados por Ferraz Junior e ratificados por Zagrebelsky merecem aqui especial atenção: primeiro, a ideia de que o próprio poder político, no Estado de Direito, submete-se ao *direito* por ele criado (*lex facit regem*); segundo, o fato – fundamental – de que o “direito autorizante” somente pode ser criado, modificado ou reconhecido se respeitadas as condições estabelecidas pelo sistema jurídico.

Esses dois pontos têm especial relevância para a função jurisdicional em um Estado de Direito. E é sobre eles que, no item seguinte, e no âmbito decisional do incidente de resoluções de demandas repetitivas, serão tecidas considerações reputadas pertinentes e relevantes. Antes, é preciso fazer um importante registro.

Utiliza-se aqui da expressão “Estado Constitucional de Direito”. E isso não é despropositado: busca consignar que o Estado de Direito (estado legislativo), essa conquista da modernidade, passou por uma mudança substancial, uma alteração de paradigma de Estado e, pois, de sistema jurídico, assim percebida por Manuel Atienza (2005, p. 10):

O terceiro dos fatores [fatores que justificam o caráter central da argumentação jurídica na cultura jurídica ocidental] se vincula a uma mudança geral nos sistemas jurídicos, produzido com a passagem do “Estado legislativo” ao “Estado constitucional”. Por Estado constitucional, como é óbvio, não se entende simplesmente o Estado em que está vigente uma Constituição, mas o Estado em que a Constituição (que pode não ser em sentido formal: pode não existir um texto constitucional) contém: a) um princípio dinâmico do sistema jurídico político, ou seja, a distribuição formal do poder entre os diversos órgãos estatais (Aguiló 2002), b) certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam (também quanto ao conteúdo) a produção, a interpretação e a aplicação do direito, c) mecanismos de controle de constitucionalidade das leis²⁸.

²⁷ Redação original: “La expresión “Estado de derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *Lex facit regem*”.

²⁸ No original: “El tercero de los factores se vincula con un cambio general em los sistemas jurídicos, producido con el paso del ‘Estado legislativo’ al ‘Estado constitucional’. Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (Aguiló 2002), b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también em cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes”.

No Estado Constitucional, portanto, mesmo o poder do legislador – e de qualquer outro órgão estatal – é limitado e precisa ser justificado. É por isso que, “na realidade, o ideal do Estado constitucional (a culminação do Estado de direito) supõe a completa submissão do poder ao direito, à razão: a força da razão, frente a razão da força”. (ATIENZA, 2005, p. 11)

Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 33), na mesma trilha, registra que o avanço do Estado de direito ao Estado constitucional constitui “uma autêntica mudança genética, mais do que um desvio momentâneo com esperança de restauração”²⁹. A novidade trazida por essa mudança está justamente na posição da lei que, pela primeira vez na época moderna, submeteu-se a uma relação de adequação e, pois, de subordinação à uma norma superior, a um direito superior estabelecido pela Constituição.

Pois bem. Visto que no Estado Constitucional de Direito o Estado e, pois, a Jurisdição, submetem-se ao direito posto (vinculação à legalidade, subordinada à Constituição), resta aferir se há, também, alguma vinculação à legitimidade. Essa preocupação não povoou o imaginário dos juristas romanos e canônicos. Segundo Bonavides (2003, p. 113) essa cisão da legalidade com a legitimidade “tornou-se patente ao pensamento europeu desde 1815, quando se fez vivo e agudo (...) o antagonismo que a França monárquica passou a testemunhar entre a legitimidade histórica de uma dinastia restaurada e a legalidade vigente do Código napoleônico”.

É coincidente a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 4), de onde se colhe que a preocupação com a legitimidade surge com a institucionalização do político. Veja-se:

O problema de legitimidade surge, precisamente, quando o poder deixa de ter vinculação subjetiva com alguém que o personaliza no desempenho de um papel social não político. O patriarca tem poder porque só ele poderá ser a síntese e o chefe do grupo natural, mas o poder do rei advém da instituição da monarquia e simbolicamente se expressa na coroa. O poder do patriarca é personalizado no seu papel social e, por isso, incontestado e legítimo. Já o poder do rei é institucionalizado e, por isso, pode ser contestado quanto a sua legitimidade.

Apesar dessas constatações, o estudioso do direito não se mostra, em regra, preocupado com a legitimidade. Eros Roberto Grau (2011, p. 84), sobre o ponto, faz importante registro:

²⁹ No original: “um autêntico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y com la esperanza de una restauración”.

A imensa maioria dos estudiosos do direito foge à questão da *legitimidade do direito* como se diz que do alho foge o vampiro, ou o diabo, da cruz. E um dos expedientes mais aprestados a ensejar essa fuga encontra-se na afirmação de que a *legitimidade* está subsumida na *legalidade* – o que não se pode, contudo, logicamente sustentar.

Mas, o que seria essa “legitimidade”?

Legitimidade, embora constitua um tema recorrente e caro à teoria política e ao direito público, não é de fácil definição. O problema da legitimidade liga-se ao fundamento da ordem jurídica e da autoridade política, isto é, vincula-se à origem da força legitimadora do poder político e da ordem jurídica, que torna imprescindível a investigação acerca do que motiva alguém à aceitação da desigualdade humana ínsita ao exercício do poder.

Sob o aspecto histórico, aponta a doutrina que

A noção de legitimidade como sustentáculo e justificativa de uma ordem jurídico-política já se antecipava, de certo modo, no pensamento de Platão e Aristóteles, com seus respectivos critérios metafísicos de governo bom e justo, submetido aos ditames da boa razão, conforme a natureza das coisas. Em regra, entretanto, na antiguidade clássica ocidental e principalmente na oriental, a ideia de legitimidade – ainda não com este nome – como substrato de validade do poder estaria sempre adornada de elementos teocêntricos. (...) É entre os romanos que o adjetivo *legitimus* aparece pela primeira vez, ainda que com a acepção de conformidade com a lei ou com o costume. E já é possível localizar, então, expressões como *legitimum imperium* e *legitimum dominium*. (DINIZ, 2006, p. 35)

Essa ideia de legitimidade vinculada à tradição avançou para idade média que, como sabido, tinha por legítimo o poder divino dos reis. Somente com Hobbes é que ocorre a ruptura da fundamentação divina no poder, com a busca de critérios racionais e laicos para o poder efetivamente se justificar.

Já no século XX, foi Max Weber quem trouxe oxigenação ao debate acerca da legitimidade, através de uma investigação empírica acerca da obediência a certo domínio³⁰. Para Weber, há três formas puras de domínio legítimo, de forma que cada uma está ligada a uma estrutura sociológica diversa, no que tange ao corpo administrativo e aos meios da administração.

O primeiro deles é o domínio legal, que “tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei”. (FREUND, 2003, p.167). Seu tipo mais puro é o poder burocrático. A

³⁰ “Coerente com sua opção metodológica pela neutralidade valorativa, Weber passa ao largo de considerações de ordem normativo-axiológica quanto aos princípios legitimadores da autoridade. Realmente, o autor de *Economia e sociedade* não se ocupa em examinar se a crença na validade de um ordenamento se relaciona com motivos ‘bons’, ‘justos’ ou ‘virtuosos’, ou seja, em ‘bons fundamentos’, como prefere chamar Habermas. Longe disso, sua sociologia política atribui, de forma conseqüente, à ideia de legitimidade uma leitura extremamente ‘fenomenológica’, desde a faticidade de suas manifestações históricas” (DINIZ, 2006, p. 115/116).

dominação legal seria a legitimidade associada à legalidade da atuação estatal, pela ideia de que não se obedece à pessoa do governante, mas à regra estatuída, que define a quem e em que medida a obediência é devida. Diz Weber (2004, p. 141), que tal dominação “está baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação racional)”.

O segundo tipo de domínio legítimo, segundo Weber, é a “dominação tradicional”. Decorre da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais existentes há longo tempo. Seu tipo mais puro é a dominação patriarcal. Compõe-se do senhor, que manda, e dos súditos, comandados. Nas palavras de Weber (2005, p. 4/5):

Obedece-se à pessoa por força da sua dignidade própria, santificada pela tradição: por piedade. O conteúdo das ordens é vinculado pela tradição, cuja violação é considerada por parte do senhor poria em perigo a legitimidade do seu próprio poder, que assenta apenas na sua santidade. Criar um novo direito em face das normas tradicionais surge, em princípio, como impossível. Na realidade, tem ele lugar mediante o “conhecimento” de uma proposição como “valendo desde sempre” (através da “profecia”). Pelo contrário, fora das normas de tradição, a vontade do senhor está vinculada apenas por limites que o sentimento de equidade traça no caso singular, portanto, de modo extremamente elástico: o seu poder divide-se, pois, numa região estritamente cimentada pela tradição e noutra da livre graça e arbítrio, em que ele governa segundo o agrado, a afeição, a aversão, e sobretudo também mediante favores pessoais a pontos de vista influentes.

O terceiro tipo é o “poder carismático”. Constitui um tipo excepcional de poder político, marcado pela deturpação dos parâmetros políticos ordinariamente encontrados. Tem fundamento emocional – entrega dos homens à pessoa do chefe, um predestinado – e não racional. É manifesto que tal poder “se opõe radicalmente ao domínio legal, tanto quanto ao domínio tradicional, que encerram ambos uma limitação, tendo em vista a necessidade de respeitar a lei ou o costume...”. (FREUND, 2003, p. 170). O poder carismático, então, desvaloriza o direito, na medida em que desconhece leis e instituições, sendo a norma de si mesmo, pela palavra do chefe. Para Weber (2004, p. 141), esse poder baseia-se na “veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”.

É importante perceber que essa tipologia tríplice das formas de legitimidade constituem tipos ideais que, justamente por isso, não se encontram de forma pura na sociedade. Combinam-se na realidade social, de forma que uma dominação do tipo legal pode ter, também, aspectos tradicionais e até, excepcionalmente, da categoria da legalidade.

É certo que o século XX e final do século XIX foram marcados pela força do positivismo jurídico. Hans Kelsen, o maior conhecido teórico do positivismo jurídico,

vinculou a legitimidade à validade da ordem jurídica, como não poderia deixar de ser, segundo suas premissas teóricas. O limite da legitimidade é o limite da validade de uma norma ou, nas palavras de Kelsen (1999, p. 146),

As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.

Nesse prisma, a legitimidade de uma norma advém exclusivamente de sua validade no ordenamento jurídico. É hora, então, de enfrentar o problema da conceituação de legitimidade.

Legitimidade, para Lúcio Levi (1997, p. 675), seria “um atributo do Estado, que consiste na presença em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”. Para ele, o poder deve transformar obediência em adesão, pelo alcance do consenso. Esse poder, então, será legítimo.

Para Luhmann (1980, p. 30), “pode definir-se a legitimidade como *uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*”. Segundo essa perspectiva, legitimidade não seria algo “pertencente” a quem exerce o poder, mas sim algo que se lhe impõe observar, quanto aos destinatários de seus atos.

Habermas entende que legítimo é apenas o poder que alcança a aceitação pela via discursiva. Assim, “o princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomar parte em ‘discursos racionais’” (HABERMAS, 2010, v. 1, p. 199). Ele não conceitua, propriamente, legitimidade, mas deixa claro que não a concebe senão pelo condicionamento do discurso racional.

À parte a dificuldade conceitual, pode-se ter em conta que o exercício do Poder – e de qualquer poder – no Estado Constitucional de Direito, precisa ser legítimo. E o desafio atual parece ser o de aproximar o Estado da legitimidade, uma vez que a legalidade, apenas, não é suficiente à democracia. Essa crise de legitimidade foi assim reconhecida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 6):

A crise de legitimidade surgiu, como a entendemos, no bojo de uma crise de gigantismo político. Enquanto a concentração de poder no Estado não atingia níveis dramáticos, ainda era possível ao indivíduo conviver com essa situação sem grandes fricções éticas. Quando essa concentração extrapolou do político para o econômico e o social, por volta da Revolução Industrial, as sociedades sentiram que o Estado invadira sua casa, invadira sua vida privada e o questionamento ético tornou-se inevitável. Por outro lado, a *representação política*, que durante tanto tempo havia atendido a um mínimo de exigências de legitimidade do poder – legitimidade quanto à origem -, sofria a erosão provocada pelo crescente distanciamento entre a sociedade e o Estado – legitimidade quanto à destinação do exercício do poder. (...) O problema da legitimidade, como se pode verificar, ficou totalmente entrelaçado com o da democracia.

E isso é relevante porque, como já assentado, com o predomínio do positivismo jurídico e, por consequência, com a aparente suficiência da justificação do direito perante o próprio direito (conformação do direito ao direito), a legitimidade deixou de ser digna de preocupação. Sobre o ponto – e com referência histórica – foi preciso Niklas Luhmann (1980, p. 29):

Usado na Idade Média como conceito jurídico para a defesa da usurpação e tirania e com este sentido consolidado e propagado principalmente pela restauração napoleônica, o conceito de legitimidade perde o seu fundamento moral com a positivação do direito, que se impôs completamente no século XIX. Primeiro foi equiparado à posse do poder efetivo, depois foi usado de novo para dominar a problemática dum princípio de legalidade puramente positivo. Formulado com este fim, e abstraindo das tentativas para a restauração do direito natural, o conceito foi impelido para a realidade pura. Hoje ele significa a concepção, realmente divulgada, da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificaram.

Superada que foi a ideia de validade como decorrência do sistema, apoiada na premissa da norma justificadora³¹, há de se reconhecer que, no Estado Constitucional de Direito, o poder estatal precisa ser exercido de forma legítima. E que isso não se resolve pela ideia de “validade”, no sentido kelseniano³². Nas palavras de Ferraz Junior (1989, p. 15),

³¹ Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito (1999, 148/149), assim tratou o tema: “No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão. As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência)”.

³² Apesar de que, reconheça-se, ela ainda encontra adeptos, como ilustra a seguinte assertiva: “Para o juiz, ao qual cabe aplicar a lei para solucionar os conflitos de interesses, a legitimidade está integralmente contida na legislação; sua percepção é apenas jurídica (Objektivität, para Laun)” (MOREIRA NETO, 1998, p.23).

A expressão **legitimidade** é um lugar comum (topos) da retórica jurídica e política. Embora sua inteligência verbal faça pensar no **legítimo** como o conforme a lei (*legitimus, lex*), no uso comum de nossos dias o termo de certo modo se constrói paralelamente e, às vezes, superiormente à noção de lei, tomada pelo seu sentido positivista como norma legal, isto é, editada conforme procedimentos constitucionalmente fixados, pelo Poder Legislativo. Costuma-se distinguir, nesse sentido, entre legítimo e legal, legitimidade e legalidade.

Mas foi também Tércio Ferraz Junior que percebeu a “conotação imprecisa ou ambiguidade do conceito” (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 16), capaz de permitir que assumia conteúdos dos mais diversos, incidindo sobre situações objetivas até contraditórias. Teria, então, a legitimidade, “a força sedutora de um lugar-comum, que todos podem reclamar para todos e cada um *de per si*: todos são favoráveis ao legítimo e contra o ilegítimo...” (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 16).

Nada a refutar no pensamento do citado autor. No presente trabalho, contudo, a reflexão sobre a legitimidade deve ligar-se à atividade jurisdicional, ao exercício do poder político outorgado ao Judiciário pela Constituição Federal.

No que precisamente aqui interessa, há de se perquirir se o poder jurisdicional, na forma em que é exercido no Brasil, é ou pode ser legítimo. E essa reflexão, por demais cara à democracia e relevante ao futuro incidente de resolução de demandas repetitivas, não pode ser feita sem alguma aproximação aos temas judicialização da política e ativismo judicial.

Antes, é importante um registro: o Judiciário brasileiro não é composto por juízes eleitos e não contempla regras especificamente vocacionadas à legitimação dos escolhidos para os cargos da instituição, notadamente os da cúpula, cuja escolha é marcadamente política, mas não pela via do sufrágio. Assim, convém assentar, com Ferrajoli (2012, p. 70), que “sua fonte de legitimação não é aquela político-representativa própria das instituições de governo, mas aquela da sujeição à lei”.

2.3 Limites ao Poder Judiciário: judicialização da política e ativismo judicial

Algumas premissas anteriormente fixadas precisam ser retomadas, como preparação da reflexão que adiante se fará sobre os limites da jurisdição em um Estado Constitucional de Direito. A primeira delas é a de que direito e poder imbricam-se de tal forma que pensar um sem o outro é medida vã e ingênua; a segunda é a de que o Estado de Direito impõe a todos – inclusive ao próprio Estado, enquanto ente político, e por todos os seus agentes – a submissão ao direito; a terceira, e finalmente, é a de que na presente quadra da história, o poder e o direito, imbricados que são, precisam de legitimidade.

As premissas acima já foram justificadas e são adotadas, aqui, como parâmetros de trabalho. A partir delas, seguirão reflexões acerca dos limites ao exercício do poder pelo Judiciário, nesse contexto que de ampla judicialização e de ilimitado ativismo, algo que precisa ser analisado e definido.

É fato que o mundo ocidental vive um momento de elevada judicialização, especialmente das questões políticas. “*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 5). E é despidendo dizer que a decisão de tais questões pelo Judiciário significa sua não-decisão pelos demais poderes e órgãos.

A judicialização não é um privilégio brasileiro. Barroso (2012, p. 5) afirma tratar-se de “fenômeno mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo Westminster – com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”. De fato, os exemplos são abundantes.

É preciso, contudo, fazer um *discrimen*, pois tem se tornado comum a utilização da expressão “judicialização da política” como sinônima de “ativismo judicial”, algo que não se mostra correto. Elival da Silva Ramos (2013, p. 107) afirma que “ativismo judicial, em uma primeira noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”. Seria, pois, o exercício ilegítimo do poder jurisdicional, justamente por ultrapassar limites admitidos pelo sistema jurídico³³.

Já a judicialização pode ser vista como uma tendência da sociedade de levar ao Judiciário temas que – em tese, e segundo a perspectiva tradicional de separação de poderes – não seriam judicializáveis. É evidente que essa tendência abre amplo espaço ao ativismo judicial, justamente porque questões de cunho marcadamente político demandam escolhas. Isso não muda, contudo, a natureza das coisas, como registra Lenio Streck (2011, p. 30), uma vez que, segundo ele, “deve-se ter bem clara a distinção entre judicialização, que é contingencial e produto de (in)competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre decorrente de um problema solipsista-comportamental”³⁴.

³³ Essa leitura foi também feita por Inocência Mártires Coelho, nos seguintes termos: “Por ativismo judicial – segundo esse jurista [Elival da Silva Ramos] deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. (In COELHO, Inocência Mártires. **Ativismo judicial: o caso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 23.ago.2010).”

³⁴ Lenio Streck refere-se ao juiz “solipsista” (do latim “solu-”, «só» +ipse, «mesmo» +-ismo”), como aquele que acredita ser o julgamento um “ato de vontade”, aproximando a sentença do *sentire* e, por consequência, põe em xeque o Estado de Direito. Sobre o ponto, diz que “essa filiação ao paradigma subjetivista já estava presente em

É possível cogitar, portanto, mesmo em um contexto de elevada judicialização de questões políticas, de um judiciário contido (ou autocontido, *judicial self-restraint*). Não se deve confundir o dever de decidir (proibição do *non liquet*) com o poder de decidir tudo o que é judicializado. Como ressaltou Barroso (2012, p. 10), “o oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”. Daí concluir-se, com segurança, que judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.

E mais: ativismo judicial também não é sinônimo de criação judicial do direito. O presente trabalho adota como premissa – devidamente justificada e amparada na mais respeitada doutrina – que juiz cria direito. É possível afirmar, com tranquilidade, que todo juiz cria direito, em alguma medida; e é possível também afirmar que o juiz ativista cria também direito, mas ultrapassando os limites de poder que lhe foram definidos (sim, o poder no Estado de Direito é outorgado, com limites) pelo sistema jurídico.

Sobre o ponto, convém transcrever mais uma lição de Calmom de Passos (2000, p. 85/87). Dizia o inigualável professor baiano, com expressa referência a Luhmann, “particularmente esclarecedor, em que pesem as críticas feitas ao conjunto de sua teoria”, que a gênese e a manutenção da ordem social dão-se sob a égide de dois conceitos: complexidade e dupla contingência. E a redução dessa complexidade é o papel do direito, realizado pelo legislador – em uma primeira medida, sob grande liberdade – e pelo juiz – numa segunda, sob regras e limites. São dele as palavras:

Por *complexidade* se compreende o conjunto de todos os acontecimentos possíveis. Desenha-se, assim, o campo ilimitado dos *mundos possíveis*. (...) Quando se faz possível uma certa ordem nessa infinitude, reduz-se a complexidade e a sociedade começa a existir. É nessa ideia de *redução da complexidade* como processo social permanente, que Luhmann situa o motor da evolução dos sistemas sociais.

(...)

Se pensarmos uma situação originária de contato entre dois indivíduos, sobre o pano de fundo dessa complexidade não reduzida ainda de alguma maneira, isto é, na ausência da sociedade, o problema toma a forma de uma *dupla contingência*. *Contingente* é o que não é necessário nem impossível, mas simplesmente possível. Quando dois indivíduos entram em contato nesse quadro, cada qual deles perceberá essa contingência, que diz respeito tanto a ele quanto ao outro. Isto não serve a nenhum deles para orientar-lhe a conduta, pois é impossível a qualquer deles conhecer as *expectativas* do outro. Nada é previsível onde tudo é possível. Nestes

processualistas como Moacyr Amaral dos Santos, que dizia que ‘a sentença é ato de vontade’. Já Tourinho Filho vai dizer que o juiz, através da sentença, ‘declara o que sente’, deixando explicitada a sua adesão à tese da *adequatio rei et intellectus*. Observe-se, nesse contexto, que ‘filosofia da consciência’ e ‘discricionariedade judicial’ são faces da mesma moeda, sendo muito comum essa junção ser feita a partir da tese – explícita ou implícita – de que a interpretação (ou a sentença) é um ‘ato de vontade’, reconstruindo-se, assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito*”. (STRECK, 2010, p. 34).

termos não há expectativas, não há comunicação. Da desordem não rompida só pode decorrer desordem.

A introdução da ordem, a redução primeira da complexidade originária, a ruptura da dupla contingência, não são algo que um demiurgo possa trazer do exterior desta relação, ainda impossível. Isto não é senão a transformação do impossível em possível, da paralisante possibilidade genérica, que é a complexidade não reduzida, em possibilidade concreta.

(...)

De maneira mais acessível e menos técnica, diria que o homem, como liberdade, em cada momento de seu agir, coloca-se diante de um leque de alternativas de comportamento (condutas possíveis, *possibilidades de ser*) a pedir redução de sua complexidade, enquanto *poder ser*, o que só se faz viável mediante a seleção de uma dentre todas as alternativas possíveis, tornando-se *dever ser* o que foi objeto da opção.

O processo de produção do Direito pelo poder político democraticamente institucionalizado realiza-se mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressam em termos gerais, como primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material); b) A subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelo próprio interessado (o denominado direito processual); c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (norma de organização). Nesta perspectiva, distingue-se o *processo legislativo* de produção do Direito do *processo jurisdicional* de produção do Direito, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do jurídico, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acrescentou o *processo administrativo* de produção do Direito.

Após a exposição dessas questões, chega Calmon de Passos ao ponto que essencialmente aqui nos interessa: os limites da atividade de criação do direito pelo Judiciário.

Diz ele, então:

Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, *de natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para determinação de um universo de *dever ser* formalizados em termos genéricos, a par de uma segunda redução de complexidade, *de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, a partir daquela, para concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político-legislativo disciplina e conforma a primeira função; os processos político-administrativo e político-jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso com atendimento aos preceitos constitucionais.

(...)

Esta redução última de complexidade, quando transferida ao julgador, não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria, assim, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, que seria tornada inócua e nenhuma, bem como o postulado básico do Estado de Direito Democrático – a submissão de todos à lei.

Essa reflexão deixa claro que criação judicial do direito é algo inevitável e mesmo necessário, o que não autoriza a conclusão de que o Judiciário possa agir livremente no

espaço das escolhas políticas. Essa liberdade, se exercitada, viola o sistema jurídico e suas bases democráticas.

A doutrina registra, de forma amplamente majoritária, que: i) juiz cria direito; ii) a criação do direito pelo juiz sujeita-se a limites. Identificar esses limites – e isso depende da concepção adotada acerca do papel do Judiciário no Estado Constitucional de Direito – não é tarefa fácil. Constitui, ao contrário, questão de alta indagação, cujo enfrentamento é necessário.

Intui-se pela doutrina aparentemente majoritária³⁵, pelo discurso da mídia, do senso comum, que há mesmo a defesa irrestrita de um “protagonismo do juiz” na sociedade e do seu suposto papel de efetivar direitos. Apontam-se, na doutrina, ao menos três causas desse protagonismo.

A primeira causa seria o reconhecimento de que a democracia depende, no Estado de Direito, de um Judiciário forte e independente. A segunda seria o elevado grau de insatisfação e descrença da sociedade no Poder Legislativo, visto cada vez mais como inoperante e ilegítimo³⁶. A terceira e última causa, é uma das faces da segunda: a relutância parlamentar em enfrentar e decidir questões polêmicas, dado o desgaste eleitoral que podem provocar.

No caso do Brasil – as causas acima não têm como foro apenas o nosso País – lembra Barroso (2012, p. 6) que “o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica (...) e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós”, que permite um amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal. Diante desse contexto, estaria justificada a seguinte conclusão, a que chega o próprio Barroso, na mesma obra:

Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2012, p. 7)

³⁵ Na argentina, o registro é de Peyrano (2008, p. 6), de que “o ativismo judicial prevalece no panorama doutrinário processual contemporâneo”. No original: “El activismo judicial prevalece en el panorama doctrinario procesal contemporáneo”.

³⁶ Não é por acaso que Jeremy Waldron (2003, p. 1) inicia sua obra “A dignidade da Legislação” com a seguinte constatação: “Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis”.

A conclusão é pertinente³⁷, mas merece um adendo: o de que o ativismo impulsiona a judicialização. Em outro contexto, de um judiciário *contido*, não se judicializariam questões nitidamente políticas, pois haveria, por parte dos tribunais, uma sinalização de que nem tudo pode ser judicializado³⁸. O mais recente exemplo é o caso da ordem de julgamento dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional, em que o Min. Luis Fux concedeu estranha liminar³⁹, que por maioria foi revogada pelo plenário do STF.

Além dos fatores já citados, a história mais recente (especialmente após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADIN 4277⁴⁰ e da Ação Penal 470⁴¹), autoriza a aplicação, no Brasil, da constatação de Ingeborg Maus (1999, p. 185) de que esse gigantismo do Poder Judiciário vem acompanhado por uma “representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”.

É verdade que existe uma zona de penumbra acerca dos limites à atividade jurisdicional, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional. Essa constatação, contudo, não serve para justificar ativismo irrestrito. E isso porque há, também, uma zona de certeza, um espaço em que nitidamente há ou claramente não há espaço para a atuação do Poder Judiciário, nos termos em que o poder lhe foi outorgado pela Constituição Federal. (MAUS, 1999, p. 185)

³⁷ Embora trate de outro contexto, é similar o raciocínio de Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 145): “Assim, pois, a razão da temida ‘explosão’ subjetivista da interpretação encontra-se, uma vez mais, no caráter pluralista da sociedade atual e dessa sociedade parcial que é a comunidade de juristas e operadores do direito”. No original: “Así pues, la razón de la temida ‘explosión’ subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que é a comunidad de los juristas y operadores jurídicos”.

³⁸ Uma recente declaração do Ministro Joaquim Barbosa, já presidente do STF, merece ser lembrada: “Qualquer assunto que tenha natureza constitucional, uma vez judicializado, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal”. Foi pronunciada em resposta ao recém-eleito presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Alves, que anunciara que não cumpriria decisão do STF acerca da perda do cargo dos deputados condenados na Ação Penal 470, conhecida como “processo do Mensalão”.

³⁹ Provocado por mandado de segurança (MS 31.816) ajuizado pelo Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ), o Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, concedeu medida liminar para suspender a sessão que deliberaria, sob o regime de urgência, acerca do veto da presidenta Dilma Roussef ao Projeto de Lei 1.565/2011 (art. 3º, veto parcial), que modificaria as regras de distribuição dos royalties do petróleo quanto as áreas já exploradas. Entendeu o Min. Fux ser “necessária a deliberação dos vetos presidenciais na sua ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional, o que importa na apreciação do veto parcial nº 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011, somente após a análise de todos aqueles cujo prazo constitucional de apreciação já tenha expirado”. A liminar foi cassada pelo plenário do STF, pelo apertado placar de 6 votos a 4, e o veto foi apreciado e derrubado pelo Parlamento, dando ensejo à promulgação dos trechos vetados, que integram a Lei 12.734/2012.

⁴⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, em conjunto com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, na qual foi dada “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro, para, nas palavras do relator, Min. Ayres Brito, “dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”.

⁴¹ Ação Penal pública incondicionada proposta em desfavor de quarenta réus (políticos, empresários e autoridades diversas) em razão de condutas praticadas no contexto do esquema de pagamento de propinas a parlamentares federais, que ficou conhecido como “mensalão”.

A concepção que vem se consolidando no Brasil, a partir de uma recepção conceitual viciada da teoria de Dworkin, afasta o Judiciário da legitimidade. Esse “vício teórico” não pode ser objetivamente explicado, menos ainda justificado, pois nunca é demais lembrar a advertência de Montesquieu: todo homem investido de poder é tentado a abusar dele. A teoria de Dworkin sobre os princípios jurídicos – segundo por ele concebida e de acordo com a interpretação que dela se faz em outros lugares – já é suficientemente perigosa à legitimidade das decisões judiciais, como bem percebeu Ingeborg Maus (1999, p. 187):

A razão pela qual tal teoria – a despeito de suas melhores intenções – é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

A ideia de vinculação do direito à moral e, mais especificamente no caso brasileiro, de supremacia irrefletida dos princípios, deixa às escâncaras o problema da legitimidade da atuação do Judiciário. Quando se pensa, como sói acontecer no Brasil, na utilização equivocada da teoria de Dworkin para justificar o afastamento irrefletido das regras, a pretexto de uma supostamente necessária aplicação de princípios, a situação torna-se ainda mais grave.

Dworkin, ao contrário do que se propugna nas decisões judiciais brasileiras, não propõe a desconsideração ou a substituição da norma pelos princípios jurídicos. E também não supõe a superioridade – pura e simples – dos princípios em relação às normas.

Essa leitura equivocada da teoria do direito – especificamente da teoria de Dworkin – parece ser denunciada pela própria prática jurisdicional no Brasil, que convive com decisões divergentes sobre diversos temas, algo que não seria aceitável para o próprio Dworkin. Como é cediço, ele sustenta a existência de uma única resposta correta, mesmo para os casos difíceis:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (DWORKIN, 2002, p. 127)

É certo que se questiona, no estado constitucional, a legitimidade da própria legislação. Pietro Sanchis (2013, p. 221) chega a afirmar que

no marco do Direito moderno, a pretensão de uma legislação racional não pode prosperar, pois logo ficou evidente que as determinações do Direito positivo encarnavam a vontade, mais ou menos caprichosa, dos detentores do poder político; um poder político que podia comportar-se de modo discricionário porque sua legitimidade residia – no melhor dos casos – na eleição democrática, não na racionalidade da sua atuação.

Não é irrelevante a tese. Duvida-se, por vezes, da racionalidade da legislação⁴². Ademais, parece haver um descrédito generalizado quanto à atuação legislativa, o que seria, inclusive, uma das justificativas à judicialização da política e ao ativismo judicial, como já anotado. Entretanto, defende-se aqui que o foro legislativo é, ainda, o espaço democrático por excelência e justamente por isso as regras não podem ser afastadas, por uma simples e irrefletida invocação de princípios. Essa desconfiança quanto ao descrédito do legislador foi muito bem retratada por Jeremy Waldron (2003, p. 5):

Tenho certeza de que a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente relacionada com o entusiasmo (especialmente o entusiasmo da elite) por essa mudança. As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. Não estou convencido disso...

O que aqui se defende, insista-se, é o reconhecimento de que a atividade de julgar não pode ser exercida de forma a desconhecer os limites definidos pela Constituição Federal.

⁴² Especificamente quanto ao caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente a Ação Penal 470, na qual diversos parlamentares federais foram condenados criminalmente por terem recebido valores em troca de apoio político ao governo do então presidente Luis Inácio Lula da Silva. Esse apoio político, se alcançou efetivamente as votações legislativas, torna possível um vício de legitimidade da atividade parlamentar, algo que vem despertando polêmica nos dias atuais.

E que por mais que se reconheça a existência de uma zona de penumbra acerca dos limites de atuação do Judiciário, há também uma zona de certeza, por vezes desrespeitada de forma manifesta, sob o pretexto de que o juiz seria, no Estado contemporâneo, um efetivador de direitos.

O poder jurisdicional, então, como todo e qualquer poder no Estado de Direito, precisa respeitar limites, para além de promover a segurança jurídica. Mas não é só: deve também assegurar tutela efetiva ao cidadão, em um tempo razoável. Esse direito à prestação jurisdicional em tempo razoável será objeto de análise a seguir.

3 Duração razoável do processo

3.1 Considerações iniciais e notícia histórica sobre a preocupação com a duração razoável do processo

O tempo é uma fundamental dimensão da vida humana. Há quem diga que, para o direito, o tempo constitui fator de corrosão (DINAMARCO, 2004, p. 55). O fato é que o homem vive em dados contexto e tempo e é neles que se realiza como ser social.

A era da “justiça privada” passou. O Estado exerce o monopólio da jurisdição, do poder de dizer o direito para o caso concreto e, assim, pacificar os conflitos sociais. O cidadão detém, então, em face do Estado, o direito de ação, o direito de exigir dele uma resposta, consubstanciada na efetiva tutela do direito violado ou ameaçado.

Ocorre que essa tutela não pode ser prestada a qualquer tempo. O jurisdicionado, além de poder exigir do Estado uma resposta, tem o direito de recebê-la num prazo razoável. É esse direito à tutela jurisdicional em um razoável tempo que constitui o objeto das próximas reflexões.

Não é recente a preocupação com a demora na resposta estatal por meio do processo. Celebrizou-se a expressão de Rui Barbosa (1997, p. 40) de que “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Mas ele não foi o primeiro a se preocupar com o tema.

Não foi possível conhecer com detalhes as sociedades anteriores à invenção da escrita, notadamente quanto ao seu arcabouço institucional. Apesar de somente o código de Justiniano trazer referência clara à garantia de um tempo razoável para a conclusão das

controvérsias, há referências anteriores ao *tempo* como elemento fundamental da atuação institucional⁴³.

Lembra Samuel Miranda Arruda (2006, p. 29) que “a primeira evidência do reconhecimento do direito ao *speedy trial* na Inglaterra dá-se em 1166 no *Assize of Clarendon*”. Contudo, é na Magna Carta e no *Habeas Corpus Act* que, segundo ele, devem-se buscar as referências mais relevantes.

A Magna Carta continha ao menos dois dispositivos a indicar uma incipiente preocupação com a celeridade da atuação jurisdicional. O primeiro deles era a cláusula 40, onde constava que “o direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós (ou pelo rei) vendido, recusado ou postergado”. O segundo, Cláusula 61, constituía uma garantia de que eventuais transgressões aos direitos assegurados naquela Carta deveriam ser sanadas em até quarenta dias, contados da apresentação da reclamação ao rei, por parte dos barões.

Já o regulamento do *habeas corpus* (*Habeas Corpus Act*), como é sabido, constituiu importantíssimo documento de proteção às liberdades, especialmente vocacionado a limitar as arbitrariedades das autoridades públicas. Evidentemente, sua principal marca foi garantir aos aprisionados o direito a uma rápida resposta estatal.

Modernamente, os Estados Unidos editaram declarações manifestamente preocupadas com a duração do processo. No século XVII, precisamente em 25 de abril de 1682, foi editado o *Frame of Government of Pennsylvania*, influenciado por dispositivos da Magna Carta. Posteriormente, a Declaração da Virgínia ampliou o alcance do referido direito e teve especial valor para o direito mundial, dado o seu caráter genérico de declaração de direito. É o que ressalta Samuel Miranda Arruda (2006, p. 37):

A importância da Declaração da Virgínia para o direito ao *speedy trial* consiste no fato de, pela primeira vez num documento genérico, consagrado em sua inteireza à declaração dos direitos de um povo, fazer-se consignar que todo cidadão acusado em um processo criminal tem o direito a um julgamento célere⁴⁴. Não se quis apenas afirmar o direito à celeridade em um específico tipo de procedimento, como o fazia o *Habeas Corpus Act*. Na Declaração da Virgínia foi afirmado o direito ao *speedy trial* em todo e qualquer procedimento criminal. O alcance da norma é imensamente alargado, inclusive no que diz respeito aos titulares e destinatários.

⁴³ O livro oitavo, título I, do Código de Manu previa expressamente que os juízes deveriam considerar o “tempo” em seus julgamentos. Era o que previa o art. 45: “**Art. 45º** Que ele considere atentamente a verdade, o objeto, sua própria pessoa, as testemunhas, o lugar, o modo e o tempo, se cingindo às regras do processo”.

⁴⁴ A declaração, em sua cláusula 8ª, dispõe de forma expressa “that in all capital or criminal prosecutions a man hath a right [...] to a speedy trial by na impartial jury of twelve men of his visinage”.

Nas décadas de 50 e 60 do século passado houve a disseminação significativa da preocupação com a duração razoável. Inicialmente, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, garantiu o direito ao exame da causa em um prazo razoável e por um tribunal independente. Em seguida, veio a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Conforme analisado adiante, o referido Pacto foi subscrito pelo Brasil apenas em 1992, quando, pela primeira vez, positivou-se internamente o referido direito fundamental⁴⁵.

Em épocas mais recentes, houve uma tendência de constitucionalização do direito à razoável duração do processo. A Constituição de Portugal sofreu revisão em 1997 (TAKOI, 2010, p. 228), para assim tratar da questão:

Art. 20 (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva)

A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.

(...)

Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

No mesmo sentido, a Constituição da Espanha, de 1978, previu o direito “a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias”⁴⁶. Na Itália, em 1999, foi incluído em sua Constituição o direito ao processo justo e com razoável duração (*ragionevole durata*). Trata-se, portanto, de uma percepção mundial.

Essa preocupação culminou, no Brasil, com a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal – cujo conteúdo, em essência, estava contido no Pacto de São José da Costa Rica – e que será objeto de estudo detalhado a seguir.

3.2 A importância da Emenda Constitucional 45

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu o inc. LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para incluir no catálogo de direitos fundamentais a “razoável duração do

⁴⁵ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁴⁶ Previsão contida no art. 24 da Constituição da Espanha: “*a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías*”.

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁴⁷. Como bem lembrou Araken de Assis (2008, p. 11),

Não se pode emprestar à explicitação do princípio da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro. Estudo do mais alto merecimento já defendera, baseado em argumentos persuasivos, a integração ao ordenamento jurídico brasileiro do direito à prestação jurisdicional tempestiva, através da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direito Humanos.

De fato, não há dúvida de que os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos detêm força cogente no Brasil. Recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou posição histórica a respeito, pacificando – na jurisprudência, claro – a divergência sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, à luz da garantia prevista na referida convenção. Como é sabido, decidiu a Corte que

a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel⁴⁸.

Não cabe nos limites deste trabalho a análise pormenorizada do debate – extremamente relevante, diga-se – acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim, adotando-se a premissa fixada pelo STF no julgamento acima citado, vê-se que o direito à resposta jurisdicional em tempo razoável já integrava o rol de direitos do jurisdicionado brasileiro⁴⁹, mesmo antes da EC 45/04. E não se olvide que do próprio princípio do devido processo legal⁵⁰ pode ser tranquilamente extraído o direito a uma duração razoável, justamente porque o processo com dilações indevidas nega, em essência, a ideia de processo devido.

Essas constatações, contudo, não tornam irrelevante a opção política de incluir expressamente no rol de direitos consagrados no art. 5º da Constituição Federal a razoável duração do processo. Ao contrário, deixam evidente que, apesar delas, o Constituinte

⁴⁷ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁸ Ementa do *leading case*, HC 87.585/TO, julgado em 03.12.2008, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

⁴⁹ É certo que a dicção normativa da Convenção não se refere expressamente a uma resposta estatal num prazo razoável, mas no direito do réu de ser ouvido num prazo razoável. Veja-se, *in verbis*, a previsão referida: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (art. 8º, 1).

⁵⁰ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

entendeu relevante e necessário incluir essa disposição dentre os direitos consagrados pelo Estado brasileiro, o que impõe investigar seu conteúdo e natureza jurídica.

3.3 Natureza jurídica, conteúdo material e âmbito de incidência do direito à razoável duração do processo

Identificar a natureza jurídica de um dado direito ou instituto é tarefa de grande relevância. Trata-se de uma perspectiva indispensável ao jurista, sobretudo porque o norte proporcionado pela correta percepção da natureza jurídica é absolutamente relevante ao percurso de quem pretende estudar qualquer direito.

Ao contrário do que possa parecer, a definição da natureza jurídica do direito à duração razoável do processo não constitui tarefa fácil. Como lembra Samuel Miranda Arruda (2006, p. 224), em aprofundado estudo sobre o tema, “há quase tantas espécies de direitos fundamentais e formas de os classificar, como autores dedicados ao tema”.

Para os fins deste trabalho, importa perceber a existência de duas funções essenciais dos direitos fundamentais: a função de defesa e a função prestacional. A função prestacional parece preponderante quanto ao direito à razoável duração do processo, já que impõe ao Estado uma série de condutas positivas em face do jurisdicionado. Mas a função de defesa também se manifesta, na medida em que o réu num processo criminal, por exemplo, tem direito a não ser processado por tempo irrazoável⁵¹. Reitere-se, portanto, que a correta classificação não é desprovida de complexidade.

Conforme sustentado linhas acima, o direito à razoável duração do processo não constituiu uma novidade e, também, não goza de autonomia absoluta, já que estritamente ligado – e mesmo dele decorrente – ao devido processo legal. De forma mais ampla, como faz Gilmar Mendes (2011, p. 444), é possível reconhecer que o direito à duração razoável está “implícito na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana”.

Nesse contexto, parece possível afirmar ser o direito fundamental à razoável duração do processo uma das faces da proteção judicial efetiva. O jurisdicionado tem direito, portanto, à prestação estatal efetiva, em prazo razoável. Nas palavras de José Vicente Gimeno Sendra, *apud* André Nicolitt (2006, p. 22):

⁵¹ Ilustrativamente, veja-se que jurisprudência vem reconhecendo o direito à liberdade em face da demora na prestação jurisdicional penal, mesmo para crimes hediondos (STF, HC 85.237/DF).

Em uma primeira aproximação, o direito a um processo sem dilações indevida pode ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, embora instrumental do direito à tutela, que assiste a todos os sujeitos do Direito Privado, que tenham sido parte em um processo judicial, que se dirige aos órgãos do Poder Judiciário, mesmo que em seu exercício devem estar comprometidos todos os demais órgãos do Estado, criando a obrigação de satisfazer dentro de um prazo razoável as pretensões e resistências das partes ou de realizar sem demora a execução das sentenças⁵².

De fato, reconhecer o direito à duração razoável como direito prestacional é de todo relevante. Isso porque se é direito subjetivo⁵³, pode ser exigido; se é prestacional, deve o Estado agir para efetivá-lo. Sendo correta essa perspectiva, não pode o Estado violá-lo e, fazendo-o, terá o dever de indenizar.

Ainda quanto à natureza jurídica, importa registrar a opinião de que, no que toca à clássica divisão entre direitos e garantias constitucionais⁵⁴, “a duração razoável do processo enquadra-se melhor no espaço de garantia fundamental, uma vez que é veículo de efetivação dos direitos lesionados” (MELO, 2010, p. 86). Seria, então, uma garantia posta à disposição do jurisdicionado, para que exija do Estado a efetivação de um direito.

Conforme bem pondera José Afonso da Silva (2004, p. 185), não é possível separar, de forma clara, “direitos” de “garantias”, ainda que se admita a premissa de que constituem coisas distintas. Daí sua assertiva de que a Constituição Federal “reconhece alguns direitos,

⁵² Redação original: “En una primera aproximación el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que assiste a todos los sujetos del Derecho Privado, que hayan sido parte en un procedimiento judicial que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistências de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias”.

⁵³ Segundo Miguel Reale (2003, p. 259), “Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (Anspruch), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie”. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259.

⁵⁴ José Afonso da Silva (2004, p. 185) assim se refere à questão: “A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional reveste-se de transcendental importância, mas, como anotara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Rui Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, ‘no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aqueles instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito’. Não são nítidas, portanto, as linhas divisórias entre direitos e garantias (...). Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias, em certa medida, são declaradas e as vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185.

garantindo-os”. Nesse contexto, impende reconhecer que o direito à razoável duração do processo é marcado pela ideia de garantia.

Finalmente, o direito à duração razoável também guarda uma feição intrinsecamente ligada ao acesso à justiça. De fato, a ideia de acesso à justiça como o direito a uma sentença de mérito foi há muito superada. Como lembra Dinamarco (2009, p. 39), “acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo”. Vai muito além, para alcançar o direito de efetiva tutela jurídica ou de “acesso à ordem jurídica justa”, expressão consagrada na doutrina brasileira⁵⁵, inclusive quanto à fase de execução de sentença, por ser nela que, em regra, efetiva-se o direito no mundo da vida. Em resumo, mais do que o direito de ingressar em juízo – o tradicional acesso à justiça – o cidadão tem direito de sair dele, com uma resposta jurisdicional efetiva e em tempo razoável.

Não é fácil definir o que constitui, no caso concreto, uma duração razoável. Há quem advogue a tese da existência de um dever do legislador de definir, para cada tipo de processo, um tempo que se considera razoável para a solução definitiva. Seria esse dever, em resumo, um corolário do próprio estado de direito. Isso não parece, contudo, ser a melhor escolha.

Em linhas seguintes serão abordados os critérios já firmados pela doutrina e pelas Cortes de Direitos Humanos para a aferição da razoabilidade, ou não, da duração de um dado processo. Não parece ser possível precisar um conceito, um limite, definir os exatos contornos do “tempo razoável”, a menos *a priori*. Somente à luz do caso concreto será possível aferir se o tempo de resposta estatal – a demora da efetiva tutela – foi, ou não, razoável⁵⁶.

O âmbito de incidência do direito à razoável duração do processo é bastante amplo. Alcança todos os tipos de processos jurisdicionais, inclusive os de jurisdição voluntária, e os administrativos. A dicção constitucional não deixa dúvidas quanto a esse amplo alcance: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É evidente que o direito à duração razoável incidirá de forma diferenciada segundo o tipo de processo (processo de conhecimento, de execução, cautelar etc.). Conforme será demonstrado, as peculiaridades de cada ação constituirão o principal aspecto a ser observado na aquilatação da razoabilidade do tempo do processo.

⁵⁵ Cunhada por Kazuo Watanabe, na obra **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 a 135.

⁵⁶ No mesmo sentido, ROSITO, Francisco. **O princípio da razoável duração do processo sob a perspectiva axiológica**. São Paulo. Revista de Processo, ano 33, n. 161, jul./2008, p. 27.

Deve-se reconhecer que, embora o âmbito de incidência do direito seja amplo – alcançando, por exemplo, um pleito cautelar e uma execução concursal – os critérios de aferição deverão ser diferenciados para cada caso. Se há um pedido de decisão cautelar que assegure a um candidato a cargo público a participação de uma prova a ser realizada no dia seguinte ao da propositura da ação, é evidente que uma tutela concedida em uma semana não será de razoável duração, ainda que se lhe reconheça o caráter célere⁵⁷.

Apesar dessa diferenciação quanto à aferição, o certo é que o âmbito de proteção é alargado e alcança todo tipo de processo judicial e, ainda, os administrativos. Daí defender-se sua aplicação no âmbito do inquérito policial – já que não deixa de ser um procedimento administrativo – e nos processos e recursos administrativos, ainda que não punitivos.

Nesse sentido, deve-se reconhecer o direito à resposta estatal em tempo razoável ao licitante, quanto ao recurso eventualmente interposto; ao segurado da previdência, quanto ao deferimento de seu benefício, ou, quando indeferido, quanto ao julgamento do respectivo recurso; ao servidor público ocupante de cargo que integra carreira, quanto à resposta da respectiva promoção; e assim por diante.

Finalmente, o âmbito de incidência do direito à razoável duração também alcança o dever estatal de assegurar “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, conforme dicção da parte final do inciso LXXXVII do art. 5º da Constituição Federal. O direito fundamental garante, segundo Marinoni (2009, p. 323),

A preordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção da tutela do direito material. Não é por outra razão, aliás, que a ação não pode se exaurir na sentença condenatória transitada em julgado. A ação almeja a tutela do direito, e essa não é prestada pela sentença condenatória, dependendo da execução, ou, mais precisamente, da idoneidade dos meios executivos. Assim, não há dúvida de que o direito ao meio executivo idôneo é corolário do direito fundamental de ação, garantido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

É manifesto, portanto, que o âmbito de proteção do direito fundamental em estudo é amplo, conforme acima demonstrado, e impõe a atuação estatal por seus vários órgãos (ou poderes, termo preferido pelo Constituinte Originário⁵⁸), notadamente quanto ao desenvolvimento de mecanismos processuais e administrativos que garantam à efetividade da tutela estatal, em um tempo razoável.

3.4 Critérios de aferição do tempo razoável e dever de proteção

⁵⁷ Os critérios de aferição da razoável duração são analisados adiante.

⁵⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, a exemplo de outros atos normativos que versam sobre o tema, não fixaram parâmetros para a aferição da duração razoável do processo. E não poderia mesmo ser diferente, considerando a natureza do direito em questão.

Na doutrina, identificam-se posições das mais diversas a respeito do tema. Cruz e Tucci (2011, p. 197) afirma que “dada a profunda diversidade da *performance* da justiça nos vários quadrantes do Brasil, a aferição do ‘prazo razoável’ será absolutamente diferenciada de Estado para Estado, seja no âmbito da Justiça Estadual, seja no dos Tribunais Federais”. Apesar da irrestrita admiração que temos pelo nobre jurista da Universidade de São Paulo, impossível concordar com tal assertiva.

Cada processo guarda suas peculiaridades. Isso é fato! Trata-se de uma realidade inegável que será sempre relevante para a aferição do respectivo prazo razoável de duração. Isso não quer dizer, contudo, que dois processos em tudo similares possam ter prazos de duração absolutamente diferentes e, ainda assim, ambos serem admitidos como razoáveis, simplesmente porque tramitam em locais diversos, sujeitos a condições materiais diferenciadas.

As peculiaridades de cada processo constituem elementos imprescindíveis para a aferição, no caso concreto, do respeito ao direito fundamental à razoável duração do processo. Assim, “torna-se impossível fixar a priori uma regra específica, determinante da violação à garantida da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”, como bem ponderou o próprio Cruz Tucci (2008, p. 1078), em trabalho anterior sobre o mesmo tema.

A ausência de um critério *a priori*, contudo, não significa ausência absoluta de critérios. Essa percepção foi manifestada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ainda em 1987, quando julgou o famoso Caso Capuano⁵⁹. Nele definiu três critérios que devem ser levados em consideração – sem desconhecer, claro, outras peculiaridades do caso concreto – para averiguação da duração de um determinado processo. São eles: i) a natureza e complexidade do assunto; ii) o comportamento das partes e de seus procuradores; iii) a atuação do órgão jurisdicional. Cada um desses critérios comporta desdobramentos.

Um assunto complexo demanda maior reflexão e amadurecimento por parte do órgão jurisdicional, o que justifica, em tese, um maior tempo para a resposta estatal. É no critério da complexidade do assunto que se incluirá, ainda, a dilação probatória. Não se discute que um

⁵⁹ Julgado pela Corte Europeia de Direito Humanos em 25.06.87.

processo que demanda complexa perícia para esclarecimentos das controvertidas questões fáticas exige maior prazo de duração do que uma ação que contenha um tema essencialmente jurídico e já conhecido da jurisprudência, sob pena de, inclusive, vilipendiarem-se garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal⁶⁰.

Quanto ao comportamento das partes e dos procuradores é importante retomar assertiva acima posta, no sentido de que, dentre os destinatários (leia-se, devedores) do direito à razoável duração do processo encontram-se as partes e os demais atores do processo. Não seria razoável admitir que a parte, mesmo quando atua em desconformidade com os valores éticos do processo, ou quando promove medidas inúteis e protelatórias no feito, possa alegar violação ao direito fundamental em questão⁶¹.

Entretanto, advirta-se: o simples exercício regular das faculdades processuais, inclusive com a interposição de todos os recursos cabíveis, não pode ser admitido como elemento justificador da demora do processo para além do prazo razoável, imputando-se à parte as razões da mora. Essa interpretação seria incompatível com os valores constitucionais de acesso à justiça, com o devido processo legal e, ainda, guardaria uma *contradictio in terminis*, violadora da própria lógica conglobante do ordenamento jurídico: a parte está autorizada por lei a agir e, fazendo-o, imputa-se-lhe uma indevida dilação do processo.

Finalmente, há o critério da atuação do órgão jurisdicional. Acertou a Corte Europeia ao tratar do “órgão jurisdicional”, que deve ser entendido como o próprio Poder Judiciário. Isso permite a aplicação da distinção entre atividade judicial típica e atividade judiciária, ambas sob a responsabilidade do órgão jurisdicional⁶². Noutras palavras, a demora na juntada

⁶⁰ Não se pode perder de vista que, além da razoável duração do processo, o art. 5º da CF também contempla a garantia do juiz natural (inc. XXXVII e LIII); do devido processo legal (inc. LIV); do contraditório e a ampla defesa (inc. LV); proíbe as provas ilícitas (LVI); determina a publicidade do processo (inc. LX), dentre outros.

⁶¹ *Mutatis mutandis*, esse tem sido o caminho trilhado pela jurisprudência, inclusive do STF, quando enfrenta alegação de ilegalidade na custódia cautelar do cidadão, por excesso de prazo, para fins de concessão de ordem de *habeas corpus*. Ilustrativamente, observe-se o HC 102729, assim ementado: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE NO TRIBUNAL DO JÚRI. ALONGAMENTO PROCESSUAL JUSTIFICADO. PECULIARIDADES DA CAUSA. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, não obstante impressione o prazo da custódia instrumental, o alongamento da prisão preventiva está justificado nas particularidades do caso concreto. Alongamento do perfil processual que decorreu da própria atuação defensiva, seja pelo requerimento de acareação do acusado e corréu, quando já exaurida a instrução criminal; seja pela falta de apresentação das alegações finais; seja, ainda, pelo próprio comportamento do acusado no cárcere. Acusado cujo péssimo comportamento foi decisivo para atrasar ainda mais o desenrolar do processo-crime, dada a imperiosidade de sucessivas transferências de estabelecimento prisional. 3. Ordem denegada. (HC 102729, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-03 PP-00560).

⁶² Distinção efetuada por Sérgio Cavalieri Filho, algo que, inclusive, gera perspectivas diferenciadas no campo da responsabilidade civil. Para aprofundamento no assunto, ver CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 251-254.

de uma petição, na marcação de audiência ou qualquer outra delonga vinculada ao “tempo morto do processo” será considerada como deficiência do serviço público jurisdicional, elemento de aferição do tempo razoável do processo.

Foi a partir desses critérios que a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado Italiano, ainda em 1987, a indenizar um cidadão pelos danos morais decorrentes do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda (Caso Capuano). No caso concreto, é importante observar, a condenação foi proferida antes mesmo do julgamento definitivo do processo em que se reputou violado o direito fundamental. Isso indica que a duração razoável do processo deve ser assegurada ainda que o litigante não detenha o direito que pleiteia em juízo. Trata-se de um direito que, nesse particular, independe do destino – procedência ou improcedência – dos pedidos feitos no processo.

Finalmente, a doutrina vem apontando – e a Corte Europeia de Direitos Humanos já o reconheceu⁶³ – outro critério para a definição do prazo razoável: a importância do direito em litígio para a parte prejudicada. É inescusável reconhecer que estando pendente no processo um litígio sobre direito fundamental – liberdade do cidadão, direito à saúde etc. – a aferição do tempo razoável deve ser diferenciada, mais severa. Trata-se de hipótese em que a efetividade do direito fundamental pleiteado em juízo depende diretamente do direito fundamental à razoável duração do processo.

Assim, é possível reconhecer a existência de pelo menos quatro critérios – todos já reconhecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos – para a aferição da razoabilidade da duração do processo: o comportamento das partes, a atuação do órgão jurisdicional, a complexidade da demanda e a importância do direito envolvido na lide.

O direito fundamental à razoável duração do processo – sobretudo quando visto sob a ótica do direito-garantia – tem, ao menos, três destinatários principais⁶⁴: o legislador, o juiz e

⁶³ No caso *H. x United Kingdom*, julgado também em 1987, como noticia GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. Critérios para a densificação do conceito de “prazo razoável” no processo civil. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 70, jan./mar. 2007, p. 63.

⁶⁴ Uma consideração terminológica se faz imprescindível: *destinatário* do direito fundamental, na perspectiva aqui utilizada, é o devedor do direito, que não se confunde com o titular do direito fundamental. Sobre o ponto, é precisa a lição de Ingo Sarlet (2007, p. 227): “Em que pese a existência, no Brasil, de considerável doutrina utilizando a expressão destinatário (no sentido de destinatário da proteção ou tutela do direito) como sinônima de titular de direitos fundamentais, é preciso enfatizar que a terminologia mais adequada e que, em termos gerais, corresponde à tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo, é a de titular de direitos fundamentais. Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”.

o administrador público. Não seria possível pensar num dever estatal de prestar a tutela num prazo razoável sem envolver esses “atores” da cena democrática.

O legislador é o destinatário inicial do referido princípio constitucional. Veja-se que o “destinatário”, aqui tratado, é o devedor da prestação ao jurisdicionado. É o legislador que, inicialmente, deve atuar na regulamentação do processo e do procedimento de forma a permitir o seu término em um prazo razoável. Esse dever já era extraído, pela doutrina, do princípio da adequação do processo⁶⁵, mas agora tem outra dimensão e alcance.

O legislador é obrigado a proteger normativamente esse direito, prevendo institutos e mecanismos especialmente vocacionados à viabilização da tutela efetiva e em tempo razoável do direito posto em juízo. A prática dos atos processuais deve ser prevista em prazo razoável e com a previsão de sanções preclusivas. Mas isso não basta...

Um ponto essencial e que vem ganhando espaço na doutrina brasileira diz respeito ao dever do legislador de estabelecer uma dinâmica no ônus do tempo do processo. Essa regulamentação da dinâmica do tempo parece impor-se como dever do legislador, em prestígio às circunstâncias do caso concreto, sob pena de violação do direito em questão. A esse respeito, defende Marinoni (2009, p. 312) que

O legislador deve ainda editar normas para viabilizar a distribuição do ônus do tempo processual conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como reprimir, mediante previsão de sanções punitivas, a atuação protelatória das partes (art. 14, II, IV e V e art. 17, IV e VII, CPC).

A norma do art. 273, I, do CPC, relativa à tutela antecipatória contra o perigo de dano, é exemplo de regra que viabiliza a obtenção da tutela jurisdicional de forma tempestiva, constituindo proteção imprescindível ao direito fundamental à duração razoável.

O legislador tem o dever de estabelecer técnicas processuais – e o art. 273 do CPC é o melhor exemplo disso⁶⁶ – que permitam a redistribuição do ônus do tempo do processo. O processo, como instrumento ético, não pode causar danos à parte que tem razão. O peso do tempo, portanto, deve ser dinâmico, para que recaia sobre a parte que – ainda que em cognição sumária – pareça desmerecedora da tutela. Do contrário, o processo estaria a funcionar como um traidor do direito material e violaria o direito à duração razoável.

⁶⁵ Didier Jr (2010, p. 68/69) lembra que “o princípio da adequação pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: a) legislativo, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida. (...) Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”.

⁶⁶ É bom observar que a tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, somente foi prevista no Brasil em 1994, pela Lei 8.952/94. Constitui alteração recente, em termos de técnica processual.

Veja-se que a perspectiva ora tratada, de dever do legislador de regular o procedimento de forma adequada, não se vincula apenas ao término do processo, seja da fase de conhecimento, seja da executiva. O que verdadeiramente importa é a tutela efetiva do direito, inclusive em caráter precário, nas hipóteses em que tal medida seja necessária.

O novo Código de Processo Civil, se aprovado, trará significativas modificações nessa seara. Isso sinaliza no sentido de que o legislador busca cumprir seu papel, ainda que com alguns equívocos⁶⁷, enquanto destinatário do direito fundamental à razoável duração do processo. Para ilustrar, tome-se um exemplo.

O novo CPC trará a previsão da “tutela da evidência” como uma norma geral, similar àquela que autoriza o julgador a antecipar os efeitos da tutela, uma novidade para o direito brasileiro⁶⁸. Até hoje – segundo a regra do art. 273 do CPC⁶⁹, já elogiada – o juiz somente deferirá a tutela antecipada se houver perigo de dano ou pretensão protelatória manifesta do réu (tutela de urgência). Noutras palavras, por mais evidente que seja o direito do autor, se controvertido, terá ele que aguardar o fim do processo para que receba a tutela estatal efetiva.

Essa realidade será modificada. Merece transcrição a redação do projeto, nos termos em que tramita na Câmara dos Deputados:

Art. 287. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

II – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável;

III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

IV - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

⁶⁷ Um equívoco que parece manifesto é a definição de uma rígida ordem de julgamento, pelos juízes e tribunais, o que certamente gerará transtornos ao jurisdicionado. Segundo aprovado na Câmara, é a seguinte a dicção legal: “Art. 12. Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão. §1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública”. Há exceções no § 2º, que foram ampliadas no relatório do Senador Sérgio Barradas Carneiro, mas que, ainda assim, não superam as críticas.

⁶⁸ A tutela da evidência não é desconhecida do direito brasileiro, mas se limita a situações peculiares, como a tutela possessória a ação monitória (procedimentos especiais).

⁶⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Perceba-se que o direito evidente deve ser tutelado pelo Estado “independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”, quando, dentre outras situações, houver prova documental suficiente⁷⁰. De fato, trata-se de uma demonstração clara da atuação do legislador como destinatário/devedor do direito à razoável duração do processo.

Além do legislador, o juiz é um destinatário do referido direito fundamental. As considerações feitas acerca do princípio da adequação do processo – adequação jurisdicional – aplicam-se também ao juiz⁷¹. “O juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável, não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo” (MARINONI, 2009, p. 315). Não há como se negar ao juiz o dever de prestar a tutela num prazo razoável, por mais que tal mister envolva, por vezes, fatores estranhos ao seu controle direto.

É o juiz, em última análise, quem detém o poder-dever de aplicar as normas criadas pelo legislador, dando concretude ao direito à razoável duração do processo. Cruz e Tucci (2011, p. 200), esclarecendo o que se deve entender por “dilações indevidas”, registra com propriedade que “a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, neste particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional”. Correta, segundo pensamos, a assertiva do professor paulista⁷².

É também destinatário do direito fundamental em questão o administrador público, o Poder Executivo. Há um dever de dotar o Poder Judiciário de condições materiais – recursos,

⁷⁰ Evita-se aqui a repetição do termo “irrefutável”, uma vez que, assim como a expressão “prova inequívoca” contida no art. 273 do CPC, constitui uma impropriedade do legislador. Não existe prova inequívoca e, muito menos, irrefutável *prima facie*.

⁷¹ CRUZ E TUCCI (2011, p. 205), referindo-se ao dever do juiz de controlar e reprimir comportamentos abusivos/desleais das partes, chama a atenção para a importância do “art. 107, V, do Projeto [do novo CPC], ao determinar que também incumbe ao juiz ‘adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa’”.

⁷² Um exemplo manifesto de descumprimento desse dever é o entendimento firmado no STJ acerca da extinção do Mandado de Segurança na hipótese de equivocada indicação da autoridade coatora. Entende a Corte – em manifesta violação ao dever de proteção ao direito à razoável duração do processo – que o julgador não pode corrigir o erro de indicação. A respeito do tema, tive a oportunidade de escrever que “A jurisprudência tem entendimento firme no sentido de que a indicação equivocada da autoridade coatora enseja a extinção do feito, por ilegitimidade passiva. Lamentável, para dizer o mínimo. Ora, legítima ou ilegítima, na seara processual, é a parte ativa ou passiva da lide. E, como dito acima, a autoridade não é parte no feito (...) Evidentemente, se a alteração da autoridade coatora implicar alteração da competência – que é absoluta, registre-se – deve o juiz remeter os autos à autoridade competente, ao invés de extinguir o feito, sob pena de menoscabo ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Afinal, é inadmissível que o Poder Judiciário, de forma indireta, negue ou mitigue a força normativa da Constituição Federal e minimize o papel democrático da garantia constitucional ao mandado de segurança”. **In Velhas polêmicas na nova lei do Mandado de Segurança: a pertinência subjetiva no writ sob o regime da Lei 12.016/09**, ainda inédito. Para ilustrar a hipótese, observem-se os seguintes julgados do STJ: STJ, RMS 6708/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 08.10.01; STJ, CC 29.765/PB, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.11.00.

servidores, prédios, número adequado de juízes etc. – do qual não pode se furtar o administrador público.

Finalmente, as partes e os demais participantes do processo devem respeitar o direito fundamental à duração razoável⁷³. Não é razoável admitir que as partes, os peritos, os auxiliares do juízo em geral, estejam fora do alcance do comando constitucional, notadamente quando ganha força a visão cooperativa do processo.

Percebe-se, portanto, que o direito à razoável duração do processo possui complexa destinação subjetiva. O legislador, o juiz, o administrador, as partes e demais partícipes do processo encontram-se vinculados ao dever de agir em benefício da efetivação do direito em questão.

A titularidade do direito fundamental mostra-se menos complexa. Todos aqueles que guardam pertinência subjetiva no processo judicial ou que aguardam resposta do estado administração são titulares do direito. Apenas quando o próprio Estado figura nessas relações processuais ou administrativas surge razoável dúvida, já que ele seria, a um só tempo, titular e devedor do direito fundamental.

Lembra André Nicolitt (2006, p. 59), em tal hipótese, que

A capacidade para ser titular do direito à razoável duração do processo, na doutrina espanhola é tão-somente em relação às pessoas de direito privado, sejam elas físicas ou jurídicas. Nessa perspectiva, não podem os órgãos da administração pública que acabam, em última análise, sendo obrigados em relação ao direito, se investirem na qualidade de titulares.

Trata-se de perspectiva interessante. Não parece razoável admitir que o Estado seja titular do direito fundamental à razoável duração, pois seria uma espécie de “auto-credor”. Seria o titular e, ao mesmo tempo, o devedor do direito fundamental. Essa perspectiva da doutrina espanhola harmoniza-se com o viés de direito-garantia, acima defendido e, ao que parece, não constitui um limitador relevante ao âmbito de proteção do direito fundamental.

Um estudo aprofundado sobre o direito à duração razoável exigiria, ainda, análise dos mecanismos existentes para tutelar o citado direito e, especialmente, da responsabilização estatal por sua violação. Esses temas, contudo, fugiriam aos limites do presente trabalho.

⁷³ “O princípio constitucional volta-se também aos sujeitos processuais, mormente às partes autora e ré, de acordo com uma classificação das normas processuais em conformidade com a natureza das posições subjetivas por elas geradas. Por este critério, as regras são geradoras de deveres (que abrangem as obrigações), estados de sujeição e ônus. Sem embargo, as partes devem manter sempre uma postura ética e coerente”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araujo. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo**. Revista Jurídica. São Paulo, ano 58, nº 396, out./2010, p. 22-23.

As reflexões acima postas destinam-se, tão somente, a demonstrar a relevância constitucional do tema e sugerir suas implicações no processo civil, instrumento de atuação da Jurisdição. É a partir, também, da consciência dos contornos constitucionais desse direito ao processo célere que será, adiante, analisado o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Convém, contudo, desde logo, um olhar sobre a história do processo civil brasileiro, das ordenações portuguesas até as mais recentes reformas ao último dos Códigos de Processo. É importante perceber o esforço realizado e as perspectivas que se apresentam quanto ao tema.

CAPÍTULO II - O NOVO CPC, O COMMON LAW E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4 Notícia histórica sobre o processo civil brasileiro: das ordenações portuguesas às recentes reformas

4.1 Notícia da história do processo civil brasileiro

A comunidade jurídica brasileira vive a expectativa de um novo Código de Processo Civil. Antes de adentrarmos na análise das principais inovações propostas no projeto do novo CPC, são importantes algumas notícias da história do processo no Brasil, sem pretensão alguma de contar toda a história do processo brasileiro. Trata-se de algo muito menos ousado, apenas em atenção à advertência de Sérgio Bermudes (2010, p. 217), de que a história é um “inesgotável manancial de informações e de subsídios, sem os quais nada se compreende e muito pouco se constrói”.

O Brasil tornou-se politicamente independente em 1822. Isso obrigou o novo Governo a estabelecer, com urgência, a legislação aplicável ao novo Império. Como noticia Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 3), “a 3 de maio de 1823 instalou-se solenemente a Assembleia Constituinte e Legislativa, convocada pelo Imperador para elaborar a Constituição do Império do Brasil e mais leis ordinárias”. De fato, era urgente definir o que regeria o Império do Brasil.

Já em cinco de maio do mesmo ano foi apresentado um projeto de lei cujo objetivo era declarar as leis que continuavam em vigor, após a independência. Esse projeto foi aprovado e se converteu em lei, promulgada em 20 de outubro de 1823, cujo art. 1º definia que “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal e pelas quais o Brasil se governava até vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um (...) ficam em inteiro vigor...”.

Eis, então, o porquê de o Brasil continuar regido pelas normas portuguesas, mesmo após sua independência. Com a norma de 20 de outubro de 1823, as Ordenações Filipinas⁷⁴, merecendo especial importância o seu Livro III, que disciplinava o processo civil, passaram a vigorar no Brasil. Como lembra Sérgio Bermudes (2010, p. 222),

⁷⁴ “As Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis e Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais”. (DINAMARCO *et al*, 2009, p. 111)

Durante o período colonial, vigorou, entre nós, o processo das ordenações filipinas, regulado no seu livro terceiro. Proclamada a independência, esse processo continua em vigor, até quase o fim do século XIX, quando, com a república (1889), estende-se ao processo civil o Regulamento 737, elaborado em 1850 para disciplinar o processo comercial.

Registre-se, contudo, como fez Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 5), que com o Código de Processo Criminal de primeira instância, elaborado em 1832 para dar aplicabilidade aos novos preceitos do Código criminal do Império, tivemos um “marco inicial da nacionalização do processo civil”. Esse marco foi justamente a disposição provisória anexa ao código, que tratava da administração da Justiça Civil, com 27 artigos⁷⁵. Com essa lei, nas palavras do prof. Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 5), “iniciou-se, no campo do processo civil, o lento trabalho de emancipação do direito processual brasileiro”.

Esses poucos artigos da disposição provisória sobre a jurisdição civil receberam aplausos da doutrina. Dinamarco (2009, p. 112) afirmou que “a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários – enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil...”.

Como já citado, as Ordenações portuguesas vigoraram no Brasil, em matéria processual, até que os Estados editaram seus próprios códigos, autorizados que foram pela Constituição Federal de 1891. Contudo, tivemos, antes disso, o famoso Regulamento 737, de 1850.

Não era o Regulamento uma norma nacional, mas apenas a consolidação das leis portuguesas, e não regia nada além das “causas comerciais”. Sérgio Bermudes (2010, p. 223) chega a dizer que no final do século XIX, “quando já se processava notável revolução na processualística europeia, o panorama processual do Brasil é este: continuavam vigentes as normas de processo civil trazidas de Portugal, embora adotadas no Regulamento 737, elaborado aqui”.

Mas o ponto não é pacífico. Citando Alcides Mendonça Lima, Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 32) afirma que “divergem as opiniões dos tratadistas quanto à real significação do Regulamento na evolução do direito nacional e dos seus méritos como diploma processual”. Sobre o ponto, adiciona o seguinte:

⁷⁵ Como notícia histórica, anexou-se a este trabalho o inteiro teor da disposição provisória ora citada, incluída no Título Único da Lei de 29 de novembro de 1832, assim ementada: “Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil”.

Enquanto juristas do maior tomo, em maioria, consideram-no como verdadeiro monumento legislativo, que marcou uma fase de progresso em nosso direito processual, pela técnica, pela linguagem clara e precisa e pela simplificação dos atos e termos processuais; o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América; algumas discordância se fizeram ouvir, de restrições a tais encômios. Pontes e Miranda considera-o “decreto defeituoso, mal concebido, fácil, por superficial e eivado de graves fugidias às mais sérias dificuldades científicas”, e José Frederico Marques sustenta que “o famoso e decantado regulamento n. 737 é um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do Direito processual, da época que foi elaborado”.

O fato é que, criticado por uns e admirado por outros, o regulamento 737 vigorou no Brasil, incólume, até a edição dos primeiros códigos de processo dos Estados, advindos da competência atribuída pela nova Constituição. Essa Constituição, a primeira republicana, promulgada em 1891, atribuiu aos estados a competência para legislar sobre processo civil, em seu art. 34, nº 23, combinado com o art. 65, nº 2⁷⁶. A nova Carta Política, com registrou Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 75), “instituiu não só a *dualidade de justiça* – a da União e a dos Estados (art. 34, nº 26), como também a *dualidade de processos* (art. 34, nº 23), ficando cada Estado autorizado a organizar a sua justiça e a legislar sobre processo”.

A doutrina registra que, à exceção dos estados da Bahia e de São Paulo que, embora tardiamente⁷⁷, elaboraram elogiáveis códigos, não produziu bons resultados a opção constituinte. Alguns estados nem sequer elaboraram seus códigos⁷⁸. Outros, no dizer de Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 32) “nada mais fizeram que reproduzir, na sua generalidade, os dispositivos simples, claros e precisos do velho diploma processual”. Sérgio Bermudes (2010, p. 223), assim retratou o assunto:

Despreparados para a ingente tarefa legislativa, os estados se limitaram a reproduzir, nos seus códigos, dispositivos das ordenações e do Regulamento 737. Alguns deles não chegaram, sequer, a organizar um Código de Processo Civil, continuando o exercício da jurisdição a reger-se, nessas unidades, pelo vetusto regulamento. Outros só o elaboraram muito mais tarde. O Estado de São Paulo promulgou seu código em 1930!

⁷⁶ Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;

Art 65 - É facultado aos Estados: (...) 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

⁷⁷ O código da Bahia é de 1915, o sexto a ser publicado (depois dos Códigos do Pará, Rio Grande do Sul, Maranhão, Distrito Federal e Espírito Santo, o primeiro deles de 1905). Já o de São Paulo foi o antepenúltimo, publicado em 1930, antecedendo apenas os códigos do Espírito Santo e da Paraíba. (COSTA, 1970, p. 65/68).

⁷⁸ Em São Paulo e na Paraíba, os dois últimos Estados a editar seus próprios Códigos de Processo, o Regulamento [regulamento 737, de 1850] teve vida longa, até janeiro de dezembro de 1930, respectivamente. Em Goiás, Alagas, Amazonas, que não promulgaram seus Códigos, esteve em vigor até março de 1940”. (COSTA, 1970, p. 31).

Sobreveio a Constituição Federal de 1934, restabelecendo o sistema de legislação processual unitária, com competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 5º, XIX, *a*). Por força das disposições transitórias (art. 10, § 2º)⁷⁹, enquanto não elaborado um novo Código de Processo, efetivando a norma constitucional, continuariam em vigor os códigos estaduais, elaborados sob a égide da constituição anterior.

A necessidade imperiosa de um novo código de processo civil fez com o que o governo federal instituísse uma comissão de juristas para elaborar o seu anteprojeto. Notícia Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 77/78) que “já se achava concluído, ou quase, o projeto, quando se deu o golpe estadonovista de 1937, com a outorga de uma Carta Constitucional, que, mantendo a unidade do direito processual, estabeleceu também a unidade da justiça comum”⁸⁰.

Foi, então, constituída uma nova comissão cujos membros se desentenderam sobre as diretrizes do projeto, o que impediu a conclusão dos trabalhos. Um de seus membros, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou, então, trabalho em separado que foi erigido à condição de projeto oficial e culminou, após críticas e ajustes⁸¹, no Código de Processo Civil, promulgado pelo Decreto-Lei 1.608, de 18.09.39, que vigorou a partir de 1º de março do ano seguinte.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe em sua exposição de motivos explicações sobre o motor da renovação:

O processo era mais uma congérie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas, a que não se imprimia nenhum espírito de sistema; decaíra de sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio.
(...)

⁷⁹ Art 10 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

§ 1º - O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente.

§ 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados.

⁸⁰ Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 84) aprofunda o tema e afirma que “A Comissão concluiu os trabalhos em novembro de 1935, submetendo ao Ministro da Justiça, Prof. Vicente Ráo, os três projetos parciais [um de responsabilidade de cada membro da comissão], que os mandou publicar pela Imprensa Nacional. Encaminhado ao Congresso Nacional, com Mensagem do Presidente da República, o Projeto do Código de Processo Civil ficou sepultado nas gavetas da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, em decorrência do golpe de 10 de novembro de 1937, que revogou a Constituição de 1934 e dissolveu o Congresso”.

⁸¹ “Cêrca de quatro mil sugestões, resultantes da ampla discussão a que foi submetido por advogados, juizes, institutos e associações, foram enviadas ao Ministério da Justiça e minuciosamente examinadas, muitas das quais incluídas entre as emendas sofridas pelo Anteprojeto, como declarou o Ministro”. (COSTA, 1970, p. 99).

O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorado no seu desenlace.

A crítica citada talvez tenha sido exagerada. Gabriel de Rezende Filho (1940, p. 299), à época da promulgação do código, tratou como excessiva a crítica do Ministro da Justiça na exposição de motivos do novo código, embora tenha reconhecido “que os Códigos de Processo dos Estados são conservadores, não se desviando muito do modelo do reg. 737, de 1850, o qual, por sua vez, se arraigava nas velhas Ordenações Portuguesas”. (SIC)

O Código de 1939 empolgou a doutrina ao menos em dois pontos: i) o reconhecimento da relação processual como de direito público, o que justificou a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo⁸² e levou a doutrina da época, a exemplo de Gabriel Rezende Filho (1940, p. 301), a afirmar ser o processo “um instrumento do Estado, manejado e controlado pelo próprio Estado, por meio dos juízes, seus legítimos representantes” e que, em tal contexto, “não se justifica a passividade do juiz”; ii) o prestígio à oralidade no processo civil, tido pelo mesmo autor como “o ponto alto do Código” (REZENDE FILHO, 1940, p. 304).

Vinte anos depois, contudo, já era sentida a necessidade de modificação, como noticia Sérgio Bermudes (2010, p. 224):

O governo, de efêmera duração, instalado no país em 1960, incumbiu o professor Alfredo Buzaid, catedrático de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da reforma do Código de Processo Civil. Em 08.01.1964, o notável processualista apresentou parte do anteprojeto do atual Código de Processo Civil, precedida de minuciosa exposição de motivos, redigida em linguagem elegante e rigorosamente técnica do seu ilustre autor. Dos cinco livros, que iriam compor o código, apenas três vieram à luz, naquela oportunidade. (...) Em 1972, ocupando o cargo de Ministro da Justiça, o professor Buzaid completou o anteprojeto, adicionando-lhe os dois livros que faltavam. Em 8 de agosto do mesmo ano, através da Mensagem nº 210, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Código, que recebeu, na Câmara e no Senado, emendas sugeridas, muitas delas, por juristas brasileiros, especialmente estudiosos de processo. Finalmente, em 11.01.1973, o Presidente da República sancionou a Lei nº 5.869, instituindo o Código de Processo Civil, vigente, hoje, desde 01.01.1974.

⁸² Eliézer Rosa (1975, p. 331) ratifica essa percepção. Para ele, “o primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribuiu ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer”.

Não é exagero dizer que o surgimento de um novo código muito foi devido à concepção do prof. Buzaid, no sentido de que o grande mal das reformas “é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções” (COSTA, 1970, p. 112). Assim, embora demandado por um projeto de reformas, optou por apresentar o projeto de um novo código, dividido em cinco livros, sendo que os dois últimos seriam – e foram – posteriormente apresentados.

São essas então, algumas das mais importantes notícias históricas do processo brasileiro, até a edição do atual Código de Processo. Como já visto, vigora ele há quase 40 anos. Nos últimos vinte sofreu inúmeras e relevantes reformas, considerando que o romper do milênio demonstrou a necessidade de novas regras e institutos. A Constituição Federal de 1988 também impulsionou as mudanças. E elas foram muitas, a ponto de merecerem uma análise à parte, o que será feito no tópico seguinte.

4.2 As reformas do CPC de 1973: breve panorama

A mudança parece ser mesmo a única realidade imutável. É antiga a assertiva filosófica de Heráclito (ou a ele atribuída) de que “nada há de permanente, exceto as mudanças”⁸³. Apesar disso, o novo ainda assusta, gera medo, desconfiança.

Não é diferente com as mudanças no processo civil. Esse “eterno devir” às vezes se mostra presente. Convém um exemplo: a doutrina comemorou, em 1940, quando o então novíssimo Código de Processo Civil tornou irrecorríveis as “decisões de meros incidentes processuais, salvo em casos taxativos” (REZENDE FILHO, 1940, p. 301); sobreveio “a ilimitada recorribilidade das decisões interlocutórias, assumida pelo CPC de 1973” (ASSIS, 2007, p. 862); a Lei 11.185/05 manteve a ilimitada recorribilidade, mas inverteu a lógica recursal para definir o agravo na modalidade retida como instrumento adequado às interlocutórias, como regra; agora, o projeto do novo CPC faz ressurgir o que alguns chamam

⁸³ Nas palavras de Darto Vicente da Silva: “O pensamento de Heráclito (530 a.C.) volta-se para a mutabilidade tanto das coisas quanto das ideias. Tudo passa pelo movimento constante: o ser é e não é ao mesmo tempo. Isso implica dizer que tudo muda e nada permanece; o universo é um contínuo devir no qual a lei da identidade carece de vigência, pois as coisas se submetem constantemente às transformações postas pelo real. No entanto, a mutabilidade de todas as coisas, não indica que o real é caótico. O Devir não é irracionalidade, podemos conhecê-lo, já que se realiza em consonância com certas leis. A lei ou “logos” interno de toda mudança possível constitui o verdadeiro princípio explicativo do universo. (...). A lei que rege o universo é a luta dos contrários. (Filosofia do Direito: da filosofia geral à jusfilosofia, ainda inédito).

de “princípio da irrecorribilidade das interlocutórias”, modificando, inclusive, o regime da preclusão⁸⁴.

O exemplo acima ilustra que o espírito humano não se compraz com a perenização das regras processuais, até porque se aplicam elas à vida e aos anseios humanos, que nunca estacionam. Não é possível, no presente trabalho, uma análise exaustiva das reformas processuais levadas a cabo pelo legislador nos últimos anos. É modesta, pois, a pretensão: apresentar um panorama das principais reformas desse período, no qual o CPC de 1973 sofreu as mais importantes modificações, sem, contudo, analisá-las ponto a ponto.

Uma constatação faz-se inicialmente necessária: a de que o Código de Processo Civil de 1973 – como sói acontecer com as obras humanas – é um produto de seu tempo e, pois, guiado pelos valores da época. Não contemplou aspectos vistos como fundamentais na atual quadra da história.

Mas também o *Código Buzaid* foi uma obra de seu tempo e do estado da doutrina brasileira como foi editado. Nossos olhos não estavam ainda propriamente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da *efetividade do processo*, então brotando em plagas européias. Isso quer dizer que o legislador brasileiro de 1.973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira – com a visão crítica do sistema processual *pelo ângulo externo*, a preponderância dada à figura do *consumidor* dos serviços judiciários, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa. Fiel ao estado da doutrina brasileira de seu tempo, o Código de 1.973 veio a lume como um excelente instrumento técnico. Faltam-lhe, contudo, esses ingredientes de que hoje não se pode prescindir. (DINAMARCO, 1997, p. 24)

É também Dinamarco (1997, p. 25-26) quem registra que o CPC de 1973 começou a ser reformado, “a bem dizer, já no próprio ano em que foi editado e durante a própria *vacatio legis*: a lei 5.925, de 1º de outubro de 1973, foi portadora de uma série grande de retoques, alterando perto de uma centena de dispositivos do Código”. Isso evidencia não ser mesmo possível tratar de todas as reformas, mas apenas noticiar aquelas tidas por mais importantes.

Nem mesmo a sistematização se mostra tarefa fácil. Sérgio Bermudes (2010, p. 225) cita como “marcante exemplo” dessa atualização permanente do Código de Processo civil

⁸⁴ No relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/2010 – projeto do novo CPC – assim se manifestou, sobre a extinção do agravo retido e a consequente modificação no regime da preclusão das interlocutórias o Deputado Paulo Teixeira, Relator-Geral substituto: “A extinção do agravo retido não causará maiores problemas no sistema. Com a sugestão de redação feita ao parágrafo único do art. 963 do projeto, deixa-se claro que a parte deve alegar, imediatamente, qualquer nulidade processual que lhe prejudique, sob pena de preclusão – exatamente a função exercida pelo agravo retido. Adota-se, neste ponto, o regime do processo do trabalho, que funciona bem há anos”.

onze leis, editadas entre 1994 e 2005⁸⁵. Na doutrina em geral, convencionou-se falar em minirreformas processuais ou em fases, etapas ou ciclos da reforma processual.

Essas reformas, tiveram as seguintes diretrizes, citadas pelo Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, presidente da Comissão Revisora, *apud* Cruz e Tucci (1996, p. 845/846):

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixar de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (v.g., arts. 272/273, 478/479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os seguimentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.

A primeira fase teve início com a apresentação de onze projetos de reforma processual ao Ministério da Justiça, com o claro intuito de “facilitar o acesso à justiça e propiciar a adequada e tempestiva tutela de direitos” (PANTOJA, 2008, p. 90). Desses onze projetos, apenas um pereceu nos trâmites legislativos e não se transformou em lei.

A primeira lei oriunda desses projetos e que marcou esse novo ciclo de reformas foi a Lei 8.445/92, que buscou simplificar a prova pericial. Seguiram-se as leis 8.710/93, que modificou o regime da citação, priorizando a via postal, e 8.898/94, que extinguiu o tão criticado cálculo do contador como forma de liquidação de sentença, deixando com o autor o ônus de “apresentar a conta”, na petição do processo executivo, que ainda existia como processo autônomo.

Quatro dos citados projetos acima citados foram aprovados e as leis promulgadas na mesma data: Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.1994. Essas leis foram efetivamente marcantes na história das recentes reformas.

As alterações promovidas por essas três leis foram tantas e de tamanha relevância, que se faz impossível narrá-las detalhadamente neste trabalho. A opção, portanto, é assinalar o que de mais relevante aconteceu: a instituição da antecipação de tutela, como regra geral, no direito processual brasileiro (art. 273 do CPC, com redação dada pela Lei 8.952/04).

⁸⁵ Diz o autor: “A atualização do Código de Processo Civil é permanente e prossegue por meio de leis, das quais são marcante exemplo as de nº 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.1994; a de nº 9.079, de 14.07.1995; a de nº 9.139, de 30.11.1995, que procederam uma verdadeira reforma do código, e ainda as de nº 10.352, de 26.12.2001, 10.358, de 27.12.2001, 10.444, de 07.05.2002, 11.187, de 19.10.2005, 11.232, de 22.12.2005, e posteriores”.

A relevância da antecipação de tutela, nos moldes do art. 273 do CPC é tamanha que já deu ensejo a incontáveis obras exclusivamente a ela dedicadas. Isso evidencia a impossibilidade de um estudo do instituto nesse breve panorama de reformas. Cabe aqui, tão somente, registrar que a inovação implementada pela Lei 8.952/04 insere-se no campo da “tutela jurisdicional diferenciada”, dentre aquelas que se especializam pela limitação da cognição, como forma de viabilizar a efetividade da tutela nas situações de urgência⁸⁶.

Após esse conjunto de leis, instituiu-se a ação monitória no direito Brasileiro. Cruz e Tucci (1997, p. 65), em obra especialmente dedicada ao tema, registra ser antiga a pretensão de instituir o procedimento monitório no nosso processo civil.

Não é de hoje que os processualistas pátrios fomentam a adoção do procedimento monitório pelo nosso direito. Constava ele, aliás, do Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil, elaborado pela comissão nomeada pelo Ministro da Justiça no ano de 1985.

Aproveitando, por certo, aquela sugestão, mais recentemente, a comissão presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira apresentou proposta semelhante ao Congresso Nacional, consubstanciada no Projeto de Lei 3.805/93, que acabou sendo convertido na Lei 9.079, de 14 de julho de 1995.

A introdução da ação monitória no direito brasileiro representou mais um ato em direção do que se convencionou chamar de “tutela jurisdicional diferenciada”, por meio da previsão de um rito diferenciado, adequado à situação peculiar que regula. Daí Cruz e Tucci (1997, p. 69), falar em um “procedimento especialíssimo, em razão da sumariedade formal da cognição e de outros aspectos que o conotam”.

Em seguida, promulgou-se a Lei 9.139/95, que institui o novo regime do agravo. A redação original do art. 522 previa, como recurso apto a desafiar decisões interlocutórias, o agravo de instrumento, ficando ao alvitre do recorrente, se assim o entendesse, requerer que o agravo ficasse retido nos autos (§ 1º do art. 522)⁸⁷. A lei 9.139/95 deu nova redação ao art.

⁸⁶ Barbosa Moreira (2008, p. 287) diferencia, no âmbito do que chama de técnicas “sumarização”, duas espécies de tutela diferenciada: “Legisladores de todos os tempos e de todos os lugares têm-se preocupado em aviar receitas para atender a essas necessidades postas em xeque pela renitente propensão dos pleitos judiciais a durar bem mais que o desejável. Sem pretensão de exaustividade, pode-se traçar um quadro sintético das técnicas empregadas com maior frequência para enfrentar o problema. Elas comportam classificação em dois grupos: um formado por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente; outro, por medidas que visam a apresentar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa”.

⁸⁷ Esse artigo foi um dos que sofreu modificação ainda no ano de 1973, por meio da lei 5.925/73, mas limitou-se o legislador, quanto ao ponto, a incluir a seguinte previsão: “reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal”.

522, permitindo à parte escolher entre as modalidades retida e de instrumento, sem qualquer parâmetro objetivo de controle.

A lei também modificou o prazo de interposição do recurso – que passou a ser de dez dias, ao invés de cinco, do regime anterior – e assentou que das decisões interlocutórias proferidas em audiência caberá agravo retido, interposto oralmente. Mas a grande mudança, efetivamente, foi a interposição direta no Tribunal do agravo de instrumento, como forma de obstar a comum impetração de mandado de segurança para obtenção do efeito suspensivo ao agravo que, embora de instrumento, ainda tramitava na origem.

Foi a Lei 9.139/95 que instituiu, com a nova redação que deu ao art. 526 do CPC, o dever imposto ao agravante de, em três dias, requerer a juntada da petição recursal nos autos de origem, assim como a relação de documentos que a acompanharam. A medida teve como objetivo facilitar o contraditório e permitir ao juízo o exercício da retratação.

Finalmente, ainda nesse primeiro ciclo de reformas, veio à luz a Lei 9.245/95, para modificar o procedimento sumário, cujo nome já tinha sido alterado pela Lei 8.952/94. Como registrou Dinamarco (1997, p. 249), a lei teve “o intuito de simplificar e acelerar com realismo” o procedimento sumário, reduzindo as hipóteses de admissibilidade do rito e modificando a prova pericial, tornando inadmissível a intervenção de terceiros e a declaratória incidental e, especialmente, inovando pela admissão do pedido contraposto.

Esse conjunto de mudanças, apelidado de primeira etapa da reforma processual, não transcorreu sem críticas. Apesar delas, é de se reconhecer que houve valiosas alterações no sistema processual, cujos frutos foram sentidos nos anos seguintes.

O segundo ciclo de reformas foi menos abrangente e, talvez por isso, mais breve. Segundo a sistematização feita por Fernanda Pantoja (2008, p. 97), “a segunda etapa teve início, portanto, com o advento da Lei 10.352, de 26.12.2001, que alterou dispositivos referentes aos recursos e ao reexame necessário”.

Essa lei, em breve síntese, incluiu o parágrafo único ao art. 526 do CPC, prevendo a inadmissibilidade do agravo quando descumprida a regra do *caput* do mesmo artigo; autorizou o tribunal a julgar diretamente o mérito contido no processo, cuja apelação desafie sentença de extinção do feito, sem apreciação de mérito, na hipótese de “causa madura” (art. 515, § 3º); reduziu a abrangência do reexame necessário, estabelecendo a sua inaplicabilidade nas causas cujo valor não supere sessenta salários mínimos e nas sentenças fundadas em jurisprudência oriunda do plenário do STF, súmulas da Corte ou de algum Tribunal Superior (art. 475, §§ 2º e 3º); previu o efeito apenas devolutivo da apelação que desafia sentença na qual se antecipou os efeitos da tutela (art. 520, VII); dispensou a autenticação das peças que

instruem o agravo (art. 544); autorizou o relator a negar seguimento, liminarmente, ao agravo de instrumento, nas hipóteses do art. 557 do CPC.

Apenas um dia depois da Lei 10.352/2001, veio à luz a Lei 10.358/01. Se a primeira teve por foco os recursos, a segunda destinou atenção ao processo de conhecimento. Incluiu o inciso V e parágrafo único no art. 14 do Código, estabelecendo o dever das partes e de todos aqueles que participam do processo de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais”, bem como a previsão de multa pela violação desse dever, considerando tratar-se de “ato atentatório ao exercício da jurisdição”.

A referida lei também incluiu a salutar previsão de distribuição por dependência – embora não seja, na hipótese, a rigor, uma “dependência” – da nova ação, que reitera pedido anteriormente objeto de desistência⁸⁸. Modificou, ainda, a redação do art. 407, para fixar prazo de dez dias antes da audiência para depósito do rol de testemunhas, quando o juiz não fixar prazo diverso.

Finalmente, nesse segundo ciclo de reformas, foi promulgada a Lei 10.444/02, conhecida como a “reforma da reforma”. Essa alcunha foi-lhe atribuída pela doutrina justamente porque a referida lei modificou diretamente os dispositivos inseridos ou alterados por algumas das leis integrantes da primeira minirreforma, ou primeiro ciclo das reformas processuais.

De fato, a Lei 10.444/02 incluiu no art. 273, cuja redação havia sido dada justamente pela Lei 8.952/94, acima abordada, os parágrafos 6º e 7º, prevendo a antecipação de tutela da parte incontroversa da lide e a fungibilidade entre os pedidos antecipatórios e cautelares. A nova lei também afastou a obrigatoriedade da audiência preliminar, exigência instituída também pela Lei 8.952/04. Essa alteração levou a outra, também relevante: a autorização para que o juiz promova antecipadamente o saneamento do processo, considerando não ter sido necessária a audiência de conciliação.

A Lei 10.444/02 fez alterações pontuais no Código, como a alteração de vinte para sessenta salários mínimos o valor limite para o procedimento sumário (art. 275, I, do CPC). A grande inovação, contudo, trazida pela lei, situou-se no espaço do processo executivo. Talvez o mais importante tenha sido tornar prescindível o processo executivo autônomo para a execução da obrigação de entregar coisa.

⁸⁸ Essa previsão foi, posteriormente, aprimorada pela Lei 11.280/06, para tornar-se mais abrangente, alcançando não somente a desistência da ação anterior, mas também a hipótese de extinção, ainda quando parcialmente alterados os réus da ação.

Esse segundo ciclo de reformas, portanto, teve o nítido objetivo de, por um lado, dar continuidade ao movimento de atualização da legislação, em busca da efetividade da prestação jurisdicional e, de outro, aprimorar regras introduzidas ou modificadas pelas leis anteriores, integrantes do chamado primeiro ciclo de reformas. Por conta desse segundo objetivo é que ficou conhecido como “reforma da reforma”.

O terceiro ciclo de reformas processuais teve início em 2005, com a Lei 11.187/05. Antes dela, contudo, houve a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, cujos dispositivos atingiram diretamente diversos aspectos processuais, ou, no mínimo, impulsionaram urgentes reformas.

A lei 11.187/05 constituiu a última reforma na sistemática do agravo de instrumento. Estabeleceu o agravo na modalidade retida como regra no direito brasileiro, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”, hipóteses excepcionais nas quais a modalidade instrumental ainda restou adequada. Ademais, a referida lei autorizou o relator a converter o agravo de instrumento em retido (art. 527, II), por decisão irrecurável (art. 727, parágrafo único), quando incabível a modalidade instrumental.

A irrecurribilidade da decisão do relator que converte em retido o agravo de instrumento indevidamente interposto também alcançou a hipótese de concessão, também pelo relator, de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação de tutela recursal, apelidada de “efeito suspensivo ativo” (art. 527, III). Essa vedação recursal, como sói acontecer no Brasil, abriu espaço à impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal, nas hipóteses de teratologia da decisão judicial.

Outra lei relevante desse período foi a 11.232/2005, que modificou o sistema de execução de título judicial, estabelecendo-a como uma fase do processo, agora tido por *sincrético*. A rigor, essa lei não produziu os resultados alardeados, como se intui da prática forense, em que pese a ausência de dados estatísticos. Inegavelmente, contudo, ela simplificou o procedimento, já que dispensou nova citação, a formação de novos autos e, inclusive, o recolhimento das custas iniciais do antigo e autônomo “processo de execução”.

A lei 11.232/2005 promoveu inúmeras alterações no processo de execução e mesmo na fase que lhe antecede, a de liquidação de sentença⁸⁹ que, a rigor, ainda integra a fase de

⁸⁹ “Considera-se *liquida* a decisão que define a extensão do direito subjetivo por ela certificado, isto é, define o *quantum debeatur*, nas prestações sujeitas a quantificação, bem assim aquela que individualiza completamente o

conhecimento⁹⁰. Em resumo, a lei transformou a liquidação em um procedimento que antecede a execução, resolvido por meio de decisão interlocutória⁹¹ – e não mais por sentença, como antes – nos próprios autos do processo, salvo quando requerido antes do trânsito em julgado⁹².

As duas leis subsequentes terão análise particularizada no item seguinte, por constituírem manifestação legislativa daquilo que se convencionou chamar de “tendência de valorização dos precedentes”. São elas: a Lei nº 11.276/06, que incluiu o § 2º no art. 518 do CPC, instituindo a chamada “súmula impeditiva de recurso”, norma que autoriza o juiz a não receber a apelação “quando a sentença estiver em conformidade com súmula” do STJ e do STF⁹³; a Lei nº 11.277/06, que incluiu o art. 285-A do CPC⁹⁴, conhecido como julgamento *prima facie* de mérito, julgamento de improcedência *prima facie*, julgamento super antecipado de mérito, dentre outros apelidos doutrinários.

Apenas alguns dias depois, foi promulgada a Lei 11.280/06, que promoveu diversas alterações nas regras do processo. As mais importantes foram a determinação para que o juiz pronuncie de ofício a prescrição (art. 219, § 5º), a autorização para reconhecer, de ofício, a nulidade da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão, declinando da competência (art. 112, parágrafo único), a autorização dada à parte excipiente para protocolar a exceção de incompetência no foro do seu domicílio (art. 305, parágrafo único) e a previsão expressa da possibilidade de antecipação de tutela na ação rescisória (art. 489, *caput*).

Alterações relevantes foram promovidas pela lei 11.382/06, que modificou inúmeros dispositivos do CPC. Desde alterações pontuais, como a inclusão do inciso V ao art. 143 do CPC, autorizando os oficiais de justiça a efetuar avaliações, até as profundas modificações no

objeto da prestação. Quando é ilíquida, a decisão precisa ser liquidada para poder ser título que fundamente a execução”. (DIDIER JR, 2010, v.5, p. 113).

⁹⁰ É de Barbosa Moreira (2012, p. 190) a precisa lição: “Os atos praticados com a finalidade acima referida [liquidação de sentença] tem natureza cognitiva, não executiva. Normalmente, constituem verdadeira complementação da atividade realizada até a prolação da sentença. Inadequada era, assim, a inserção das disposições a ela atinentes no Livro II do Código, sob a rubrica ‘Do processo de execução’. Bem andou a Lei nº 11.232 em deslocá-lo para o Livro I; a colocação, porém, continua imprópria, já que a liquidação não é fenômeno peculiar ao procedimento ordinário, em cujo Título passou a figurar”.

⁹¹ Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

⁹² Nessa peculiar hipótese, que não é das mais comuns, aplica-se o § 2º ao art. 475-A do CPC: § 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

⁹³ § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁴ "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.

sistema executivo, prevendo novas formas de expropriação do bem penhorado. Fernanda Pantoja (2008, p. 104/105) assim resumiu as mudanças:

As principais mudanças referem-se à (i) outorga de poderes ao advogado para declarar, para fins processuais, a autenticidade de cópias reprográficas de peças do processo (como dispõe o inciso VI, incluído no art. 365); (ii) simplificação da realização do fato por terceiro, às custas do devedor – de acordo com o art. 634, parágrafo único, basta que o juiz aprove a proposta;⁹⁵ (iii) adjudicação pelo próprio credor como meio expropriatório e preferencial, por preço não inferior ao da avaliação – caso não queira adjudicar o bem, o credor poderá requerer a alienação por iniciativa particular ou por agentes credenciados; afinal, a alienação em hasta pública, antes da primeira opção, agora constitui a última, conforme o art. 647; (iv) citação para pagamento da dívida em três dias (art. 652, *caput*) – se não for efetuado o pagamento, o oficial procede à penhora e à avaliação na mesma oportunidade (art. 652, § 1º), podendo o credor indicar bens à penhora na própria inicial (§ 2º)⁹⁶; fixou-se também a possibilidade de redução pela metade da verba honorária, no caso de pagamento integral da dívida pelo executado, dentro do prazo de três dias (art. 652-A, parágrafo único); (v) atualização de regras relativas à penhora, dando-se privilégio a dinheiro, em espécie ou em depósito (observado o limite imposto no referido art. 649, X)⁹⁷ e a bens, móveis ou imóveis, em detrimento de créditos e direitos (art. 655)⁹⁸; (vi) utilização dos meios eletrônicos – na penhora em dinheiro, por exemplo, estabeleceu-se a possibilidade de requisição de informação à autoridade supervisora do sistema bancário, a fim de descobrir a existência de ativos em nome do executado (art. 655-A); previu-se ainda a realização de alienação em hasta pública por meio da “rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado” (art. 689-A); (vii) aumento dos poderes atribuídos ao oficial de justiça, especialmente para proceder à avaliação dos bens penhorados (art. 680); (viii) defesa do executado por meio de embargos, que agora poderão ser ajuizados independentemente da prévia segurança do juízo (art. 736), no prazo de 15 dias contados da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738)⁹⁹, mas ficarão desprovidos de efeito suspensivo (art. 739-A)¹⁰⁰, que somente será concedido em casos excepcionais e com o juízo garantido por penhora ou caução suficientes (art. 739-A, § 1º); foi prevista, no ensejo, multa ao executado, em favor do exequente, de até 20% do valor da execução, em caso de embargos manifestamente protelatórios (art. 740, parágrafo único); e, finalmente, (ix) a possibilidade de o executado requerer o parcelamento em até seis vezes, desde que faça um depósito inicial de 30% (art. 745-A).

Essas foram as principais alterações introduzidas pela Lei 11.382/06, a que se seguiu a Lei 11.418/06¹⁰¹, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B do CPC. O primeiro desses

⁹⁵ Na lei anterior, era necessária a realização de concorrência pública, para a escolha da proposta mais vantajosa pelo juiz.

⁹⁶ Na lei anterior, o prazo era de vinte e quatro horas, para que o executado pagasse a dívida ou nomeasse bens à penhora.

⁹⁷ O referido dispositivo (art. 469, X) fixa a impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança até o valor de quarenta salários mínimos.

⁹⁸ No trâmite do projeto de lei, o Presidente vetou os dispositivos que permitiam a penhora de imóveis suntuosos e de parte dos salários acima de sete mil reais.

⁹⁹ Na lei anterior, o prazo era de 10 dias.

¹⁰⁰ O art. 739-A revogou o parágrafo primeiro do art. 739, que determinava que os embargos fossem sempre recebidos com efeito suspensivo.

¹⁰¹ Conforme já anunciado, o objetivo do presente tópico é apresentar um panorama das principais leis reformadoras do Código de Processo. Há, evidentemente, inúmeras outras leis que promoveram modificações

dispositivos regulamentou o instituto da repercussão geral, “antiga novidade” trazida pela EC/45, conhecida como Reforma do Judiciário. A dicção legal não deixa dúvidas de que a repercussão geral constitui um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, peculiar, é verdade, já que não é aferível, em nenhuma hipótese, pela Corte *a qua* e, menos ainda, pelo relator do recurso no STF.

A rigor, o art. 543-B não se limitou, propriamente, à regulamentação do instituto constitucional da repercussão geral, pois adicionou a ele – aparentemente sem autorização constitucional – uma técnica de pinçamento, para julgamento por amostragem, similar à que seria, em seguida, definida para os recursos especiais repetitivos.

O uso do meio eletrônico na tramitação de processo judiciais foi, finalmente, regulamentado pela lei 11.419/06¹⁰². Essa lei contém vinte e dois artigos e modificou doze artigos do CPC de 1973, especialmente para adaptá-los as novas possibilidades, como a assinatura eletrônica, a utilização do Diário da Justiça *on-line* e, especialmente, as citações e intimações via *internet*.

Sobreveio, então, a importantíssima lei 11.672/07, que incluiu no CPC o art. 543-C. Trata o referido artigo da sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos. Conforme já adiantado, o tópico seguinte deste trabalho será dedicado a analisar, mais detidamente, algumas das alterações legislativas que evidenciaram a pretensão do legislador de “valorizar” os precedentes. O recurso especial repetitivo é, talvez, o mais marcante dos exemplos e, por isso, dele será tratado adiante.

As reformas não pararam aí, evidentemente. E não terão um termo, como termo não há às pretensões e angústias humanas. Se o processo serve à vida, então serve a infinitas possibilidades. Há, hoje, no Congresso Nacional, inúmeros projetos de reforma do CPC, alguns antigos, outros recentes, a despeito de parecer inexorável a aprovação do Novo Código de Processo Civil.

4.3 Análise pontual das reformas: tendência de valorização dos precedentes?

pontuais, de menor importância, ou que trataram de temas relevantes, mas sem modificar propriamente o CPC, como se deu com a Lei 11.417/06, que, conforme sua ementa, “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”.

¹⁰² Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

No item anterior foi apresentado um breve panorama das mais importantes leis reformadoras do Código de Processo Civil de 1973. Não há unanimidade sobre o ponto¹⁰³, mas, de uma forma geral, reconhece-se que as modificações aprimoraram procedimentos e institutos e trilharam um caminho positivo em busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Diante da situação de insegurança jurídica que, em boa medida, decorre da imprevisibilidade das decisões judiciais, percebe-se um certo “encantamento” com os institutos do *common law*, numa crença – nem sempre justificada – de que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil seria uma solução para os problemas que enfrenta o Estado no cumprimento do seu dever constitucional de entregar – de maneira efetiva e célere – a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, há quem assevere existir essa “aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro” (MARINONI, 2011, p. 24). E mais, defende ainda Marinoni (2011, p. 24) que, considerando o sistema brasileiro e sua hermenêutica, “não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, elementos indispensáveis a um Estado de Direito”.

Diante desse contexto, mostra-se conveniente analisar as principais modificações legislativas, no que tange à alardeada valorização de precedentes¹⁰⁴ no direito Brasileiro. Para tanto, o ponto de partida não deve ser as súmulas vinculantes, não apenas porque têm sede constitucional, mas também porque há, quanto ao ponto, constantes equívocos teóricos.

Pois bem. Súmula não é sinônimo de precedente¹⁰⁵. Essa obviedade, por si só, é suficiente para demonstrar o equívoco daqueles que, no Brasil, falam em precedentes obrigatórios, algo que efetivamente não existe.

¹⁰³ Clito Fornaciari Jr, por exemplo, posiciona-se ao lado dos críticos: “Não acredito, todavia, que a situação possa ser alterada para melhor com simples mudança na lei: o problema é de mentalidade, faltando, de outro lado, a devida atenção das autoridades, que têm o poder de direcionar a atividade do Estado para o problema da justiça em nosso País. (...) Acredito que o diagnóstico não foi bem feito e o remédio então será ineficaz, senão perigoso”.

¹⁰⁴ Barbosa Moreira (2005, p. 23) fala em acentuado “valor da jurisprudência”: “Reformas sucessivas, levadas a cabo por diversas leis, foram acentuando, com intensidade crescente, o valor da jurisprudência, paralelamente alargando – registre-se *a latere* – a competência do relator para apreciar, sozinho, a matéria *sub judice*”.

¹⁰⁵ Amaury Nunes (2010, p. 129/135), depois de apontar as semelhanças entre os assentos e a súmula vinculante, noticia que “as discussões que até aqui se estabeleceram buscam situar esses precedentes vinculantes [os assentos] ora na órbita dos atos legislativos, ora na órbita dos atos judiciais”, para, ao final, concluir, que “o único e insuficiente ponto de contato da edição da súmula com a atividade jurisdicional é que ambos, em regra, são exercidos por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário somente. Só isso. (...) a atividade do Supremo Tribunal Federal de que resulta a edição de súmulas vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública não se restringe aos esquemas preconcebidos que reduzem os atos do Estado, como expressão do poder político, a atos legislativos, administrativos ou judiciais. A súmula vinculante

Comece-se pela questão terminológica. A história do Judiciário registra que, na década de sessenta, passava o Supremo Tribunal Federal por tempos de crise¹⁰⁶. Isso levou a Corte a criar, em 1963, a “Súmula da Jurisprudência Predominante”, para servir de orientação acerca dos entendimentos então consolidados. Essa súmula continha os enunciados da Corte. Hoje, quando falamos em súmula, estamos utilizando impropriamente o termo¹⁰⁷.

À parte a questão terminológica, o fato é que a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu o art. 103-A na Constituição Federal¹⁰⁸, autorizando o STF a editar súmulas com efeito vinculante. Não se trata de precedente vinculante, mas de enunciado vinculante, elaborado a partir de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Assim, considerando o pressuposto básico e fundamental da edição de súmulas – a existência de diversos precedentes que, no conjunto, consolidaram um entendimento – parece pertinente afirmar que o instituto valoriza os precedentes.

No âmbito infraconstitucional, as alterações foram muitas. Vale descrever, com maiores detalhes, a inovação trazida pela Lei 11.277/2006, que incluiu o art. 285-A ao CPC vigente¹⁰⁹, autorizando o juiz a proferir sentença de improcedência *prima facie*, sem citar o réu.

O dispositivo já surgiu gerando imensas controvérsias. Vozes abalizadas levantaram-se contra a novidade processual, acoimando-a de inconstitucional¹¹⁰. A Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o dispositivo (ADI 3695, Rel. Min. Cezar Peluso), que ainda pende de julgamento, alegando ofensa aos seguintes princípios constitucionais: isonomia e segurança jurídica (art. 5º, *caput*); direito de ação (art. 5º, XXXV); devido processo legal (art. 5º, LIV); e contraditório (art. 5º, LV).

não cabe nessa classificação, sendo necessário entendê-la simplesmente como um ato político, fruto do exercício do poder político na sua vertente institucional... ”.

¹⁰⁶ O STF, a rigor, parece viver ciclos de crise. Pedro Lessa (1915, P. 24), já asseverava ser “preciso desafogar o STF de parte de seus trabalhos, no interesse da celeridade, ou menor lentidão, nos julgamentos”.

¹⁰⁷ Barbosa Moreira (2005, p. 24), assim explica o equívoco: “a palavra ‘súmula’, inclusive em documentos oficiais (como o Regimento Interno do STF, arts. 102 e 103), não é empregada como referência a *cada uma* das proposições ou teses jurídicas consagradas pela Corte (ou, ajunte-se, por qualquer tribunal), senão para designar o respectivo *conjunto*, que lhe resume a jurisprudência: essa, por exemplo, o verbete pertinente do *Novo Aurélio*, que define “súmula” como “pequena suma; breve resumo; epítome; sinopse”.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Foi o caso de Daniel Mitidiero (2006, p. 173/174), ao defender que a reforma violou o caráter dialético do processo, “aniquilando” o contraditório, “subtraindo” das partes o poder de convencer o órgão jurisdicional do acerto de seus argumentos, reputando-o inconstitucional.

O art. 285-A do CPC autoriza o juiz a proferir sentença sem citação do réu, quando a matéria já tiver sido enfrentada pelo juízo (e não pelo juiz!), com julgamento de improcedência total dos pedidos. E a regra é benéfica para o demandado, como lembra José Maria Rosa Tesheiner: “A nova regra favorece a todos. O demandante não sofre condenação em honorários advocatícios; o demandado não é perturbado; ambos, além do próprio Judiciário, livram-se de um processo de tramitação inútil”. (TESHEINER, 2006, p. 64).

A dicção legal não foi das melhores. O legislador utilizou, mais uma vez, a criticada expressão “matéria unicamente de direito”, já prevista no art. 330 do CPC e falou em “casos idênticos”. A rigor, haverá um caso idêntico quanto presente a tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedidos), o que impediria o julgamento de improcedência, pois haveria litispendência ou coisa julgada. Já a matéria a ser julgada nunca será “unicamente de direito”, como já assentou a doutrina¹¹¹. A expressão deve ser interpretada, assim como se fez com o art. 330 do CPC, cuja parte final do inciso I contribui para o entendimento da questão¹¹², para que se extraia dela a autorização para aplicação do art. 285-A do CPC sempre que não houver controvérsia fática.

Mas há ainda um controvertido requisito: a reprodução do teor da sentença anteriormente proferida. Exige o art. 285-A do CPC que o julgamento de improcedência liminar de mérito materialize-se numa sentença que reproduza o teor da sentença proferida em caso similar e que, por isso, autoriza a nova decisão. E sobre o assunto há opiniões das mais diversas¹¹³.

O entendimento que deve ser prestigiado é o de que a reprodução integral é desnecessária e mesmo insuficiente. Desnecessária porque basta o juiz demonstrar, cabalmente, que há decisão no mesmo juízo, como exige a lei, capaz de sustentar a nova sentença, consignando os fundamentos. E para isso não precisa e nem deve reproduzir integralmente a decisão anterior, bastando reproduzir e deixar claras as razões de decidir.

¹¹¹ Barbosa Moreira (2012, p. 97), esclarece o alcance da expressão, referindo-se ao art. 330 do CPC. Para ele, e corretamente, a questão é “unicamente de direito” quando “inexiste dúvida sobre os fatos relevantes para a solução do litígio, mas controverte-se acerca da questão de direito (v.g., da vigência da norma legal que se afirma aplicável à espécie, ou da interpretação que se lhe há de dar, ou da constitucionalidade dela): para decidir, deve então o juiz resolver unicamente a *quaestio iuris*”.

¹¹² Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

¹¹³ A título ilustrativo, registre-se que houve tribunal que entendeu necessária, além da transcrição da sentença anterior, sua respectiva juntada aos autos. Felizmente, o STJ decidiu que tal entendimento configuraria a criação de um requisito não previsto em lei. (REsp 1086991/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 06/09/2011).

Seria também insuficiente a mera reprodução da sentença anterior, pois deve o juiz fundamentar especificamente, quanto ao caso concreto, a identidade entre os aspectos fáticos do caso paradigma.

Ao contrário do que alega a OAB, portanto, nada há de inconstitucional no citado dispositivo. Felizmente, essa foi a opinião da imensa maioria da doutrina, a exemplo de Ernani Fidelis dos Santos (2006, p. 145):

se boa ou má, se favorece ou desfavorece interesses, o dispositivo é perfeitamente aplicável, estando em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que se trata de mera antecipação de julgamento, de influência, na relação processual, de imediato, sobre o autor, mas a ele permitindo-se o prosseguimento do feito através de recurso. Para o réu, por outro lado, a improcedência só lhe traz benefício, e o contraditório e a amplitude de sua defesa, no caso de recurso, ficam resguardados, sem nenhum prejuízo processual.

O debate sobre a constitucionalidade do dispositivo, ao que parece, serviu de desestímulo a sua aplicação pelos juízes. Mais uma vez não se tem dados estatísticos precisos que permitam uma conclusão segura sobre o assunto, mas a experiência cotidiana aponta nesse sentido. Mais recentemente – e isso é mais uma impressão, ante a ausência de fontes confiáveis – os juízes vêm dando maior aplicabilidade ao dispositivo, notadamente nos juizados especiais federais.

Há juízes federais que, diante de uma enxurrada de demandas sobre um dado tema, que permite a aplicação do art. 285-A do CPC, proferem algumas sentenças e, posteriormente, utilizam-nas em todos os casos similares. Parece uma prática correta, pois foi justamente para isso a inovação legislativa. Há, contudo, os que preferem aguardar a confirmação das “primeiras sentenças” pelas turmas recursais, como forma de minimizar o risco de reforma de todas as sentenças e o retrabalho daí decorrente.

O art. 285-A comporta diversas polêmicas, mas a maioria delas ultrapassa os limites deste trabalho. Merecido é, contudo, o enfrentamento de um ponto: o art. 285-A do CPC não autoriza o juiz a exercer uma autonomia despropositada e, assim, julgar de maneira desconforme às posições consolidadas nos tribunais a que se vincula¹¹⁴. Apesar de inexistir,

¹¹⁴ Sobre esse “confuso” conceito de autonomia do juiz, tive a oportunidade de escrever, em texto ainda não publicado: “É nesse contexto que surge o que chamo de “paradoxo da autonomia”, que consiste justamente na equivocada interpretação que se deu, no Brasil, à autonomia do julgador de primeira instância. É que julgar de forma autônoma e literalmente despreocupada com as posições firmadas nos tribunais do país – ao espeque dessa equivocada autonomia e a pretexto de ressaltá-la – provoca justamente um efeito contrário: a inutilidade da decisão de primeira instância, que será sempre (ou constantemente) reformada, para adequar-se à posição do respectivo tribunal ou Corte superior”. (Expectativa de Segurança Jurídica no Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas).

na lei, previsão específica, há de se entender que a utilização da autorização contida no art. 285-A do CPC não pode servir para expressar concepções pessoais manifestamente contrárias à jurisprudência sobre o tema posto em julgamento.

Não parece acertado crer que basta uma prévia sentença do juízo – apenas isso – para que o julgamento *prima facie* possa ser realizado. É necessário também que essa sentença seja harmônica com as decisões dos tribunais. Foi assim que recentemente decidiu o STJ, em julgamento de Recurso Especial, de cujo voto condutor colhem-se as seguintes e pertinentes assertivas:

À primeira vista, a literalidade do dispositivo [art. 285-A, CPC] pode sugerir que o norte a ser seguido no julgamento de improcedência liminar é o entendimento invariante do próprio juízo sentenciante.

Contudo, não há como dissociar-se da nova técnica de julgamento o paradigma costumeiramente utilizado pelo Código de Processo para outros pronunciamentos liminares ou monocráticos, qual seja, a existência de súmula ou jurisprudência dominante, notadamente de tribunais superiores.

(...)

E nem se aduza que a interpretação do art. 285-A do CPC, nesses termos, contrasta com a independência da magistratura. Ser independente não significa uma garantia conferida exatamente à pessoa do juiz e para a pessoa do juiz, às cegas, sem nenhuma teleologia. A garantia de independência hospeda-se nos escopos da própria jurisdição, dirigidos que são aos jurisdicionados, à sociedade e ao próprio Estado, garante da paz social e da segurança. A independência do juiz é mecanismo de otimização da jurisdição, a qual não deve ser prestada sob os influxos políticos externos ao sistema jurídico, sob pena de o jurisdicionado não receber a realização do que exatamente era desejado pelo direito material.

(...)

Nessa linha de raciocínio, como princípio assegurador, sobretudo, da qualidade da jurisdição, não pode ser ele acionado quando, ao invés de otimizar a prestação jurisdicional, na verdade lhe causar patente disfunção; ou quando for serviente à distribuição de diferentes “justiças” a iguais jurisdicionados; ou quando, de princípio protetor do jurisdicionado, transformar-se em assegurador de vaidades; ou, ainda, quando for fonte da viciosa duração desarrazoada do processo. (REsp 1.109.398/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011)¹¹⁵.

É manifesto, então, que o art. 285-A insere-se dentre as modificações processuais vocacionadas à valorização dos precedentes, como forma de viabilizar uma tutela jurisdicional minimamente previsível.

¹¹⁵ A decisão citou e transcreveu respeitada doutrina, no mesmo sentido da tese adotada pela corte: (ALVIM, Eduardo Arruda. **Do julgamento de improcedência em casos repetitivos, à luz da Lei n. 11.277/2006**. In. Revista Forense, vol. 1, 2007 (setembro/outubro), pp. 44-45); (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 286-287); (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 101-102); e, noutro contexto, mas versando sobre a equivocada autonomia do julgador brasileiro, (CALMON DE PASSOS, J.J.. **Súmula vinculante**. Artigo publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 9(1) 163-176, jan.-mar. 1997, p. 176).

Na seara recursal, essa tendência de valorização dos precedentes também se mostra presente. Há ao menos dois bons exemplos: a ampliação dos poderes do relator (art. 557, CPC) e a instituição do julgamento repetitivo de recursos especiais (art. 543-C, CPC).

Prevê o art. 557 do CPC que o relator poderá negar seguimento ao recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”. No § 1º do art. 557 está a autorização – menos abrangente, é verdade – para que o relator dê provimento monocrático ao recurso, na hipótese de a decisão recorrida estar “em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante” do STF ou de Tribunal Superior¹¹⁶.

É hialino que os poderes atribuídos ao relator não decorrem, todos eles, do que aqui se chamou de “tendência de valorização dos precedentes”. Veja-se que o relator pode negar seguimento ao recurso: i) manifestamente inadmissível; ii) manifestamente improcedente; iii) manifestamente prejudicado; e – agora sim – iv) em confronto com súmula. Somente nesta última hipótese é que se tem, efetivamente, uma ligação aos precedentes.

Nessa hipótese – de aplicação dos precedentes pelo relator, negando seguimento ao recurso – há um julgamento de mérito e não um caso de inadmissão do recurso. E isso é de todo importante, considerando o efeito substitutivo daí advindo. Como lembra Barbosa Moreira (1999, p. 324),

Pode-se equiparar o papel do relator ao de um porta-voz avançado: o que ele diz, supõe-se que o diga “antecipando” a decisão do colegiado. Ao interessado ressalva-se o direito de desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a “antecipação” correspondeu ou não ao entendimento “antecipado”; em outras palavras, se merece realmente crédito o “porta-voz”.

Assim sendo – garantido à parte o acesso ao colegiado, por meio de agravo (art. 557, § 1º)¹¹⁷ – é que a inovação legislativa compatibiliza-se com a Constituição Federal, que

¹¹⁶ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹¹⁷ § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

elegeu a colegialidade como forma de julgamentos nos tribunais¹¹⁸. De qualquer modo, essa ampliação dos poderes do relator, se bem utilizada, sinaliza para uma maior previsibilidade do direito.

Ainda na seara recursal, há a regra do art. 518, § 1º, prevendo que o juiz não receberá a apelação se a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ e do STF¹¹⁹. Há quem diga tratar-se “de mais um dispositivo que decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula da sua jurisprudência predominante” (DIDIER JR, 2010, p. 129).

Embora sem dados estatísticos, como sói acontecer¹²⁰, parece autorizado intuir que esse dispositivo não alcançou o objetivo perseguido. E por um motivo simples: é difícil imaginar uma sentença que contenha somente um capítulo condenatório ou que, contendo vários – como costuma ocorrer – todos eles sejam objeto de súmula do STJ ou do STF. Com isso, raras são as hipóteses em que o § 1º do art. 518 se mostra aplicável¹²¹.

Finalmente, na seara da recorribilidade extraordinária, há duas grandes inovações que merecem nota: a repercussão geral no recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º¹²²) e o julgamento de recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C¹²³). Constituem, ambas,

¹¹⁸ Assim já decidiu o STJ (AgRg no REsp 1045402/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 16/10/2012) e também o STF (RE 599285 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 24-04-2013 PUBLIC 25-04-2013).

¹¹⁹ § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁰ Barbosa Moreira (2005, p. 28), fala desse “único terreno em que costuma manifestar-se, no Brasil, aquilo que um autor arguto [Russel Hardin] designou como *‘the political tradition of making empirical arguments without empirical support’*”.

¹²¹ Araken de Assis (2007, p. 445) assim tratou do tema: “A disposição criou fato impeditivo à admissibilidade da apelação na consideração dos fundamentos do ato decisório. Impõe-se, doravante, ao órgão *a quo*, antes de receber o apelo, cotejar a fundamentação da sentença e as alegações contidas no ato de recorrer. Verificando, nesta tarefa, restringir-se a controvérsia a alguma questão de direito objeto de verbete da súmula de jurisprudência dominante do STJ e do STF, cabe-lhe negar seguimento ao apelo. Só nesta hipótese restrita, como se defendeu alhures (*retro*, 30.2.4), aplica-se o dispositivo, pois a presença de outras questões de fato ou de direito estranhas à incidência do verbete, embora objeto de jurisprudência dominante, desautoriza a negativa de seguimento da apelação”.

¹²² § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹²³ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

mecanismo de objetivação das decisões proferidas nos recursos Especial e Extraordinário, com importantes efeitos para os casos futuros.

A Repercussão Geral foi instituída no Brasil pela Emenda Constitucional 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.418/06, que incluiu no CPC o art. 543-A¹²⁴. A novidade, a rigor, não inova tanto: constitui o ressurgimento, embora com nova roupagem, da antiga “arguição de relevância”, prevista na Constituição Federal de 1967.

Calmon de Passos (1977, p. 13) após preciso diagnóstico da crise por que passava o STF nas décadas de cinquenta a setenta e referências às tentativas de solução, chega àquela

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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**. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

¹²⁴ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

que chamou de “quarta tentativa, a mais rica em consequências práticas”¹²⁵, introduzida pela EC 01/69: a inclusão do parágrafo único no artigo 119 da Constituição, que definia as competências do Supremo Tribunal Federal. Por meio dele o próprio STF foi autorizado a decidir que causas julgaria, considerando alguns critérios, pouco objetivos e, ademais, em julgamento secreto. Daí a crítica de Calmon de Passos (1977, p. 13):

O dispositivo constitucional permitiu ao Supremo a definição das causas excluídas da incidência do recurso extraordinário, considerando sua natureza, espécie ou valor, sem qualquer limitação expressa. A dose de arbítrio, por conseguinte, foi excessiva, máxime se considerarmos que o Supremo será o único juiz de seus próprios critérios, nenhum outro Poder existindo capaz de apreciá-los ou revê-los, exceto emenda constitucional modificadora do parág. único do art. 119.

A Emenda Constitucional 07/77 ratificou essa abertura ao arbítrio, substituindo a expressão “espécie”, por “relevância” da questão federal. Eis, então, a elevação constitucional da arguição de relevância (que antes fora prevista no Regimento Interno do STF)¹²⁶, cuja decisão, sem fundamentação e secreta era, à época, já inaceitável¹²⁷.

Vê-se, portanto, que a atual repercussão geral – embora guiada pelo mesmo espírito – apresenta-se em novas vestes, agora compatíveis com o dever fundamental de publicidade e fundamentação dos atos jurisdicionais. Não cabem aqui maiores reflexões acerca do tema, que é dos mais polêmicos e relevantes da atualidade. Impõe-se, apenas, uma consideração final quanto ao seu papel de uniformização de jurisprudência e, segundo alguns, de “gerar jurisdição de melhor qualidade” (WAMBIER, 2008, p. 291).

¹²⁵ As três primeiras tentativas, referidas por Calmon de Passos (1977, p. 12/13) foram: i) a permissão da triagem (juízo de admissibilidade) dos recursos extraordinários pelas instâncias locais, os Tribunais de Justiça, introduzida pela L. 3.396/58; ii) a organização da súmula de jurisprudência predominante do STF, aprovada em 1963; iii) a autorização dada aos ministros relatores, por emenda ao regimento interno do STF, em 1965, para convocar as partes litigantes em Recurso Extraordinário que estivesse pendente de julgamento há dez anos ou mais naquela Corte.

¹²⁶ A Emenda Constitucional 01/69 permitiu que o STF definisse requisitos de admissibilidade ao Recurso Extraordinário. Exercitando esse poder constitucionalmente outorgado, a Corte incluiu a “arguição de relevância” por meio de emenda ao Regimento Interno, que somente pela EC 07/77 foi alçada à norma constitucional. Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 174) assim trata da questão: “A EC 01/69 viria permitir que, no caso do RE tirado ao argumento de contrariedade à CF, negativa de vigência de tratado/lei federal ou ainda divergência na interpretação de lei federal (alíneas *a* e *d* do art. 119, III), pudesse o Pretório Excelso indicar em seu Regimento as causas de que conheceria, atentando “à sua natureza, espécie ou valor pecuniário” (parágrafo único do art. 119). Por conta disso, o STF elencou, primeiro por um critério de *exclusão* (art. 308, *caput*, do RISTF, cf. ER 3/75), e depois por um critério de *inclusão* (art. 308, *caput*, do RISTF, cf. ER 2/85), os casos que desafiavam recurso extraordinário (incisos I a X), inserindo, no único XI, a *arguição de relevância*”.

¹²⁷ Barbosa Moreira (*Apud*, Calmon de Passos, 1977, p. 18) afirmou que esse julgamento sem fundamentação “de modo algum prestigia o Supremo Tribunal Federal”. Calmon de Passos, criticando o otimismo de alguns e indo além da afirmação de Barbosa Moreira, asseverou que “a deliberação sobre a relevância da questão federal mediante julgamento não motivado, é mais que um comportamento do STF que lhe reduz o prestígio, é, afirmamo-lo, comportamento violador de garantia constitucional, por conseguinte, comportamento ilegítimo e injustificável”.

Conforme se observa do art. 543-B do CPC, também inserido pela Lei 11.418/06, os tribunais de segundo grau, deparando-se com um grande número de recursos com fundamento em igual controvérsia, poderão selecionar um ou alguns recursos representativos, para que o STF os examine – inclusive, e obviamente, quanto à existência de repercussão geral – suspendendo-se os demais feitos. Se o STF decidir pela inexistência de repercussão geral, todos os recursos cuja tramitação fora suspensa “considerar-se-ão automaticamente não admitidos” (art. 543-B, § 2º, CPC); se decidir o mérito do recurso, abrem-se duas opções ao Tribunal *a quo*: i) retrata-se, revendo a decisão recorrida para adequá-la ao decidido pelo STF; ii) mantém a decisão, nos termos em que proferida, e encaminha o recurso ao STF¹²⁸.

É manifesto, portanto, que a sistemática adotada pelo legislador busca valorizar as decisões proferidas pelo STF, ainda que não seja, sobre o tema específico, editada uma súmula vinculante. O mesmo espírito parece ter iluminado a sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos, instituída pela Lei 11.672/08.

Prevê o art. 543-C do CPC que quando houver multiplicidade de recurso com fundamento em “idêntica questão de direito” 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”.

Há divergências relevantes e muitas semelhanças entre os recursos extraordinários com “idêntica controvérsia” (543-B, CPC) e os recursos especiais com “idêntica questão de direito” (543-C, CPC)¹²⁹. Para os fins deste trabalho, importa especialmente o papel persuasivo da decisão, em ambos os casos.

Como já registrado, o 543-B, precisamente no § 3º, autoriza os tribunais *a quo* o exercício da retratação, para adequar a decisão proferida ao entendimento firmado pelo STF no recurso extraordinário “representativo da controvérsia”. No recurso especial, prevê o § 7º do art. 543-C que após a publicação do acórdão do STJ, os recursos sobrestados na corte *a qua* “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”. É por isso que o STJ tem devolvido

¹²⁸ Como registra Teresa Arruda Alvim (2008, p. 306), a segunda hipótese “não pode ser afastada, a não ser que o STF edite súmula vinculante sobre o tema”.

¹²⁹ Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p. 306/310) apresenta qualificada análise acerca das “semelhanças e diferenças entre os arts. 543-B e 543-C do CPC”.

os autos com recurso especial já admitido, mas que não tenha sido escolhido como representativo da controvérsia, com vistas a viabilizar a retratação pela corte de origem¹³⁰.

A sistemática processual adotada e o entendimento doutrinário e jurisprudencial que se consolidou em derredor do tema tornam lícito concluir que a técnica de pinçamento ou de julgamento por amostragem introduzida no âmbito dos recursos extraordinários *lato sensu* constitui mecanismo de valorização dos precedentes dos tribunais de superposição, em busca de uniformidade, qualidade da jurisdição e redução do número de recursos que chegam à instância extraordinária. Daí a assertiva, ratificada por alguns, mas não sem críticas, de que se estaria diante de uma “aproximação das jurisdições” ou dos sistemas do *common law* com o *civil law*, especialmente o direito brasileiro¹³¹.

¹³⁰ Ilustrativamente, observe-se o AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 201.560 – PE, Rel. Min. Humberto Martins, j. 07.03.2013, de cujo teor colhe-se o seguinte: “Além disso, em razão das modificações inseridas no Código de Processo Civil pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008 (que incluíram os arts. 543-B e 543-C, respectivamente), não há óbice para que o Relator, levando em consideração razões de economia processual, aprecie o recurso especial apenas quando exaurida a competência das instâncias ordinárias. Nesse contexto, se há nos autos recurso extraordinário sobrestado em razão do reconhecimento de repercussão geral no âmbito do STF e/ou recurso especial cuja questão central esteja pendente de julgamento em recurso representativo da controvérsia no âmbito desta Corte (caso dos autos), é possível ao Relator determinar que o recurso especial seja apreciado apenas após exercido o juízo de retratação ou declarado prejudicado o recurso extraordinário, na forma do art. 543-B, § 3º, do CPC, e/ou após cumprido o disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC. É oportuno registrar que providência similar é adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal”.

¹³¹ É, por exemplo, a posição de Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 41), que defende a adoção do que chama de um sistema de precedentes no Brasil: “A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*”.

5 O Projeto do Novo Código de Processo Civil

5.1 Justifica-se um novo Código de Processo Civil?

A codificação sempre promoveu polêmicas. O ideal da codificação como mecanismo de unificação do direito, um sistema fechado e livre de lacunas, impulsionou os juristas do século XIX, conhecido como a “era das codificações”. Foi nesse contexto que vieram a lume o Código Civil Francês, em 1804 e o Código Civil Alemão, em 1896, marcos desse período histórico.

O século XIX foi o século das grandes codificações. Os modelos implantados nesta época, denominados códigos oitocentistas, eram rígidos, fechados, estáticos e totalizantes. Constituíram-se de sistemas impermeáveis às modificações econômicas e sociais que eram resultado do positivismo neutralizante, liberal-individualista e do racionalismo que reinavam na época (ALMEIDA, 2007).

A codificação, como todo construir humano, é “uma operação política” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 171). A codificação, como registra Judith Martins-Costa (1999, p. 176), embora fosse um ideal antigo, somente se tornou possível com a Revolução Francesa, que, “tradutora das concepções forjadas nos séculos precedentes”, “aboliu a sociedade particularista do Ancien Régime”. Código, então, passou a ser visto, modernamente, como

um peculiar tipo de norma, aquela postulada pelo jusracionalismo: lei autofundante, lei estatuinte do ordenamento, norma como caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma determinada matéria jurídica e, partindo de um sujeito unitário, cobrir o ordenamento por inteiro sem detrimento de sua própria articulação interna (MARTINS-COSTA, 1999, p. 176).

É certo que os grandes marcos da codificação foram códigos civis – de direito material, portanto. O ideal da codificação, contudo, foi mais longe, alcançou também outras searas do direito, que sofreram os influxos dos mesmos dogmas. A prova disso é que a doutrina se refere aos “códigos napoleônicos”, incluindo nesse gênero os códigos de processo (1806), de comércio (1807), de instrução criminal (1808) e penal (1809)¹³².

Esse movimento de codificação espalhou-se pelo mundo, por meio das chamadas “codificações tardias”, nas quais se incluem o Código Civil Suíço de 1907, o grego de 1940, o italiano de 1942 e o português de 1966. O Brasil teve seu primeiro código em 1916, o Código Civil, pelo trabalho de Clóvis Beviláqua. Em seguida, tivemos o Código de Processo Civil de

¹³² A referência é de Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 10), citando Javier Parício.

1939, os códigos Penal e de Processo Penal de 1940 e 1941, respectivamente, o atual Código de Processo Civil de 1973 e, mais recentemente, o novo Código Civil, de 2002.

É certo que essa codificação “tardia” e, mais especificamente, os códigos mais recentes são marcados por outra concepção de direito. O ideal clássico da codificação foi superado e as obras recentes seguem um modelo de codificação “móvel” ou “flexível”, repleto de cláusulas gerais¹³³ e de conceitos legais indeterminados¹³⁴, elementos inaceitáveis no modelo clássico de código que, dentre outros desideratos, buscava justamente eliminar qualquer atividade criativa do aplicador do direito.

A complexidade da sociedade contemporânea colocou em xeque a validade das codificações. Ganham destaque os chamados “microssistemas” jurídicos ou “código setorizados”. O Brasil possui destaque nessa seara, o que pode ser ilustrado pelo microssistema da tutela coletiva, integrado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e pela Lei de Ação Civil Pública.

Como é sabido, as normas processuais não ficaram imunes à era das codificações. O Código de Processo Civil de 1939 e mesmo o CPC de 1973 são obras vocacionadas à solução de conflitos individuais, o que deixa evidente a influência liberal individualista. Assim, é lícito concluir que não se prestam a definir os mecanismos de tutela coletiva ou mesmo de direito individual homogêneo, especificamente considerado.

Justifica-se, então, a elaboração de um novo código de processo? A resposta parece positiva. É certo que um novo código precisa ser impulsionado por novos valores e, pois, afastar-se dos ideais da codificação clássica, especialmente da pretensão de constituir um sistema fechado e completo de direito. Um novo código precisa, essencialmente, ser capaz de conviver em harmonia com os microssistemas, que carregam, sempre, normas processuais específicas.

Não é razoável apostar em um novo código de processo como um emplastro para todos os problemas jurisdicionais do Brasil. E também não se deve deslocar o foco das atenções para o código e desprezar, por exemplo, a necessidade imperiosa de gestão

¹³³ A cláusula geral é o modelo da não-casuística. Contrapõe-se a ideia de tipicidade normativa. Judith Martins-Costa (1999, p. 298) diz que “às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilidade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, do que o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade. Dotadas de grande abertura semântica, não pretende as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez *que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*”.

¹³⁴ São conceitos que aparecem na formulação de princípios ou de cláusulas gerais. Segundo Teresa Wambier (2008, p. 151), “os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente *identificáveis* no mundo dos fatos”.

profissional da atividade jurisdicional e de controle sobre a produtividade e o comprometimento profissional dos juízes e servidores do Judiciário. Não é disso que se trata.

Por outro lado, há de se reconhecer que um código de processo mostra-se necessário para regular o procedimento comum, a execução, os (ou alguns) procedimentos especiais etc., aplicáveis à maioria dos feitos. É razoável crer na utilidade de se ter uma norma padrão de processo civil, capaz de dotar o sistema de uma regularidade mínima de procedimento, sem, contudo, ostentar a pretensão já superada de constituir um sistema completo e fechado de normas.

As reformas recentes, já analisadas, não afastam a utilidade de um novo código. É certo que elas melhoraram o sistema e que devem ser, em boa medida, preservadas. A codificação não significará a rejeição dos avanços, mas, ao contrário, a consolidação e sistematização deles. Codificar, então, é preciso.

5.2 Principais alterações previstas no Código de Processo

O projeto do novo Código de Processo Civil teve como origem o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato nº 379/2009, do então presidente do Senado Federal, José Sarney. A comissão trabalhou por vários meses, viajou, debateu, ouviu... Ao final, apresentou o anteprojeto que, segundo a comissão, cumpriria o seu desafio de “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”¹³⁵.

Não é viável nem necessária, no presente trabalho, uma análise exaustiva das mudanças propostas no projeto do novo CPC, ora em curso na Câmara dos Deputados e já aprovado no Senado Federal. Basta, aqui, uma breve notícia das principais alterações propostas, como forma de apresentar o projeto e, especialmente, de contextualizar o incidente de resolução de demandas repetitivas, objeto de análise detalhada adiante.

Como é sabido, o projeto do novo CPC foi aprovado no senado federal e remetido à Câmara dos Deputados, conforme prevê o processo legislativo ordinário. Na Câmara, a versão final do relatório do deputado Paulo Teixeira foi apresentada em 09.05.2013¹³⁶.

Já considerando a tramitação atual, então, o projeto do novo Código de Processo está estruturado em cinco livros: i) Da parte geral; ii) Processo de Conhecimento e Cumprimento

¹³⁵ Trecho da apresentação do projeto, firmada pelo presidente da comissão, Min. Luiz Fux.

¹³⁶ O relatório contempla as 900 emendas apresentadas ao Projeto de Lei na Câmara dos Deputados e, ainda, os outros 146 projetos de lei a ele apensados, que já tramitavam na Câmara dos Deputados, tratando de mudanças no CPC.

de Sentença; iii) Do Processo de Execução; iv) Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação às Decisões Judiciais; e v) Das Disposições Finais e Transitórias”. Vê-se, de plano, que foram excluídos os livros que tratavam do processo cautelar (livro III do atual CPC) e dos Procedimentos Especiais (atual livro IV).

No livro I, a principal (e mais polêmica) novidade é a criação da ordem cronológica de julgamentos. Segundo o projeto, os processos deverão ser decididos na ordem em que foram remetidos ao gabinete do julgador e essa informação integrará um banco de dados público, com o objetivo de permitir o acompanhamento das partes. A regra está prevista no art. 12 do projeto, cujo § 2º prevê exceções que mitigam seu rigor, embora ainda pare sobre ela dúvida séria sobre sua utilidade, apesar da manifesta boa intenção.

Propõe-se a criação de um “incidente” para a desconsideração da personalidade jurídica. A ideia é viabilizar o contraditório e estabelecer um procedimento previamente definido que evite a surpresa e o arbítrio no manejo do instituto. Ainda no Livro I foi modificado o regime dos honorários, com duas principais alterações: a criação dos honorários sucumbenciais recursais, que deverão ser fixados para cada sucumbência recursal da parte, não podendo superar 25% do valor da causa; e o estabelecimento de faixa percentual para a condenação da fazenda pública, extinguindo-se a atual “apreciação equitativa do juiz”.

Instituiu-se um tratamento uniforme para as “tutelas de urgência”. A separação entre tutela antecipada (satisfativa) e tutela cautelar (acautelatória) perde importância, tanto que foram extintas as cautelares típicas. A parte que estiver em situação de urgência, deverá demonstrá-la em juízo, bem como a plausibilidade do direito invocado, e pleitear a tutela adequada à espécie¹³⁷. Ademais, fica definitivamente instituída em lei a tutela da evidência, hipótese de antecipação do provimento sem a necessidade de demonstração de urgência ou risco.

O Livro II está organizado em três títulos, um deles destinado aos procedimentos especiais, aos quais, no atual CPC, foi destinado o Livro IV. Daí se percebe que não foram extintos os procedimentos especiais, mas tão somente deslocados para o Livro II, dedicado ao processo de conhecimento. A grande inovação desse livro é a reinstauração da obrigatoriedade da audiência de conciliação, mas agora com a novidade de ser ela a primeira participação do

¹³⁷ No Senado, foi excluída a referência à “tutela antecipada”, o que deve ser modificado na Câmara dos Deputados, conforme se depreende do texto do relatório geral: “O primeiro capítulo trata das disposições gerais referentes à antecipação da tutela. Todo o capítulo cuida da concessão de tutela fundada em cognição sumária. Rigorosamente, tutela antecipada satisfativa ou cautelar. O termo tutela antecipada já está incorporado à tradição jurídica brasileira e não pode ser simplesmente ignorado pelo novo CPC – que não o abandona, mas deixa de mencioná-lo. Daí a mudança terminológica proposta”.

réu no processo, pois somente se frustrada a conciliação é que ele será citado. Além disso, extingue-se o “sistema de incidentes” e a reconvenção¹³⁸, de forma que todas as alegações e pretensões do réu do réu deverão figurar na mesma peça de defesa¹³⁹.

Diversas alterações pontuais no procedimento também foram propostas: i) necessidade de apresentação do rol de testemunhas na inicial, pelo autor, e na defesa, pelo réu, assim como já ocorre no processo penal, após a última reforma (arts. 41 e 396-A do CPP, incluído pela Lei 11.719/08); ii) o dever dos advogados de informar às testemunhas a data da audiência, como substituição à intimação feita pelo juízo; iii) a instituição de prazo de 30 dias para a indicação da data de oitiva pela autoridade com essa prerrogativa, sob pena de fixação pelo juiz; iv) intervalo mínimo entre o horários de audiências (definição da pauta), como forma de evitar longa espera das partes e advogados; v) a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* em todos os graus de jurisdição e em todos os tipos de processo; vi) a distribuição dinâmica do ônus da prova, autorizando o magistrado a (re)distribuir o ônus da prova conforme a aptidão de sua produção¹⁴⁰.

O Livro IV é destinado ao “processo nos tribunais” e aos meios de impugnação às decisões judiciais. As alterações são muitas, mas a que merece maior destaque é a autorização para a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais (art. 882, V, do Projeto de Lei). Assim como já ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/99¹⁴¹, art. 11 da Lei 9.882/99¹⁴²) e na edição de súmulas vinculantes (art. 4º da Lei 11.417/06¹⁴³), poderão os tribunais modular os efeitos de suas decisões.

¹³⁸ Quanto à reconvenção, o substitutivo da Câmara prevê o seu retorno, modificando o texto aprovado no Senado.

¹³⁹ Segundo o projeto, a impugnação ao valor da causa e à justiça gratuita, assim como a arguição de incompetência relativa e de falsidade documental deverão figurar na contestação e serão resolvidas em única decisão, que dará ensejo, obviamente, a um só recurso. O mesmo se diga quanto à reconvenção, que será extinta e substituída pelo pedido contraposto, assim como ocorre no rito sumário e nos Juizados Especiais.

¹⁴⁰ Na Câmara, o texto sofreu alteração, no substitutivo. Optou-se pela manutenção da regra do ônus da prova (distribuição estática), mas com a autorização à modificação pelo juiz, nos casos de prova diabólica ou de maior facilidade de obtenção da prova contrária, e à redistribuição consensual do ônus pelas partes.

¹⁴¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁴² Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁴³ Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

O art. 882 do Projeto é dos mais relevantes e também polêmicos. Inicialmente, estatui que os “tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência” e que, para tanto, observarão que “a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados”. Em seguida, prevê que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Em seu inciso V, prevê a possibilidade de modulação de efeitos “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de casos repetitivos”, no interesse social e no da segurança jurídica. Assim, se aprovado, estará ampliada no Brasil a possibilidade da modulação de efeitos das decisões judiciais.

Outra alteração significativa deu-se nas regras de sustentação oral. Há muito se reconhece ser o agravo de instrumento, especialmente quando desafia decisões que deferem tutela de urgência satisfativa, um dos mais importantes recursos do processo civil, mas que não admitia a sustentação oral. Atento a essa questão, assim resumiu o relator as alterações propostas no projeto:

positivou-se a possibilidade de sustentação oral nas seguintes hipóteses: no recurso de apelação; no recurso especial; no recurso extraordinário; no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso especial ou recurso extraordinário; no agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência; nos embargos de divergência; no recurso ordinário; e na ação rescisória (art. 892);

O projeto também inverte a lógica do efeito suspensivo dos recursos. Atualmente, os recursos – inclusive a apelação – têm efeito suspensivo, salvo se a lei deles o excluir. O novo código, se aprovado, extinguirá o “efeito suspensivo *ope legis*”, devendo a parte que desejar obstar a eficácia da decisão recorrida pleitear o efeito suspensivo diretamente no tribunal, em petição autônoma¹⁴⁴.

O novo código também tratará da “jurisprudência defensiva”. Resolverá a insuperável divergência jurisprudencial existente entre o STJ e o STF quanto ao significado do

¹⁴⁴ O tema assim foi tratado no Relatório Geral da Câmara dos Deputados: “Somente por obra do relator e desde que demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação, é que se poderá suspender a eficácia da decisão, da sentença ou do acórdão. O pedido de efeito suspensivo será dirigido ao tribunal competente para julgar o recurso, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator. Estabelece-se, contudo, que quando se tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, o protocolo da petição impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator (art. 949)”.

prequestionamento para fins de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (conforme súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ). Prevê o projeto que estarão prequestionadas as matérias invocadas pela parte, no momento oportuno, ainda que não providos os embargos de declaração, se o tribunal de superposição entender presente a omissão.

Haveria muito a dizer, ainda, sobre as inovações contidas no projeto do novo CPC. Impõe-se, contudo, comentar “a principal inovação do projeto do novo CPC”¹⁴⁵: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Polêmico, mas também muito elogiado, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui a grande novidade do código e, por isso, será analisados com detalhes adiante, especialmente quanto ao efeito vinculante de suas decisões, conforme previsto no projeto. Dada essa peculiaridade – e para desfazer eventuais equívocos – cumpre, antes, tecer algumas considerações breves sobre o *common law*, justamente para que, com a apreensão conceitual devida, seja possível analisar com a acuidade o “nosso novo incidente”.

6 Considerações sobre o *common law*

6.1 Aspectos históricos

A compreensão da formação do *common law* não prescinde de algumas referências históricas. Disse Radbruch (2010, p.31) que “muitas características do espírito popular inglês têm seu fundamento no fato de que, na Inglaterra, a Modernidade não foi separada da Idade Média por um profundo abismo, como ocorreu no Continente”. E esse aspecto foi relevante para a história do direito inglês, que não sofreu uma ruptura com a chegada do direito romano, tal qual se dera no restante da Europa continental.

Como lembra Cruz e Tucci (2004, p. 150),

Durante muitos séculos, depois do sucumbimento do império romano do ocidente, não havia diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive da Inglaterra, no qual preponderava um sistema de regras não escritas, observado na prática negocial rudimentar e nos tribunais locais.

Com a conquista normanda, essa realidade tribal (direito anglo-saxônico) foi substituída pelo regime feudal e, com isso, o povo inglês passou a construir um direito jurisprudencial, mitigando a incerteza dos costumes tribais. A partir de então, “evolui-se do

¹⁴⁵ Expressão utilizada pelo Relator do projeto na Câmara dos Deputados.

costume, incerto e de difícil aplicabilidade, para o precedente judicial, como revelação do Direito e sua fonte por excelência”. (SOUZA, 2011, p. 36).

É comum encontrar na doutrina a utilização das expressões “tradição jurídica” e “sistema jurídico” como sinônimas. A respeito do tema, lembra Streck (2013, p. 17) que “sistema” é mais restrito a determinado ordenamento jurídico, que reúna dadas características. Já a “tradição”, segundo ele

consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural.

Ensina René Davi (1986, p. 283/284) que a evolução do sistema *common law* pode ser dividida em quatro períodos distintos. O primeiro período é aquele anterior à conquista normanda, ocorrida em 1066. O segundo, vai de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors (1485), período de formação do *common law*, como adiante delineado. O terceiro período é marcado pelo desenvolvimento do sistema da equidade, às vezes complementar, às vezes até rival do *common law*, que vai até 1832. Finalmente, o período atual, a partir de 1832, que foi, ainda segundo o autor, o período em que o *common law* precisou fazer face ao desenvolvimento sem precedentes da lei e às expressivas modificações sociais.

A conquista normanda, como se sabe, é o marco histórico fundamental do *common law*. Antes da chegada de Guilherme, o conquistador, o sistema era regido pelo direito anglo-saxônico, expressão cunhada em referência à existência de tribos¹, embora o povo inglês já se encontrasse, à época, sob a égide de um único soberano (Eduardo, “o confessor”). Somente a partir de 1.066 d. C., portanto, é que o sistema tribal vai desaparecer, para dar lugar ao feudalismo.

O aspecto histórico fundamental é que, “por puro acaso” (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 150), a centralização das fontes de produção do direito na Inglaterra antecedeu aos influxos do direito romano-canônico¹, ao contrário do que ocorreu no restante da Europa continental. Daí que o direito que germinou na região da Britânia fincou-se nos costumes, não sendo direta e relevantemente influenciado pelo direito romano, especialmente porque a Inglaterra já tinha “uma classe de juristas e os primórdios de um direito jurisdicional, quando foi ameaçada pelo Direito Romano” (RADBRUCH, 2010, p. 32).

A conquista normanda não modificou substancialmente esse aspecto, pois o conquistador não tinha tradição de legislar. O direito passou a ser construído pelas decisões judiciais, mais precisamente pelos Tribunais Reais de Justiça, que ficariam conhecidos, posterior e vulgarmente, pelo lugar onde se estabeleceriam como “Tribunais de Westminster”. Não é por acaso, então, que a Magna Carta somente foi editada em 1215, mais de 150 anos depois da conquista normanda.

Há que se registrar, ainda, o surgimento da *equity*. Como já dito, a formação do *common law* coincidiu com o declínio da jurisdição tribal, o que, em muitas situações, deixou desacobertas, à margem da jurisdição, situações concretas da vida. Lembra René David (1986, p. 295) que

A competência restrita das jurisdições reais pudera ser tolerável enquanto existiram, ao lado dos tribunais de *common law*, outras jurisdições hábeis em preceituar quando não se encontrava uma solução na *common law*. O declínio e o desaparecimento destas jurisdições tornavam necessário que se encontrasse um novo corretivo para as influências da *common law*.

A *equity* desenvolveu-se, nesse contexto, como uma forma de viabilizar o julgamento de casos que esbarravam no formalismo procedimental das Cortes Reais de Justiça. Consolidou-se, paulatina e paralelamente, nas Cortes de Chancelaria (*Chancery Courts*) um sistema próprio de precedentes. É o que lembra VIEIRA (2007, p. 146):

Entretanto, com o tempo, o número de casos ouvidos pelas cortes da Equidade aumentou consideravelmente, e, por isso, foi inevitável que se estabelecesse certos procedimentos a serem seguidos pelos litigantes. Além disso, os juízes de Equidade não estavam obrigados pelo formalismo legal, mas não podiam decidir contra as leis estatutárias. Começou-se a produzir relatórios de casos das cortes de Equidade e, conseqüentemente, um sistema de precedentes foi também desenvolvido.

É correto dizer, portanto, que a *equity* surgiu como uma jurisdição complementar à das Cortes Reais, mas que, posteriormente, chegou à rivalidade com ela. Até que, na segunda metade do século XIX, por meio dos *Judicature Acts*, a equidade fundiu-se com o *common law*, o que levou ao reconhecimento de que, na atualidade, a *equity* constitui “simplesmente um termo usado para designar uma parte do Direito dos Casos dentro da Common Law”. (VIEIRA, 2007, p. 143).

Finalmente, importa perquirir o exato sentido da expressão *common law*. Como lembra PORTO (2005, p. 762), é comum a utilização das expressões direito inglês, direito anglo-saxão ou, ainda, direito da Grã-Bretanha como sinônimas de *common law*, o que configura, segundo o autor, um grave erro. Talvez esse equívoco decorra da importância que o

direito inglês assumiu, historicamente, o que lhe deu proeminência na família do *common law*.

Apesar das já citadas divergências – ou, mais propriamente, da confusão terminológica – *common law*, ou *comune ley*, “é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (DAVID, 1986, p. 286). O direito surgido e aplicável além das tribos, para além, pois, do direito anglo-saxão, como obra dos Tribunais Reais de Justiça, é o *common law*.

Há, contudo, mais de um sentido para a expressão. Segundo Sesma (*apud*, SOUZA, 2011, p. 39), *common law* tem ao menos quatro sentidos.

O primeiro significado é de contraposição à tradição *civil law*. Como é cediço, o direito brasileiro e da Europa continental filiam-se à tradição romano-germânica, que se contrapõe, em termos de formação histórica e mesmo de sistema jurídico, à *common law*¹⁴⁶. Assim, atribui-se a esta expressão o sentido de sistema contraposto ao *civil law*.

Um segundo sentido, “por *common law*, pode entender-se o elemento casuístico do Direito anglo-americano (*case law*) constituído pelos precedentes judiciais, ou seja, a jurisprudência dos tribunais anglo-americanos”. (SOUZA, 2011, p. 39). É a prática do direito através dos *cases*, o que configura um direito escrito, mas não pelo legislador – constituição, leis, decretos etc. – mas pela jurisprudência.

Common law, num terceiro significado, pode ser visto como o direito emanado dos tribunais do *common law*, da Inglaterra e dos Estados Unidos, em contraposição ao direito criado pelas *courts of equity*, acima referidas. Atribui-se, portanto, à expressão *common law* o sentido de um sistema de prestação jurisdicional também surgido na Inglaterra e que, para alguns, configurava inclusive um “sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*”. (PORTO, 2005, p. 762).

Finalmente, em um quarto e último sentido, *common law* é utilizado para referir-se ao antigo direito da Inglaterra e mesmo dos Estados Unidos, em contraposição ao atual direito desses países.

6.2 Precedentes: conceito e natureza jurídica

Apesar de “precedente” ser um termo utilizado cada vez com maior frequência e importância no direito brasileiro, constata-se certa confusão conceitual em seu derredor. E o mesmo se diga do termo jurisprudência, coisa diversa.

¹⁴⁶ A temática da suposta “aproximação” entre os sistemas será adiante abordada.

Precedente pode ser definido como “uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras” (ROSAS, 2011, p. 218)¹⁴⁷. Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 41), citando Henry Campbell Black, define-o como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”¹⁴⁸. Neil Duxbury (2008, p. 1), define precedente como “um evento passado – no direito o evento é quase sempre uma decisão – que serve como um guia para uma ação presente”. Aduz, em seguida, que nem todo evento passado constitui um precedente, pois muitas coisas que fizemos no passado desvanecem-se na insignificância e, por isso, não servem de referência para o presente¹⁴⁹.

Dos conceitos acima citados e daquilo que se encontra na doutrina em geral, extrai-se que o precedente é uma decisão judicial anterior cujos fundamentos (razões de decidir) serão relevantes para casos futuros. Embora precedente judicial seja algo existente em todos os sistemas jurídicos, cada ordenamento – ou sistema jurídico – lhe atribui função e efeitos diferenciados, o que será objeto de estudo adiante, quando analisado o princípio do *stare decisis*.

Definido o conceito de precedente, importa agora analisar sua natureza jurídica. Em outras palavras, importa tratar de um tema altamente controvertido e absolutamente relevante quanto ao precedente: sua natureza declaratória ou constitutiva/criativa do direito.

A primeira corrente defende ser o precedente judicial necessariamente declaratório de um direito pré-existente. O direito contido e aplicado no precedente, portanto, nada mais é do que o direito anteriormente existente, seja previsto em textos normativos escritos – constituição, leis, decretos, regulamentos etc. – seja costumeiro, devidamente reconhecido naquele sistema jurídico. Essa segunda corrente nega, portanto, o papel criativo da jurisdição.

Conforme registra a doutrina, não é possível precisar a origem exata da teoria declarativa.

Apesar de ser imprecisa a origem exata da teoria declarativa, sabe-se que sua primeira formulação conhecida foi feita por Hale. Entretanto, sua formulação clássica é encontrada no não menos clássico **Comentaries on the law of England**

¹⁴⁷ Essa definição, que ressalta o caráter persuasivo do precedente, manifestamente considera o nosso sistema jurídico, onde ainda não se conhece nenhum precedente vinculante, embora – em processos objetivos – a CF atribua efeito vinculante às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁴⁸ Na redação original, citada pelo autor: “an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law”. In **Black’s law dictionary**. 6ª ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990, p. 1.176).

¹⁴⁹ No original: “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all”.

de Blackstone. Na citada obra, ao responder a questão de como se conhece ou se prova que determinada norma possui, por seu uso imemorial e universal, validade e força de lei, afirmou o autor que os juizes “são depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir em conformidade com o Direito do país”. (SOUZA, 2011, p. 42).

A teoria declarativa fia-se em excelentes argumentos e tem, ao seu lado, ilustres doutrinadores. Arruda Alvim (1995, p. 289), por exemplo, afirma categoricamente que o juiz, “mesmo no caso de lacunas da lei, será sempre um explicitador do sistema”, um aplicador do direito existente. Diz o autor que

nos casos de aplicação analógica de um dispositivo legal ou dos princípios gerais do direito, em que, lacunosa a lei, mas não lacunoso o sistema, que é, por definição, pleno (a plenitude lógica do ordenamento jurídico) há o juiz de explicitar, dentro do sistema, a maneira e a forma, mediante a qual dever-se-á solucionar o caso concreto. No entanto, o trabalho do juiz, ao invés de se basear numa lei, identificada à luz dos fatos jurídicos que lhe foram trazidos, constituir-se-á, diante da lacunosidade da lei, o de buscar no sistema qual o meio mediante o qual se constata que o sistema é íntegro.

Reis Friede (2010, p. 2) é firme na defesa do que chama de aprisionamento “à absoluta servidão da lei”. Afirma o professor da Faculdade Nacional de Direito e desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que

Esta é exatamente a *prisão* e a conseqüente *servidão* a que estão vinculados todos os Membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiros), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de, - ao dizer o direito a ser aplicado -, realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como *Justo* ou, em termos mais amplos, como *Justiça*.

O mais relevante dos argumentos favoráveis à teoria declarativa, sem dúvida, tem sede constitucional. Reside nas supostas ausências de legitimidade democrática na atividade de criação do direito pelo juiz e violação à separação de poderes. Não é por acaso que há notáveis autores da tradição *civil law*, mas com vivência e experiência no *common law*, desconfiados dessa hipertrofia das cortes nas democracias contemporâneas¹⁵⁰.

Já a teoria constitutiva segue linha oposta: reconhece o papel criativo da jurisdição (*judge make law*). É ela que prevalece no direito contemporâneo, especialmente nos Estados Unidos e no Brasil. Autores como Cappelletti (1993, p. 21) afirmam categoricamente que não mais se discute se o juiz cria direito, mas apenas quais os limites democráticos a tal atividade. No Brasil, é de Barbosa Moreira (2001, p. 259/260) que se colhe lição na mesma trilha:

¹⁵⁰ É o caso, por exemplo, de Jeremy Waldron (2003, p. 5), citado na terceira parte deste trabalho.

Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha, também aí uma função criadora, é coisa de que ninguém mais duvida. O juiz simples “boca da lei”, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa; não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções.

Mônica Sifuentes (2005, p. 122), embasada em respeitada doutrina (de Couture a Michele Taruffo), afirma estar superada a discussão, na teoria do direito contemporâneo. Diz a autora:

Que o juiz disponha de “poder criativo” no exercício da sua função decisória é, hoje em dia, uma afirmação geralmente reconhecida como verdadeira e refletida em uma quantidade de material escrito sobre interpretação do direito. Trata-se, portanto, de uma premissa que pode ser assumida, sem necessidade de justificativa particular ou discussão, como ponto de partida para outras considerações.

Por ora, quanto ao ponto, isso basta. Adiante, por ocasião das reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e, mais especificamente, sobre os limites democráticos de um julgamento padrão (processo modelo), o tema receberá novas reflexões. A premissa de trabalho, pois, é a de que a natureza criativa da jurisdição constitui uma realidade inegável, mas também perigosa.

Sesma (1995, p. 28-29, *Apud* SOUZA, 2011, p. 75) registra que a teoria declarativa sofreu severas críticas. A principal dessas críticas é bastante conhecida e está muito em evidência: consiste na sua suposta ingenuidade, quando afirma que o juiz somente aplica um direito que sempre existiu. Some-se a isso a acérrima crítica do realismo jurídico norte-americano, ilustrada aqui pela obra de Jerome Frank, autor de larga experiência de vida (foi juiz, advogado, funcionário público de alta patente, conselheiro etc.). Afirmou Frank (1991, p. 25) que é moralmente irresponsável aquele que tem consciência de dado problema e trata de ocultá-lo, porque tal omissão favorece um *estado de ânimo* condescendente com o problema.

Esse debate está em evidência no direito comparado. Bobbio (1999, p. 41) já dizia que “a subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”. Mais recentemente, H. L. A. Hart sustentou o papel criativo da jurisdição, reconhecendo expressamente o *judge make law*, enquanto Dworkin, tecendo severas críticas ao “poder discricionário” reconhecido pelo positivismo jurídico aos juízes, defendeu a ideia

da única resposta correta, mesmo para os *hard cases*.¹⁵¹. Apesar da conclusão diferenciada, Dworkin também reconhece que o juiz cria direito:

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um direito novo, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. (DWORKIN, 2002, p. 128/129).

Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 45) lembra que “mesmo na conservadora Inglaterra, na sua mais alta corte de justiça, a *House of Lords*¹⁵², tem sido afirmado o *judge*

¹⁵¹ Aprofundar nesse debate não é aqui necessário, dada a proposta de trabalho. Ilustrativamente, convém transcrever trecho do pós-escrito de Hart (1994, p. 335/336), no qual, ao introduzir sua resposta às críticas de Dworkin ao “poder discricionário judicial” por ele reconhecido, assim situou a controvérsia: “O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* [*discretion*, no original] e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. (...) Essa imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá da sua própria concepção ‘interpretativa’ do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão”.

¹⁵² É importante registrar que o sistema jurisdicional inglês sofreu importantíssima modificação em 2009, ainda não contemplada na maioria da doutrina disponível sobre o tema ora abordado. A *House of Lords* não tem mais atuação jurisdicional, transferida que foi para a recém criada Suprema Corte do Reino Unido, como decorrência da reforma constitucional de 2005. Sobre o ponto, esclarece Neil Andrews (2011, p. 165/166): “Indubitavelmente, o mais significativo impacto do regime de Direitos Humanos Europeu no direito inglês, foi a criação da Suprema Corte do Reino Unido, que teve como objetivo que se assegurasse a completa separação das funções do Poder, ou seja, o Legislativo e o Judiciário, não podendo mais, com isso, o *Lord Chacellor* (Ministro da Justiça) agir como membro do Judiciário. (...). Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 1º de outubro de 2009 e tudo se passou como descrito a seguir. Em 12 de junho de 2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte

make law. Com moderação, é verdade, em razão do argumento frequentemente usado, conhecido como *leave it to Parliament*¹⁵³. E cita trecho do caso *R v Clegg* (1995), nos seguintes termos:

Eu não sou contrário a que juízes desenvolvam o Direito, ou mesmo criem novo Direito, no caso de eles poderem ver seu caminho claramente, mesmo quando questões de política social estejam envolvidas. Um bom exemplo recente seria a confirmação por esta **House** de decisão da **Court of Appeal (Criminal Division)** de que um homem pode ser culpado de estuprar sua esposa (**R v R – (rape: marital exemption)** [1991] 4 ALL ER 481, [1992] 1 AC 599; affg [1991] 2 ALL ER 257, [1991] 2 WRL 1.065). Mas, no caso presente, eu não tenho dúvida do que Vossas Excelências devem abster-se de criar Direito. A mudança do que deveria ser, de outro modo, homicídio para homicídio culposo, numa classe particular de casos, parece a mim essencialmente uma questão para decisão do Legislativo, e não para esta **House** em sua função judicial. Por isso, o ponto de discussão é, na verdade, parte de uma discussão mais ampla: se a prisão perpétua obrigatória por assassinato deve ainda ser mantida. Essa questão mais ampla somente pode ser decidida pelo Parlamento. Eu diria o mesmo para o ponto em discussão neste caso. Dessa maneira, eu responderia à questão de direito como se segue: nos fatos estabelecidos e assumindo que nenhuma outra defesa está disponível, o soldado ou policial será culpado de homicídio doloso, e não de homicídio culposo. Disso resulta que a apelação deve ser improvida.

As considerações acima citadas demonstram que, segundo a teoria constitutiva, a atividade criativa da jurisdição é perfeitamente possível. Aliás, é inegável. O que se discute – e isso ratifica a atualidade da reflexão de Cappelletti – é quais os limites a essa atividade, em que situações ela é desejada ou deve ser evitada e, principalmente, quais os condicionamentos democráticos que deve receber. E isso será adiante analisado com maior vagar.

6.3 *Stare decisis e overruling*

O princípio do *stare decisis*, expressão extraída do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), tem sido objeto de confusão na doutrina brasileira¹⁵³. Por vezes, utiliza-se a expressão *stare decisis* como sinônimo de *common law*, o que constitui uma impropriedade manifesta.

Common Law, precedente e *stare decisis* são coisas distintas, embora intrinsecamente relacionadas. Nas considerações históricas acima apresentadas ficou

jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28 de julho de 2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez. A principal razão para a extinção da parte jurisdicional da *House of Lords* foi a necessidade que se percebeu no sentido de desmontar a tríplice responsabilidade do *Lord Chancellor*, a assim chamada *universal joint* da Constituição britânica. Esta tríplice responsabilidade consistia em que o *Lord Chancellor* integrava o Poder Executivo, falava pela *House of Lords* (sendo, portanto, também legislador) e podia julgar recursos encaminhados à *House of Lords* ou ao *Privy Council*¹⁵³.

¹⁵³ É o que lembra Lênio Streck (2013, p. 36-37).

delineada a tradição jurídica do *common law* e no item antecedente foram apresentados o conceito e a natureza do precedente. Agora, impõe-se a análise do princípio do *stare decisis*.

Cruz e Tucci anota com propriedade que a natureza vinculante do precedente constituiu uma etapa posterior à formação do *common law* inglesa. Assim, ressalta que os *Law Reports*¹⁵⁴ não ostentavam qualquer aspecto de vinculação:

Aduza-se, por oportuno, que até o século XVIII os mencionados *Law Reports* eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial.

Partindo desse pressuposto, afirmava Balckstone que a antiga regra de julgar com base no *precedente* paradigma poderia sofrer exceção quando a anterior decisão fosse contrária à razão ou, ainda, com maior evidência, contrária à lei divina. “Mas, mesmo nestas hipóteses – continuava – o “precedente não deve ser seguido, ainda que os juízes subseqüentes não pretendam criar direito, mas reproduzir o velho, conquanto errado.

(...)

É então a partir das primeiras décadas do século XIX que vem reconhecida a eficácia vinculante do *precedente judicial*. (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 157/158).

É exatamente no mesmo sentido a doutrina de René David:

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. (DAVID, 1998, p. 341).

Irretocáveis as palavras de Cruz e Tucci e René David. De fato, a tradição jurídica do *common law*, cujas raízes já foram aqui sucintamente abordadas, não deve ser confundida com o princípio do *stare decisis*, como se a ele se resumisse aquele sistema jurídico. E isso resta absolutamente evidente quando se percebe que somente a partir de 1861 (*case Beamish v. Beamish*), é que a *House of Lords* definiu que estaria obrigada a respeitar a autoridade de seus próprios julgamentos. Na ocasião, ficou assentado que “o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do

¹⁵⁴ *Law Reports* eram os “Relatórios de Casos” julgados pelas cortes inglesas, que buscavam reproduzir o teor das decisões e dos argumentos utilizados pelos advogados, como forma de constituir um referencial escrito para os casos futuros. Essas “anotações” dos julgamentos surgiram, inicialmente, por meio dos Livros do Ano (*The Year Books*), “como simples anotações de estudantes e iniciantes da carreira jurídica, para serem usados pelos advogados como ‘guias de processo e procedimento’”. (VIEIRA, 2007, p. 113). Posteriormente, vieram os “Relatórios Particulares”, que reproduziam o inteiro teor dos julgamentos. Somente em 1865, também segundo Vieira (2007, p. 117) é que surgiu o sistema semi-oficial de casos.

reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legisferar com autônoma autoridade”.

Esse entendimento foi consolidado no caso *London Street Tramways Ltd v. London Couty Council* [1898] AC 375 (SOUZA, 2011, p. 62-63), de cujo teor extrai-se:

É claro que eu não nego que casos especificamente difíceis possam surgir, e que possa haver uma corrente de opinião declarando que determinado julgamento foi errado. Mas o que é esta interferência ocasional, talvez uma justiça abstrata, se comparada com a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de submeter-se cada questão à nova discussão, e os negócios das pessoas tornados incertos por motivo de decisões diferentes, de forma que, na verdade e de fato, não haveria uma verdadeira corte final de apelação? Meus Lordes, **interest rei publicae** (i. e. é de interesse público) que deva haver **finis litium** (i.e. um fim para o litígio em algum momento, e poderia não haver **finis litium** se fosse possível sugerir, em cada caso, que ele poderia ser novamente discutido porque não é ‘um caso ordinário’, seja lá o que isso possa significar. Nestas circunstâncias, eu estou entre aqueles que não devem permitir que esta questão seja rediscutida.

O entendimento firmado no *case Beamish v. Beamish*, diversas vezes reafirmado, prevaleceu incólume até o ano de 1966, por mais de um século, portanto. Foi somente em 26 de julho de 1966 que a *House of Lords* decidiu pela possibilidade da revisão de uma orientação definida no passado. Na ocasião, assim se manifestou o *Chancellor Lord Gardner*:

Os *Law Lords* consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação a casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os *Law Lords*, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. A despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno. (Cruz e Tucci, 2004, p. 159).

Suas excelências consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporcionou pelo menos algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais.

Suas excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõem, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastarem-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a se fazer.

Nesse sentido, eles levaram em conta o perigo de se perturbar retrospectivamente a base em que contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscais foram entabulados, e, também, a necessidade especial de certeza em relação ao Direito Criminal.

Este anúncio não teve intenção de afetar o uso do precedente em outro lugar que não nesta Casa. (SOUZA, 2011, p. 63).

Veja-se que a *House of Lords* não decidiu, no julgamento de um caso concreto, modificar um precedente. Na verdade, discutiu e decidiu pela possibilidade de fazê-lo, quando a situação indicasse essa necessidade. Foi o que se chamou de *Practice Statement of Judicial Precedent*. Segundo Cruz e Tucci,

Esse *Practice Statement of Judicial Precedent* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida: o primeiro caso de *overruling* em tais termos é de 1968, seguindo-se-lhe um número insignificante. (2004, p. 159)

No mesmo sentido, lembra Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 65) que “a simples existência do *Practice Statement*, outorgando à *House of Lords*, a faculdade de afastar-se de seus precedentes, não implicou o uso corriqueiro dela”. Ao contrário, como ressalta o autor, o uso dessa possibilidade foi feito com parcimônia pela Corte nas décadas que sucederam o *Practice Statement*¹⁵⁵.

Na atualidade, a revisão de precedentes – *overruling* – é algo tranquilamente reconhecido na tradição do *common law*, inclusive nos Estados Unidos¹⁵⁶. Isso não quer dizer, advirta-se de logo, que a modificação é despreocupada com a segurança jurídica ou desprovida de mecanismos de proteção das legítimas expectativas dos jurisdicionados, como será adiante apontado.

O certo é que, na atualidade, o *common law* convive tranquilamente com o sistema de vinculação a precedentes – *bind precedent* – sem que esteja a eles eternamente vinculada. Está superada, pois, a assertiva outrora em voga de que “o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro”¹⁵⁷.

Está-se a tratar, portanto, do *overruling*, que quer dizer, simplesmente, revisão do precedente pela corte. Como se sabe, o precedente pode ser “revogado” por ato normativo típico – *statute law* – ou pela própria corte, hipótese de *overruling*. E aqui uma distinção é

¹⁵⁵ MARINONI (2011, p. 390), fiando-se em Neil MacCormick *et al* (Precedent in the United Kingdom. Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997), afirma que “Nas últimas décadas, a *House of Lords* não revogou mais de um precedente ao ano, embora tenha exercido o poder de *overruling* em casos muito importantes, tanto no âmbito do direito privado quanto no domínio do direito público”.

¹⁵⁶ Registre-se que “a praxe dos tribunais americanos aplica com menor rigidez a regra do *binding precedent*. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores dos Estados, ao longo da história, revêem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados”. (Cruz e Tucci, 2004, p. 167).

¹⁵⁷ A. L. Goodhart, Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication, *Law Quarterly Review*, 50(1934): 61, nt. 25, *apud* Cruz e Tucci, 2004. p. 160.

imprescindível: a revogação do precedente pela corte opera efeitos *ex tunc*, enquanto a revogação legislativa opera efeito *ex nunc*. E esse é mais um fundamento para a parcimônia no uso do *overruling* pela *House of Lords*. Nas palavras de Andréia Costa Vieira (2007, p. 127-128),

Uma das particularidades desse mecanismo de revogação, na Inglaterra, é que ele tem efeito *ex tunc*. Isso quer dizer que, ao ser revogado um precedente, sua não-existência opera retroativamente, como se nunca, de fato, tivesse existido. Por isso, ao lado do fato de criar certeza para a *Common Law*, outras razões para não revogar precedentes são todos os problemas financeiros e contratuais que disso decorreriam. Pode ser até que, em certas circunstâncias, um fato que antes era lícito venha a ser considerado ilícito pelo sistema de revogação. O mesmo não acontece com precedentes que sejam revogados por Estatuto. A revogação por Estatuto, assim como se dá na maior parte dos países da família Romano-Germânica, só opera em efeito *ex nunc*, ou seja, não há retroatividade.

No mesmo sentido é a assertiva de Marinoni (2011, p. 421):

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada – vigente até o momento da decisão revogadora – estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, acieta-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios – cujos processos devem estar em curso. Ou seja, as decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, bem como a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Apesar de correto e pertinente o registro, é importante consignar, desde logo, que o fato de o *overruling* ter natureza *ex tunc* não significa que esse efeito estará sempre presente. Muito ao contrário, a preocupação com a segurança jurídica tem fomentado – para além da parcimônia no uso do *overruling* – o desenvolvimento de técnicas vocacionadas à proteção da confiança da sociedade, em prestígio à segurança jurídica.

Concluindo, é importante registrar que há diferenças entre os efeitos da revogação do precedente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Na Inglaterra, justamente por influência da teoria declarativa do precedente, acima analisada, “que defende a preexistência do Direito à decisão judicial, a revogação de um precedente tem, salvo raríssimas exceções, efeitos retroativos” (SOUZA, 2011, p. 157). Já nos Estados Unidos, onde o realismo jurídico ainda influencia fortemente o direito, o tratamento é diverso.

6.4 *Distinguishing, ratio decidendi, obiter dictum: conceitos fundamentais*

Ainda quanto aos elementos fundamentais do que se convencionou chamar, no Brasil, de *teoria dos precedentes*, é necessário tratar da *ratio decidendi*, do *obiter dictum* e da técnica do *distinguishing*. De nada adianta saber das origens e características do *common law* e do efeito vinculante do precedente judicial, se não estiver clara a sistemática de aplicação e o papel do precedente num dado sistema jurídico.

Já foi aqui dito que, no *common law*, os precedentes vinculam os juízes e cortes (vinculação vertical) e mesmo as cortes superiores (vinculação horizontal), para casos futuros. Mas, o que exatamente vincula? A pergunta é óbvia, mas a resposta nem tanto.

No precedente, o que vincula é a *ratio decidendi*, que não é sinônimo de fundamentação, como açodadamente se pode pensar. É na fundamentação – e não no dispositivo – que se devem buscar as razões da decisão, como lembra Marinoni:

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva. (MARINONI, 2011, p. 221).

Ratio decidendi, portanto, “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 175). Amaury Nunes (2010, p. 124) esclarece o ponto, evidenciando a distinção entre a *ratio decidendi* e os *dicta*:

É lição elementar de direito da *common law* que deve ser considerado como precedente de um caso o princípio de direito ou regra de direito aplicável aos fatos relevantes para decisão com relação à questão ou questões de mérito apresentadas à corte relativamente a dado caso posto em julgamento. As declarações do tribunal que não são necessárias para a decisão naquele caso são *dicta*, são argumentos *obiter dicta*, que não comporão a força vinculante do precedente. Ao revés, as máximas extraídas do julgamento – aquilo que integra, em essência, a *ratio decidendi* – constituirão os *holding* dotados de força vinculante.

A rigor, então, os juízes estão obrigados a seguir a *ratio decidendi* de um dado precedente aplicável ao caso sob julgamento. Ao contrário do que possa parecer, identificar a *ratio* – que pressupõe separá-la dos *dicta* e das questões estritamente de fato – não é tarefa fácil. Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 125/126), identifica, a partir da doutrina americana, cinco definições mais comuns de *ratio decidendi*:

- a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso.

É do próprio autor a constatação, acertada, diga-se, de que nenhuma das definições acima pode ser adotada sem reservas. Importa reconhecer que subjaz a todas elas a ideia de “regra de direito” (*holding*, para os americanos), mas que não prescinde da análise dos fatos.

Há quem entenda insuficiente a definição de *ratio decidendi* como a regra de direito, pura e simplesmente. Eis a reflexão de Streck (2012, p. 43), haurida da doutrina italiana:

A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.

A questão merece temperamentos. Como se sabe, o precedente, numa perspectiva analítica, é integrado: i) pela indicação dos fatos relevantes da causa; ii) pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e iii) pelo juízo decisório (*judgement*). Assim, é evidente que é a dados fatos que se aplica a regra de direito, mas isso não autoriza concluir que os fatos integrem a *ratio decidendi*.

Quanto ao *obiter dictum* (*dicta*, no plural), costuma ser definido pela negativa: é o argumento utilizado pelo julgador, que não integra a *ratio decidendi*. Essa definição pela negativa é cômoda, mas parte de uma premissa que não se sustenta, como já visto: a de que a *ratio decidendi* é sempre facilmente identificada. Daí WAMBIER (2012, p. 49) afirmar que “a simplicidade da definição pela negativa a torna quase imprestável”. (...) Afinal, precisa-se ‘interpretar a decisão’”.

Um aspecto que precisa ser registrado é o de que a identificação da *ratio decidendi* e, portanto, dos *dicta*, é uma tarefa a ser enfrentada nos julgamentos subsequentes, quando se discute a aplicação, ou não, do precedente. Há quem diga, como STRECK (2012, p. 30), que

“os precedentes são ‘feitos’ para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental”.

Parece mesmo correta a assertiva de que o precedente é formado para um caso passado. Isso não significa, contudo, que o julgador do *common law* labore desconsiderando as características de seu sistema jurídico, especialmente o *stare decisis*. Daí ser lícito concluir, como Cruz e Tucci (2004, p. 175), que

a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

Pois bem. A *ratio decidendi* é identificada posteriormente, ao se discutir a aplicação, ou não, do precedente a um caso futuro. É nessa atividade que, abstraindo-se os fatos do caso anterior, identifica-se a regra de direito, separando-a dos *dicta*, para que um novo caso seja decidido, respeitando-se o *stare decisis*.

Há, ainda, a possibilidade de inaplicação do precedente, pela técnica do *distinguishing*. Como se sabe, a natureza vinculante do precedente não implica a sua aplicação automática, numa tarefa mecânica, pelo julgador. E isso nada tem a ver com a revisão do precedente (*overruling*), já analisada.

A técnica do *distinguishing* serve justamente às situações em que um precedente, embora ainda aplicável (não sendo hipótese de *overruling*, portanto), não deve incidir no caso em análise, dada a divergência quanto aos elementos de fato. Sobre essa técnica, diz Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 142) que

Ela nos leva de volta à noção de fatos fundamentais (*material facts*). Em linhas gerais, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos. Consequentemente, o precedente não será seguido.

É certo que o que vincula é a *ratio decidendi*, que é a regra de direito aplicável a um dado fato ou conjunto de fatos. Se, no julgamento posterior, houver divergências relevantes entre os fatos analisados no precedente, não deve o julgador aplicá-lo. É justamente por isso que a aplicação do precedente não é uma tarefa mecânica e não engessa o direito, como outrora se chegou a afirmar.

Um último aspecto, quanto ao *distinguishing*, merece nota. Em essência, o *distinguishing* constitui técnica de aplicação de precedentes – que, quando utilizada

positivamente, implica a sua não aplicação – exclusivamente em decorrência da ausência de similitude fática entre o precedente e o caso posto a julgamento. A doutrina especializada registra, contudo, a existência de casos em que o tribunal empenhou-se em distinguir os fatos do precedente dos fatos do caso em julgamento, como forma de afastar um precedente do qual discorda.

Ou seja, às vezes (não é o comum, pois os tribunais tendem a seguir os precedentes, mesmo aqueles apenas persuasivos), um tribunal se empenha em distinguir os fatos do precedente e os do caso em julgamento, como única forma de afastar esse precedente, que considera injusto e incorreto, e que, de outra forma, estaria obrigado a aplicar (SOUZA, 2011, p. 144/145).

Não é necessário dizer que tal postura – incomum no direito inglês – constitui uma distorção indesejável do sistema, pois, na prática, mitiga a eficácia vinculante de um precedente. E o faz fora dos parâmetros do sistema jurídico, que já contempla o *overruling* como mecanismo de modificação do precedente, com respeito ao seu efeito vinculante.

CAPITULO III – LEGITIMIDADE DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

7 O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo CPC

7.1 Considerações iniciais sobre a tutela coletiva de direitos

O Brasil vive a expectativa de ter, nos próximos meses ou anos, um novo código de processo civil. A atual legislação codificada é de 1973 e foi elaborada sob a influência de Enrico Tullio Liebman e de seus discípulos brasileiros, especialmente do Prof. Alfredo Buzaid. É recorrente a assertiva de que o atual código não mais se mostra apto às exigências da contemporaneidade.

De todas as propostas e novidades contidas no Projeto de Lei 8.046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados e já aprovado no Senado Federal, a que gera maior expectativa dos juristas e julgadores – e também a maior polêmica – é justamente o incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁵⁸. Antes, contudo, de analisar o incidente e de noticiar sua inspiração no direito alemão, convém enfrentar um ponto: a conformação da tutela coletiva de direitos individuais no sistema processual brasileiro.

A ação coletiva, no Brasil, é definida em contraposição à ação individual. Aluísio Mendes (2012, p.27) chama a atenção para um

sentido peculiar, que pode ser encontrado a partir da existência de uma pluralidade de pessoas, que são as titulares dos interesses ou direitos em litígio, substituídas, no processo, pela parte ideológica. O fenômeno está inserido na chamada legitimação extraordinária autônoma e não deve ser confundido com a simples representação, pois, nesta última, o próprio alegado titular do direito material é parte no processo, ensejando, assim, legitimação ordinária.

De fato, não se deve entender a ação coletiva como necessariamente veiculadora de uma pretensão típica de direito coletivo. Como se sabe, há direitos tuteláveis pela via coletiva que não são direitos coletivos *stricto sensu*, mas sim direitos coletivizados apenas para o fim de buscar a prestação jurisdiccional. Sobre o ponto, e o equívoco que comumente dele advém, é preciso Teori Zavascki (2009, p. 32):

Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir *direito coletivo* com *defesa coletiva de direitos*, que trouxe a consequência, a toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo

¹⁵⁸ Inicialmente denominado – em caráter provisório – de *incidente de coletivização*.

tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência.

Pois bem. Que não se incorra em confusão: os direitos individuais homogêneos tuteláveis coletivamente e que serão, em parte, tangenciados pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, não são *direitos coletivos* e, portanto, admitem institutos e procedimentos diferenciados.

Finalmente, apesar da salutar distinção acima pontuada, é importante registrar que no conceito de ações coletivas, no direito brasileiro, incluem-se aquelas que tutelam direitos individuais homogêneos. Nas palavras de Aluísio Mendes (2012, p. 29/30):

Observe-se ainda que o caráter coletivo pode ou não ser da essência do direito tutelado. Na primeira hipótese, a pretensão diz respeito à coletividade ou ao grupo como um todo, sendo a indivisibilidade a sua característica básica. A providência almejada não poderá ser fracionada ou concedida a título individual, reclamando, portanto, solução uniforme.

(...)

No caso dos direitos individuais homogêneos, não se trata, propriamente, da defesa de um direito coletivo, o que, nem por isso, a descaracteriza como ação coletiva, dentro da concepção adotada neste trabalho e que é utilizada na doutrina, na jurisprudência e na legislação brasileira, representando, inclusive, parcela considerável do espectro a ser protegido pela tutela coletiva.

Não há dúvida de que a legislação brasileira prevê expressamente a tutela coletiva de direitos individuais. E há inegáveis vantagens em se tutelar *coletivamente* as pretensões ditas isomórficas¹⁵⁹, que guardam entre si questões comuns de fato ou de direito. Dentre elas, é caminho pisado apontar i) a facilitação do acesso à justiça; ii) a economia processual; iii) o favorecimento da segurança jurídica; iv) o equilíbrio das partes no processo, mesmo quando presente manifesta desigualdade de condições entre elas; v) o efeito pedagógico de eventual condenação abrangente.

Antônio Gidi (2005, p. 25-32), na sua obra sobre as *Class Actions* do direito norte-americano, em perspectiva comparada, elenca com propriedade os objetivos da tutela coletiva, sintetizando-os em três grandes grupos: economia processual, acesso à justiça e aplicação voluntária e autoritativa do direito material. Nas palavras do autor:

O objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais

¹⁵⁹ Expressão usada por Humberto Theodoro, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, *In Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 177, nov. 2009, p. 13.

repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva. [...]. As ações coletivas promovem economia de tempo e de dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o Judiciário e para o réu.

[...]

Um segundo objetivo buscado pelas ações coletivas é o de assegurar o efetivo acesso à justiça de pretensões que, de outra forma, dificilmente poderiam ser tuteladas pelo Judiciário. Com efeito, abundam exemplos no cotidiano em que um grupo de pessoas possui um direito no plano teórico, mas não dispõe de um instrumento prático para efetivamente fazê-lo valer em juízo.

[...]

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado. (corrective justice). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento voluntário do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (deterrence). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento voluntário através da ameaça de realização autoritativa: os acordos coletivos.

Não há como negar tais vantagens. Ademais, o sistema de tutela coletiva no Brasil é visto, internamente, como virtuoso e bem desenvolvido. Por outro lado, há relevante desconfiança sobre a funcionalidade do sistema, aqui ilustrada pela preocupação de Antonio Gidi (2004, p. 27), em outra obra sobre o tema:

A introdução das ações coletivas no Brasil foi de tal importância que teve um profundo impacto na sociedade. Trouxeram consigo o acesso à justiça e compensações às pretensões que antes não eram possíveis em outras vias, assim como um efeito dissuasivo sobre as condutas ilícitas e indesejáveis.

La introducción de las acciones colectivas en Brasil fue de tal importancia que tuvieron un profundo impacto en la sociedad. Trajeron consigo acceso a la justicia y compensaciones a quejas que antes no había sido posible por otras vías, así como un efecto disuasivo sobre las conductas ilegales o indeseables. Sin embargo, no ha tenido ningún impacto negativo significativo en los tribunales.

No obstante, el uso y el éxito a largo plazo de la acción colectiva en Brasil es incierto. Es demasiado pronto para poder determinar si la ley brasileña sobre la acción colectiva sobrevivirá a las esperanzas o se perderá en el formalismo del sistema. A pesar de la ausencia de estudios empíricos en Brasil sobre el procedimiento civil, há habido alguna experiencia que indica una tendencia positiva.

De fato, não há dados empíricos no Brasil que permitam uma afirmação segura acerca da efetividade da tutela coletiva. É possível intuir, pela labuta diária, que as ações coletivas guardam um enorme *deficit* de efetividade, tanto quanto ao reconhecimento do direito, quanto – e talvez principalmente – quanto à efetividade da execução.

Apesar desse contexto, tem-se presente a utilidade da tutela coletiva de direitos individuais. E também não se pretende substituí-la pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, adiante analisado. Ao que parece, o incidente terá utilidade para facilitar a tutela

individual de cada interesse, sem que isso afaste ou mitigue a importância da tutela coletiva. Esse ponto será estudado no tópico seguinte. Por ora, é fundamental ressaltar a atual ausência de um mecanismo capaz de dar efetividade – e previsibilidade, sobretudo – à tutela jurisdicional sobre os litígios de massa.

Não é exagero afirmar, então, que o processo brasileiro foi concebido para responder a litígios individuais, sofreu diversas reformas com foco central na celeridade¹⁶⁰ e já conta com um microsistema de tutela coletiva, mas não dispõe de um instituto capaz de dar vazão às demandas repetitivas, baseadas nas chamadas “pretensões isomórficas”, típicas de uma sociedade de massa.

7.2 A origem do incidente de resolução de demandas repetitivas: o *Musterverfahren* do direito alemão

Conforme já noticiado, projeto do novo código de processo civil traz como grande novidade a criação de um incidente processual destinado a submeter ao tribunal uma controvérsia repetitiva, para que sobre ela seja fixado um entendimento, com efeito vinculante. Trata-se do “incidente de resolução de demandas repetitivas”, previsto nos arts. 930 a 951 do Projeto de lei 8.046/2010.

O citado projeto de lei teve origem no anteprojeto elaborado pela comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 370/09, presidida pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux. O incidente de resolução de demandas repetitivas, segundo constou da apresentação do anteprojeto, inspirou-se no *musterverfahren* do direito alemão¹⁶¹.

Não é o propósito do presente trabalho desenvolver um estudo comparado. As reflexões aqui contidas limitam-se, propositadamente, ao incidente de resolução de demandas repetitivas, como proposto no projeto do novo CPC. Convém, entretanto, apresentar uma breve notícia sobre o *musterverfahren* no direito alemão.

A Alemanha inclui-se dentre os países em que “não existem um sistema ou disposições esparsas sobre os processos coletivos em geral, mas sim leis ou dispositivos setoriais que preveem processos coletivos em matérias determinadas” (GRINOVER, 2008, p.

¹⁶⁰ Já há quem fale na “terceira onda”, consistente na ampliação dos poderes do relator, a exemplo de Athos Gusmão Carneiro, *in* Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339/340, em que cita Ada Pellegrini Grinover, no mesmo sentido.

¹⁶¹ Na apresentação do Anteprojeto, assim se manifestou o então Presidente da Comissão, Min. Luiz Fux: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, 19 o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”.

144). Ainda assim, é da mesma autora o registro de que desde a década de 70 do século passado discute-se a introdução de “remédios coletivos” no sistema processual alemão¹⁶².

Desde os anos 90 o objetivo de estabelecer mecanismos que protejam os consumidores, em típicas situações de que aqui tratamos por *direitos individuais homogêneos* vem se desenvolvendo e impulsionando reformas na legislação alemã. Essa busca foi inegavelmente influenciada pelo modelo de *class actions* dos Estados Unidos, mas não copiado. Talvez por isso a doutrina ainda consigne, como faz Gerhard Walter (2001, p. 372/373), que

As ações coletivas não existem na Alemanha, Suíça e na maioria dos outros países do sistema da civil law. A simples regra é que, em geral, todos têm refutado a uma ação somente levando em consideração sua reivindicação. Ações de intervenção ou típicas para outras pessoas não existem¹⁶³

Mas não há dúvida de que existem, na Alemanha e no restante do mundo, situações similares às vividas no Brasil, capazes de gerar um grande número de pretensões – e, pois, de demandas – que guardam, em essência, a mesma questão a ser dirimida. Gerhard Walter (2001, p. 373) reconhece essa realidade, embora registre que, na realidade alemã e suíça, muitas dessas questões são resolvidas por agências governamentais, fora do Poder Judiciário, portanto.

Apesar disso, registra Ada Grinover (2008, p. 147), que a doutrina alemã mais recente tem “descoberto” as vantagens e oportunidades oferecidas pelo modelo de *class action* dos americanos. E isso porque nos últimos anos diversas demandas têm sido propostas contra empresas alemãs nos Estados Unidos (a exemplo da que envolveu a *Deutsche Telekom*, adiante referida), o que redundou no oferecimento de serviços, por advogados americanos, aos réus alemães. E isso, segundo a autora, levou o legislador alemão a uma reação: “Uma nova lei referente aos principais procedimentos em litígios securitárias foi editada em 2005. (...) Com a adoção deste procedimento, a legislação alemã admitiu pela primeira vez um modelo

¹⁶² No original: “The introduction of collective remedies in German Procedural Law has been discussed since the 1970s. The discussion took mainly place in the context of improving the consumers’ access to justice”. (GRINOVER et al, p. 144).

¹⁶³ No original: class action do not exist in Germany, Switzerland, and most other countries of the civil law system. The simple rule is that, in general, everyone has standing for an action only regarding his or her own claim. Intermediate or representative actions for other persons do not exist.

de processo coletivo para demandas indenizatórias de massa”¹⁶⁴. (GRINOVER *et al*, 2008, p. 147).

O caso mais emblemático dessas demandas de massa foi o que envolveu a *Deutsche Telekom*, a maior empresa de telecomunicações da Alemanha e da União Europeia, surgida com a privatização da *Deutsche Bundespost*, ocorrida em 1995. Parte do capital da empresa permaneceu público, cerca de 15%, enquanto o restante foi parcialmente negociado na bolsa de valores de Frankfurt.

Milhares de investidores adquiriram ações da *Deutsche Telekom*, a elevado preço, de um lote por ela lançado em junho de 2000, por meio do qual a empresa captou mais de 13 bilhões de reais. Em fevereiro de 2001 os investidores foram surpreendidos com uma imensa queda no valor das ações, como decorrência do anúncio, pela empresa, de significativa baixa no valor de seus portfólios.

Com isso, segundo registra Ada Grinover (2008, p. 147) foram propostas mais de duas mil ações, por mais de 14 mil autores, contra a *Deutsche Telekom*, perante o Tribunal de Frankfurt. As audiências foram designadas para datas distantes, a mais de três anos da propositura da ação. “Durante a audiência, o magistrado se posicionou no sentido de que o Tribunal levaria aproximadamente quinze anos para decidir todas as causas em primeira instância, se o legislador não criasse nenhuma nova regra processual para procedimentos concentrados”¹⁶⁵. (GRINOVER, 2008, p. 147).

Diante desse contexto, e mais uma vez provocado pelas demandas da vida – agora as incontáveis pretensões oriundas do mercado de capitais – o legislador alemão precisou agir, criando o *musterverfahren*.

O *musterverfahren* constitui um modelo de julgamento de controvérsias do mercado de capitais que tem como objetivo solucionar causas repetitivas, por meio de processo modelo, fixando a tese jurídica, com efeito vinculante, a ser aplicada àquela controvérsia fática ou jurídica estabelecida em juízo. Trata-se de uma técnica para a definição da solução jurídica aplicável a um grande número de feitos, através de uma *causa piloto* (*musterprozessführung*).

¹⁶⁴ Redação original: “A recent law concerning master proceedings in securities litigation was enacted in 2005. (...) By introducing this act, German legislation adopted for the first time a form of collective remedy for mass tort litigation”.

¹⁶⁵ Redação original: “During the hearing, the judge stated that it would take the court approximately fifteen years to decide all cases in the first instance, if the legislator did not pronounce any new procedural rules for mass proceedings”.

Antonio do Passo Cabral (2007, p. 131), o primeiro jurista brasileiro a escrever sobre o incidente, assim tratou da criação do instituto inspirador do nosso incidente de resolução de demandas repetitivas, o *Musterverfahren*:

Na linha dos instrumentos não representativos, foi introduzido no ordenamento alemão, em 16.08.2005, o Procedimento-Modelo ou Procedimento Padrão (*Musterverfahren*), pela Lei de Introdução do Procedimento Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de *KapMuG*).

O *Musterverfahren*, a reboque de outras disposições legais alemãs no campo da tutela coletiva, também tem espectro de aplicação bem restrito, já que inserto pelo legislador tedesco não em uma norma geral, mas na disciplina específica da proteção dos investidores no mercado de capitais.

Aluisio Mendes (2012, p. 279/280) ratifica a inspiração alemã, embora se refira também ao *Musterverfahren* da jurisdição administrativa, criado em 1991. Daí dizer o autor que o *Musterverfahren* do mercado de capitais tedesco seria uma “nova versão de *Musterverfahren*”:

Sob inspiração das antigas ações de ensaio (*test claims*), foram incorporadas, em 1991, ao Estatuto alemão da Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), sob a denominação de procedimento-padrão (*Musterverfahren*). Em seguida, a Inglaterra edita, em 2000, o seu primeiro Código de Processo Civil, com a previsão das decisões de litígios em grupo (*group litigation order*), ao lado da própria demanda-teste (*test claim*). Mas, em 2005, uma nova versão de *Musterverfahren* é criada na *KapMuG* (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten-Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou Lei sobre o Procedimento Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital).

O *Musterverfahren* acima referido, destinado ao mercado de capitais, foi previsto em norma de vigência temporária, “perdendo eficácia em 2010 (§ 20 da *KapMuG*)” (CABRAL, 2007, p. 133). Posteriormente, “foi prorrogado até outubro de 2012, com tendência a se tornar definitiva neste ano” (MENDES, 2012, p. 280). Recentes notícias dão conta de que o instituto “sofreu uma revisão de fundo e foi prorrogado por mais oito anos, até 2020”¹⁶⁶.

Outro dado importante do *Musterverfahren* criado em 2005 e que, de fato, inspirou o legislador brasileiro, é que ele tem campo de aplicação muito específico. Viabiliza a decisão sobre “pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada com relação a estas questões atinja vários litígios individuais” (CABRAL, 2007, p. 132).

¹⁶⁶ Notícia disponível em <http://www.taylorwessing.com/de/newsletter/corporate/enewsletter-corporate-dezember-2012/verlaengerung-und-erweiterung-des-kapitalanleger-musterverfahrensgesetzes-kapmug.html>, acesso em 08.02.2013, às 13h12min.

O *Musterverfahren*, portanto, permite que sejam enfrentadas questões fáticas e jurídicas. A submissão de tais questões ao tribunal, por meio do incidente, provoca o desmembramento do julgamento: uma parte da atividade decisória é realizada pelo tribunal – com efeito vinculante e com alcance subjetivo amplo, portanto – e a outra parte, será julgada na primeira instância, respeitado o entendimento firmado no incidente¹⁶⁷.

O *musterverfahren* pode ser, para fins doutrinários e práticos, dividido em fases. Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 14) identifica três fases no instituto do *musterverfahren*, na Alemanha, que servem para retratar o modelo do nosso incidente de resolução de demandas repetitivas, contemplado no projeto do novo CPC: admissibilidade, apreciação do incidente e depósito da decisão passada em julgado. Considerando a análise pormenorizada, adiante realizada, do incidente de resolução previsto no projeto do novo CPC, bem como a similitude quanto às fases do *musterverfahren*, serão feitas breves referências comparativas, o que dispensa maiores divagações neste momento.

Importa ainda perceber – e isso é de todo importante – que o *musterverfahren* não se insere no contexto das típicas ações coletivas, inspiradas ou condicionadas pelo modelo americano das *class actions*. Ao contrário, constitui justamente uma alternativa a esse modelo, como já deixou claro Antonio do Passo Cabral (2007, p. 123), no título de seu artigo, o que é corroborado por Astrid Stadler (2009, p. 37), em recente artigo sobre o tema.

Não há, no *musterverfahren*, propriamente uma ação coletiva, na qual o direito de um grupo de pessoas será decidido em uma única decisão. Não se trata, portanto, uma típica hipótese de legitimação extraordinária, mas a eleição de um processo-modelo, ou uma causa piloto, na qual será decidida a questão fática ou jurídica presente em causas repetitivas. E há, nesse modelo, inúmeras vantagens, se comparado ao modelo das ações coletivas, como será adiante apontado.

7.3 O incidente de resolução no Projeto de Lei: panorama inicial

O incidente de resolução de demandas repetitivas está previsto no Projeto de Lei 8.046/2010 entre os arts. 930 e 941. Não sofreu alterações significativas no substitutivo aprovado pelo Senado Federal e que hoje tramita na Câmara dos Deputados. Nessa casa

¹⁶⁷ A cisão do mérito do julgamento lembra, *mutatis mutandis*, o incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476/479) e o procedimento de declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais (CPC, art. 480/482).

legislativa, contudo, dentre as novecentas emendas apresentadas ao projeto do novo CPC, há várias tratando do incidente.

Propôs-se desde a exclusão do incidente (Emenda 392/2011, de autoria do Dep. Júnior Coimbra¹⁶⁸), passando-se pela alteração da competência (Emenda 180/2011, de autora do Dep. Bruno Araújo¹⁶⁹) até a modificação substancial do projeto, para que o incidente seja apenas repressivo, nunca preventivo (Emenda 181/2011, também do Dep. Bruno Araújo¹⁷⁰). Impossível saber se tais emendas serão aprovadas e, portanto, se o projeto voltará, ou não, ao Senado Federal.

Tal como aprovado pelo senado, o incidente está disciplinado nos doze artigos do Capítulo VII (Do incidente de resolução de demandas repetitivas) do Título I (Dos Processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais). Inicia o capítulo o art. 930, que trata do cabimento do incidente:

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

Os § 1º ao 3º tratam da competência do tribunal a que se vincula o juízo de origem, da legitimidade e da participação obrigatória do Ministério Público. Cada um desses aspectos, assim como as demais polêmicas em derredor do incidente, será analisado a seguir, sempre com a visão crítica e *de lege ferenda*, considerando que o incidente ainda é um “projeto” de lei.

7.4 Alcance objetivo e subjetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas

Os dois primeiros aspectos a serem analisados no incidente de resolução de demandas repetitivas são justamente o alcance objetivo (matérias passíveis de julgamento) e subjetivo (pessoas que sofrerão os efeitos do julgamento). Prevê o art. 930 do CPC que o incidente será admissível “sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar

¹⁶⁸ Suprime o Capítulo VII (Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) do Título I (Dos Processos nos Tribunais) do Livro IV (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais) - arts. 930 a 941, do PL nº 8046 de 2010, que trata do "Código de Processo Civil" (revoga a Lei nº 5.869, de 1973).

¹⁶⁹ Altera a redação do caput do artigo 933, do PL nº 8.046, de 2010, para atribuir ao regimento interno dos tribunais a indicação do órgão competente para decidir incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁷⁰ Altera a redação do caput do artigo 930, do PL nº 8.046, de 2010, para prever que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja repressivo, e não preventivo.

relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica” (art. 930).

Vê-se, de plano, que o objeto do incidente é ainda mais reduzido, se comparado ao *musterverfahren* alemão. Neste, como já visto, o objeto pode versar sobre questões de fato ou de direito, como lembra Antonio Cabral (2007, p. 132), apoiado na doutrina de Martín Gebauer. Embora sem maiores reflexões, a parca doutrina existente sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas é tranquila em afirmar que ele “restringe-se a questões de direito”. (TESHEINER, 2010, p. 27)¹⁷¹.

Como já dito, o incidente de resolução ainda está em construção legislativa. Não é por acaso que há, ainda, tantas emendas a serem apreciadas. Parece conveniente perquirir, então, se a solução até então adotada pelo legislador é a melhor, dentre as possibilidades. Noutras palavras, deve mesmo o incidente restringir-se às questões de direito?

A resposta, ao que parece, deve ser positiva. Não que as questões de fato não pudessem, em algumas hipóteses, ser resolvidas de maneira “coletiva”. A princípio, seria, sim, possível. Contudo, analisando as questões ditas “isomórficas” no Brasil, vê-se facilmente que as infundáveis controvérsias atualmente existentes ligam-se essencialmente às questões jurídicas. Ademais, nosso sistema parece ser conformado para que a instrução probatória seja feita em primeira instância.

Ainda quanto ao alcance objetivo, outro ponto controvertido é a aplicação da tese fixada no julgamento do incidente a todos os processos, de forma prospectiva. A previsão sofre severas críticas. Júlio César Rossi (2012, p. 11), assim tratou do tema:

Parece que a ideia estabelecida pelo IRDR [incidente de resolução] é a de que a tese formada produza os efeitos de um precedente vinculante com efeitos prospectivos. Nem no *musterverfahren* alemão chegou-se a tanto. Lá, a decisão estabelecida pelo Tribunal sobre as questões (de fato e de direito) comuns somente alcança os processos individuais instaurados até a decisão de mérito, o que autoriza a conclusão de que os processos futuros não são alcançados pela eficácia deste julgamento.

De fato, não há dúvida de que os efeitos do julgamento proferido no *musterverfahren* não alcançam os processos ainda não propostos. Aliás, esse ponto já havia sido ressaltado por Antonio Cabral (2007, p. 138/139), que chegou a dizer que a norma exige litispendência, para que haja vinculação. Diz o autor que “por esta razão, poucos são os autores que consideram

¹⁷¹ No mesmo sentido, Antônio Pereira Gaio Junior (2011, p. 2), para quem “já em início de análise, é de se observar o não cabimento do incidente quando envolto apenas em questões de fato, portanto, necessário se faz repousar sobre questões de direito, como se depreende do supracitado art. 930”.

ser um típico efeito vinculante...”. Essa é a conformação do *musterverfahren*, na Alemanha, insista-se.

Quanto ao nosso incidente, a crítica é impertinente. O incidente de resolução, como proposto no projeto do novo CPC, não pretende copiar o *musterverfahren*, mesmo porque ele foi instituído, inicialmente, para tratar de questões específicas, relativas ao mercado de capitais tedesco. Talvez por isso – pela especificidade de seu objeto – ele não alcança os processos futuros. Mas não é essa a conformação que o legislador pretende dar ao incidente no Brasil.

Não se identifica uma boa razão para sustentar a crítica. A crítica de Julio Rossi, acima ilustrada, fia-se em premissas equivocadas. A primeira delas, já aqui referida, de que o *musterverfahren*, inspirador do incidente, tem alcance mais restrito e que, portanto, o legislador brasileiro foi longe demais. A segunda, de que os direitos individuais homogêneos podem gerar demandas assemelhadas, mas que “nem por isso, o microssistema processual estabelecido entre a Lei 7.347/85 (LACP) e Lei 9.078/1990 (CDC (LGL 1990/40)) se mostra inidôneo ou superado para a solução dos conflitos de massa”. (ROSSI, 2012, p. 11).

A segunda crítica, como se vê, parte da ideia de que o incidente pretende substituir o sistema de tutela coletiva de direitos individuais. E não é disso que se trata. Muito ao contrário, o incidente pretende ser uma alternativa, um novo caminho, um instituto diferenciado que, como adiante será demonstrado, pode guardar relevante vantagem – do ponto de vista da legitimidade democrática e do respeito ao dissenso – em relação à ação coletiva “tradicional”.

O alcance subjetivo do incidente é outra questão altamente relevante e que gera – ou gerará – grandes debates. O alcance da decisão está previsto no art. 938 do projeto de lei, nos termos seguintes: “Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”.

Não há dúvida, portanto, de que a tese jurídica definida no incidente deverá ser aplicada a todos os processos que versem idêntica questão. A consequência dessa previsão é óbvia: a de que muitos jurisdicionados que não foram ouvidos, que não se manifestaram, que não tiveram seu *Day in Court*¹⁷², serão diretamente alcançados pela decisão judicial tomada no incidente.

¹⁷² Como lembra Owen Fiss (2004, p. 2007/2008), a questão do *direito de participação* – ou *Day in Court* – foi enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Matin vs Wilks*, em que o então presidente Rehnquist sustentou que “ninguém pode ter seus direitos determinados por uma corte sem ter participado do processo”. Na

Mais uma vez, a crítica tem sido acérrima. Conforme já afirmado acima, o incidente pretende fixar uma tese jurídica para solucionar lides com controvérsias repetitivas, contidas nas chamadas pretensões isomórficas. Não há razão alguma para que a tese seja aplicada apenas aos processos em curso, não sendo válida aos processos propostos em momento posterior.

Entender o contrário seria admitir que a mesma questão jurídica receba decisão diferente, para casos iguais. E é justamente essa violação ao Estado Direito – que muito decorre do caos hermenêutico instaurado no Brasil, do “panprincipiologismo” e do ativismo desmedido que aqui impera – que o incidente busca evitar. A advertência de Pontes de Miranda (*apud* GAIO JUNIOR, 2011, p. 2) é extremamente atual:

Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contedutístico relativo à incidência ou à aplicação da regra jurídica, uma delas é injusta. (...) Tem-se de evitar isso e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de direito processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência.

Na parte final deste trabalho, quando será tratada a legitimidade da jurisdição, a questão da validade democrática da decisão, quanto aos terceiros que não participaram do *processo modelo*, será pormenorizadamente tratada. Por ora, importa o registro de que o alcance subjetivo é amplo, algo até então desconhecido pelo direito brasileiro, em sede de processos subjetivos¹⁷³.

7.5 Legitimidade para instauração do incidente e intervenção do Ministério Público

O *musterverfahren* somente pode ser provocado pelo juiz da causa. Não foi essa, contudo, a orientação seguida pelo projeto do novo CPC. Veja-se a dicção normativa:

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:
I – pelo juiz ou relator, por ofício;
II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

ocasião, decidiu-se que uma dada decisão – *injunction* estrutural – deveria ser revista por ter afetado um grupo de pessoas que não tiveram o seu *dia na corte*. Tal precedente, contudo, foi posteriormente enfraquecido em razão de inovação legislativa.

¹⁷³ Como se sabe, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante. Trata-se, contudo, de processo objetivo, sem partes e que, portanto, não decidem e não alcançam diretamente “pretensões”.

Como se vê, o pedido de instauração do incidente pode partir do juiz ou relator da causa, pelas partes, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público. Parece óbvio que a previsão da legitimidade do Ministério Público refere-se às hipóteses em que ele atua no feito como *custos legis* e não como parte, já que nesse último caso, ele já estaria incluído na primeira parte do inciso II, acima transcrito. E mais: é legítimo o Ministério Público mesmo quando não é parte nem *custos legis*, mas a controvérsia a ser dirimida insere-se nas suas funções institucionais.

Já quanto à legitimidade da Defensoria Pública, tem-se afirmado que a instituição teria legitimidade quando atuasse representando a parte no feito (YOSHIKAWA, 2012, p. 5). Nada mais equivocado. Ora, se a parte já tem legitimidade garantida na lei, não importa se representada por advogado privado, público, ou se por defensor público: é a parte que requer a instauração do incidente. Não haveria utilidade nem sentido algum em se prever a legitimidade da defensoria, quando atua representando a parte no feito.

Quando o projeto prevê a legitimidade da Defensoria Pública, o faz enquanto instituição de alta relevância no Estado brasileiro (ao lado do Ministério Público e da Advocacia, inclusive a pública). Busca o legislador, em essência, com a legitimação da Defensoria Pública, a “ampliação das funções desse órgão na sociedade brasileira, tendência que já vem sendo consagrada, inclusive com a sua inclusão entre os legitimados para a propositura de ações civis públicas”¹⁷⁴ (LÉVY, 2011, p. 3).

Há quem defenda, ainda, que a atuação da defensoria pública estaria limitada aos casos em que as causas repetitivas envolvessem pessoas necessitadas. Nesse sentido, sustenta Leonardo da Cunha (2009, p. 280) que se trata de “função típica” da defensoria e que, portanto, deve ser limitada pela existência de interesse dos necessitados:

Tudo leva a crer que a possibilidade conferida à Defensoria Pública de suscitar o incidente de resolução de causas repetitivas constitui mais uma hipótese de *função típica* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, havendo necessidade de o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema que a eles seja relacionado. É preciso, em resumo, que haja a chamada *legitimidade adequada* ou *representação adequada*.

Não parece a melhor solução. A legitimidade da defensoria pública liga-se à seu caráter institucional e justifica-se pelos fins relevantes do incidente, que é a proteção do Estado de Direito pela promoção da segurança jurídica e da efetividade da prestação

¹⁷⁴ A Lei 11.448, de 15.01.2007, incluiu a Defensoria Pública na lista dos entes legitimados para a propositura de ação civil pública, prevista no art. 5.º da Lei 7.347, de 25.07.1985.

jurisdicional. É justamente por isso que a eventual atuação da defensoria pública na instauração do incidente não viola a Constituição Federal, mesmo alcançando, concreta ou potencialmente, pessoas não desprovidas de recursos suficientes ao patrocínio da própria defesa.

O entendimento aqui esposado foi acolhido – corretamente! – pelo Superior Tribunal de Justiça e pela maioria da jurisprudência pátria¹⁷⁵. Atualmente, o tema encontra-se pendente de enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶.

Sobre a legitimidade ampla da Defensoria Pública e do Ministério Público, defende Aluísio Mendes (2012, p. 283), com acerto, que “o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, tendo em vista a redação não condicionante, requerer a instauração do incidente mesmo quando não forem partes, mas desde que haja um interesse compatível com as suas funções”. E não é incompatível com as funções do Ministério Público e da Defensoria Pública agir em busca da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Ainda quanto à legitimidade, é relevante notar a possibilidade de o incidente ser instaurado a pedido do relator (art. 930, § 1º, I). Trata-se de uma previsão que gera debates quanto à competência para decidir o incidente, em tal hipótese, o que será enfrentado adiante. A previsão é vista com bons olhos pela doutrina, conforme ilustra Daniel de Andrade Lévy (2011, p. 3):

Interessante notar a inovação do Anteprojeto, ao prever também a competência do relator, permitindo que o incidente seja suscitado em segunda instância, o que se enquadra no pensamento da reforma processual, que fortalece e expande a atuação dos magistrados, inclusive em segunda instância, a fim de que possam efetivamente participar do processo não apenas como catalisadores das vontades das partes, mas como verdadeiros “gerenciadores” da lide.

É manifesto o interesse público na instauração do incidente, pois é o Estado o responsável pela regularidade da prestação jurisdicional e o destinatário (devedor!) do direito

¹⁷⁵ Ilustrativamente, observe-se: REsp 1275620/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012; REsp 1264116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012; AgRg no REsp 1000421/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 01/06/2011; AC 201051010031653, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::16/03/2012 - Página::264. Há, contudo, decisões no sentido contrário: (AC 00369070720084036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) AC 00369070720084036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2012).

¹⁷⁶ Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com agravo 690.838, em 26.10.2012, rel. Min. Dias Toffoli. A constitucionalidade da norma que prevê a legitimidade da defensoria pública, no caso, está sendo questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, de relatoria da Min. Carmen Lúcia.

à segurança jurídica, elemento inafastável do Estado de Direito. É por isso, então, que andou bem o legislador ao permitir que o juiz ou o relator, *ex officio*, provoquem a instauração do incidente e, assim, contribuam para que se evitem decisões contraditórias sobre a mesma matéria de direito.

Na hipótese de provocação pelo órgão jurisdicional, embora a lei não o diga, é imprescindível o contraditório prévio. Noutras palavras, não é compatível com a ordem constitucional que o juiz requeira a instauração do incidente ao receber a inicial, sem que o réu se manifeste. Aliás, pecou o legislador, até então, em não definir claramente o contraditório mínimo no âmbito do incidente de resolução.

Finalmente, prevê o projeto que o ministério público intervirá, obrigatoriamente, em todos os incidentes em que não for o requerente. E prevê ainda que ele assumirá a titularidade do incidente no caso de desistência ou abandono da parte¹⁷⁷. Trata-se de previsão salutar: a uma, porque a ampla divulgação e participação, elemento fundamental à legitimidade e mesmo à qualidade da decisão a ser proferida, fica fortalecida com a efetiva participação do ministério público; a duas, porque a norma evita desistências maliciosas do incidente, algo já previsto na ação civil pública¹⁷⁸.

Perceba-se que a regra prevista no projeto não fala em abandono ou desistência imotivada, como faz o art. 5º, § 3º da Lei de Ação Civil Pública. Apesar disso, não se diga que o Ministério Público teria o dever incondicional de assumir o incidente, mesmo porque a lei prevê que ele “poderá assumir” e não que “deverá” fazê-lo. A interpretação que parece correta é no sentido de que ele deverá assumir sempre que a desistência for imotivada ou contrária manifestamente ao interesse público e aos fins da norma.

7.6 Admissibilidade do incidente e o seu eventual caráter preventivo

Conforme já tratado nas considerações gerais, a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas está prevista no art. 930 do projeto do novo CPC, cuja transcrição é novamente necessária:

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados

¹⁷⁷ § 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

¹⁷⁸ É o que prevê o § 3º do art. 5º da Lei 7.347/85: “§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

A dicção legal pretende deixar claro que o incidente será admissível sempre que identificada controvérsia capaz de gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito (daí a expressão “pretensões isomórficas”) e, ainda, que dessa controvérsia possa advir grave insegurança jurídica. Há, portanto, dois requisitos à admissibilidade do incidente, conforme previsto no projeto: controvérsia capaz de gerar multiplicação de processos fundados na mesma questão jurídica; e o risco de insegurança decorrente da divergência jurisprudencial.

Não há dúvida de que o projeto, na redação presente, prevê a instauração preventiva do incidente. Aluísio Mendes (2012, p. 282), reconhece esse caráter preventivo, nos termos seguintes:

O incidente pretende evitar o processamento de grande quantidade de demandas que dependam ou versem sobre a mesma questão de direito. Se já há um número significativo de processos em tramitação e uma questão de direito comum a ser decidida, não há dúvida, quanto ao seu cabimento. Mas, na redação aprovada no Senado, basta a existência do potencial multiplicador, que pode ser demonstrado a partir do número já proposto de ações em um curso espaço de tempo, ou mesmo pela situação comum a envolver uma série de outras pessoas em idêntica conjuntura, como aposentados, funcionários públicos, contribuintes, consumidores etc.

O ponto é polêmico. De fato, tem razão a doutrina citada ao ressaltar que o projeto autoriza a instauração preventiva do incidente, pois é essa a dicção normativa proposta. Há, contudo, severas críticas ao caráter preventivo do incidente. Antonio Adonias A. Bastos (2011, p. 35), em artigo especialmente dedicado à análise do tema, assim se manifestou:

O incidente pode ser provocado com base, tão-só, na potencialidade de repetição e quando o processo ainda tramita em primeiro grau de jurisdição. Parece-nos questionável o efeito vinculante do precedente formado nestas circunstâncias. Primeiramente, porque está calcado na suposição de que haverá multiplicação de casos semelhantes, sem a sua efetiva constatação. Assim, pode originar-se de um único ou de poucos feitos.

(...)

Como se vê, este procedimento pode não mobilizar tantos sujeitos, de maneira a legitimar democraticamente a sua eficácia vinculante, exatamente por estar calcado na potencialidade de multiplicação de processos, e não na sua efetiva ocorrência.

Julio Cesar Rossi (2011, p. 11), aduz crítica severa ao caráter preventivo:

O que se espera de um instituto sério que fora criado no direito estrangeiro (com prazo de vigência, diante da excepcionalidade) e que nós pretendemos introduzir em nosso ordenamento, de forma perene, com o discurso de que assim a tutela dos

direitos individuais homogêneos será mais bem atendida, é o de, no mínimo, admitirmos o IRDR [incidente de resolução] quando já houvesse algumas controvérsias comprovadas por sentenças antagônicas a respeito do tema repetitivo, pois, salutar a controvérsia disseminada.

A crítica mostra-se impertinente. A questão da legitimidade da decisão a ser proferida no âmbito do incidente – bem como da participação dos interessados, do efeito vinculante e sua compatibilidade com o direito brasileiro – será analisada com detalhes na terceira parte da dissertação. Parece-me, por ora, açado concluir ser o caráter preventivo incompatível com o direito brasileiro ou mesmo que a instauração se daria com uma mera suposição do efeito multiplicador de uma dada ação ou matéria.

Não é desconhecido do direito brasileiro o “potencial multiplicador” de uma pretensão ou decisão judicial. Tal aspecto já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹ e por vários outros tribunais como fundamento ao deferimento de pedidos de suspensão de liminar ajuizados como medida de contracautela (Leis 12.016/09, 9.494/97 e 8.437/92). Ilustrativamente, veja-se a decisão do Min. Gilmar Mendes na Suspensão de Liminar nº 3.030/AM, em que foi deferido o pedido, ao fundamento de que “poderá haver o denominado ‘efeito multiplicador’ (SS 1.836-AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de outros Delegados da Polícia Civil em situação potencialmente idêntica aquela dos impetrantes”.

No caso citado, a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes foi mantida pelo plenário do STF, mesmo inexistindo qualquer demonstração de lides repetitivas, mas tão somente sua potencialidade. No voto condutor do julgamento colegiado, acompanhado pela Corte, restou consignado que “a suspensão das liminares é medida que se impõe como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo do mandado de segurança objeto da presente discussão”¹⁸⁰.

Não parece sustentável, portanto, “demonizar” a possibilidade – e não a obrigatoriedade, que inexistente no projeto de lei – de se instaurar preventivamente o incidente. Os tribunais brasileiros têm, com considerável êxito, identificado situações em que uma única

¹⁷⁹ EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Acompanhamento de cônjuge transferido a pedido. Remoção. Deferimento. Inadmissibilidade. Inobservância do princípio da isonomia. Risco de lesão à ordem pública. Efeito multiplicador presente. Decisão paradigmática. Suspensão de Segurança deferida. Agravo regimental improvido. Há risco de grave lesão à ordem pública, bem como de efeito multiplicador, na decisão judicial que determina remoção de servidor para acompanhar cônjuge transferido a pedido, quando não há interesse público em removê-lo. (STA-AgR 407, CEZAR PELUSO, STF)

¹⁸⁰ (SS 3330 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-01 PP-00210).

ação guarda potencial multiplicador e, para evitar que se concretize, deferido medidas de contracautela.

7.7 Suspensão das ações em curso, divulgação e publicidade do incidente

Prevê o projeto do novo CPC que, uma vez admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, serão suspensas todas as ações em curso, que versem idêntica questão de direito. É o que consta do art. 934, *caput*:

Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

A previsão do projeto de lei é de que a suspensão das ações em curso será medida obrigatória, a ser determinada na própria sessão. Não há “discricionariedade” alguma do presidente do tribunal, que, segundo a lei, admitido o incidente, ele “determinará a suspensão”.

É importante perceber que a suspensão ocorrerá em primeira e segunda instância, alcançando, portanto, as ações de competência originária (hipótese que parece ser de difícil ocorrência) e a competência recursal. É salutar a medida, pois harmônica com a finalidade do incidente, que é fomentar a segurança jurídica, obstando decisões conflitantes, o que também ocorre nos tribunais, como cediço.

A lei não diz, mas a doutrina já pontuou que a suspensão das ações somente ocorrerá “na área de jurisdição do tribunal” (MENDES, 2012, p. 284). Essa interpretação decorre logicamente da distribuição de competência efetivada pela Constituição Federal e é reforçada pela previsão do art. 938 do projeto, que limita os efeitos da decisão aos processos “que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”¹⁸¹ e, ainda, prevê em seu parágrafo único o alcance nacional apenas na hipótese de julgamento proferido em recurso especial ou extraordinário¹⁸².

¹⁸¹ Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

¹⁸² Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

A suspensão não será por prazo indeterminado¹⁸³. “Os processos individuais permanecerão suspensos, em princípio, pelo prazo de seis meses, se não ocorrer antes o julgamento do mérito do incidente. Mas, o relator poderá prorrogar este prazo, em decisão fundamentada a justificar a exasperação” (MENDES, 2012, p. 284/285). Como não poderia deixar de ser, o projeto autoriza, durante a suspensão, a concessão de medidas urgentes¹⁸⁴.

Quanto à publicidade, prevê o projeto que uma vez admitido o incidente será dada ampla divulgação e publicidade, mediante registro no Conselho Nacional de Justiça. Essa publicidade das ações coletivas e, agora, do incidente destinado a firmar tese aplicável aos direitos individuais homogêneos, constitui uma tendência na seara da tutela coletiva, considerando que há nela inegável interesse público.

Aluísio Mendes (2012, p. 283) lembra que “na Inglaterra, no ano de 2000, o Código de Processo Civil estabeleceu a inovação, ao prever o Cadastro para os GLOs (*Group Litigation Orders*), decisões de litígios em grupo”. Ademais, previsão similar existe no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (UERJ-UNESA) e no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pela USP, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, dentre outras iniciativas.

No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, a matéria está regradada no art. 931:

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

A publicidade é medida necessária. Conforme se verá na terceira parte deste trabalho, a legitimidade da decisão judicial proferida no incidente depende da efetiva defesa das teses julgadas relevantes pelos interessados, o que não será possível sem a divulgação da admissão, processamento e julgamento do incidente. Sobre o ponto, afirma Leonardo da Cunha (2011, p. 281), com acerto, ser

¹⁸³ Art. 939. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

¹⁸⁴ Art. 939, § 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

recomendável, a fim de viabilizar a aplicação dessa regra e torná-la mais efetiva, que o CNJ organize e mantenha um cadastro nacional de incidentes de resolução de demandas repetitivas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado de tais incidentes.

Somente com a ampla divulgação e o fomento efetivo à participação dos interessados, aspecto a ser posteriormente analisado, é que o incidente poderá gerar decisões acertadas, legítimas e compatíveis com os valores do Estado de Direito.

7.8 Competências e recursos no âmbito do incidente

A distribuição de competências para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas constitui outro ponto polêmico. Prevê o projeto que a competência para decidir o incidente será do plenário do tribunal ou, onde houver, do seu órgão especial¹⁸⁵. A rigor, a competência é do plenário, que pode delegá-la ao órgão especial, onde houver.

Conforme se depreende da dicção do inciso XI do art. 93 da Constituição Federal, a própria criação do órgão especial constitui decisão do respectivo tribunal, assim como os limites da delegação jurisdicional¹⁸⁶. É manifesto, portanto, o equívoco do legislador ao atribuir, diretamente, competência ao órgão especial dos tribunais, onde houver.

Mas não é só isso. A doutrina tem sido unânime quanto à inconstitucionalidade do art. 933 do CPC, se aprovado, porque violaria o poder de auto-organização dos tribunais. Leonardo da Cunha (2011, p. 284), filia-se a esse entendimento:

Não é possível ao legislador indicar qual o órgão interno do tribunal deva julgar o incidente de resolução de causas repetitivas. Essa indicação deve constar do regimento interno de cada tribunal.

Segundo estabelece o art. 96 da Constituição Federal, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

(...)

A definição da competência dos órgãos que o compõem, além de ser atribuição *privativa* do tribunal, insere-se no âmbito da sua organização interna. Só ao tribunal cabe definir se o incidente de resolução de causas repetitivas será processado, admitido e julgado pelo plenário, pela corte especial ou por outro órgão que lhe pareça mais adequado.

(...)

¹⁸⁵ Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

¹⁸⁶ XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

São, portanto, inconstitucionais as regras contidas no projeto do novo CPC que atribuem ao plenário ou, onde houver, à corte especial, a competência para processar, admitir e julgar o incidente de resolução de causas repetitivas.

Há, de fato, inconstitucionalidade na norma. Não pode a lei especificar o órgão que deverá julgar uma dada causa ou matéria, salvo quando se trata de norma constitucional originária¹⁸⁷. Deve-se registrar, contudo, que a intenção do legislador parece ter sido a de impedir que órgãos fracionários julguem o incidente, como forma de fomentar decisões que, de fato, representem o entendimento do tribunal e não apenas de uma turma, por exemplo.

Apesar da aparente boa intenção, o projeto, como aprovado no Senado, viola a Constituição Federal. Talvez por isso o Deputado Bruno Araújo, do PSDB-PE ofereceu emenda ao art. 933 do Projeto de Lei, para que a competência seja definida pelo regimento interno de cada tribunal¹⁸⁸. Na justificação da emenda, citou justamente a doutrina de Leonardo da Cunha, parcialmente transcrita acima.

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao parágrafo único do art. 938, que trata da competência do STJ e do STF para julgar os recursos especial e extraordinário eventualmente interpostos da decisão do incidente¹⁸⁹. A citada norma também foi objeto de emenda do Deputado Bruno Araújo, sob a mesma fundamentação já apresentada¹⁹⁰.

Quanto aos recursos, já foi dito que cabem recursos especial e extraordinário da decisão proferida pelo tribunal federal ou estadual no âmbito do incidente (art. 938, parágrafo único). Tem-se aí uma situação peculiar, pois nos demais casos em que o direito processual brasileiro conhece a cisão do julgamento do mérito, somente se pode recorrer da decisão proferida na causa, em definitivo, e não da decisão proferida no incidente de uniformização ou de inconstitucionalidade.

As duas hipóteses já previstas no nosso sistema processual recursal, nas quais a decisão da causa é subjetivamente complexa (cisão do pronunciamento de mérito), são o

¹⁸⁷ Como fez, inclusive, o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), que definiu a competência do plenário ou do órgão especial para decidir sobre a inconstitucionalidade de norma: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁸⁸ Segundo a emenda citada, assim ficaria a redação do dispositivo: Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao órgão que o regimento interno do tribunal indicar.

¹⁸⁹ O parágrafo único do art. 938 prevê, segundo o texto aprovado no Senado, a competência do plenário do STF e da Corte Especial do STJ para decidir, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial que desafiem decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁹⁰ Segundo a emenda, o parágrafo único do art. 938 fica assim redigido: Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.”

incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC) e o incidente de inconstitucionalidade (art. 480 a 482 do CPC). O primeiro deles guarda similitude com o incidente de resolução, como se pode depreender da doutrina de Araken de Assis (2007, p. 314):

Objetiva o incidente [de uniformização – art. 476/479 do CPC vigente], a teor do art. 476, *caput*, obter pronunciamento “prévio” de órgão superior, fixando a tese jurídica aplicável, posteriormente, ao julgamento da causa ou do recurso. Para albergar semelhante finalidade, desloca a competência para julgar o recurso e a causa, momentaneamente, para outro órgão colegiado, ao qual incumbirá a relevante tarefa de estipular a tese jurídica, optando por uma das interpretações possíveis. Emitido o pronunciamento prévio, e justamente por tal característica, retornará o feito ao órgão de origem para aplicá-la ao caso concreto, sirva ou não de precedente para casos futuros (art. 479, *caput*). Esses elementos indicam que não se cuida, absolutamente, de outro recurso. É apenas cisão da competência, *interna corporis*, para julgar o recurso ou a causa pendente.

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, no aspecto recursal, é consideravelmente diferente. Segundo a previsão do novo CPC, caberá recurso especial e/ou extraordinário da decisão proferida no próprio incidente, que fixar a tese jurídica objeto da controvérsia nele contida. Assim, serão chamados, o STJ e o STF, a decidir sobre uma tese jurídica e não propriamente sobre uma pretensão, como sói acontecer nos processos ditos *subjetivos*¹⁹¹.

Somente após a decisão definitiva do STJ ou do STF, conforme o caso, é que os juízes de primeira instância estarão vinculados à tese fixada, devendo aplicá-la nos processos em curso nos respectivos juízos. Percebe-se claramente, então, a diferença entre a cisão do julgamento provocada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e aquela já conhecida do direito brasileiro, concernente aos incidentes de uniformização e de inconstitucionalidade.

¹⁹¹ O processo, enquanto instrumento de viabilização da entrega da prestação jurisdicional, pelo Estado, contém, em regra, uma lide (no sentido carnelutiano de conflito e interesses qualificado pela pretensão resistida). Não é isso, contudo, que acontece na seara do controle concentrado de constitucionalidade, cujo processo – justamente por não ter partes, mas legitimados constitucionais – é qualificado de *objetivo*. Luis Roberto Barroso (2012a, p. 180) esclarece o ponto, nos termos seguintes: “A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”.

Esse regime recursal, que admite os recursos extraordinários atacando a própria decisão do incidente, constitui grande inovação, que se mostra compatível com a natureza e a finalidade do incidente. Ao fim e ao cabo, ele produzirá o salutar efeito de impedir que a tese fixada pelo tribunal no âmbito do incidente de resolução, após ser aplicada em inúmeros processos em primeira instância, volte a ser questionada nos tribunais de superposição.

Além dos recursos extraordinários *lato sensu*, já abordados, é evidente que caberá, em face da decisão proferida no incidente de resolução, embargos de declaração. Araken de Assis, ratificando a tese da irrecorribilidade da decisão proferida no âmbito do incidente de uniformização de jurisprudência, afirma serem cabíveis os embargos de declaração:

Lavar-se-á acórdão do julgamento, sejam quais forem seu resultado e efeitos, mas não caberá qualquer recurso do provimento enquanto tal, pois o julgamento da causa ou do recurso, ainda não se completou. Impõe-se o retorno do feito ao órgão de origem. Do julgamento realizado caberão, verificados os respectivos pressupostos, outros recursos (v.g., o especial). Admitem-se, todavia, os embargos de declaração para erradicar do acórdão os defeitos do art. 535. (ASSIS, 2007, p. 324).

De fato, apesar de existir doutrina defendendo que de recurso não se trata, são os embargos de declaração, para o sistema processual brasileiro, recurso¹⁹², e poderão ser opostos em face da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. Obviamente, o cabimento do recurso estará condicionado à alegação de um dos vícios do art. 535 do CPC.

Há ainda de se cogitar da recorribilidade da decisão do relator acerca da admissão de interessados e de *amici curiae*. No âmbito do controle de constitucionalidade, a doutrina há tempos vem se referindo à “abertura procedimental da jurisdição constitucional” (MENDES, 2011, p. 1.141), que estaria materializada na autorização para manifestação do Ministério Público, dos demais legitimados do art. 103 da Constituição Federal e de terceiros interessados¹⁹³.

¹⁹² É a opinião de Barbosa Moreira, acerca da natureza jurídica dos embargos: “A nosso ver, a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, de lege ferenda, outra lhe pareça mais aconselhável”. (2012a, p. 544). O entendimento tem o aval de Araken de Assis (2007, p. 581). Para Fredie Didier Jr (2010, p. 181), “os embargos de declaração constituem recurso, por estarem capitulados no rol do art. 496 do CPC, atendendo, com isso, à regra da taxatividade”.

¹⁹³ Essa possibilidade está prevista nos parágrafos do art. 482 do CPC, incluídos pela Lei 9.868/99: Art. 482 (...)

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no

Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 157), por ocasião do envio do Projeto de Lei 2.960/97, que resultou na edição da citada Lei 9.868/99, reconhecia a influência da obra de Peter Häberle para a referida “abertura” da interpretação constitucional no Brasil, ressaltando o aspecto da vinculação política daqueles que, embora interessados, não eram admitidos no debate constitucional. Sobre o ponto, assim se manifestou:

o que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a *intervenção de terceiros* no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais lembrar que, no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de consequência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição.

A reflexão é relevante para o incidente aqui tratado. Na terceira parte do trabalho será abordada a questão da legitimidade da decisão proferida no julgamento do incidente de resolução, mas, por ora, é importante ressaltar a ausência de previsão acerca da recorribilidade da decisão que (in)admitir a manifestação de interessados. O art. 935 prevê que “o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”. Já o § 2º do art. 936 prevê que, por ocasião do julgamento, “os demais interessados poderão se manifestar pelo prazo de trinta minutos”. Nada mais.

A matéria certamente será tratada pelos regimentos internos, com maiores detalhes. É possível que, à luz da previsão contida no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99¹⁹⁴, não se admita recurso contra decisão do relator que não admita a manifestação daquele que alegue interesse na causa. Aguarde-se, mas, desde já se advirta que a legitimidade da decisão dependerá do alcance democrático do processo, que não será satisfatório na hipótese de – como infelizmente se deu com os recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C) – transformar-se num “processo de gabinete”.

Finalmente, quanto à matéria recursal, cumpre refletir sobre a possibilidade de interposição de recursos pelos terceiros interessados. Apesar do reconhecimento da

prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹⁹⁴ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º **(VETADO)**

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

necessidade de ampla participação, não é razoável defender que todo e qualquer interessado – aqui incluídos todos os potencialmente alcançados pela decisão – possa dela recorrer. Isso retiraria, senão toda, boa parte da utilidade do instituto.

Não é possível antever, com plena segurança, o modelo ideal. Contudo, parece lícito cogitar a possibilidade de limitação recursal apenas aqueles cuja manifestação, durante o procedimento, fora admitida. Ou, além deles, e muito excepcionalmente, daquela pessoa ou entidade que demonstrar, com a petição recursal, sua especial vinculação à causa e adequada representatividade do interesse que pretende proteger.

7.9 Procedimento do incidente de resolução: breve resumo

Após abordar os principais aspectos e também as principais polêmicas envolvendo o incidente de resolução, convém narrar-lhe, sucintamente, o procedimento – com as três fases já anunciadas – como forma de aclarar tal aspecto.

Identificada a situações previstas no art. 930 do CPC, o incidente poderá ser provocado por qualquer das partes, pelo próprio juiz da causa ou relator, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. E será proposto por ofício – se feito pelo juiz ou relator – ou por petição, se proposto por outro legitimado, diretamente ao presidente do tribunal competente.

Embora suscitado perante o presidente do Tribunal, será o incidente distribuído a um relator, que poderá requisitar informações ao órgão jurisdicional onde tramita o processo que deu origem ao incidente, no prazo de quinze dias. Findo esse prazo improrrogável, deve o relator pedir dia para a decisão de admissibilidade do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Como se percebe, a admissibilidade não é feita pelo relator, que apenas adota providência de “preparação” do incidente ao juízo de admissibilidade. Com isso, será a matéria submetida ao tribunal, para que afira a presença dos requisitos do art. 930 do CPC e a “conveniência de se adotar decisão paradigmática”, previsão contida na parte final do § 1º do mesmo artigo, altamente criticável.

Rejeitado o incidente (não conhecido, portanto), nada acontece com os processos, que nem sequer foram suspensos ou sofreram qualquer efeito da postulação de instauração. O legislador incluiu no projeto um equívoco que vem sendo inadvertidamente repetido pela

doutrina¹⁹⁵, no sentido de que “rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado”. (§ 2º do art. 933).

Basta que se observe a norma do art. 934, que estabelece que admitido o incidente, deverá o presidente do tribunal determinar a suspensão dos processos pendentes. Ora, é manifesto que a suspensão somente ocorrerá com a admissão do incidente e não com a simples postulação/arguição por um dos legitimados. Daí a necessária conclusão de que rejeitado (não admitido) o incidente, nada ocorre com os processos, que não chegaram a sofrer qualquer efeito dele decorrente.

Admitido o incidente – aí sim – deverá o presidente do tribunal suspender os processos que versem sobre a questão controvertida a ser dirimida. Eventuais provimentos urgentes podem e devem ser dirimidos pelos juízos naturais dos feitos em curso. A suspensão será de até seis meses, podendo ser prorrogada em decisão que ostente fundamentação específica sobre a necessidade da medida¹⁹⁶.

O relator deverá, então, ouvir as partes e demais interessados, no prazo comum de quinze dias e, em seguida, oportunizar a manifestação do Ministério Público. Concluídas todas essas diligências, o relator pedirá dia para julgamento, em sessão que se iniciará pela leitura do relatório e esclarecimentos do relator, seguida pela manifestação do autor e do réu do processo de origem, do Ministério Público, todos pelo prazo sucessivo de trinta minutos.

A lei prevê que, após a manifestação do Ministério Público, falem os demais interessados, pelo tempo total de trinta minutos. Esse tempo tem sido muito criticado, pois entre os “demais interessados” podem (e devem!) estar os *amici curiae*¹⁹⁷ e representantes das partes dos demais feitos que carreguem a mesma controvérsia. Daí se ver que o tempo único de trinta minutos, em certas situações, poderá ser irrisório.

¹⁹⁵ Como faz Leonardo da Cunha (2011, p. 286).

¹⁹⁶ A rigor, toda decisão judicial deve ser específica e suficientemente fundamentada, como exige o art. 93, IX, da Constituição Federal. Contudo, dada a relevância de certas matérias, virou prática comum do legislador referir-se, redundantemente, mas com o objetivo de reforçar o dever de fundamentar, a “decisão fundamentada” (ver, por exemplo, os arts. 273, § 4º; 461, § 3º; 478, *caput*, todos do CPC). Essa prática está sendo utilizada no art. § 1º do art. 939 do Projeto do novo CPC, no que se refere à possibilidade da eficácia suspensiva do incidente, para além dos primeiros seis meses.

¹⁹⁷ *Amicus curiae* (ou amici curiae, no plural) não é de fácil definição. Scarpinella Bueno (2008, p. 132) assim trata do tema: “Tem sido bastante comum entre as nossas letras a afirmação de que o *amicus curiae* é o ‘amigo da Corte’ ou o ‘colaborador da Corte’. Não há razão para discordar destas afirmações mas elas não são claramente satisfatórias em todos os sentidos. É que o nosso direito não conhece, pelo menos com este nome, um ‘amigo’ ou um ‘colaborador’ da ‘Corte’ (...). Não me parece nem um pouco despropositado equiparar o *amicus curiae* a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer, a de fiscal da lei (*custus legis*) e, em menor escala, ao perito ou, mais amplamente, a um mecanismo de prova no sentido de ser uma das variadas formas de levar ao Magistrado, assegurada, por definição, sua imparcialidade, elementos que, direta ou indiretamente, são relevantes para o proferimento de uma decisão”.

Concluídas as manifestações, deverá o tribunal decidir o incidente – no prazo de seis meses, sob pena de cessar a suspensão outrora deferida, salvo decisão específica em contrário – sendo que tese nele fixada deverá obrigatoriamente aplicada aos demais feitos em curso. Esse efeito vinculante alcançará, evidentemente, apenas a área de jurisdição do respectivo tribunal, salvo se sobrevier decisão em recurso especial ou extraordinário interposto em face da decisão proferida no incidente.

Esses eventuais recursos especial e extraordinário não se sujeitarão a admissibilidade na origem, devendo ser enviados imediatamente à corte *ad quem*. E haverá repercussão geral reconhecida *ex lege*, independentemente de demonstração pelo recorrente e mesmo de decisão sobre tal requisito, pelo STF.

Finalmente, a tese jurídica definida no âmbito do incidente deverá ser aplicada pelos demais juízos, obrigatoriamente (efeito vinculante), sob pena da recalcitrância em fazê-lo dar ensejo à correção, pelo tribunal, pela via da reclamação constitucional. Esse último ponto, do efeito vinculante, será pormenorizadamente trabalhado na terceira parte da dissertação.

8 O incidente de resolução de demandas repetitivas: parâmetros democráticos

8.1 Particularidades do efeito vinculante da tese definida no incidente

Em tópico anterior já foi analisado com detalhes a conformação normativa do incidente de resolução de demandas repetitivas, inclusive quanto ao efeito vinculante da decisão nele proferida. Também foram estudados os principais institutos do *common law*, especialmente o *stare decisis*, que justifica o caráter vinculante do precedente naquela tradição jurídica. Agora é hora de analisar o procedimento do incidente, à luz da legitimidade da decisão que, conforme ressaltado, alcançará pessoas estranhas ao processo julgado.

Convém, então, retomar algumas premissas. A primeira delas é de que o ato de julgar constitui exercício de poder e, assim, somente pode ser praticado nos limites da outorga feita pelo ordenamento jurídico, a despeito de estar reconhecido, sabido e consabido, que juiz cria direito; a segunda premissa é a de que a vinculação à legalidade não satisfaz as exigências de um estado constitucional de direito, sendo dever inafastável a busca pela legitimidade dos atos estatais, especialmente daqueles praticados pelo Poder Judiciário que, como já visto, legitimasse *a posteriori*, dada a ausência de representação; finalmente, a de que o Brasil convive com um *deficit* de legitimidade da Jurisdição.

Admitidas essas questões, tem-se no incidente de resolução de demandas repetitivas, tal como proposto no Projeto de Lei 8.046/10, uma grande fonte de preocupações. Não somente porque está previsto o efeito vinculante das decisões, mas especialmente porque esse julgamento, ao contrário do que se dá no *common law*, alcança de forma direta e vinculante todos os feitos em curso que, inclusive, estarão suspensos à espera da “decisão piloto” proferida no incidente.

É importante perceber a diferença entre as situações e suas respectivas consequências. Uma coisa é uma corte do *common law* julgar um caso – decisão para o caso concreto, aplicação do direito a uma situação jurídica individualizada e com alcance subjetivo restrito – e outra coisa, bem diferente, será um tribunal brasileiro decidir uma questão jurídica, oriunda de um processo específico, mas que alcançará, obrigatoriamente, uma infinidade de outros feitos então pendentes de julgamento (e até mesmo os processos futuros), de forma vinculante.

Trata-se, sem dúvida, de uma grande inovação no direito brasileiro. Não que o sistema jurídico pátrio desconheça o efeito vinculante. Em 1875, por meio do Decreto 2.684/75, foram expressamente recepcionados no Império do Brasil os “assentos” editados em

Portugal após o ano de 1.805 e até a data da independência, bem como autorizado o Supremo Tribunal de Justiça a editar outros, também com efeito vinculante¹⁹⁸. Como é sabido, sob a égide da Constituição de 1988, as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e também para os do poder executivo; o STF pode, segundo autorização dada pela Emenda Constitucional 45/04, editar súmulas com efeito vinculante sobre matéria constitucional, após reiteradas decisões sobre o assunto (CF, art. 103-A). Não há dúvida, pois, de que efeito vinculante não é algo desconhecido do direito brasileiro¹⁹⁹.

Nada do que já se viu aqui, contudo, em meio milênio de história, assemelha-se ao efeito vinculante da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. Para justificar essa assertiva, basta uma breve análise dos institutos acima citados.

Os assentos representam a primeira experiência do efeito vinculante no direito luso brasileiro. Não cabem aqui grandes digressões históricas, mas convém registrar que advinham os assentos da interpretação dada à lei pelo monarca e, posteriormente, pelas Cortes de Justiça do reino²⁰⁰. Eram, pois, interpretações autênticas dos atos normativos. Essa interpretação,

¹⁹⁸ Conforme constou das notícias históricas acerca do processo no Brasil, apresentadas em item precedente, proclamada a independência do Brasil, foi editado o decreto de 20 de outubro de 1823 conferindo eficácia, no Brasil, às leis portuguesas que não contrariassem a soberania nacional. Assim, é possível cogitar, como faz Amaury Nunes (2010, p. 117), que isso “poderia parecer suficiente para entender como recepcionados, também, os assentos de natureza interpretativa”, mas se optou, talvez por amor à clareza, por uma disposição específica sobre o assunto, o Decreto 2.684/75.

¹⁹⁹ Há outras referências possíveis, como o art. 187 do Regimento Interno do STF que disciplinava a chamada *representação interpretativa*, introduzida pela EC 07/77, com previsão expressa de efeito vinculante à decisão nela proferida (Art. 187: “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no *Diário da Justiça da União*, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”). Conforme já anunciado, não é o propósito aqui esgotar as referências históricas sobre o tema, mas, tão somente, demonstrar a presença do efeito vinculante no direito brasileiro, em mais de uma situação, antes de se cogitar de atribuí-lo à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁰⁰ Ainda sobre os aspectos históricos, registra Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p. 179/183) que “Em Portugal, tem-se geralmente apontado sua ancestralidade [dos assentos da história recente daquele país] nos antigos assentos da Velha Casa de Suplicação, mais alto tribunal do Reio e, em princípio, presidido pelo próprio Rei, que foram criados pelas Ordenações Manuelinas de 1521 (§ 1º do Título 58 da Livro I), mantidos nas Ordenações Filipinas (§ 5º do Título 5 do Livro I), tradição que veio a ser confirmada e reforçada, com regulamentação minuciosa, na Lei da Boa Razão (...). Em Portugal, após marchas e contramarchas (a tradição foi interrompida com o ideário da Constituição portuguesa de 1822 e só retomada no ano de 1926, com o Decreto 12.353), em tempos bem recentes, ainda previa-se, com a disposição contida no art. 2º do Código Civil de 1916, o instituto, podendo os tribunais supremos, nos casos declarados em lei, ‘fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral’. (...). De toda a sorte, na década de 1990, o Tribunal Constitucional Português, pro meio do Acórdão 810/1993, no processo 474/1988, declarou a inconstitucionalidade, em parte, do art. 2º do Código Civil, em decisão cujo sumário é o seguinte: I – A norma do art. 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, é inconstitucional, porque viola o disposto no art. nº 115 da Constituição; II – A referida norma deixará de conflitar com o nº 5 do art. 115 da Constituição se for entendida no sentido de que os tribunais podem fixar, por meio de assentos, doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, suscetível de vir a ser alterada por este. A isso se seguiu a reforma do processo civil português (anos de 1995/1996) que terminou por revogar a parte não inconstitucionalizada do art. 2º do Código Civil”.

“uma vez realizada pelo monarca, era dotada de efeito vinculante, cujo desapareço implicava severas sanções para o desobediente” (NUNES, 2010, p. 110).

Quanto ao efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade basta a leitura atenta do § 2º do art. 102 da Constituição Federal²⁰¹. Nele está previsto que as decisões de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante para os poderes Judiciário e Executivo, ficando de fora da vinculação, por razões óbvias, o Poder Legislativo.

Finalmente, quanto aos exemplos aqui eleitos, há a súmula vinculante, cujo nome adotado pelo constituinte já deixa claro seu caráter obrigatório. Festejada por uns e criticada por outros tantos, a Emenda Constitucional 45/04 introduziu no direito brasileiro a tão debatida súmula vinculante, instituto cuja natureza jurídica constitui tormentoso tema acadêmico²⁰². Para os fins deste trabalho, contudo, basta-nos o reconhecimento de que a súmula, devidamente editada, tem observância obrigatória, embora não seja ela, em si, um ato jurisdicional típico (não é um ato decisório) e nem mesmo o resultado de um específico julgamento.

Do exposto, percebe-se que os assentos constituíam uma interpretação vinculante acerca de uma questão controvertida; as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade não julgam um conflito concreto, mas, ao contrário, resolvem uma controvérsia em abstrato, acerca da compatibilidade de um ato normativo com a Constituição Federal (daí a consagrada expressão “processo objetivo”); finalmente, as súmulas vinculantes constituem, de forma muito próxima aos assentos, o resumo do entendimento firme do STF acerca de relevante tema constitucional. Nada disso, como dito, assemelha-se ao efeito previsto para o incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁰¹ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁰² De forma bastante simples e resumida, é possível identificar ao menos três posicionamentos quanto ao tema. Há os que defendem tratar-se de ato normativo, advindo de um “poder normativo dos tribunais”. É o entendimento de Mônica Sifuentes (2005, p. 277), com esteio na doutrina de Jorge Miranda, que, estudando os assentos portugueses, admite, em sua classificação, atos jurisdicionais de conteúdo normativo (MIRANDA, 1997, t. 5, p. 25/26). Por outros fundamentos, há os que defendem tratar-se de um “ato político”, como fez Amaury Nunes (2010, p. 132/133). Para ele, “o único e insuficiente ponto de contato da edição da súmula vinculante com a atividade jurisdicional é que ambos, em regra, são exercidos por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário somente. Só isso”. Finalmente, autores há que, negando-lhe natureza normativa e sem enfrentar o seu possível caráter político, defendem tratar-se de um ato de julgamento, a exemplo de Osmar Mendes Paixão Cortes (2008, p. 199), que chega a afirmar que “a atribuição do efeito vinculante à súmula não muda a sua natureza de decisão jurisdicional consolidada a partir da repetição sistemática de entendimento em um mesmo sentido”. O tema é relevante, mas não comporta maior reflexão nos limites deste trabalho.

O incidente guarda peculiaridades importantes quanto às demais manifestações de efeito vinculante no Brasil. A primeira, consiste no fato de decidir uma questão fundamental para à solução de um litígio concreto, embora o faça “em tese”. A segunda está no relevante fato de que a decisão proferida pelo incidente será aplicada a inúmeros processos pendentes, necessariamente, dado o efeito vinculante de que é dotado.

Ao contrário do que se dá no *common law* – em que os tribunais, embora cientes de que suas decisões servirão (ou poderão servir) de paradigma a casos futuros, decidem um processo, uma controvérsia subjetivamente limitada, com efeito entre as partes do litígio – o incidente de resolução projetará efeitos para todos os processos que guardem a mesma controvérsia. Constitui, então, um julgamento modelo, uma decisão de amplo alcance subjetivo.

É importante perceber que, no caso Brasileiro, a definição do que exatamente vinculará será tomada por ocasião da admissão do incidente e não posteriormente, como se dá no sistema de aplicação de precedentes vinculantes no *common law*. Prevê o projeto de lei uma decisão de admissibilidade do incidente (art. 933, § 1º), na qual, evidentemente, deverão restar estabelecidos os limites objetivos da controvérsia, a questão jurídica a ser dirimida e cuja decisão (solução jurídica aplicada à divergência) será dotada de efeito vinculante para os demais casos.

Nesse ponto, exsurge um grande problema de legitimidade da decisão judicial. Afinal, como legitimar uma decisão produzida a partir de um caso concreto e com a participação de apenas alguns atores, mas que será aplicada a inúmeras (talvez milhares ou milhões) de pessoas? Eis um problema que, ao que parece, não mereceu do legislador brasileiro a devida atenção.

Conforme no capítulo em que foram analisadas as reformas do CPC, a sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos, instituída pela Lei 11.672/08 (e que guarda similitude com o incidente de resolução, uma vez que se vale da técnica do pinçamento), não parece atender ao mínimo de legitimidade da decisão. A isso basta que se observe que temas da mais alta relevância são decididos literalmente em gabinetes e divulgados em sessões sem qualquer debate ou participação especiais. E veja-se que, nessa hipótese, não há efeito vinculante, mas tão somente persuasivo, ainda que acentuado em razão da sistemática eleita pelo legislador e da interpretação que se lhe vêm dando os tribunais²⁰³.

²⁰³ Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça não admite que a parte recorra no sentido contrário da tese fixada em julgamento de Recursos Especiais repetitivos (CPC, art. 543-C), reputando a irresignação recursal como “manifestamente infundada” e, pois, condenando o recorrente na sanção prevista no art. 557, § 2º do CPC.

O que prelude esse sistema, para fins do futuro incidente de resolução? O risco elevado de decisões com *deficit* de legitimidade. É salutar retomar a assertiva outrora posta, acerca da legitimidade do exercício do Poder Jurisdicional. Como dito alhures, a ausência de participação popular na escolha dos membros do Poder Judiciário retira totalmente a legitimidade prévia de que gozam os membros do Legislativo e do Executivo. Resta ao Judiciário, então, legitimar-se posteriormente, o que será adiante analisado.

8.2 A legitimação da decisão judicial: procedimento e argumentação jurídica no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas

Admitida que foi a assertiva de que a ausência de legitimação prévia e de reavaliação periódica, pelo exercício do sufrágio no sistema representativo, impõe ao Judiciário um *deficit* de legitimidade específico, não compartilhado pelos poderes Legislativo e Executivo, impõe-se a reflexão acerca da existência de mecanismos de legitimação posterior, como forma de justificar o exercício do poder que lhe foi outorgado pelo sistema jurídico. Nesse sentido, apresentam-se de forma mais proeminente duas perspectivas, que se complementam: a legitimação da decisão judicial pelo procedimento e pela argumentação jurídica racional.

Asseverou Robert Alexy já no prefácio de sua célebre obra, escrita em 1978, que “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais” (ALEXY, 2005, p. 5). E essa argumentação racional é sempre necessária, seja para justificar a adoção de raciocínios dedutivos (exercício de subsunção) seja para justificar a resposta encontrada para os chamados “casos difíceis”²⁰⁴.

Ilustrativamente, veja-se o recente acórdão proferido no AgRg no AREsp 200.190, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no qual foi aplicada a multa do art. 557, § 2º, ao fundamento de que “se em sede de julgamento de recurso repetitivo se firmou o entendimento de que (...), o recurso mostra-se manifestamente infundado, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC”.

²⁰⁴ A expressão “casos difíceis” ficou conhecida pela obra de Ronald Dworkin, conhecido professor norte-americano (University College London e New York University of Law). Um caso é “difícil” quando não se submete diretamente a uma regra clara ou, dizendo de outro modo, quando não pode ser solucionado pelo exercício lógico do silogismo (subsunção à norma). A existência de “casos difíceis” é reconhecida mesmo pelos teóricos positivistas, havendo entre eles (especialmente Hart) e Dworkin grande debate acadêmico. Sobre o ponto, assim se manifestou Dworkin: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica ao caso em questão. (...) Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (DWORKIN, 2002, p. 127).

É também Alexy (2005, p. 5) quem noticia que “a Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal [alemão] exigiu, na sua resolução de 14 de fevereiro de 1973 (resolução sobre o desenvolvimento do Direito), que as decisões dos juízes devem basear-se em ‘argumentos racionais’”. Alfonso García Figuera (2012, p. 17) afirma que “a ausência ou insuficiência da justificativa se não causa uma lesão, gera um risco para o Estado de Direito. Portanto, a teoria da argumentação jurídica é uma peça-chave na teoria do Estado e do Direito”.

Manuel Atienza, em “As Razões do Direito”, faz uma análise das principais teorias da argumentação jurídica e dedica os capítulos 5 e 6 aos trabalhos de Robert Alexy e Neil MacCormick. Para Atienza (2003, p. 118), esses autores

embora provindo de tradições filosóficas e jurídicas muito diferentes, - no caso de MacCormick, basicamente Hume, Hart e a tradição da *common law* (não apenas a inglesa como também a escocesa); no de Alexy, Kant, Habermas e a ciência jurídica alemã -, eles chegam, no final, a formar concepções da argumentação jurídica essencialmente semelhantes (cf. Alexy, 1980, e MacCormick, 1982).

Defende Neil MacCormick (2006, IX) que “a noção de uma forma de raciocínio dedutivo é fundamental para a argumentação jurídica”. A reafirmação dessa premissa, ao que parece, nunca foi tão importante quanto na presente quadra da história.

Não são necessários raciocínios complexos para a solução da boa parte dos problemas que se põem à frente do aplicador do direito. Daí MacCormick (2006, X) dizer que “talvez, para a decepção de importantes teóricos, essa lógica seja na realidade relativamente simples e direta. A fórmula simples porém muito criticada ‘N+F=C’ ou ‘Norma mais fatos geram conclusão’ é a verdade essencial”.

A obra de MacCormick não autoriza, nem mesmo ao mais desavisado dos leitores, supor que ele reduziria a atividade de aplicação do direito – e a jurisdicional, portanto – à fórmula acima apresentada. O grande mérito de seu trabalho foi, ao contrário de muitos, reconhecer a validade dessa lógica e sua utilidade para solucionar a maioria dos casos. Por consequência, carrega a virtude de declarar a desnecessidade de raciocínios com base em princípios, quando aplicável uma regra, de forma direta. Daí sua clara percepção da importância do trabalho do legislador, embora ciente de que a norma abstrata, evidentemente, não esgota as possibilidades do mundo:

O processo legislativo é o que confere forma determinada ao resultado momentâneo do debate político, pela promulgação de normas com o objetivo de solidificar uma perspectiva específica da ordem das coisas justificável em princípio, numa dada área

de interesse. Essas normas promulgadas merecem, portanto, um respeito especial. Por si só, elas nunca são suficientes para resolver todas as controvérsias, mas podem pelo menos focar pontos de controvérsia em casos específicos; e a solução de controvérsias por meio da interpretação das normas mantém em jogo os argumentos de princípio subjacentes às normas, embora de modo diferente do que ocorre no próprio processo político. (...)

Organizar a ordem jurídica desse modo em torno de um *corpus* de normas publicadas é a tarefa de qualquer Estado que aspire, ainda que minimamente, a um governo livre. Desde o século XVIII, as ideologias dominantes, em sua maioria, elogiaram essa visão do direito e do Estado; e muitos Estados reivindicaram legitimidade com base na alegação de sucesso no cumprimento dessa tarefa. A própria ideia de “Estado de Direito” ou de *Rechtsstaat* é a daquele Estado em que normas determinadas – e predeterminadas – regem e restringem o exercício do poder, além de regular as relações entre os cidadãos. (MACCORMICK, 2006, XII)

Percebeu MacCormick que esse entendimento prestigia a lei, como escolha nitidamente política e amplamente livre de um povo. Se há regras e é possível a aplicação da lógica dedutiva (se p então q), deve o juiz fazê-lo e isso, para muitos casos, basta. É a opinião de Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 177), ao defender que o desenvolvimento do método argumentativo retórico pode dar ensejo ao “problema” da substituição total ou parcial do método dedutivo, nos termos seguintes:

A respeito dessa questão temos dito que, em nossa opinião, a substituição é parcial e limitada ao campo dos casos difíceis. Estimamos que se devam admitir as falências e limites do raciocínio dedutivo, mas sem dele prescindir, já que isso elevaria ainda mais o grau de incerteza ao não haver critério algum para decidir.

MacCormick volta ao ponto em questão em outro momento de seu trabalho. Aduz com inigualável clareza que “o raciocínio dedutivo das normas não pode ser um modo auto-suficiente e auto-sustentável de justificação jurídica”. Mas que, apesar disso, é “correto dar à argumentação a partir de normas aquela posição de centralidade essencial a ela atribuída nesta obra”. (MACCORMICK, 2006, p. XIV-XV).

Essa posição de centralidade, registre-se, não implica a inexistência de dificuldades. A justificação por dedução encontra limites e isso é tranquilamente reconhecido por MacCormick, assim como o é por Robert Alexy²⁰⁵. O raciocínio dedutivo não afasta a necessidade de justificação das premissas, como reconhece o próprio MacCormick (2006, p. 30):

²⁰⁵ Conforme registra Manuel Atienza (2003, p. 171): “Nenhum sistema de normas jurídicas é capaz de garantir, por si mesmo, que todos os casos jurídicos possam ser resolvidos de forma puramente lógica, mediante o uso apenas das normas vigentes e da informação sobre os fatos (cf. Alexy, 1978^a, págs. 23 e seguintes); as razões que Alexy dá para isso são, basicamente: a indefinição da linguagem jurídica, a imprecisão das regras do método jurídico e a impossibilidade de prever todos os casos possíveis”.

É importante destacar que a validade lógica de um argumento não garante a veracidade de sua conclusão. Do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas.

Manuel Atienza (2003, p. 122), tratando da justificação dedutiva proposta por MacCormick esclarece que o termo “lógica” pode ser usado em dois sentidos: um sentido técnico, de lógica dedutiva, que se refere “às inferências; as premissas só seriam ilógicas se fossem contraditórias”; e um sentido de lógica como “justiça”. Aí aduz, com clareza:

O Direito – ou melhor, o raciocínio jurídico – pode não ser lógico no segundo sentido, mas tem de sê-lo no primeiro (independentemente de que se trate ou não de um sistema da *common law*). Resumindo, embora MacCormick não empregue essa terminologia, tudo o que foi dito significa que uma decisão jurídica precisa, pelo menos, estar justificada internamente, e que a justificação interna é independente da justificação externa, no sentido de que a primeira é condição necessária, mas não suficiente, para a segunda. (ATIENZA, 2003, p. 122).

É sabido que as normas não se situam numa zona de certeza interpretativa²⁰⁶. E isso tem especial relevância quanto à escolha da premissa do raciocínio dedutivo (premissa maior). É por isso que Ricardo Lorenzetti (2010, p. 171) afirma que o raciocínio dedutivo tem como primeiro passo “identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral...”. E que, após identificada essa norma aplicável, deve ser estabelecido seu sentido: “se há uma linguagem aberta, não é possível dedução isolada, e aparece a tarefa do juiz, que deve proceder à interpretação da norma, sem que seja possível sua aplicação automática”. (LORENZETTI, 2010, p. 173).

Ademais, há ainda o problema com a definição dos fatos. Jerome Frank dizia que muitos homens perdem sua liberdade ou seu patrimônio em razão de fatos que não ocorreram, o que constitui, para a sociedade, um “problema moral de primeira magnitude” (FRANK, 1991, p. 26). Para ele, a grande questão do direito, geradora de incerteza insuperável, costuma ser um “problema de fato” (FRANK, 1991, p. 37). E aí estaria, para o raciocínio lógico, um problema de definição dos contornos da premissa menor.

Essas reflexões bastam para confirmar que o raciocínio dedutivo, aqui defendido como ponto de partida da argumentação racional, não se resume à simples dedução, como suficiente à decisão judicial. “Uma completa justificação dessa decisão deve girar em torno de

²⁰⁶ “Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável em litígio. Como as normas são formuladas em linguagem, elas apresentam (como H. L. Hart salientou) uma trama aberta e são vagas pelo menos no que diz respeito a certos contextos”. (MACCORMICK, 2006, p. 83).

como for justificada a escolha entre as vertentes cocorrentes da norma” (MACCORMICK, 2006, p. 86) e, ainda, à eleição da versão fática tida por adequada.

Daí que MacCormick (2006, p. 129) avança para o que chama de “justificação de segunda ordem” Essa justificação “deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante”, que impõe limitações ao processo.

Entram em cena, então, os casos difíceis. “MacCormick faz uma divisão quatripartite de casos difíceis, que podem envolver problemas de interpretação, de pertinência, de prova ou de qualificação. Os dois primeiros afetam a premissa normativa e os dois últimos, a premissa fática” (ATIENZA, 2003, p. 123).

De forma bastante resumida – compatível com os limites deste trabalho – pode-se assim tratar da divisão quatripartite de MacCormick: há um “problema de interpretação” quando não há dúvida acerca da norma aplicável, mas essa norma admite mais de uma leitura (a norma deve ser aplicada pela lógica do $p \rightarrow q$, mas o p pode ser interpretado no sentido de p' ou p ”, por exemplo); o “problema de pertinência” é anterior ao problema de interpretação, pois diz respeito à existência de norma aplicável ao caso (dúvida acerca da existência da norma p); os “problemas de prova” ligam-se à definição da premissa menor, ao acolhimento de uma dada versão sobre os fatos relevantes da lide; finalmente, o “problema de qualificação” é suscitado “quando não há dúvida sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma” (ATIENZA, 2003, p. 125)²⁰⁷.

A partir dessas constatações, MacCormick enfrenta o problema da argumentação jurídica quando a justificação dedutiva é insuficiente. Quanto ao ponto,

Sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade e, em segundo lugar, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista. (ATIENZA, 2003, p. 126)

²⁰⁷ À primeira vista, vê-se que o “problema de qualificação” é equivalente, logicamente, ao “problema de interpretação”.

Aqui uma reflexão faz-se indispensável. O incidente de resolução de demandas repetitivas, segundo previsto no projeto do novo CPC, é vocacionado “exclusivamente”²⁰⁸ às questões de direito. É evidente que, sendo o discurso jurídico um “caso especial do discurso prático geral” (ALEXY, 2005, p. 210), não há como pensar uma decisão judicial racional que abstraia absolutamente os fatos. Muito ao contrário, a tese a ser fixada destina-se justamente a um fato ou conjunto de fatos relevantes, devida e previamente identificados.

Ainda assim, os dois últimos aspectos que, segundo MacCormick tornam um caso “difícil” não estariam, em tese e em regra, presentes no julgamento do incidente de resolução. A fase de admissão do incidente servirá, justamente, para definir a questão jurídica a ser resolvida e, pois, a incidir sobre um fato ou conjunto de fatos já definidos. Daí que os problemas de prova e os problemas de pertinência (divisão quadripartite de MacCormick) não ostentariam maiores problemas no âmbito do incidente.

Não é o propósito aqui discorrer exaustivamente acerca da teoria da argumentação jurídica, nem mesmo enfrentar as suas críticas²⁰⁹. A intenção é modesta: demonstrar que a legitimidade da decisão judicial não pode ser alcançada pela via da simples fundamentação. Exige-se que a correção da fundamentação possa ser, de algum modo, controlável, o que busca tornar possível a teoria da argumentação jurídica.

Sendo isso verdade para qualquer ato decisório, em qualquer processo, avulta sua importância para as decisões em um “processo modelo”, cuja sistemática processual e decisória é especialmente construída para viabilizar um amplo alcance subjetivo da decisão proferida. Eis, então, o desafio do incidente de resolução ou, mais precisamente, de seus julgadores: racionalizar as decisões judiciais e, assim, assegurar (para além do controle dos interessados pela via recursal) a legitimidade da decisão, exigência inafastável do Estado Constitucional.

Mas nem tudo se resume à argumentação jurídica. Além da argumentação racional, a legitimidade da atuação jurisdicional – e especialmente da decisão proferida em “processos modelo”, como se dará no incidente de resolução de demandas repetitivas – também depende do direito de participação²¹⁰. Como já afirmado, o incidente de resolução de demandas

²⁰⁸ Conforme restou demonstrado quando da breve notícia sobre o *musterverfahren*, na Alemanha o procedimento modelo admite que sejam dirimidas questões fáticas ou jurídicas. Não foi essa, até então, a escolha do legislador, que previu expressamente que o nosso incidente de resolução de demandas repetitivas limita-se à questões jurídicas.

²⁰⁹ Uma abordagem acerca das críticas à teoria de MacCormick, inclusive enfrentando sua possível procedência, pode ser encontrada na obra de Manuel Atienza (2003, p. 139-155).

²¹⁰ A questão do direito de participação – ou *Day in Court* – foi enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Matin vs Wilks*, em que o então presidente Rehnquist sustentou que “ninguém pode ter seus

repetitivas, se aprovado como previsto no Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, constituirá algo novo no direito brasileiro. E a novidade reside, justamente, no amplo alcance subjetivo do conteúdo da decisão proferida no incidente.

Importa, nesse contexto, consignar que a legitimidade da decisão exige, além de justificação racional, um procedimento participativo amplo – efetivamente amplo – sob pena de incorrer em ilegitimidade. Na seara dos direitos individuais homogêneos – na qual, por excelência, atuará o futuro incidente de resolução de demandas repetitivas – essa participação, capaz de adequadamente representar os interesses envolvidos, ganha importância.

A doutrina reconhece que no processo coletivo há uma relação entre o alcance amplo da coisa julgada e a exigência de “representatividade adequada”. Em outras palavras, quanto maior o alcance da decisão, mais exigente deve ser o crivo da representatividade dos interesses²¹¹, sob pena de ilegitimidade.

É certo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não constitui, a rigor, uma nova forma de tutela coletiva, mas, como já apontado, uma alternativa a ela. A reflexão sobre a adequada representatividade, exercida para o processo coletivo, parece sinalizar caminhos ao futuro incidente. E no ponto, há basicamente dois sistemas: i) o controle da representatividade pelo juiz, “como se dá nas *class actions* norte-americanas” (GRINOVER *et al*, 2007, p. 238); ii) a definição legal da representatividade, como se fez no Brasil, por exemplo, com as associações de classe que cumpram determinados requisitos (art. 5º, V, da Lei 7.347/85)²¹².

No projeto de lei do novo CPC nada há a respeito. É certo que não haverá, na decisão do incidente, a formação da coisa julgada. Ao contrário, como já tratado, haverá a coisa julgada da cognição, devendo o tribunal, por meio do incidente, definir a tese jurídica aplicável à hipótese fática previamente definida. Assim, quando do término do julgamento – que se dará em cada processo subjetivo – é que a decisão deverá ser protegida pela coisa julgada.

direitos determinados por uma corte sem ter participado do processo” (FISS, 2004, p. 207/208). Na ocasião, decidiu-se que uma dada decisão – *injunction* estrutural – deveria ser revista por ter afetado um grupo de pessoas que não tiveram o seu dia na corte. Tal precedente, contudo, foi posteriormente enfraquecido em razão de inovação legislativa.

²¹¹ “Quanto mais ampla a legitimação, tanto mais se faz necessário o pré-requisito da representatividade adequada. Quanto mais amplo o princípio da extensão a terceiros da coisa julgada – como no sistema do *opt out* (v. infra) –, mais necessário esse controle. Aliás, nos processos coletivos, existe uma correlação inequívoca entre os esquemas da legitimação e os regimes da coisa julgada”. (GRINOVER *et al*, 2008, p. 238).

²¹² Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...)V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ocorre que o efeito vinculante da tese fixada no julgamento do incidente já será suficiente para determinar o desfecho do julgamento a ser proferido em cada caso particular. Aliás, é justamente essa a razão de ser do incidente: solucionar incontáveis processos por meio de um julgamento piloto, no qual a resposta jurídica à questão repetitiva será definida. Assim, a adequada representação (ou, mais precisamente, a forma de escolha do “litigante piloto” ou da admissão de outros) deveria ter sido tratada no projeto do novo CPC, pois tem fundamento no devido processo legal e, ademais, constitui requisito de legitimidade da decisão judicial.

Essa representatividade constitui tema de alta relevância. No âmbito das *class actions* norte-americanas, Aluísio Mendes (2012, p. 78), esclarece o fundamento do seu controle pelo juiz:

O requisito encontra-se lastreado no princípio constitucional do devido processo legal. Mas, no caso das *class actions*, possui importância fundamental, pois o processo coletivo ensejará a possibilidade de direitos e interesses individuais serem defendidos em juízo por outros titulares, sem que poderes específicos para tanto tenham sido, *a priori*, conferidos, voluntariamente, mediante o respectivo contrato de mandato ou outro tipo de autorização. Em decorrência, ficarão os interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) vinculados aos efeitos do pronunciamento judicial. Constitui-se, assim, hipótese de caráter excepcional, pois, dentro do sistema do Estado Democrático de direito, as possibilidades de representação e defesa de direitos alheios estão, em geral, associadas à manifestação de vontade do próprio titular, diretamente, como, por exemplo, através do voto, ou indiretamente, quando o representante, mediante lei, outra eleição ou substabelecimento, confere a terceiro os poderes recebidos.

Essa reflexão, então, parece servir ao caso brasileiro. Se o amplo alcance da coisa julgada coletiva justifica o controle da representatividade, o mesmo se diga quanto o amplo alcance da decisão proferida no incidente, que será dotada de efeito vinculante. Parece lícito aduzir, inclusive, que a natureza vinculante da decisão reclama preocupação ainda maior com o procedimento e com a adequada representação de interesses²¹³.

E há ainda um agravante: o futuro incidente desconhecerá técnicas como a do *opt out*, que permite que um indivíduo – por sua livre manifestação de vontade – afaste-se do alcance da ação coletiva e, por consequência, optar por litigar individualmente, ou até por não litigar.

²¹³ Não é por acaso que Antônio Gidi (2004, p. 71) afirma que “Um dos componentes mais importantes de qualquer legislação de ação coletiva é determinar quem pode representar os interesse do grupo no tribunal”. A redação original é a seguinte: “Uno de los componente más importantes de cualquier legislación de acción colectiva es determinar quién puede representar los intereses del grupo em el tribunal”.

Como é sabido, o critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. Todos os demais membros da classe, que não tenham exercido a opção de excluir-se, são considerados partes e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa. (GRINOVER *et al*, 2008, p. 242).

O critério do *opt out* não seria mesmo aplicável ao incidente, pois de ação coletiva não se trata. Ademais, sua razão de ser é a uniformização das respostas estatais às questões jurídicas repetitivas, o que seria incompatível com o citado modelo. Essa constatação apenas ratifica o que já foi dito: o incidente de resolução, por seu efeito vinculante, exige um procedimento diferenciado, especialmente vocacionado à legitimação da decisão nele proferida.

A decisão proferida no incidente, como já analisado, será dotada de efeito vinculante aos demais processos que guardem a mesma controvérsia jurídica. E como reputar legítima uma decisão – ainda que racionalmente justificada – de cujo processo não tenham participado aqueles que serão por ela obrigados?

As experiências já vividas no âmbito do julgamento por amostragem, no Brasil, restringem-se ao Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC) e Recursos Extraordinários, integradas com a repercussão geral²¹⁴. E, quanto ao ponto, a legitimidade pela participação e representação adequada dos interesses, se existente, é altamente questionável.

O legislador previu que no julgamento de recursos especiais repetitivos, justamente por conta de seus efeitos diferenciados (v.g, a autorização para que os tribunais de origem reconsiderem o julgamento já proferido, para alinhá-lo à decisão proferida pelo STJ), o relator, “considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. Teresa Arruda Alvim (2008, p. 308/309), entende que essas *pessoas* com interesse na controvérsia podem ser justamente aqueles que são partes em processos similares:

Entendemos que a previsão contida no § 4º do art. 543-C estende-se às partes em cujo processo houve recurso especial que teve sua tramitação sobrestada, em razão da subida de recurso especial “com fundamento em idêntica questão de direito” interposto por (ou contra) outra pessoa, que poderá manifestar-se, com o intuito de

²¹⁴ “Os RE’s e os REsp’s massivos e repetitivos vêm regulados no CPC, respectivamente, no art. 543-B e parágrafos (cf. Lei 11.418/2006) e no art. 543-C e parágrafos (cf. Lei 11.672/08). (...) Basicamente, a ideia é o encaminhamento ao STF ou ao STJ de um ou alguns processos *representativos da controvérsia*, ficando sobrestados, nos TJ’s e TRF’s (ou ainda, nos Juizados Especiais – Lei 10.259/01, art. 15; Lei 12.153/2009, art. 21, no tocante aos RE’s), os demais que se apresentem múltiplos e repetitivos”. (MANCUSO, 2010, p. 358).

ver provido (ou desprovido) o recurso especial selecionado. É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contra-razões.

Não pode ser assim, contudo. A se permitir que todos as pessoas que são partes em todos os feitos participem diretamente do julgamento por amostragem (ou do incidente, *mutatis mutandis*), estar-se-á extirpada a utilidade prática do instrumento processual. Daí a importância da participação pela ótica da adequada representação de interesses.

Ainda quanto aos recursos especiais repetitivos, não há dados estatísticos, como sói acontecer, mas é possível intuir – pela análise dos casos já julgados – que a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia” (art. 543-C, CPC) raramente acontece. Na prática, os recursos especiais repetitivos são julgados em gabinetes²¹⁵, sem a participação dos interessados e com rara intervenção de *amici curiae*.

A ausência de dados precisos torna perigosa qualquer assertiva categórica. Mesmo a eleição de casos específicos, como referenciais de análise, não se mostra segura, pois há sempre o risco de a escolha recair sobre um caso atípico, peculiar, que não reflita o que ordinariamente acontece. Apesar da ciência desses riscos, um caso, ao menos, precisa ser analisado.

O mais recente julgamento disponível na jurisprudência do STJ é o Recurso Especial Repetitivo 1.207.071/RJ²¹⁶, relatado pela Min. Maria Isabel Gallotti e decidido pela 2ª Seção daquela corte. Discutia-se no recurso, além de questão competencial²¹⁷, se o valor indenizatório pago pelo Banco do Brasil a seus empregados, chamado de “cesta-alimentação”, mediante convenção coletiva de trabalho, deveria ser incorporado aos proventos da complementação de aposentadoria pagos pelo fundo de pensão respectivo, a PREVI (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil).

²¹⁵ Na página oficial do Superior Tribunal de Justiça há um espaço especialmente dedicado aos recursos especiais repetitivos. Nele, consta um conjunto de “perguntas mais frequentes”. Uma delas é “O meu recurso é repetitivo e está suspenso. O que fazer?”. A resposta é a seguinte, e demonstra que a participação das partes que litigam em casos similares não é desejada (ou permitida?): “Caso o recurso esteja suspenso, o acompanhamento processual deve ser feito pelo recurso representativo da controvérsia. A consulta é feita na página do Tribunal (www.stj.jus.br), pelo seguinte caminho: ‘Consultas’, ‘Recursos Repetitivos’”. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1145, acesso em 14.04.2013, às 18h15min.

²¹⁶ Pesquisa efetuada no site www.stj.jus.br, pelos indicadores “*amicus curiae* e recurso e especial e repetitivo”, e, 23.04.2012, às 16:21.

²¹⁷ Que restou assim decidida, pelo rito do art. 543-C do CPC: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidades de previdência privada e participantes de seu plano de benefícios”.

Houve, no caso, pedido de ingresso no feito, na condição de *amici curiae* da Associação dos Aposentados e Pensionistas do Banco do Brasil de Santa Catarina e da Abaco, Associação Beneficente dos Aposentados da COPENE/BRASKEM, que foi indeferido, pelos seguintes fundamentos:

Considero que a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades referidos deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique para atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico).

Em se tratando de entidade de classe, penso que a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento de tal importante instrumento processual.

No caso em exame, a requerente representa aposentados e pensionistas do Banco do Brasil, apenas no Estado de Santa Catarina; não dispõe, portanto, ao meu sentir, de representatividade que justifique a sua intervenção formal em processo submetido ao rito repetitivo.

Pelas mesmas razões, indefiro o pedido de inclusão como *amicus curiae* da Abaco, sendo certo, de outra parte, que a referida associação representa aposentados sem relação alguma com a PREVI, entidade de previdência privada que pretende afastar o pagamento do auxílio cesta-alimentação dos proventos de complementação de aposentadoria dos ora recorridos.

Veja-se que, no caso concreto, as associações acima foram as únicas a pleitear o ingresso no feito, na condição de *amici curiae*. A primeira delas representa os aposentados de um dos estados da Federação e, ainda assim, não foi admitida. A relatora, seguida à unanimidade, entendeu que somente uma entidade de âmbito nacional – de cuja efetiva existência não se cogitou – poderia ser admitida. O entendimento restritivo, pois, não se justifica.

Esse cenário, que tem tudo para permanecer, caso aprovado o incidente de resolução de demandas repetitivas, produz decisões judiciais ilegítimas, ainda que racionalmente justificadas. E isso porque o direito de participação precisa ser assegurado.

É de conhecimento comum a máxima de que não adiantam boas leis se não houver juízes dispostos a aplicá-las com correção e seriedade. E esse, infelizmente, parece ter sido o caso do recurso especial repetitivo. Ainda assim, é importante tratar, de *lege ferenda*, do procedimento desejável ao incidente de resolução.

Seria fundamental que o legislador definisse parâmetros à admissão de *amicus curiae* e mesmo à participação de pessoas interessadas no julgamento do incidente de resolução (partes nos processos suspensos), de forma a viabilizar um debate profundo e democrático sobre o tema posto a debate. Não é por acaso que a maior parte das críticas que recebe o

incidente recai sobre seu possível caráter preventivo, uma vez que o tema não foi ainda debatido e decidido em outros foros²¹⁸.

Miguel Angel Ekmekdjian (1996, p. 80), tratando da figura do *amicus curiae* no direito argentino e do seu papel nos julgamentos, assim se manifesta:

amicus curiae é um papel que pode assumir qualquer pessoa, particular ou não, consistente em assistir o tribunal, oficiosamente ou a requerimento deste, oferecendo-lhe informações, opiniões ou indicando ao tribunal a existência de alguma questão jurídica que tenha escapado de sua consideração.

A intervenção do *amicus curiae* permite uma discussão jurídica mais ampla a respeito da controvérsia que deu origem à causa, o que é valioso em temas de interesse institucional²¹⁹.

É lícito concluir que somente com a participação de pessoas e entidades que adequadamente representem os interesses envolvidos será possível a produção de uma decisão legítima. E essa participação, que precisa ser ampla, é requisito essencial à decisão que – fundamentada racionalmente – poderá cumprir as exigências de um Estado de Direito.

²¹⁸ Foi essa, por exemplo, a crítica dirigida por Alexandre Freitas Câmara na audiência pública realizada em 16.11.2011, na Câmara dos Deputados, que assim ficou registrada no Relatório Geral do Projeto de Lei: “Destaca que o incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ter caráter preventivo, pois para que o instituto tenha legitimidade é imperioso que o debate sobre o tema já esteja amadurecido por intermédio de decisões proferidas em casos individuais”.

²¹⁹ Redação original: “El *amicus curiae* es un rol que puede asumir cualquier persona, particular o no, consistente en asistir al tribunal, oficiosamente o a requerimiento de éste, brindándole información, opiniones o señalando al tribunal la existencia de alguna cuestión jurídica en que haya escapado a la consideración de aquel. La intervención del *amicus curiae* permite una más amplia discusión jurídica respecto a la controvérsia que dio origen a la causa, lo que es valioso en temas de interés institucional”.

CONCLUSÃO

O presente estudo refletiu sobre a legitimidade da decisão judicial, como exercício de poder e, ao mesmo tempo, como atividade que deve proporcionar segurança jurídica aos cidadãos no Estado de Direito. A análise desses fatores teve como referência inicial o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto inspirado no direito alemão (*musterverfahren*) previsto no Projeto de Lei 8.046/2010, que tramita na Câmara dos Deputados e pretende instituir o novo Código de Processo Civil.

A análise inicial apontou para a necessidade de um olhar sobre alguns temas que, embora não constituam o âmago do estudo, mostram-se relevantes para a compreensão da relevância das leis processuais para o cumprimento do dever estatal de prestar tutela jurisdicional efetiva, em um tempo razoável, com previsibilidade compatível com a segurança jurídica exigida pelo Estado de Direito e, ainda, de forma legítima. A tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental, precisa também gozar desses outros atributos, sob pena de ser incompatível com o anseio social e, ademais, com os valores do Estado Brasileiro. Mostram-se possíveis, então, algumas assertivas:

1. A segurança jurídica é um elemento que integra a própria ideia de Estado de Direito e, pois, não pode ser desprestigiada. Não é por acaso que foi consagrada em inúmeros dispositivos e institutos da Constituição Federal de 1988, inclusive no que se refere à uniformidade na aplicação do direito federal. De fato, a previsibilidade das decisões judiciais constitui elemento fundamental à segurança jurídica, pois sem ela o cidadão não tem como orientar seu comportamento nem saberá que resposta estatal receberá por sua conduta;
2. A promoção da segurança jurídica, esse valor fundamental, não pode ser realizada a qualquer custo, nem a qualquer tempo. É antiga a tensão entre segurança e celeridade, de modo que conciliá-las não constitui tarefa fácil. É certo, também, que a Constituição Federal consagra (e, antes dela, o Pacto de São José da Costa Rica) o direito à duração razoável do processo, pois a espera pela resposta estatal não pode se eternizar. O Estado é devedor, então, de uma resposta estatal em tempo razoável;
3. O cidadão dispõe de um direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, que conduza ao cumprimento do dever de resposta no prazo razoável, segundo as peculiaridades de cada pretensão deduzida em juízo. O titular do direito fundamental,

- então, pode e deve exigí-lo do Estado que, por sua vez, deve cumpri-lo sem desconsiderar o dever, também fundamental, de promover a segurança jurídica;
4. Mas não é só. Julgar é exercer poder. Direito e Poder são indissociáveis e o exercício da jurisdição é, então, exercício de poder. No Estado de Direito, qualquer poder somente pode ser exercido nos limites em que outorgado pelo sistema jurídico. Eis um tema da mais alta relevância: do respeito aos limites depende a sobrevivência do Estado;
 5. Vive-se a era da judicialização e do ativismo judicial. No Brasil e em inúmeros países do mundo ocidental – por causas muitas vezes comuns – agigantou-se a crença de que o Judiciário deve ser o foro de resolução das questões mais caras à democracia e, pois, à vida do cidadão. Os juízes, cuja história mostra que não gostam de peias no exercício do poder, valem-se desse contexto de descrédito dos demais poderes e de quase divindade do Judiciário para decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa (assenhramento da legislação democraticamente construída), moldando a lei à semelhança de suas suposições de justiça ou de conveniência;
 6. Diante de tudo isso, sucumbe a legitimidade. O Estado de Direito tem como mérito a submissão de todos ao direito posto, mas é lícito aduzir que – na presente quadra da história, em que inexorável o reconhecimento da natureza criativa da atividade jurisdicional – não basta cumprir leis: é preciso que as decisões judiciais produzam resultados legítimos;
 7. Não é mais suficiente o conceito de legitimidade como sinônimo de legalidade, de cumprimento da lei. É preciso pensar em legislação legítima e, especialmente, em decisão judicial legítima, pois, ao contrário dos demais poderes, o Judiciário é completamente despido de legitimação prévia;
 8. Uma sociedade de massa produz conflitos de massa. O processo, como mecanismo de atuação da jurisdição, precisa ser dotado de instrumentos capazes de, mesmo no contexto de elevada judicialização e de conflitos massificados, viabilizar ao Estado o cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, em tempo razoável, previsível e legítima;
 9. O projeto do novo Código de Processo Civil traz inovações relevantes, muitas. Aqui, escolheu-se o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, especialmente porque vocacionado a solucionar conflitos de massa (processo como pretensões isomórficas) e dotado de efeito vinculante, uma novidade, em processos subjetivos, no direito brasileiro;

10. O incidente prevê o julgamento de um “processo piloto”, no qual será resolvida uma questão jurídica repetitiva, cuja solução jurídica adotada terá efeito vinculante para todos os demais processos, presentes e futuros, que versem a mesma controvérsia. Daí sua importância ímpar às reflexões deste trabalho: decisão piloto e, pois, sem a participação dos interessados, e com efeito vinculante. Como, então, produzir resultados legítimos?
11. A essa reflexão, fez-se necessário um olhar sobre a história do processo civil brasileiro, desde as ordenações portuguesas até as mais recentes reformas ao Código de Processo Civil de 1973, como forma de analisar os esforços já realizados e os avanços obtidos. Foi também imprescindível estudar, ainda que brevemente, um pouco da história do *common law* e dos seus principais institutos, especialmente o princípio do *stare decisis*, que garante o efeito vinculante aos precedentes naquela tradição jurídica;
12. Feito tudo, o incidente de resolução, como previsto no CPC, foi pormenorizadamente analisado. O terceiro capítulo, então, dedicou-se a refletir sobre a existência de mecanismos capazes de ampliar o coeficiente de legitimidade da decisão judicial proferida no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, especialmente considerando o efeito vinculante de que será dotado e a participação de apenas um ou alguns dos interessados;
13. A resposta sugerida passa por dois caminhos, que se complementam: a argumentação jurídica racional e o procedimento legitimante. A primeira, elemento central na teoria do direito contemporâneo, considerando a constante ampliação do espaço da jurisdição; o segundo, uma forma de, permitindo a adequada representação do interesse, legitimar os resultados;
14. Um tema dessa envergadura não permite conclusões categóricas. Se o presente trabalho mostrar-se apto a fomentar o debate sobre os limites do exercício do poder – do jurisdicional, em especial – no Estado de Direito, terá cumprido seu papel. E se, mais longe ainda, lograr sugerir alternativas viáveis ao debate da legitimidade da Jurisdição, apontando um caminho possível à legitimação da jurisdição, estará justificado.

Parece lícito concluir, então, apenas, que o longo caminhar das sociedades não se compadece com o exercício ilimitado e, pois, ilegítimo do poder. Se há algo que pode ser afirmado com razoável tranquilidade é que o ideal humano permanece sendo o da liberdade, embora com

conteúdo diverso da liberdade clássica. E ser livre é ter o direito de fazer escolhas e, principalmente, o de vê-las respeitadas por aqueles que, também por opção constitucional, exercem o Poder Jurisdicional no Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDREWS, Neil. **Influência Europeia sobre o Processo Civil Inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha**. Revista de Processo, ano 36, vol. 195, maio/2011. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier.

_____. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Duração razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil**. Porto Alegre. Revista Jurídica, ano 56, n. 372, out./08, p. 11-27.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **As novas reformas do processo civil**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. Universidade Nacional Autónoma de México. México, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Princípios e regras e a segurança jurídica.** Revista de Direito do Estado, Ano 1, n° 1, jan/mar 2006, p. 189-206.

_____. **Teoria dos Princípios.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, RUI. **Oração aos moços.** Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual – 7ª Série.** São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 5. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Tutela de urgência e efetividade do direito.** GENESIS Revista de Direito Processual Civil, n. 28, abr./jun. 2003, p. 286/297.

_____. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos.** Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro, v. 31, p. 21-33, jan./abr. 2005.

_____. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão.** Revista de Processo. Rio de Janeiro, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

_____. **La significación social de las reformas procesales.** Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año VI, n. 9, 2006, p. 23-37.

_____. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 321-329.

BARROS, Humberto Gomes de. **Superior Tribunal de Justiça versus Segurança Jurídica: a crise dos 20 anos**. Revista do Advogado, Ano XXIX, nº 103, maio de 2009, p. 57/61.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano XXXIV, nº 194, 4º trimestre de 2000, p. 79/97.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 1-50.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Aspectos do Princípio da Segurança Jurídica**. In Direito Civil: Atualidades III. César Fiuza *et al* (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 585-619.

BERMURDES, Sérgio. **As Reformas do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Introdução ao Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. Vol. 1. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Revista Nacional da Magistratura. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, pg. 132-138.

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão:** uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n. 147, mai. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 1993.

CAPPELETTI, MAURO. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARVALHO, Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos Provimentos:** fundamentos da ordem jurídica democrática. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

CAVALCANTI FILHO, Gabriel de Oliveira. **Correção Parcial**. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Corregedorias do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAVALCANTI FILHO, Teophilo. **O Problema da Segurança Jurídica no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Revista e Informação Legislativa, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 157/164.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

COSTA, Judith-Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança**. R. CEJ, nº 27, p/110/120, out/dez.2004.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia da história do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais da Duração Razoável do Processo no Projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo, ano 36, n. 192, fev./2011, p. 193-209.

_____. **Ação Monitória**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Duração Razoável do Processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)**. In ASSIS, Araken de et al. (Coord.). *Direito Civil e Processo Civil: estudos em homenagem do Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, p. 1078.

_____. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Horizontes do Novo Processo Civil Alemão.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 12-22, jul./ago. 2005.

_____. **Precedente judicial na história do direito brasileiro.** Revista do Advogado. São Paulo, ano XXIV, nº 78, p. 43-48, set. 2004.

_____. **Precedente Judicial como Fonte do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Lineamentos da nova reforma do CPC.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo.** (coord.). São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. **Atuais reformas do Processo Civil Italiano e Brasileiro.** *In* Reforma do Código de Processo Civil. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Variações sobre Precedentes Judiciais Vinculantes e Persuasivos.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ano I, n. 5, 13-23.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e Crise no Direito.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

_____. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 8ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 2ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2010.

_____. (Coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Alguquerque Rocha**. Salvador: *Juspodivm*, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O futuro do direito processual civil**. Revista Forense, ano 92, vol. 336, out./dez. 1996, p. 27-45.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. **El amicus curiae en el derecho constitucional argentino**. Revista dos Tribunais, ano 4, n. 16, jul./set. 1996, p. 80/81.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FIGUEROA, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil (artigo por artigo)**. Saraiva: São Paulo, 1996.

FRANK, Jerome. **Derecho y incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. México: Fontanamara, 1991.

FRIEDE, Reis. **A imperatividade do direito positivo e o poder do juiz na apreciação da medida liminar**. Direito e Liberdade, Natal, v. 12, n. 1 (6), 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43861>>. Acesso em: 9 jan. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Política do Direito: uma introdução política ao direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. **Critérios para a densificação do conceito de “prazo razoável” no processo civil**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 70, jan./mar. 2007, p. 47-67.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GIBOSKI, Tarcísio Alberto. **Função Corregedora nos Tribunais**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, ano 67, n. 2, abr./jun. 2001, p. 108-130.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: un modelo para países de derecho civil**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. **Las acciones colectivas en Estados Unidos**. Direito e Sociedade, v. 3, n. 1, jan./jun. 2004, p. 117-150.

GÓMEZ, María Isabel Garrido. **La Predecibilidad de las Decisiones Judiciales**. Revista Ius et Praxis – Año 15, nº 1, p. 55-72.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei**. Ajuris, nº 36, Ano XII, p. 181-197, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 205.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração Razoável do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia da Intempestividade Processual**. São Paulo: Conceito, 2011.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LEVI, Lúcio. Verbete “legitimidade”. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política** (2 tomos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, v. 2 p. 675.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. 2ª ed. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim; DUARTE, Liza Bastos. **Correção parcial e sua (in)constitucionalidade**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 96, volume 859, maio de 2007, p. 1-800.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica**. Revista Jurídica, ano 58, dez. 2010, nº 398, p. 25-42.

_____. Artigo 5º, Inciso LXXVIII. In **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Paulo Bonavides *et al* (org). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores**. Revista do Tribunais, ano 100, vol. 906, abr./2011, p. 255-283.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAUS, Ingborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Estudos de Avaliação Educacional. Fundação Carlos Chagas, nº 20, jul./dez. 1999, p. 183-202.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, João Paulo dos Santos. **Duração Razoável do Processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. **Segurança Jurídica**. Revista Jurídica Consulex, nº 335, Edição Especial, 21.12.2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 4. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** *In* Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 89-131.

MENDES, Gilmar; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil:** confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política: legislativa, administrativa, judicial** (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo.** São Paulo: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário.** *Revista de Processo.* São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

NUNES, Jorge Amaury. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Princípios constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais.** Direito Público, v. 19, p. 94-112, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12 de dezembro de 2011.

OTHARAN, Luiz Felipe. **Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas:** notas de direito comparado. Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=58. Acesso em 16.08.2010.

PANTOJA, Fernanda Medina. **Reformas processuais: sistematização e perspectivas.** Revista de Processo, ano 33, n. 160, jun./2008, p. 87-114.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos:* vale a pena “pensar” de novo. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, n. 3, p. 25-31, mar. 1993.

_____. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão.** Salvador: *Juspodivm*, 2012.

_____. **Da arguição de relevância no recurso extraordinário.** Revista de Processo, ano 73, v. 259, jul./set. 1977, p. 11/22.

_____. **Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos.** Vale a pena “pensar” de novo? Seleções Jurídicas, mar. 1993, p. 25-31.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEYRANO, Jorge W. **Sobre el Activismo Judicial**. Publicado en: LA LEY 26/02/2008, disponível em http://www.google.com.br/#sclient=psy-ab&q=PEYRANO%2C+Jorge+W.+Sobre+el+Activismo+Judicial.+&oq=PEYRANO%2C+Jorge+W.+Sobre+el+Activismo+Judicial.+&gs_l=hp.3...452063.452063.5.452202.1.1.0.0.0.0.0.0..0.0...0.0...1c.1.11.hp.IRsZHgfJcY4&bav=on.2,or.r_qf.&bvm=bv.45645796,d.eWU&fp=dbd5a94cd23fc82a&biw=1311&bih=644, acesso em 27.04.2013, às 10:24h.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. In: Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.) **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REZENDE FILHO, Gabriel de. **O novo Código de Processo Civil**. Revista Forense, ano XXXVII, Vol. LXXXI, p. 299-307, jan. 1940.

_____. **A reforma processual e o Anteprojeto do Código de Processo Civil**. Revista Forense, ano XXXVI, Vol. LXXVIII, mai. 1939, p. 201-208.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSA, Eliézer. **Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

ROSAS, Roberto. **Segurança Jurídica. Efetividade. Jurisprudência**. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, abr./jun. 2011.

ROSITO, Francisco. **O princípio da razoável duração do processo sob a perspectiva axiológica.** São Paulo. Revista de Processo, ano 33, n. 161, jul./2008, p. 21-38.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Bauru: Edipro, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann.** Covilhã: Universidade Beira do Interior, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Constituição e Segurança Jurídica.** In Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15-30.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo: LTr, 1996.

STADLER, Astrid. **A test case in Germany: 16.000 private investors vs. Deutsche Telekom.** in: ERA-Forum. Springer Berlin/Heidelberg, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, p. 2-37, jul./dez.2011.

_____. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades:** necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? Direitos Fundamentais e Justiça, ano 2, n. 5, out./dez. 2008, p. 162-185.

STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil.** REPRO 193/355.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica.** Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006, p. 92-120.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas comparados.** Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2007.

TAKOI, Sérgio Massaru. **A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5º, LXXVIII, da CF/1988).** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 18, n. 70, jan./mar. 2010, p. 225-238.

TESHEINER, José Maria. (coord.). **Nova Sistemática Processual Civil**. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

_____. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de Código de Processo Civil**. Revista Jurídica, ano 48, julho de 2010, nº 393, p.27-34.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALTER, Gerhard. **Mass tort litigation in Germany and Switzerland**. Duke Journal of comparative and International Law, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araujo. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo**. Revista Jurídica. São Paulo, ano 58, nº 396, out./2010, p. 11-45.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Súmula vinculante: figura do common law?** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42526>> Acesso em: 11 nov. 2011.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____. **Três tipos puros de poder legítimo**. Trad. de Artur Morão; In: **Três tipos de poder e outros escritos**. Tribuna da História, Lisboa, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Brasileiro de Processos Coletivos / coordenação Ada Pellegrini Grinover, Aluísio de Castro Mendes e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-38.

ANEXO I – CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832.

(Vide Lei nº 261, de 1841)

Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil.

A Regência, em Nome do Imperador o Senhor Dom Pedro II, Faz saber a todos os Subditos do Império, que a Assembléa Geral Decretou, e Ella Sancionou a Lei seguinte:

Código do Processo Criminal de Primeira Instância

(...)

TITULO UNICO

Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil

Art. 1º Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz aonde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a Freguezia do seu domicilio.

Art. 2º Quando o réo estiver ausente em parte incerta poderá ser chamado por edictos para a conciliação, como é prescripto para as citações em geral.

Art. 3º Se o autor quizer chamar o réo á conciliação fóra de seu domicilio, no caso do artigo primeiro, será admittido a nomear procurador com poderes especiaes, declaradamente para a questão iniciada na procuração.

Art. 4º Nos casos de revelia á citação do Juiz de Paz se haverão as partes por não conciliadas, e o réo será condemnado nas custas.

Art. 5º Nos casos que não soffrem demora, como nos arrestos, embargos de obra nova, remoção de Tutores, e Curadores suspeitos; a conciliação se poderá fazer posteriormente á providencia, que deva ter lugar.

Art. 6º Nas causas, em que as partes não podem transigir, como Procuradores Publicos, Tutores, Testamenteiros; nas causas arbitraes, inventarios, e execuções; nas de simples officio do Juiz; e nas de responsabilidade; não haverá conciliação.

Art. 7º Nos casos de se não conciliarem as partes, fará o Escrivão uma simples declaração no requerimento para constar no Juizo contencioso, lançando-se no Protocolo, para se darem as certidões, quando sejam exigidas. Poderão logo ser as partes ahi citadas para Juizo competente que será designado, assim como a audiencia do comparecimento, e o Escrivão dará promptamente as certidões.

Art. 8º Os Juizes Municipaes ficam autorizados para prepararem, e processarem todos os feitos, até sentença final exclusive, e para execução da sentença.

Art. 9º Os Juizes de Direito poderão mandar reperguntar as testemunhas em sua presença, e proceder a outra qualquer diligencia, que entenderem necessaria, e julgarão a final.

Art. 10. Ficam abolidos os juramentos de calumnia, que se dão no principio das causas ordinarias, e nas summarias, ou no curso dellas, a requerimento das partes, assim como a fiança ás custas, ficando o autor vencido obrigado a pagar-as da cadêa, quando o não faça vinte e quatro horas depois de requerido por ellas.

Art. 11. As testemunhas serão publicamente inqueridas pelas proprias partes, que as produzirem, ou por seus Advogados, ou procuradores, e pelas partes contrarias, seus Advogados, ou procuradores, na fórmula dos artigos 262 e 264 do Codigo do Processo Criminal.

Art. 12. Os Escrivães, que servem perante os Juizes Municipaes, e de Direito no Fôro Criminal, escreverão em todos os actos, que por esta disposição lhe ficam pertencendo ácerca dos processos, e execuções das sentenças Civis, regulando-se pelos Regimentos dos Escrivães do Civel, e das execuções.

Art. 13. Nas grandes povoações aonde a Administração da Justiça Civil puder occupar um, ou mais Magistrados, haverá um, ou mais Juizes do Civel, a quem fica competindo toda a jurisdicção civil com exclusão dos Juizes Municipacs, cuja jurisdicção nessa parte fica cessando. A designação do Districto destes Juizes será feita do mesmo modo, que a divisão em Comarcas.

Art. 14. Ficam revogadas as Leis, que permittiam ás partes replicas, e treplicas e embargos antes da sentença final, excepto aquelles, que nas causas summarias servem de contestação da acção. Os aggravos de petição, e instrumentos ficam reduzidos a aggravos do auto do processo: delles conhece o Juiz de Direito, sendo interpostos do Juiz Municipal, e a Relação, sendo do Juiz de Direito.

Art. 15. Toda a provocação interposta da sentença definitiva, ou que tem força de definitiva, do Juiz inferior para superior afim de reparar-se a injustiça, será de appellação, extinctas para esse fim as distincções entre Juizes de maior, ou menor graduação.

Esta interposição póde ser na audiencia, ou por despacho do Juiz, e termo nos autos, como convier ao Appellante, intimada á outra parte, ou seu Procurador.

Art. 16. As sentenças que se extrahirem do processo não conterão mais do que o pedido, e contestação ou articulado das partes, e a sentença com os documentos a que elle se refere.

Art. 17. Não se julgarão nullas por falta de conciliação as causas intentadas antes da existencia dos Juizes de Paz.

Art. 18. Fica supprimida a jurisdicção ordinaria dos Corregedores do Civel, e Crime, e Ouvidores do Civel, e Crime das Relações, comprehendendo esta suppressão a jurisdicção de

todos os Magistrados, que julgam em Relações tanto em primeira instancia, como em uma unica com Adjuntos. Os processos de responsabilidade, e os das appellações, em todas as Relações regular-se-hão pelas duas especies de processo, que tem lugar no Supremo Tribunal de Justiça, e sempre em sessão publica.

Art. 19. Das sentenças proferidas nas Relações do Imperio não haverá mais aggravos ordinarios de umas para outras Relações, e só se admittirá revista nos casos, em que as Leis a permittem.

Art. 20. Haverá tantos Juizes dos Orphãos, quantos forem os Juizes Municipaes, e nomeados pela mesma maneira. A jurisdição contenciosa destes Juizes fica limitada ás causas, que nascem dos inventarios, partilhas, contas de Tutores, habilitações de herdeiros do ausente, e dependencias dessas mesmas causas.

Art. 21. O Governo na organização da nova fôrma de serviço que, em virtude do Codigo Criminal, e desta disposição, deverá executar-se, poderá empregar em lugares de Juizes de Direito, tanto no Crime, como no Civel, os Desembargadores existentes mais modernos, que o requererem, e não forem necessarios á dita nova fôrma do serviço das Relações; os quaes reverterão para ellas, quando lhes tocar por suas antiguidades, que lhes é conservada.

Art. 22. Fica extincta a differença entre Desembargadores Aggravistas, e Extravagantes, e todos igualados em serviço. Igualmente ficam extinctos os lugares de Chancellor em todas as Relações, e estas presididas por um dos tres Desembargadores mais antigos, nomeado triennialmente pelo Governo; e para estes Presidentes, passarão, á excepção das glosas, que estão extinctas, as attribuições dos anteriores Chancelleres.

Art. 23. O mesmo Governo na Côrte, e os Presidentes em Conselho nas Provincias lhes arbitrarão ordenados razoaveis, e accommodados ás circumstancias do tempo, e lugar, em que servem; ficando dependentes da approvação do Corpo Legislativo.

Art. 24. Os autos pendentes passarão para o Cartorio do Juizo, á que competir a continuação do conhecimento delles; e os findos dos Cartorios extinctos passarão para os Juizos Municipaes.

Art. 25. Ficam abolidos os Inquiridores.

Art. 26. Fica revogado o Alvará de vinte e tres de Abril de mil setecentos vinte e tres na parte, que impõe a pena de nullidade aos processos, escripturas, e mais papeis por falta de distribuição.

Art. 27. Ficam revogadas todas as Leis, Alvarás, Decretos, e mais disposições em contrario.

Manda por tanto a todas as Autoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios da Justiça a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos vinte e nove dias do mez de Novembro de mil oitocentos trinta e dous, undecimo da Independencia e do Imperio.

FRANCISCO DE LIMA E SILVA.

JOSÉ DA COSTA CARVALHO.

JOÃO BRAULIO MONIZ.

Honorio Hermeto Carneiro Leão.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral que Houve por bem Sancionar, sobre o Codigo do Processo Criminal de Primeira Instancia com disposição provisoria ácerca da Administração da Justiça Civil, tudo na fórma acima declarada.

Para Vossa Magestade Imperial Ver.

Antonio Alvares de Miranda Varejão a fez.

Registrada nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça a fl. 104, verso do Livro 1º de Leis. Rio de Janeiro, 5 de Dezembro de 1832. João Caetano de Almeida França.

Honorio Hermeto Carneiro Leão.

Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, e Sellada na Chancellaria do Imperio em 5 de Dezembro de 1832.

João Carneiro de Campos.