

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Alice Gontijo Santos Teixeira

**A REPERCUSSÃO GERAL E OS RECURSOS REPETITIVOS EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA:**

A técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção
da confiança do contribuinte

Belo Horizonte

2013

ALICE GONTIJO SANTOS TEIXEIRA

**A REPERCUSSÃO GERAL E OS RECURSOS REPETITIVOS EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA:**

A técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção da confiança do contribuinte

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Mestre em Direito na Área de Concentração em Direito Tributário, sob a orientação da Professora Doutora Misabel de Abreu Machado Derzi.

Belo Horizonte

2013

T266r Teixeira, Alice Gontijo Santos
A repercussão geral e os recursos repetitivos em
matéria tributária: a técnica do caso modelo como forma
de valorização do precedente e proteção da confiança do
contribuinte / Alice Gontijo Santos Teixeira. – 2013.
268 f.

Orientadora: Misabel de Abreu Machado Derzi.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses 2. Sistemas sociais 3.
Luhmann, Niklas 4. Habermas, Jürgen 5. Acesso à
justiça I. Derzi, Misabel de Abreu Machado II.
Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de
Direito III. Título.

CDU: 336.2:301

ALICE GONTIJO SANTOS TEIXEIRA

**A REPERCUSSÃO GERAL E OS RECURSOS REPETITIVOS EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA:**

A técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção
da confiança do contribuinte

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título
de Mestre em Direito Tributário.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2014.

Componentes da banca examinadora:

Professora Doutora Misabel de Abreu Machado Derzi (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Membro:

Membro:

Suplente:

Esta dissertação foi, sem dúvida, uma experiência pessoal de superação e crescimento.

Meu eterno agradecimento aos meus pais José Ricardo e Mônica, e à minha irmã Marina, sem os quais teria sido impossível chegar até aqui.

À minha querida orientadora Profa. Misabel Derzi, por seu incentivo, carinho e pela inspiração de sua grande obra.

Ao meu amigo e sócio Prof. André Moreira, pelo constante e fundamental apoio.

À Profa. Juliana Cordeiro, quem despertou minha paixão pelo Processo Civil e me ofereceu inestimável suporte durante a pesquisa.

*A alma é divina e a obra é imperfeita.
Este padrão sinala ao vento e aos céus
Que, da obra ousada, é minha a parte feita:
O por-fazer é só com Deus.*

Fernando Pessoa¹

¹ PESSOA, Fernando. **Obra Poética**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986, p. 79.

RESUMO

Os arts. 543-B e 543-C do CPC, acrescentados pelas Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008, introduziram o procedimento de julgamento de demandas repetitivas. A inspiração veio do instituto alemão chamado *Musterverfahren* (caso modelo) criado pela lei que regulamenta as demandas judiciais de responsabilidade civil no mercado de capitais alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou *KapMug*). O procedimento consiste na seleção de um dentre vários recursos similares para julgamento pelo STF e pelo STJ, sendo que a decisão proferida no recurso selecionado é aplicada para os demais recursos semelhantes, dispensando a análise repetidas vezes, pelos tribunais superiores, de uma mesma questão jurídica.

Apesar de a motivação imediata para a implementação do procedimento ter sido o congestionamento dos tribunais superiores, há por detrás dele um verdadeiro instrumento de valorização do precedente judicial e, por conseguinte, de promoção da coerência do sistema jurídico. Isso porque a decisão proferida no caso modelo deve ser seguida em demandas similares, o que reforça a capacidade do sistema de atuar por meio da confiança.

No entanto, há um sério risco em adotar esse procedimento como medida de praticidade, qual seja a massificação das demandas repetitivas, por meio da desconsideração de suas particularidades, equiparando artificialmente os casos. E esse risco se agrava com o fato de a técnica do caso modelo ter sido incorporada, em nosso país, no procedimento de admissão dos recursos extraordinários e especial. Isso porque se pode negligenciar a necessidade de fundamentação do despacho decisório por meio dos juízos de equiparação e diferenciação necessários para aplicação ou não do precedente.

Nesse sentido, analisa-se, à luz dos ensinamentos da Professora Misabel Derzi, com aprofundados estudos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, em que medida esse novo procedimento coopera para reduzir a complexidade do sistema jurídico e para promover a confiança das pessoas. Perquire-se, ainda, com escólio em Jürgen Habermas, se esse procedimento é legítimo, uma vez que, segundo sua Teoria do Agir Comunicativo, a validade de

uma norma (no caso, a decisão judicial) depende da participação dos seus destinatários na sua produção.

Com esses marcos teóricos em vista, utiliza-se as demandas tributárias como teste para a hipótese, dada a sua natural tendência à repetitividade e a preponderância do princípio da confiança nesta seara. Conclui-se que, embora em Direito Tributário, indiscutivelmente, a lei seja aplicada em massa, e ainda que seja desejável que isto se dê do modo mais eficiente possível, jamais poderá o Poder Judiciário, em nome da praticidade tributária, desincumbir-se de sua missão de realizar a justiça individual. Ademais, por ser o tributo um ato unilateral do Estado, somente o Poder Judiciário pode garantir, por meio do processo judicial, o direito do contribuinte de manifestar o seu dissenso (ou consenso) com o tributo.

Nesse sentido, o procedimento do caso modelo, reconduzido para o novo CPC, deve ser compreendido como uma ferramenta de valorização do precedente processual, promoção da isonomia, garantia da segurança jurídica e reforço do papel dos tribunais superiores na uniformização do sistema jurídico. Enfim, o procedimento mostra-se definitivamente uma conquista do nosso sistema jurídico.

Palavras-chave: congestionamento dos tribunais superiores, repercussão geral, recursos repetitivos, precedente, caso modelo, *Musterverfahren*, *KapMug*, Direito Tributário, proteção da confiança, massificação, Teoria dos Sistemas e Teoria do Agir Comunicativo.

ABSTRACT

Recent changes were made to Brazilian Civil Procedure Code (Law no. 11.418/2006 and Law no. 11.672/2008) in order to introduce new form of proceedings for judging repetitive cases.

The changes were inspired by a German procedural institute named *Musterverfahren*, created by German tort liability act for financial market (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, hereinafter as "*KapMug*"). According to this type of proceedings one repetitive case is selected and submitted to the Higher Court for a model trial. The ruling handed down by the Higher Court in the model trial is binding to all other repetitive cases, it is said to all cases which decisions depend on the legal question resolved in model trial using model case proceedings. Therefore, the Courts are freed of reviewing the same legal question countless times.

The immediate reason for the introduction of the new form of proceedings in Brazil was the continuous increase of the workload of Higher Courts. However, besides this main purpose, the new form of proceedings is found to be an important mechanism to empower Higher Courts' decisions and to promote the system integrity. It is caused by a binding effect that the ruling handed down by a Court in the model case has, which irradiates this effect to all similar cases on trial as well as to all similar cases that may be filed in the future. Therefore, the system assures that one's expectation on having the precedent applied to his or her cases are fulfilled.

However, there is a serious risk in adopting this procedure as a measure of practicality, by treating different cases as if they were similar. This happens when the cases' peculiarities are disregarded artificially. The risk can also be aggravated by the fact that the model case proceedings have been introduced in Brazil in the appellate degree. This means that the application of the precedent is analyzed along the admission of the appeals to the higher courts. Therefore, one can wrongly neglect the need to justify the decision of applying the precedent or not.

This paper analyses the procedural reform under studies of Professor Misabel Derzi, which is based on Niklas Luhmann's Systems Theory, in order to

investigate if and to which extent the new form of proceedings cooperates on the diminution of a system complexity and on the improvement of the system capacity to protect predictability, reliability and stability. Moreover, this paper intends to examine, through Jürgen Habermas' Communicative Action Theory, whether this form of proceedings is legitimate in order to allow all interested parties to participate on the elaboration of the norm that will be laid on them.

Considering those theories and using tax demands as a hypothesis test – because of its natural tendency to repetitiveness – we conclude that although in Tax Law the law is applied massively, and although this can be efficient, the Judiciary can never abandon its mission to carry out individual justice. Moreover, as tax is an unilateral act of the State, only the Judiciary can ensure the right of the taxpayer to express their dissent (or consent) with the tax.

In this sense, the procedure of the model case, now extended to the new CPC, should be understood as a tool for enhancement of the legal power of precedents, as a promotion of equality, as assurance of legal certainty and as the strengthening of the role of the superior courts in bringing uniformity to the legal system. Finally, the model case proceedings are definitely an achievement of our legal system.

Key-words: Courts' workload increase, repetitive cases, precedent, model case, *Musterverfahren*, *KapMug*, Tax Law, predictability, reliability and stability protection, Niklas Luhmann's Systems Theory, Jürgen Habermas' Communicative Action Theory.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Evolução dos casos novos nos tribunais de 2º grau	47
GRÁFICO 2 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Federal	48
GRÁFICO 3 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Estadual	48
GRÁFICO 4 – Evolução da taxa de congestionamento nos tribunais de 2º grau	49
GRÁFICO 5 – Evolução da taxa de recorribilidade externa nos tribunais de 2º grau	50
GRÁFICO 6 – Evolução dos processos protocolados e distribuídos no STF ...	50
GRÁFICO 7 – Evolução dos processos distribuídos no STJ.....	51
GRÁFICO 8 – Evolução dos processos protocolados e distribuídos no STF ...	60
GRÁFICO 9 – Evolução dos processos protocolados no STJ.....	62
GRÁFICO 10 – Participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Estadual	165
GRÁFICO 11 – Casos pendentes e novos de execução fiscal na Justiça Estadual	166
GRÁFICO 12 – Participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Federal.....	167
GRÁFICO 13 – Casos pendentes e novos de execução fiscal na Justiça Federal	169
GRÁFICO 14 – Participação do governo na justiça estadual.....	169
GRÁFICO 15 – Participação do governo na justiça federal	170
GRÁFICO 16 – Evolução dos casos novos nos tribunais de 2º grau	212
GRÁFICO 17 – Evolução da taxa de congestionamento nos tribunais de 2º grau	213

GRÁFICO 18 – Evolução da taxa de recorribilidade externa nos tribunais de 2º grau	213
GRÁFICO 19 – Evolução dos processos distribuídos no STF	214
GRÁFICO 20 – Evolução dos processos distribuídos no STJ.....	215
GRÁFICO 21 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Federal	216
GRÁFICO 22 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Estadual	216

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – A relação de causa e efeito entre a jurisprudência e o congestionamento dos tribunais superiores	66
FIGURA 2 – A relação de causa e efeito entre os precedentes e o descongestionamento dos tribunais superiores	66
FIGURA 3 – Processo hermenêutico de concreção da norma do legislador (mais abstrata), pela decisão judicial (norma concreta)	134
FIGURA 4 – Juízo de equiparação das demandas repetitivas	150
FIGURA 5 – Juízo de diferenciação das demandas repetitivas	150

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	18
1 O PRECEDENTE JUDICIAL E SUAS TÉCNICAS DE VALORIZAÇÃO.....	24
1.1 A convergência do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> no Estado Democrático de Direito e a valorização do precedente judicial.....	24
1.1.1 O corte da investigação: a convergência ou divergência do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> segundo uma perspectiva hermenêutica	24
1.1.2 As origens do <i>common law</i> e do <i>civil law</i>	25
1.1.3 A passagem do <i>Ancien Regime</i> para o Estado Moderno.....	30
1.1.4 A era positivista	32
1.1.5 O ocaso do Positivismo e o advento do Constitucionalismo	33
1.1.6 Apesar da convergência, ainda há diferenças	39
1.2 As técnicas de valorização do precedente e o instituto de solução de demandas múltiplas (a repercussão geral e os recursos repetitivos).....	43
1.2.1 A situação de abarrotamento dos tribunais superiores e a premência por reformas processuais.....	43
1.2.2 A criação da repercussão geral e dos recursos repetitivos no contexto das reformas processuais brasileiras	53
1.2.3 A convergência do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> no Brasil: as reformas processuais enquanto mecanismos de valorização do precedente	63
2 A TÉCNICA DO CASO MODELO	69
2.1 As origens e as experiências de julgamento por meio da técnica do <i>caso modelo</i>	69
2.2 O <i>caso modelo</i> alemão: a inspiração imediata do legislador brasileiro ...	78
2.2.1 O procedimento.....	78
2.2.2 As críticas e as reformas da legislação	88

2.3 O nosso caso modelo: a repercussão geral e os recursos repetitivos	95
2.3.1 O procedimento do caso modelo no contexto das reformas processuais	95
2.3.2 O procedimento da repercussão geral e dos recursos repetitivos que está na lei e nos atos normativos dos tribunais superiores	98
3 A FORMAÇÃO DA NORMA JUDICIAL NO PROCEDIMENTO DO CASO MODELO.....	114
3.1 O juiz cria direito? Ou seja, há norma judicial?	114
3.2 A seleção do recurso representativo de controvérsia: uma questão metodológica sobre tipo e conceito.....	119
3.3 A criação da norma judicial. A resposta geral dada à pergunta geral elaborada no recurso representativo (o nosso caso modelo)	129
3.4 A aplicação da norma judicial (resposta geral) criada a partir do caso representativo: a massificação dos jurisdicionados?	141
4 O DIREITO TRIBUTÁRIO E A TÉCNICA DO CASO MODELO: UM TESTE DE HIPÓTESE	165
4.1 A multiplicidade das demandas tributárias.....	165
4.2 A igualdade e a segurança jurídica no Direito Tributário.....	171
5 A FORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CONTRIBUINTE POR MEIO DA TÉCNICA DO CASO MODELO (os RECURSOS REPETITIVOS E a REPERCUSSÃO GERAL em matéria tributária).....	179
5.1 O procedimento do caso modelo como medida de simplificação do sistema tributário e reforço da proteção da confiança do contribuinte	179
5.2 O procedimento do caso modelo como medida de praticidade tributária?	190
5.3 Finalmente, a oportunidade de (descon/as)sentimento do contribuinte ao tributo!	199
6 O ATUAL PANORAMA DO PODER JUCIDIÁRIO E O NOVO CPC	210
6.1 A situação (ainda existente) de congestionamento do Poder Judiciário e os reflexos positivos das reformas processuais nos tribunais.....	210

6.2 O Novo Código de Processo Civil	217
CONCLUSÃO.....	231
APÊNDICES.....	241
I <i>KapMug</i> (em inglês)	241
II Organograma do Poder Judiciário da Alemanha	253
i Versão em inglês.....	253
ii Versão em alemão	254
III Fluxograma da <i>KapMug</i>	255
BIBLIOGRAFIA	256

INTRODUÇÃO

Enquanto tribunais de uniformização de jurisprudência, a provocação dos tribunais superiores é excepcional e somente necessária quando houver uma divergência interpretativa dos tribunais inferiores de cunho relevante. Esse é, em tese, o perfil que se pretende para um tribunal superior.

No entanto, no Brasil, esse perfil está comprometido pela grave situação de congestionamento dos tribunais superiores, que tem inviabilizado, na prática, o exercício de uma jurisdição excepcional e de um debruçar profundo sobre cada caso. A essa situação, várias causas podem ser atribuídas, dentre as quais citamos **a ampliação do acesso ao judiciário** para o cidadão, destacando-se a criação dos juizados especiais e o baixo custo no ajuizamento da demanda, possibilitada pela assistência judiciária gratuita; **a conformação do nosso sistema recursal**, formatado de maneira que praticamente toda contenda está potencialmente destinada a se encerrar nos tribunais superiores; **a judicialização das contendas**, decorrente do protagonismo que o Poder Judiciário tem assumido na solução dos conflitos sociais, econômicos e políticos; **o crescimento econômico**, que incluiu na sociedade de consumo pessoas que antes estavam à sua margem; e, por fim, **a baixa adesão ao precedente judicial**, uma vez que, segundo nossa tradição jurídica, os precedentes são acreditados por sua força persuasiva e não vinculativa, tendência reforçada pela constante variação da jurisprudência.

Diante dessa conjuntura, em 2004, editou-se a Emenda Constitucional nº 45 com o propósito claro de desafogar o Supremo Tribunal Federal (STF), deflagrando, assim, uma grande reforma processual. Acrescentou-se, por meio desta emenda à Constituição, o direito à razoável duração do processo no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXXVIII da CR/88), a repercussão geral como filtro para o acesso ao STF (art. 102, §3º da CR/88), a Súmula Vinculante, conferindo ao STF poder de edição de normas gerais impositivas (art. 103-Ad da CR/88) e, por fim, instituiu-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (art. 103-B da CR/88), órgão de supervisão do Poder Judiciário, ao qual foi atribuída a missão de implementar uma Administração Judicial.

Por ensejo da Reforma, foi criada uma comissão mista pelo Congresso Nacional, com o objetivo de elaborar propostas de lei para regulamentar as normas constitucionais inseridas pela emenda. Dentre as várias propostas, a de nº 6.648/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.418/2006, trata da repercussão geral e prevê um procedimento específico para a aplicação desse “filtro recursal” **quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia**. O funcionamento desse procedimento consiste na seleção de um dentre vários recursos similares para julgamento, sendo que a decisão proferida no caso selecionado é aplicada para os demais casos semelhantes, dispensando a análise repetidas vezes, pelo tribunal, de uma mesma questão.

Posteriormente, por inspiração das reformas feitas especialmente para o STF, foi editada a Lei nº 11.672/2008, que aplica a mesma sistemática de tratamento dos recursos múltiplos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afinal, tal qual o STF, o STJ também apresentava séria situação de congestionamento.

Todas essas medidas tinham por propósito claro reforçar o papel das cortes superiores enquanto instâncias extraordinárias, papel este ameaçado pelo crescente aumento do número de recursos a elas dirigidos, o que lhes imprimia uma lógica própria de tribunal de revisão.

No entanto, em um contexto histórico-processual mais amplo, a repercussão geral e os recursos repetitivos representam uma das várias medidas adotadas no Brasil para tentar reduzir o número de recursos destinados aos tribunais superiores. Sendo assim, qual é a grande novidade que esse instituto traz para efetivamente descongestionar as cortes superiores, se esse propósito não havia sido alcançado pelas diversas medidas até então implementadas?

Era grande o entusiasmo com as perspectivas que o novo instituto indicava de redução das estatísticas de congestionamento. E os resultados que se pretendiam eram claramente quantitativos, pois o que se buscava era evitar, com esta nova sistemática, que os tribunais superiores tivessem que se manifestar mais de uma vez sobre a mesma tese jurídica. Proferida decisão no caso selecionado, esta se aplicaria quase que “automaticamente” aos recursos similares. A técnica consistia, assim, na concentração da análise pelo tribunal

superior de um único recurso sobre a tese jurídica, conferindo à sua decisão um peso vinculativo maior, capaz de obstar o processamento de recursos que buscassem reformar decisões consoantes à que foi deliberada pelo tribunal. Mas, este peso vinculativo maior de que é dotada a decisão proferida no caso selecionado, revela que, por detrás dos efeitos meramente estatísticos que se pretendia com a edição desse novo instituto processual, **há um verdadeiro instrumento de valorização do precedente judicial.**

A valorização do precedente judicial, própria da cultura jurídica do *common law*, tem cada vez mais encontrado ressonância no *civil law*, resultado do movimento de convergência entre esses dois sistemas, que se tem observado desde o século XX.

Com a decadência do Positivismo Jurídico, decorrente da crise de legalidade e da noção de soberania, sucedeu o Constitucionalismo Democrático e o Direito passou a ser visto como uma prática social, por meio da qual as regras são aplicadas segundo uma racionalidade que busca justificar a decisão judicial em máximas morais institucionalizadas como princípios jurídicos. Assim, quando os princípios jurídicos assumem posição central no sistema, com o compromisso de garantirem coerência e justiça, torna-se natural o ato de seguir precedentes. Afinal, um sistema que se pretenda coerente, deve produzir decisões iguais para casos semelhantes. Por isso, olhar para os casos já julgados é uma imposição da Razão. Assim, se no Positivismo Jurídico era possível distinguir os sistemas por suas diferentes fontes de autoridade – o *common law* tinha por objeto regras produzidas pelos juízes, o *civil law* regras postas pelo legislador, – atualmente, sob a égide do Constitucionalismo Democrático, não há praticamente diferença no aspecto de aplicação do Direito; nas duas tradições interpretam-se e justificam-se, à luz dos princípios, as regras postas, sejam elas legislativas ou judiciais. Com isso, a valorização do precedente deixa de ser algo típico do *common law*, e se revela como uma lógica intrínseca ao próprio Direito.

É nesse contexto que a sistemática criada para solucionar as demandas múltiplas deve ser pensada. Há um potencial mecanismo de valorização do precedente que não pode ser relegado, principalmente à luz do atual Estado Democrático de Direito. Mas, para compreender em que medida

efetivar este potencial, é preciso remontar às origens da repercussão geral e dos recursos repetitivos, de forma a compreendê-los profundamente.

Veremos que a técnica implementada pelas Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008 foi inspirada no procedimento do **caso modelo alemão**, chamado *Musterverfahren*. O instituto foi criado em 2005 pela lei que regulamenta o mercado de capitais alemão *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (denominação abreviada da lei: *KapMug*), com o objetivo de reduzir o custo com as ações de massa e, assim, facilitar o acesso dos acionistas à Justiça. A sistemática consiste em selecionar uma ação representativa dentre várias semelhantes e submetê-la ao tribunal competente para julgamento. O tribunal, então, proferirá decisão na ação representativa que será tomada como parâmetro pelos juízes de primeira instância para julgamento dos demais casos similares que ficaram aguardando a orientação da corte. Aos juízes caberá, então, aplicar o direito à espécie, considerando as máximas fixadas pelo tribunal.

O modelo foi importado para o Brasil por sugestão do Ministro Gilmar Mendes, com significativas adaptações, dentre as quais destacam-se duas. A primeira reside no fato de que, ao contrário do modelo alemão, que trata as demandas repetitivas desde a primeira instância, nosso modelo foi implementado na sistemática de admissão de recursos especiais/extraordinários. A segunda consiste da participação dos interessados, que é bem mais restrita no nosso sistema em comparação ao alemão.

Em o que se aproximam, os modelos, tanto alemão quanto brasileiro, criam uma sistemática que desdobra a decisão judicial em dois momentos hermenêuticos distintos: o primeiro, quando é analisada a questão jurídica comum a todos os casos, pelo tribunal; e o segundo, quando o juiz da causa julga o caso concreto, considerando as premissas fixadas pelo tribunal. Embora este desdobramento do procedimento não esteja tão evidente na prática brasileira, **importantes reflexões dele decorrem sobre a criação da norma judicial, a sua interpretação e aplicação a casos similares, assim como os efeitos funcionais da norma judicial no sistema jurídico com relação à proteção da confiança**. São estas as reflexões feitas no presente estudo.

À luz dos ensinamentos da Professora Misabel Derzi sobre o princípio da confiança no sistema jurídico, com aprofundados estudos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, veremos que a proteção da confiança torna o sistema jurídico funcionalmente mais simples, permitindo-se a ele, assim, operar com a crescente complexidade própria da modernidade. As pessoas passam a ter mais confiança no sistema, porque a sua simplificação traz racionalidade e previsibilidade, possibilitando que se façam planejamentos seguros no presente, baseados em experiências passadas (que, pela racionalidade, tendem a se repetir) em vista de um futuro que se consegue, em linhas gerais, antever.

Um dos reflexos dessa complexidade no sistema jurídico é o fenômeno das demandas judiciais repetitivas, fruto de uma sociedade altamente industrializada e, portanto, movida por produção em escala que acaba por refletir uma tendência homogeneizadora das relações de consumo, com desdobramentos sociais, políticos, econômicos e jurídicos. Os institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos, neste contexto, são uma forma de simplificar funcionalmente o julgamento de demandas semelhantes, dispensando a análise, repetidas vezes, da mesma questão jurídica pelos tribunais. À medida que o tribunal passa a analisar uma única vez a questão jurídica e profere decisão com efeitos sobre todos os casos semelhantes, a confiança dos envolvidos aumenta, porque terão garantido tratamento igual para suas demandas, o que permite uma previsibilidade segura do resultado a ser obtido.

Isso se confirma quando observamos a aplicação da sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos na seara tributária, utilizada para testar a hipótese de que técnicas de valorização do precedente, como as duas mencionadas, promovem a confiança no sistema jurídico. A escolha pelo **Direito Tributário** se justifica em razão de a matéria ter potencial tendência à repetitividade, além do fato de a confiança jurídica se revelar, nesta seara, como princípio fundamental.

Assim, no prelúdio da promulgação do Novo Código de Processo Civil, a reflexão proposta se apresenta providencial. É preciso pensar as reformas processuais não apenas em termos de Administração da Justiça, com preocupação voltada para os resultados estatísticos, como claramente

observamos nos discursos que propugnaram a EC n° 45/2004, mas também refletir sobre elas no contexto constitucional no qual estão inseridas. O princípio da celeridade e a valorização do precedente, trazidos pela EC n° 45/2004, representam **a condução do Processo Civil para o paradigma do Estado Democrático de Direito**, no sentido de que não basta, à luz deste novo paradigma, a garantia formal de acesso ao Judiciário, sendo preciso assegurar a efetividade material do processo de forma célere e coerente. Isso só será possível se o mecanismo de solução de demandas múltiplas for efetivamente capaz de simplificar o processamento das demandas judiciais repetitivas (como são as tributárias), reduzindo a sua complexidade, sem, contudo, aniquilar radicalmente as diferenças dos casos, o que promoveria uma homogeneização artificial e antidemocrática.

Concluiremos, ao final, em uma análise contextualizada no Direito Tributário, que o instituto de solução de demandas repetitivas (tanto a repercussão geral como os recursos repetitivos) é salutar não só por sua capacidade de descongestionar os tribunais, mas também por representar uma técnica de valorização do precedente, contribuindo para a simplificação e coerência do sistema jurídico-tributário e, com isso, aumentando a **confiança dos contribuintes**. Cumpre enfatizar, no entanto, que esses objetivos só serão alcançados se a nova técnica não for aplicada como uma solução de praticidade, com o julgamento automático em bloco das demandas, mas respeitando-se a aplicação do direito ao caso concreto, em todas as suas individualidades, com a democrática participação de todos os envolvidos.

1 O PRECEDENTE JUDICIAL E SUAS TÉCNICAS DE VALORIZAÇÃO

1.1 A convergência do *civil law* e do *common law* no Estado Democrático de Direito e a valorização do precedente judicial

1.1.1 O corte da investigação: a convergência ou divergência do *civil law* e do *common law* segundo uma perspectiva hermenêutica

Mesmo aos olhos do jurista prático se nota, nas últimas décadas, uma aproximação entre o sistema do *common law*, de estirpe inglesa, e o sistema do *civil law*, com origem na Europa Continental. Tomamos como exemplo o relato de Katja Funken (2003) que demonstra suas impressões, enquanto assistente jurídica em um escritório de advocacia em Whashington-DC, sobre o que ela chama de “tendência de convergência entre os sistemas”. Na sua opinião, vários fatores provam esta convergência: o aumento da internacionalização das práticas comerciais e o movimento de uniformização dessas práticas para conferir maior simplicidade e eficiência; o aumento da codificação nos países de *common law*²; a adoção da prática de seguir precedentes nos países de *civil law*³; o crescimento do ativismo judicial nos países de *civil law*, a que atribui como causa a edição de uma carta de direitos fundamentais e a abertura dos princípios ali constantes para a interpretação; a unificação europeia e a influência dos precedentes criados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, assim como das diretivas da Comissão Europeia, e, por fim, a criação de organismos de unificação do direito, como, por exemplo, o Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Comissão das Nações Unidas

² A autora cita como exemplo a edição dos códigos de falência, de propriedade intelectual, de concorrência, bancário, de seguros e tributário na Austrália, Inglaterra e Estados Unidos, todos estes países de tradição do *common law* (FUNKEN, 2003, p. 5).

³ A autora cita como exemplo as disposições expressas da Espanha (artigo 5.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* n. 6/1985) e da Alemanha (§31(1) da *Bundesverfassungsgesetz*) para conferir efeito vinculante às decisões das Cortes Constitucionais sobre os tribunais inferiores e sobre a Administração.

para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). Sua conclusão⁴ é de que as diferenças entre o *common law* e o *civil law*, de tão esmaecidas, só podem ser observadas com uma lupa (REBEL⁵, 1951, p. 340 apud FUNKEN, 2003, p. 12).

Mas será que essas observações, feitas por um jurista prático, representam efetivamente uma convergência em termos estruturais-funcionais dos sistemas do *common law* e do *civil law*? No que se refere ao processo de interpretação do direito e ao discurso de justificação das decisões, há alguma equivalência entre os sistemas? É preciso, para responder a estas indagações, resgatar, ainda que de forma breve, as origens dos dois sistemas, suas divergências e convergências, sob uma perspectiva filosófica que possibilite investigar, à luz do raciocínio jurídico e da argumentação jurídica, se há verdadeiramente uma tendência de aproximação substancial dos sistemas.

1.1.2 As origens do *common law* e do *civil law*

A história do *common law* inglês remonta ao reinado de Guilherme I, que, em meados do século XI, após conquistar a Inglaterra, percebeu a necessidade de centralizar a organização da justiça como medida para unificar os costumes e retirar dos senhores feudais o poder da jurisdição. O projeto foi implementado e obteve êxito ao fundir a Grã Bretanha (com exceção da Escócia) em uma unidade política sustentada por um direito comum (*common*

⁴ Interessante registrar que, ao final do texto, a autora se questiona sobre qual dos dois sistemas irá prevalecer sobre o novo sistema que advirá da pronunciada convergência. Sua resposta é de que, apesar da maior facilidade que o *common law* apresenta de adaptar-se às especificidades dos casos e, assim de enriquecer o Direito, o recurso aos precedentes para a compreensão do sistema o torna por demais complexo e dispendioso. Em oposição, o *civil law* prevaleceria por ser um sistema mais elegante, construído sobre premissas gerais codificadas, de mais fácil acesso e compreensão, capaz de resistir a mudanças de poder e de adaptar-se à sociedade moderna (FUNKEN, 2003, p. 25-27). A audaciosa conclusão da autora, em nosso entender, prescinde de uma reflexão filosófica sobre o tema da convergência dos sistemas para compreendê-lo – por além das precipitadas ponderações de eficiência econômica – no contexto das conquistas decorrentes do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, de forma a averiguar qual dos sistemas – se é que é mesmo uma questão de escolha como ela propõe – está apto a atender aos fins que o novo paradigma estabelece.

⁵ RABEL, Ernst. Deutsches und amerikanisches Recht. In: **Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht**, v. 16, p. 340-359. Tuebingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1951.

law), em oposição aos fragmentários costumes locais (DAVID, 1998, p. 285-286). Com o vindouro reinado de Henrique II e suas reformas na organização da justiça, avançou-se na consolidação do *common law* e a Inglaterra se viu, de certa forma⁶, blindada diante da influência romana vivenciada em toda a Europa Continental. Isso foi possível graças a uma série de reformas adotadas, dentre as quais se destaca a instituição dos tribunais régios, que, em substituição aos tribunais locais, tinham competência para decidir em todo território inglês. Inicialmente, se restringiam ao exercício da *alta justiça*, limitada a poucas questões e de acesso privilegiado. Os litígios comuns continuavam a ser resolvidos pelas jurisdições senhoriais e eclesiásticas e, posteriormente, pelas jurisdições municipais e comerciais. À medida que o rei buscou estender os seus poderes, os tribunais régios foram impelidos a alargar sua competência, o que encontrou fácil acolhimento entre os particulares que, à época, viam na justiça real um meio mais efetivo de assegurar seus direitos. É que apenas os tribunais régios tinham o poder de fazer comparecer à corte as testemunhas e obrigá-las ao juramento. Com o paulatino avanço dos tribunais régios, já se observava, ao final da Idade Média, a sua exclusividade na administração da justiça (DAVID, 1998, p. 286-288).

As reformas lograram ainda desenvolver um sistema de ações – os chamados *writs* – direcionadas ao rei para que este concedesse uma ordem que assegurasse a satisfação do direito pleiteado. A cada *writ* correspondia um dado tipo de procedimento. Em sua fase inicial, os tipos de *writ* eram bastante flexíveis e podiam variar conforme cada caso. A súplica ao rei passou a ser cada vez mais solicitada e logo foi contestada pelos senhores feudais, que viam aí um aumento excessivo do poder real. Já era o reinado de Henrique III, quando, em 1258, foram editadas as Provisões de Oxford, consideradas a primeira constituição escrita da Inglaterra, estabelecendo um conselho com poder de supervisionar a administração do reino e as decisões judiciais e, assim, reduzir o poder real. Anos se seguiram, quando, em 1285, foi editado o Estatuto de Westminster para restringir os *writs* àqueles já existentes, de forma

⁶ Dizemos “de certa forma”, porque ainda que se vislumbrasse a estruturação de um sistema judicial peculiar em vista daquele desenvolvido no continente, não se pode negar que já havia uma influência do direito continental. Nesta época, a separação das cortes eclesiásticas das cortes civis permitiu que não mais houvesse ingerência sobre a aplicação, pelas cortes eclesiásticas, do Direito romano e canônico. (MOCCIA, **Comparazione Giuridica e Diritto Europeo**, Milão: Giuffrè, 2005, p. 880 apud BUSTAMANTE, 2013, p. 58-60)

que um pleito somente poderia ser endereçado se “coubesse” num *writ* já existente (*writs in consimili casu*), do contrário, apenas com autorização do Chanceler poderia ser criado um novo *writ*. Era mais uma medida para restringir a Justiça do Rei. Em termos gerais, essa é a estrutura inicial do *common law*, fincada no procedimento desenvolvido em torno dos tribunais.

Interessante registrar que essa preocupação do jurista inglês com o processo (*remedies precede rights*) resultou em uma escassez de normas substanciais. “Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva do direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo.” (DAVID, 1998, p. 290).

No continente, o *civil law* alvorecia na passagem do século XII ao XIII, ao azo de uma relevante mutação social, com a sociedade medieval tornando-se mais complexa e exigindo um aparato jurídico que fosse capaz de regulamentar as relações que exurgiam. O renascer das cidades e do comércio prenunciava o início do Renascimento e o fim da Idade Média. Nessa conjuntura, o direito surge como forma de garantir a ordem e a segurança necessárias ao progresso. Era preciso, então, um direito que fosse racional e que atendesse a um propósito de justiça, apto a permitir o desenvolvimento da sociedade civil e do progresso econômico. O resgate do direito romano foi resultado dessas ideias “perfilhadas” por toda a Europa continental. Assim, o novo direito no continente “*foi fundado sobre uma comunidade de cultura [...] independentemente de qualquer intenção política*”, diferentemente do que se deu na Inglaterra “onde o desenvolvimento do *common law* está ligado ao progresso do poder real.” (DAVID, 1998, p. 32).

Foi nesse contexto que, no continente europeu, se retomaram os estudos do *Digesto* e, assim, do Direito Romano, visto como capaz de estruturar de forma racional e segura o direito da comunidade. As universidades tiveram um papel fundamental na formação do direito comum da Europa Continental; Bolonha era o centro dos estudos jurídicos, atraindo juristas de toda a Europa (RAATZ, 2011, p. 172-173). As universidades, ao tomar o direito como objeto de estudo, não se fincaram em conhecer e descrever os direitos locais, na maioria dos países, caóticos; propuseram-se a buscar um modelo de organização social estruturado sobre regras com

pretensões universais e que oferecesse modelos e métodos para encontrar a solução justa. Para tanto, seria preciso sobrepujar o direito consuetudinário e ensinar algo diferente; foi assim que o interesse pelo estudo do Direito Romano surgiu, como relata René David (1998, p. 33):

Este direito era o direito romano. Direito fácil de conhecer: as compilações de Justiniano expunham o seu conteúdo, na língua que a Igreja tinha conservado e vulgarizado e que era a de todas as chancelarias e de todos os sábios: o latim. O direito romano fora o de uma civilização brilhante, que se estendera do Mediterrâneo até o Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, e que evocava no espírito dos contemporâneos, com nostalgia, a unidade perdida da Cristandade.

O direito romano continuou a ser estudado até o século XX como ensino básico e foi responsável pela união dos povos da Europa Continental, em torno da edificação de um direito comum (*ius commune*). Apesar de o direito nacional ter ocupado lugar secundário nos estudos, a diversidade dos povos da Europa Continental foi sempre respeitada.

Nesse período que se estendeu ao longo da Idade Média, o desenvolvimento do Direito na Inglaterra se viu bem menos influenciado pelo Direito Romano do que o Direito dos países do continente. René David (1998, p. 294) atribui esse fenômeno ao fato de que, nos países do continente, as jurisdições tradicionais foram submetidas paulatinamente ao poder real, em oposição ao que se deu na Inglaterra, onde essas jurisdições foram abolidas e substituídas pelos tribunais régios. Devido a essa circunstância, os tribunais tradicionais, no continente, puderam exercer uma competência geral, o que lhes permitiu considerar a justiça de forma mais sistemática, sendo providencial o modelo jurídico romano como ferramenta para modernizarem-se. Já na Inglaterra, a implementação dos tribunais régios, como tribunais de exceção, demandou a elaboração de um direito novo, que fosse comum a toda a Inglaterra e, assim, atendesse aos propósitos do rei de união do território. O sistema processual que se desenvolveu nos tribunais ingleses, em torno de conceitos jurídicos muito particularmente criados, também contribuiu para a pouca permeabilidade dos conceitos jurídicos romanos vindos do continente. O estudo do Direito Romano, apesar de ter encontrado espaço nas universidades inglesas, não era difundido com o entusiasmo que se via no continente. Segundo explica René David (1998, p. 192), “uma formação universitária,

baseada no direito romano, poderia ajudar a encontrar a solução justa para um determinado litígio; no entanto, não permitiria ganhar o processo” na Inglaterra.

Mas, houve um momento na história, mais precisamente no século XVI, em que “o direito inglês [...] quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu.” (DAVID, 1998, p. 297)⁷. O elevado formalismo do *common law* gerou um sistema esclerótico e pouco preocupado em fazer justiça; havia um foco excessivo em torno do processo e pouca preocupação com o direito material. Como consequência, as pessoas passaram a amargar com gradativa frequência decisões, que consideravam de extrema injustiça, proferidas pelos tribunais. Não havia outra medida, que não recorrer ao Rei com pedido de clemência. E foi o que muitos fizeram. Esse pedido passava primeiro pelo crivo do Chanceler e este, se achasse oportuno, o dirigia ao Rei. À medida que os pedidos foram se tornando mais frequentes, institucionalizaram-se como um meio recursal, de competência do Chanceler, por delegação da autoridade do Rei. Com o tempo, a prática criou um sistema paralelo ao *common law*, comprometido em solucionar as falhas desse sistema por meio de juízos de equidade (RAATZ, 2011, p. 173). Nesse propósito, os tribunais de equidade se viram muito bem atendidos pelos princípios provenientes do direito romano e canônico, que ofereciam, para além dos estéreis conceitos do *common law*, conteúdos de justiça. Esse triunfo dos tribunais de equidade também se deve ao suporte que tiveram dos Tudors, dinastia de propósito absolutista que logo se viu fortificada por esse novo direito. Todavia, “a revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romano-germânicos não se realizou” (DAVID, 1998, p. 297), porque os tribunais de *common law* encontraram aliança no Parlamento, forte opositor dos propósitos absolutistas dos Tudors. Uma aliança foi então construída e permitiu a existência paralela dos dois direitos na Inglaterra, que, aos poucos, foram encontrando uma convivência harmoniosa.

⁷ Também o direito continental teve experiências similares às inglesas, como, por exemplo, a de seguir precedentes, como se observou nas cortes dos estados alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt, no século XVIII; na Toscana, no século XVII; na Suprema Corte do Reino de Nápoles, nos séculos XV e XVI, na *Cour d'Appel* da França, no século XIX, apenas para citar alguns exemplos (BUSTAMANTE, 2013, p. 78).

1.1.3 A passagem do *Ancien Regime* para o Estado Moderno

Avançando no tempo, chegamos ao século XVIII, à passagem do *Ancien Regime* para o Estado Moderno. Enquanto na Inglaterra a passagem não representou, em termos de sistema jurídico, um rompimento com a tradição do direito comum construído pela prática dos tribunais, no Continente, o sistema jurídico que se pretendia era visto como necessariamente uma evolução do direito velho e criação de um direito novo. O Estado Moderno era um propósito liberal⁸, iluminado pelas ideias do direito natural, direito este que propunha se estruturar num sistema lógico-racional deduzido de postulados abstratos, sendo os principais a igualdade e a liberdade. O Direito deveria ser capaz de conferir a segurança jurídica necessária para a centralização do poder no Estado, em oposição às instituições que o desequilibravam (a Igreja, as cidades e as corporações).

No continente, com a Revolução Francesa, creditou-se às leis, editadas pela vontade geral dos parlamentos, a função de estabelecer uma justiça de universalidade e igualdade, que pudesse se distanciar do direito jurisdicional, fincado na figura do monarca e em todos os privilégios que ele fazia perpetuar. Ao juiz competia, assim, declarar a lei posta pelo parlamento ao caso concreto; servia como um “boca da lei”. A obstinação pela racionalidade também confluiu

⁸ Segundo Castanheira Neves: “[...] a particular intenção axiológico-normativa que o direito, identificado à lei, se propunha realizar era justamente uma bem marcada intenção de justiça. A justiça do liberalismo ou da ordem liberal, de início, e a justiça da democracia ou da ordem democrática, depois. A primeira, era aquela que a burguesia triunfante da Revolução de 1789 pretendia realizar mediante leis que garantissem (que preservassem e regulamentassem, mas não afectassem e muito menos restringissem) os ‘direitos naturais’ ou ‘originários’ da liberdade e da propriedade, com todos os seus corolários, éticos, culturais, políticos e econômicos. A segunda, podemos dizê-la aquela que, propondo-se afirmar a emancipação, não apenas da burguesia proprietária, mas de toda a massa do povo, reduz os direitos originários a um único e fundamental direito, o direito de voto (o direito de participar na organização e no exercício do poder político) e vê na lei a decisiva realização da justiça, não porque veja nela o instrumento de garantia de uma pressuposta ordem material (como ainda era próprio da intenção jurídica liberal), que justamente nega, e sim porque a lei na sua mesma forma racional, geral e abstrata, realizaria os princípios da universalidade (generalidade) e uniformidade (igualdade), pelos quais a democracia se dizia coincidir com a razão – pois a justiça democrática em sentido estrito é a justiça formal da universalidade e da igualdade puramente racionais-abstractas. Compreendemos, pois, agora que reconhecer uma rígida separação de poderes (só o legislador pode criar direito, nas suas leis) e postular uma neutra e objectiva obediência à lei (o jurista só teria de conhecer o seu conteúdo prescriptivo e aplicá-lo logicamente) era um modo indirecto de afirmar que só assim o direito se desempenharia da sua intenção de justiça: a justiça racional da universalidade e igualdade.” (1971-72, p. 70-71).

para o movimento de codificação, cujo desígnio era sistematizar o direito posto em um arranjo ordenado⁹.

Na Inglaterra, com a Revolução Inglesa, a almejada segurança jurídica foi alcançada por meio da doutrina do *stare decisis*¹⁰, decorrente da teoria declaratória, segundo a qual os juízes apenas evidenciavam o direito consuetudinário existente. Os juízes eram vistos como uma força progressista e mantiveram-se ao lado do Parlamento nas disputas com o poder real, o que fortaleceu o direito comum por eles produzido.

Assim, as ideias liberais inspiraram, em toda a Europa, um direito cosmopolita e jurisprudencial, resultado do exercício dos juízes em buscar, nos postulados da razão, a justificativa para suas decisões, o que confluíu para um certo consenso nos tribunais europeus (*jurisprudencia forensis*). Afinal, uma exigência mínima de racionalidade conduzia para a confluência do entendimento dos tribunais em prol da unificação do Direito.

Durante esse período, pode-se observar que o direito inglês estruturou-se em torno de um sistema que, ao mesmo tempo em que centralizava a administração da justiça em prol da unidade do reino, prestigiava o direito costumeiro, institucionalizando-o nas decisões das cortes. A peculiar estrutura social e política da Inglaterra foi, portanto, crucial para o desenvolvimento de um sistema jurídico fundado na figura do juiz. Já na Europa Continental, o direito progrediu a partir da busca de um sistema racional capaz de organizar o direito em máximas universais, ordenadas em códigos, nos quais o juiz buscava o direito a ser declarado no caso concreto. Por isso, o legislador tinha um papel central na criação do direito. Era possível identificar, assim, em cada um desses sistemas, um estio peculiar de julgar. A cada novo caso, o juiz do *civil law* perguntava-se “o que devemos fazer desta vez?” e sua resposta seria buscada na regra do legislador, enquanto o juiz do *common law* se questionava “o que nós fizemos da última vez?” e sua resposta seria buscada na regra

⁹ Wieacker afirma que “foi a ligação do jusracionalismo com o iluminismo que produziu nos primeiros estados absolutos do centro e do sul da Europa e depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. P. 38 apud RAATZ, 2011, p. 179).

¹⁰ É importante registrar que a doutrina do *stare decisis* não coincide com o surgimento do *common law*, como normalmente se crê. O forte efeito vinculante das decisões dos tribunais somente se desenvolveu no período da criação do Estado Moderno, já depois de muitos séculos de tradição do direito consuetudinário.

extraída do último caso julgado (BUSTAMANTE, 2013, p. 11). Apesar dessas diferenças de estilo, não havia, até então, um isolacionismo entre os sistemas; ao contrário, experiências de intercâmbio foram vivenciadas ao longo desses séculos.

1.1.4 A era positivista

A tese de que os sistemas do *common law* e do *civil law* seriam completamente diferentes foi recrudescida com as idéias do Positivismo Jurídico¹¹, que predominaram na Europa do início do século XIX até o século XX. E certamente é o resquício dessas idéias que ainda hoje sustenta a reverberada tese de isolacionismo dos sistemas. Segundo as idéias positivistas, o Direito fundamenta-se em um ato de autoridade¹² ou em um fato social; portanto, é sempre fruto da criação humana, donde extrai sua força cogente, diversamente da crença do Direito Natural de que as leis apenas revelam postulados pré-existentes (fundados na Razão ou em Deus). Sob esta ótica, as diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law* se intensificam, porque o Direito é tomado por um ponto de vista externo, a partir do qual é percebido e descrito, revelando para o cientista do direito objetos de estudo completamente diferentes. As regras gerais que formam o conjunto do direito posto, no *common law*, são extraídas preponderantemente da jurisprudência, enquanto no *civil law* são, em sua grande parte oriundas do Poder Legislativo. Disso decorre outra diferença comumente apontada pelos comparatistas: a diferença na metodologia de julgamento. Argumenta-se que o juiz do *civil law* decide por meio de um juízo de dedução, declarando, a partir da lei, o direito do caso; já o juiz do *common law* julga por juízos de indução,

¹¹ O positivismo caracterizava-se pelos seguintes aspectos: a) o direito era visto como produto de fato social, opondo-se ao Direito Natural que postulava a existência de um direito transcendental; b) o direito era secularizado, absorto dos valores morais; e c) admitia-se um decisionismo dos juízes, que, em casos difíceis, para os quais o direito não apresentava normas claras, julgavam por meio de juízos discricionários.

¹² Para Bentham, a expressão da vontade do soberano; para Kelsen, a norma fundamental, tida como uma pressuposição lógico-transcendental; e para Hart, a regra de reconhecimento, norma última que pode ser verificada em cada ordenamento jurídico empiricamente (BOBBIO, 1995).

extraindo do último caso a regra geral a ser aplicada ao caso concreto. Assim, em ambas as tradições, atribui-se ao juiz a função primordial de conhecer e declarar o direito e não propriamente de criá-lo – o que, todavia, se admite como possível apenas nos casos paradigmáticos.

Foi no contexto das ideias positivistas que a teoria do *stare decisis* ganhou sua versão mais extremada, a que admite a vinculação do tribunal no sentido horizontal, ou seja, à sua própria decisão. As bases para este recrudescimento estão na teoria de Jeremy Bentham, que compreendia o direito como um ato do soberano, exercido pelo juiz no momento da decisão, por delegação (BOBBIO, 1995, p. 91-100). Assim, enquanto autoridade, o juiz não errava; sua decisão sempre valia como direito e, portanto, vinculava. Essa versão dura do *stare decisis* vingou até 1966, quando foi abolida pelo *Practice Statement*.

No entanto, essa visão acirrada de separação dos sistemas, decorrente das ideias positivistas, logo se mostrou meramente formalista e o século seguinte revelaria que os sistemas guardam, em sua essência, mais semelhanças do que diferenças.

1.1.5 O ocaso do Positivismo e o advento do Constitucionalismo

Com a crise da legalidade e da noção de soberania, resultantes do surgimento do Constitucionalismo, no século XX, colocou-se em xeque o Positivismo Jurídico, já não mais capaz de explicar os novos fenômenos que se observavam no Direito (BUSTAMANTE, 2013, p. 31-38). A ideia de soberania única passou a ser questionada internamente pela sociedade, cada vez mais pluralista, e externamente pelas instituições supranacionais, que surgiram e passaram a interferir nas questões internas dos países. A lei deixava de ser o centro do sistema, agora orientado por um esquema de princípios. Na Europa, falava-se no florescer de um novo *ius commune*, com a criação de uma ordem jurídica europeia sob jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que impulsionavam os estados nacionais para uma convergência cada vez maior. O Positivismo não

conseguia mais explicar esses fenômenos, justamente porque eles desconstruíram suas premissas básicas: um poder único e um Direito composto por um conjunto de regras postas.

No plano internacional, conforme explica Hedley Bull (2002, p. 147-157), as teorias positivistas apresentavam entraves para se admitir a existência de uma ordem normativa supranacional, porque viam como característica essencial do direito ser um produto de sanção, força ou coerção. O Positivismo de John Austin (1954), derivante da teoria de Hobbes, identificava o direito a partir da *ordem do soberano*, o que, certamente, é questionável em uma ordem internacional multipolarizada. Por isso, negava-se o caráter normativo do direito internacional, ao qual se atribuía apenas o *status* de uma moralidade internacional positiva. Embora a visão de John Austin tenha sido mantida por Hans Kelsen (1946), os avanços nos estudos deste último jurista lhe permitiram aceitar uma ordem normativa internacional, a partir do reconhecimento de uma ordem coercitiva, embora baseada em sanções descentralizadas. Já a teoria de Hart (1968) – ainda positivista, mas carreadora das sementes do Pós-Positivismo – oferecia escólio para contestar as teorias do direito fundadas no elemento coercitivo, pois, para Hart, o direito era formado não apenas por normas primárias (regras que impõem deveres), mas também por normas secundárias (regras sobre como introduzir novas regras, modificá-las ou extingui-las). No entanto, Hedley Bull (2002, p. 156) não reconhece regras deste último tipo na ordem internacional. Em que pese aos entraves atribuídos ao Positivismo, o autor não foi além dessas teorias para testar sua premissa de que “o direito internacional pode ser considerado como um conjunto de regras que ligam os estados e os outros agentes da política mundial em suas relações recíprocas, aos quais se atribuem *status* legal” (2002, p. 147). Certamente, se ele tivesse feito esse exame à luz do Constitucionalismo, teria encontrado maior conforto em reconhecer o direito internacional como uma ordem normativa estruturada em um conjunto de princípios, plasmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Sobre o fato de ser a regra geral e abstrata suficiente para dizer qual é o direito, também já não mais se sustentava a teoria positivista. Ao teórico do Direito Positivista cabia apenas descrever o Direito – por isso as classificações e codificações. Quando os princípios jurídicos assumem posição central no

sistema, em decorrência do Constitucionalismo, o julgador avoca sua condição de protagonista e o processo hermenêutico assume relevância. Este desencadeamento das coisas se explica porque, uma vez que a estrutura principiológica é aberta, torna-se fundamental a interpretação para superar a indeterminação própria desta trama de significados, que é o princípio. E na função de intérprete oficial, o julgador revela-se como o personagem principal na tarefa de aplicar o direito, assim como a hermenêutica passa a ser o grande objeto de estudo da Teoria do Direito, agora preocupada com o seu funcionamento – o que García Figueroa chamou de “giro neorrealista”, ou seja, o “deslocamento do foco de interesse do sistema para sua aplicação”, conforme noticia Thomas Bustamante (2013, p. 36 e 94-95). Assim, a teoria deixa de ser meramente descritiva – como era próprio do Positivismo que via o Direito como criação de um ato de autoridade, ou seja, sob um ponto de vista externo– e passa a se preocupar em compreender e explicar seu mecanismo de aplicação agora sob um ponto de vista interno, o do aplicador do direito, preocupado em dar racionalidade à prática de dizer *quid juris*¹³. Como bem coloca Bustamante (2013, p. 37) há uma “ascensão da normatividade das interpretações que os tribunais superiores realizam acerca dos direitos fundamentais, que vem acompanhada de um processo de reforço da dimensão *justificativa*, argumentativa, da decisão judicial”.

A Constituição passa a ser compreendida como “uma aquisição evolutiva” (DERZI, 2009, p. 39), como uma conquista histórica da humanidade, que permite diferenciar o Direito da Política, de modo que cada um destes sistemas possa operar a partir de seu próprio código (no caso do Direito, lícito/ilícito; no caso da Política, bom/ruim), sem ingerência externa, autodeterminando-se. Isto significa um verdadeiro avanço, pois, o Direito passa a fundamentar-se em si próprio, na Constituição, que é direito, e não em algo

¹³ Se por um ponto de vista externo as diferenças entre os sistemas se acentua, o mesmo não se pode dizer quando analisamos, por um ponto de vista interno, o modo como se aplica o direito. Explica Bustamante (2013, p. 93-106) que tanto no Positivismo Jurídico do continente, cujo mais insigne representante é Kelsen, como no Realismo Jurídico do *common law*, ao juiz é reconhecido um certo decisionismo no momento de aplicação do direito. Em qualquer uma das tradições, a aplicação do direito é compreendida como uma continuação da criação do direito. O juiz está em certo grau livre para dizer qual o direito aplicável ao caso, pois, ainda que parta de uma regra geral – no caso do *common law*, o costume e, no caso do *Civil law*, as leis – haverá sempre uma zona de indeterminação ou um esquadro de possibilidades que o deixam, de certo modo, livre para escolher o direito a aplicar.

externo. Ainda que se reconheça a possibilidade de o sistema jurídico ser influenciado pelo sistema político (assim como pelo econômico, religioso e outros mais), isto se dá por meio da incorporação desses influxos à lógica do código existente no sistema que o incorpora. Desta forma, o Direito pode sim valer-se da Política, mas isto se dará através da incorporação das experiências e ideias políticas a depender “de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.” (DERZI, 2009, p. 40). Esta é a compreensão que colhemos dos estudos de Niklas Luhmann, como bem explica Misabel Derzi (2009, p. 37, destacamos):

Assim, ao perseguir a evolução linguística da palavra Constituição, sobretudo com a independência dos EUA e os eventos inerentes à história da França, NIKLAS LUHMANN sustenta a tese de que o conceito de Constituição veio, na era moderna, como reação à diferenciação entre Direito e política e à conseqüente necessidade de religação entre eles. [...] A Constituição é assim a forma como o sistema se fecha em um âmbito em que ela própria reconhece a si mesma, dentro dele. A Constituição substitui, como um texto positivado autológico, quer o direito natural em sua visão cosmológica tradicional, quer o direito racional de uma teoria transcendental¹⁴. **A positivação do Direito é decisiva para o fechamento.**

De acordo com o paradigma luhmanniano, essa nova posição do direito pressupõe superação da sociedade pré-moderna [...] O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispendo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” exclusivamente pelos sistema jurídico, que adquire, desta maneira, o seu fechamento.

À luz desse novo paradigma jusfilosófico, pós-positivista, não há significativa diferença entre o *common law* e o *civil Law* no que se refere ao funcionamento do direito, ou seja, à interpretação do direito. Em ambos os sistemas, o problema fundamental a ser enfrentado passa a ser como dar uma solução justificada moralmente – por meio da recondução aos princípios que institucionalizam paulatinamente os conteúdos morais – e, ao mesmo tempo, válida sob o ponto de vista do conjunto de normas gerais vigentes que, no sistema de *common Law*, continua sendo preponderantemente formado pelos precedentes e, no *civil law*, em sua grande parte, pelas leis emanadas do Poder Legislativo, conquanto se possa observar cada vez mais o uso de

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: *Il Futuro della Costituzione*. Org. ZAGREBELSKY, Gustavo. Torino: Einaudi, 1996.

precedentes no *civil law* e de normas legisladas no *common law*¹⁵. A tensão entre facticidade e validade (HABERMAS, 2012) é ínsita a todo sistema jurídico que erija um status de legitimidade, porque para demonstrar que o direito é justo e, portanto, legítimo, é preciso reconduzir o direito vigente (facticidade) a um ideal de direito racionalmente justificado (validade). Assim, seja qual for o sistema em que o intérprete esteja inserido, ele demanda uma metodologia que o capacite a resolver esta tensão entre facticidade e validade, e esta metodologia só pode ser aquela que estabeleça um processo intelectual de subsunção (através de raciocínios de indução e dedução) de uma norma geral (direito vigente, extraído do precedente ou da lei), justificada à luz de um princípio (que lhe confira validade), ao caso concreto¹⁶. Sob este prisma, a tese frequentemente reverberada de que o juiz do *common law* julga atento aos fatos dos casos, por meio dos quais exprime seu juízo de analogia ou distinção, e o juiz do *civil law* decide baseado sempre em regras gerais e abstratas institucionalizadas nas leis, é falaciosa. “Trata-se de uma visão caricaturada, que dificilmente poderia ser comprovada de forma empírica. Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades [interpretar regras gerais e abstratas assim como regras judiciais], em qualquer sistema jurídico.” (BUSTAMANTE, 2013, p. 106).

Há, e isto não se pode negar, distintos estilos de redação nas decisões de uma corte de *common law* e de uma corte de *civil law*¹⁷. Mas, daí não decorre que os juízes de cada um destes sistemas adotam métodos próprios de raciocínio jurídico, especialmente quando lidam com precedentes. O

¹⁵ É o que observa Canelutti: “A jurisprudência está exatamente no mesmo plano que a lei, posto que não é outra coisa que não a lei interpretada (...)” (2001, p. 184, v. I).

¹⁶ É o que conclui Bustamante (2013, p. 103): “[...] do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o Positivismo Jurídico – que, embora decadente, ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O Direito judicial – embora tenha vinculatidade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo”. E também Taruffo (2007, p. 86): “La dimensión teórica hace referencia a que el hecho de recurrir al precedente caracteriza de manera peculiar la estructura de la argumentación jurídica en orden a la interpretación de la regla de derecho y a su justificación [...]”.

¹⁷ “[...] basta comparar, por exemplo, o estilo de redação (*stylus curiae*) de uma sentença da *Cour de Cassation* francesa e de uma decisão judicial da *House of Lords* para perceber diferenças muito significativas quanto aos usos da linguagem [cf. Markesinis 1994:608] e quanto à forma como os fatos e as normas jurídicas são anunciados e relacionados entre si.” (BUSTAMANTE, 2013, p. 14)

processo de aplicação do direito se mostra, neste novo paradigma, altamente comprometido com a valorização do precedente, como decorrência própria do fenômeno democrático e, portanto, independente do sistema jurídico onde o julgador esteja inserido. A democracia exige a integridade do direito e esta, por sua vez, depende do respeito às leis e às decisões judiciais, as quais devem sempre ser consideradas para garantir que casos semelhantes sejam julgados igualmente¹⁸. Na construção da integridade do sistema, os princípios exercem um papel fundamental (DWORKIN, 2011), pois permitem que o direito encontre justificativas morais capazes de legitimar a decisão judicial e, desse modo, reconduz o sistema a uma unidade fundante. Este recurso aos princípios, vistos como uma ponte entre o Direito e a Moral, era absolutamente rejeitado pelos positivistas, como Hart, que buscavam uma completa esterilização do Direito de qualquer sistema de valores que não fosse objetivamente criado pelo próprio Direito. Na hermenêutica pós-positivista, sabe-se que “justificar um ato é demonstrar que ele é correto. Demonstrar que ele é correto é demonstrar que, desde qualquer ponto de vista objetivo sobre a questão, o ato deva ser praticado, tendo em vista o caráter do ato e as circunstâncias do caso. [...] Não há [...] justificação sem universalização.” (MACCORMICK, 2005, p. 98-99). Portanto, a legitimação da decisão judicial no atual prisma hermenêutico remete a justificação das decisões judiciais, em última instância, aos princípios. É por meio deste recurso racional a premissas gerais que se consegue equiparar diversos casos, os quais, apesar de suas peculiaridades, podem ser subsumidos a um mesmo princípio.

Isso não significa que a valorização do precedente seja um comando automático para o tribunal aplicar sua última decisão sobre o tema – ainda que se observe um efeito mais vinculante às decisões no sistema do *common law* do que no sistema do *civil law*. É, antes de mais nada, uma opção política pelo reconhecimento dos tribunais enquanto uma instituição dotada de coerência e representatividade e não um colegiado de magistrados autônomos que decidem independentemente de uma referência que lhes dê identidade. A institucionalização dos tribunais – e, por conseguinte, de todo o sistema jurídico – depende, assim, de uma atuação coerente que lhes confira unidade e lhes

¹⁸ “A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.” (STRECK, 2011, p. 390).

permita fomentar a confiança na instituição. Sistemas *random* não trazem confiança, porque são imprevisíveis.

E mais: o precedente não significa a submissão absoluta dos julgadores de inferior instância ao entendimento dos tribunais, no sentido de que estariam atados àquela decisão, devendo aplicá-la invariavelmente. O precedente impõe ao julgador de inferior instância o ônus de argumentar não só com relação à regra posta, mas também com relação às decisões já existentes sobre esta regra para equiparar o caso sob apreço ou diferenciá-lo do precedente. Não há, portanto, uma submissão completa dos julgadores inferiores aos tribunais. Há a coerência ínsita à lógica sistêmica e a condição de pertinência do magistrado a uma instituição que o impelem a racionalmente decidir de forma semelhante quando está diante de casos iguais.

Portanto, em uma perspectiva hermenêutica, não há substancial diferença entre o *common law* e o *civil law*, a não ser pelas suas fontes de direito, a saber, no primeiro, há preferência pelo direito formulado pelos tribunais e, no segundo, pelo direito editado pelo legislador. Mas, o modo como as regras extraídas dessas fontes são aplicadas e justificadas é, independentemente do sistema, o mesmo.

1.1.6 Apesar da convergência, ainda há diferenças

A reconstrução histórica dos últimos séculos confirma, como vimos, o que jurista, como Katja Funken (2003), na sua prática, atualmente observa, ou seja: a convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Todavia, apesar da convergência, existem diferenças com relação ao modo como os precedentes são referenciados, que não podemos desmerecer. Isso que pretendemos demonstrar já pode ser notado claramente se observarmos o curioso hábito que se tem, no Brasil, de aludir à “jurisprudência” quando se quer remeter ao entendimento dos tribunais, e não ao “precedente”, como se faz no *common law*. É comum intercambiarmos os termos “precedente” e “jurisprudência”, como se fossem sinônimos. No entanto, há uma importante diferença de significação entre eles que revela, como veremos adiante, uma

interessante perspectiva sobre o problema do abarrotamento das cortes superiores. Taruffo (2007, p. 87-90) explica que o termo “precedente” remete àquele único julgado que efetivamente precedeu os demais, no julgamento da questão jurídica, e foi adotado pelos julgadores posteriores como modelo no modo de solução do caso concreto; “jurisprudência,” por sua vez, é o conjunto de decisões que analisaram a mesma questão jurídica e que geralmente são referenciadas em seu conjunto para fundamentar posterior solução a caso semelhante. O uso do termo “precedente” é muito característico dos sistemas de *common law*, ao passo que o termo “jurisprudência” é utilizado mais comumente em países de *civil law* (como a Itália – foco da análise da autora – e o Brasil).

Mas, o ponto que queremos colocar não é meramente semântico, como pode parecer; é prático e pode ser observado no nosso sistema jurídico. Quando os julgadores dos casos posteriores fazem referência apenas àquela única decisão tomada como “precedente,” atribuem a ela uma força tal que lhes impõe um ônus de argumentação no sentido de justificar a aplicação ou não aplicação do precedente ao caso escrutinado, indo fundo nos fatos para fins de comparação. Já quando os julgadores dos casos posteriores se utilizam da “jurisprudência” para fundamentar suas decisões, o que fazem é colacionar diversos julgados semelhantes ao caso analisado, geralmente se atendo apenas às máximas fixadas nas decisões que formam a jurisprudência, para assim justificar a adoção ou não da mesma solução. Portanto, há uma diferença na *praxis* observada nas duas tradições jurídicas: no *common law*, de maior valoração dos fatos, por meio do uso de precedentes e no *civil law*, de maior valoração das máximas jurídicas, pelo uso da jurisprudência. É o que relata Taruffo, em seu estudo intitulado “Precedente y Jurisprudencia” (2007, p. 89, tradução nossa):

Portanto, naqueles ordenamentos [de *Common law*] o precedente constitui-se da decisão por inteiro, e não de textos que mais ou menos contêm extratos das motivações da decisão.

[...]

Esse modus operandi se encontra tão profundamente radicado nos nossos hábitos [de *Civil law*] que não se atenta mais aos fatos, nem sequer quando se dispõe do texto completo da decisão e não só de sua ementa.

A diferença de critérios comparativos (maior valoração dos fatos *versus* maior valoração das máximas) tem consequência sobre a intensidade do grau de vinculação da(s) decisão(ões) tomada(s) por referência. Quando se adota uma única decisão como referência (o precedente), é reconhecida uma força vinculante maior do que a das várias decisões citadas quando se adota o hábito de julgar por jurisprudência¹⁹. Isso, porque a comparação do caso sob julgamento com um único julgado compele o julgador a analisá-lo mais profundamente, descendo aos fatos que o subjazem. Por outro lado, ao comparar o caso sob julgamento com várias decisões, o julgador acaba por fazer confrontações superficiais, não analisando a fundo todas essas decisões, atendo-se, na maior parte das vezes, apenas às suas ementas. E o que agrava ainda mais este quadro é que não há um rigor na formatação das ementas que, frequentemente, acabam por mencionar meros *obiter dictum*. Isso que ocorre no Brasil também se verifica na Itália:

[...] não é habitual que as ementas contenham *obiter dicta*, já que quem formula as ementas frequentemente extrai do texto da decisão qualquer fundamento sem verificar se este é o não efetivamente a base da decisão. A prática judicial não se comporta de modo diverso, referindo-se a qualquer parte da decisão que pareça útil para se invocar como precedente. Neste caso, torna-se incerto o que se utiliza para reforçar a justificação da decisão sucessiva, de maneira que os *obiter dicta* podem – ainda que indevidamente – “fazer precedente”. (TARUFFO, 2007, p. 91, tradução nossa).

Curioso ainda notar que, nos países de *civil law*, o recurso à jurisprudência orienta-se para a busca do entendimento **mais recente** do tribunal sobre a matéria, ao passo que nos países de *common law* o precedente mais antigo é o mais valorizado. “A razão disso pode estar no fato de que, nesses países, dada a ausência de mecanismos de estabilidade e segurança jurídica (e a teoria do *stare decisis* é o principal deles), o entendimento jurisprudencial é muito cambiante.” (SOUZA, 2013, p. 314).

Essas diferenças que ainda caracterizam cada um dos sistemas de modo muito peculiar somente podem ser creditadas ao resquício do Positivismo que ainda se encontra forte nas duas tradições jurídicas. Há um

¹⁹ “Como se ha mencionado, el verdadero precedente es tendencialmente uno solo. Cuando se manejan decenas o centenares de sentencias se está fuera de la lógica del precedente.” (TARUFFO, 2007, p. 93).

hábito calcado no juiz do *common law* de valorar demasiadamente os fatos em comparação às regras gerais e abstratas, ao passo que o juiz do *civil law* tem impregnada a prática de se bastar, no argumento, com a remissão às regras gerais. Assim, essa diferença verificada na prática jurídica de se referenciar ora a **precedente** – valorando os fatos – ora a **jurisprudência** – valorando as regras – revela um importante ponto de análise deste estudo, no sentido de que, independentemente da remissão a uma ou a várias decisões, a norma judicial buscada deve ser sempre extraída da reconstrução histórica do(s) caso(s) em vista da coerência do sistema. É que “o Direito deve deixar de ser compreendido como uma ordem *criada* num ato único e necessariamente arbitrário, para ser visto como uma prática social que obedece a certa ordem e se produz à luz de um sistema moral com pretensão de universalidade e um alto grau de racionalidade – mas uma racionalidade procedimental, não fundacionista.” (BUSTAMANTE, 2013, p. 122-123).

1.2 As técnicas de valorização do precedente e o instituto de solução de demandas múltiplas (a repercussão geral e os recursos repetitivos)

1.2.1 A situação de abarrotamento dos tribunais superiores e a premência por reformas processuais

Desde a promulgação da Constituição de 1988 que os processualistas vêm recomendando a revisão do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, para conformá-lo ao Estado Democrático de Direito inaugurado pela nova Carta. É que o processo, tal como formatado pelo código então vigente, não atendia aos anseios por celeridade e efetividade, então plasmados na nova Constituição.

O CPC então (e até hoje) vigente foi elaborado sob forte influência do Estado Liberal e, por esta razão, tem marcante viés formalista. Arraigado à interpretação das leis e ao aprimoramento da técnica, tornou-se insuficiente para responder ao atual sistema de valores. O Direito Processual clássico foi desenvolvido para dar solução às demandas individuais e pouco ou nada se preocupou com as medidas para atender às demandas coletivas (dentre elas, as repetitivas), as quais, no atual paradigma, têm posição de relevo, pela importante via que representam, de garantia aos direitos fundamentais. Além disso, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo é chamado para dar solução efetiva às demandas, de forma comprometida com o constitucionalismo, deixando em plano secundário a preocupação com o formalismo. Visto sob essa perspectiva paradigmática, compreende-se a profusão de reformas que o código sofreu (e ainda vem sofrendo) nos últimos anos com o intuito de conformá-lo às atuais pretensões democráticas de efetividade da tutela judicial, celeridade procedimental, estímulo à conciliação, flexibilização do formalismo e, mais recentemente, a valorização do precedente judicial.

As estatísticas apontavam para o estrangulamento do sistema. Considerando como marco inicial o ano de 1990, observava-se o aumento

crescente do número de *recursos* que ingressavam no STF²⁰. Em 1990 foram 16.226 novos recursos e, em 2004 – ano em que se iniciou a reforma processual que deflagraria o instituto da repercussão geral e dos recursos repetitivos –, 69.171, ou seja, quatorze anos após, a Corte recebia quatro vezes mais processos, sendo que contava com a mesma quantidade de ministros, 11, ao total, como determina o art. 12, § 3º, IV, da CR/88 (BRASIL, 2013). Se o órgão máximo do Poder Judiciário recebia um número de processos quatro vezes maior, pode-se supor que as instâncias inferiores, responsáveis pela remessa dos processos ao STF, também estavam sendo demandadas em volume crescente. Assim, a situação da Corte Suprema do país serve como exemplo da realidade que se verificava em todo o Poder Judiciário: um aumento vertiginoso da demanda e a incapacidade do sistema para atendê-la²¹.

Em 13 de dezembro de 2010, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) apresentou, no *Seminário de Combate à Morosidade da Justiça – Diagnósticos e Propostas*, estudo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis em geral e das demandas repetitivas, nos últimos anos, com indicação de proposição de medidas para solucionar o problema da morosidade da Justiça. A pesquisa escolheu três grandes tribunais brasileiros (Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região) que têm o Poder Público como grande demandante para traçar um diagnóstico em relação à morosidade. A pesquisa selecionou a seguinte amostragem para uma análise mais aprofundada: 226 decisões judiciais e 37 entrevistados entre advogados, magistrados, servidores públicos, funcionários de tribunais e membros de ONGs ligadas à judicialização de conflitos nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Foram escolhidos dois temas para o estudo de demandas repetitivas: a tese da desaposentação, tema previdenciário pertinente à Justiça Federal, e os contratos de crédito,

²⁰ Nos anos de 1988 e 1989, os registros anotam a entrada de 21.328 e 14.721 processos no tribunal, sem distinção entre a quantidade de recursos e ações originárias. Nos anos seguintes a distinção passou a ser feita (BRASIL).

²¹ Quando nos referimos a sistema, estamos considerando todos os elementos que formam a estrutura que diretamente interfere na capacidade de atendimento à demanda: número de magistrados, servidores, comarcas, volume de investimento financeiro, reformas processuais etc.

assunto bancário do direito do consumidor, e que pertence à Justiça Estadual. Os resultados da pesquisa, noticiados pelo periódico *Consultor Jurídico*²², apontam para algumas causas: a democratização do acesso ao Judiciário, a profusão de normas regulamentares, o aumento da litigiosidade, as demandas repetitivas, o incentivo processual às demandas individuais, a falta de uniformidade nas decisões dos tribunais e a ascensão econômica da população.

Uma das conclusões do estudo é de que há um aumento da litigiosidade na sociedade e o Poder Judiciário tem se tornado a principal arena para a solução desses conflitos. Há razões históricas no Brasil que explicam este fenômeno. Com o processo de transição democrática, que tem como

²² **“Excesso de normas.** Desde 1994, o INSS editou 760 atos normativos. “Não apenas a falta de legislação, mas o excesso dela também cria uma zona cinzenta que estimula a litigiosidade”, diz a pesquisadora da FGV Daniela Monteiro Gabbay. Outra razão para o aumento da litigiosidade é o não esgotamento da instância administrativa para ajuizar ações, e a oscilação e a demora na formação de precedentes no Judiciário. De acordo com a pesquisa, o julgamento padronizado por lotes, que está se tornando comum especialmente nos Juizados Especiais Federais (JEFs), que chegam a julgar mais de mil processos semelhantes de uma só vez, tem também um efeito perverso. “Quando o julgamento por lote não está alinhado com o entendimento dos tribunais superiores, a demanda retorna ao judiciário”, diz Daniela. A pesquisa aponta também a mídia como veiculadora de teses jurídicas, especialmente jornais de cunho mais popular, o que estimula o aumento no número de processos. [...] A equipe da FGV concluiu que a legislação processual estimula o tratamento individualizado das demandas de massa, e que os consumidores enxergam o Judiciário como primeira via para recorrer, como se fosse uma instância administrativa. Há muitos incentivos para o aumento da judicialização dos conflitos na área de Direito do Consumidor: o baixo custo de ingressar com ações aliado a uma grande possibilidade de sucesso, especialmente nos Juizados Especiais; a advocacia de massa que estimula o requerimento de indenizações por dano moral, a propositura de ações judiciais em grandes quantidades sobre demandas idênticas; e a frequente ausência de uniformização jurisprudencial dos tribunais superiores a respeito de matérias envolvendo conflitos entre o consumidor e instituições financeiras, acompanhada da constante variação da jurisprudência nos Tribunais Estaduais de todo o país. A pesquisa atenta ainda para o contexto socioeconômico dos últimos anos, onde a classe média (classe C) passou de 62 milhões de consumidores para 92 milhões (entre 2005 e 2010). Segundo dados da Federação Brasileira das Associações de Bancos (Febraban), a população “bancarizada” do país passou de 40 milhões em 1995 para 80 milhões de pessoas em 2005. Contudo, observa-se que grande parcela desses novos consumidores não é adequadamente informada pelos bancos a respeito dos produtos e serviços financeiros que passaram a adquirir. Para reduzir as demandas previdenciárias, a FGV aponta para o Programa de Redução de Demandas desenvolvido pelas procuradorias do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a uniformização dos entendimentos do Judiciário, e a definição de critérios mais específicos para a concessão de assistência jurídica gratuita. “Muitas vezes utiliza-se o Judiciário como uma porta administrativa”, diz Luciana Cunha, pesquisadora da FGV. Na avaliação da FGV, isso poderia ser minimizado com a capacitação do consumidor, por meio da educação para utilização do crédito e tratamento do superendividamento; divulgação de uma lista de empresas mais demandadas no Procon; melhoria dos canais de atendimento extrajudiciais, como agências bancárias, SAC e ouvidorias, para que os conflitos possam ser mapeados e evitar que cheguem ao Judiciário. ‘A Resolução 125 do CNJ estabelece papel de protagonista do Judiciário, não só como um órgão decisor, mas como estimulador de formas alternativas de resolução de conflitos’, diz Luciana.” (CONSULTOR JURÍDICO, 2010, grifos no original).

marco a Constituição de 1988, a recém-criada estrutura governamental, especialmente os Poderes Executivo e Legislativo, eram pouco acreditados pela população que via, na imparcialidade do Poder Judiciário, maior capacidade para oferecer respostas às suas demandas sociais por justiça (VIANNA, 2008, p. 152-153). A este fenômeno, Luiz Vianna deu o nome de “judicialização das relações sociais”. Segundo explica o autor (2008, p. 53 e 149-150):

O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos [...] mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.

A procura do Poder Judiciário pelo cidadão para solução de suas demandas sociais não foi um fenômeno somente brasileiro. A explicação apresentada por Luiz Vianna é mais bem compreendida num contexto maior, do Estado Democrático de Direito, onde o Poder Judiciário assume papel central na criação do Direito, conforme vimos na Subseção 1.1.5. O protagonismo assumido pelo juiz na criação do Direito propiciou que escolas, como a do Realismo Jurídico e a que preconiza a Teoria Econômica do Direito, encontrassem terreno fértil para suas idéias, baseadas, principalmente no legítimo poder do juiz para promover políticas públicas, inserindo em seu discurso decisório ponderações não só jurídicas, mas também econômicas, sociais ou políticas. Este papel ativo do Judiciário acabou por atrair para si demandas sociais que, a princípio, estariam restritas às arenas do Poder Legislativo e Executivo, aos quais sempre se atribuiu a competência para decidir e executar políticas públicas.

Ocorre que, o Poder Judiciário não estava sendo capaz de atender à crescente demanda dos cidadãos pela prestação jurisdicional, cada vez com a

qualidade mais comprometida. Dados colhidos com base nos relatórios “Justiça em Números”, dos anos de 2003 a 2008, produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL), apontam para o inchaço do Poder Judiciário existente à época em que se iniciou a reforma processual que deflagraria o instituto da solução das demandas múltiplas²³.

O gráfico abaixo mostra o aumento da demanda pelos serviços judiciários, mais especificamente pelos serviços dos tribunais de 2º grau:

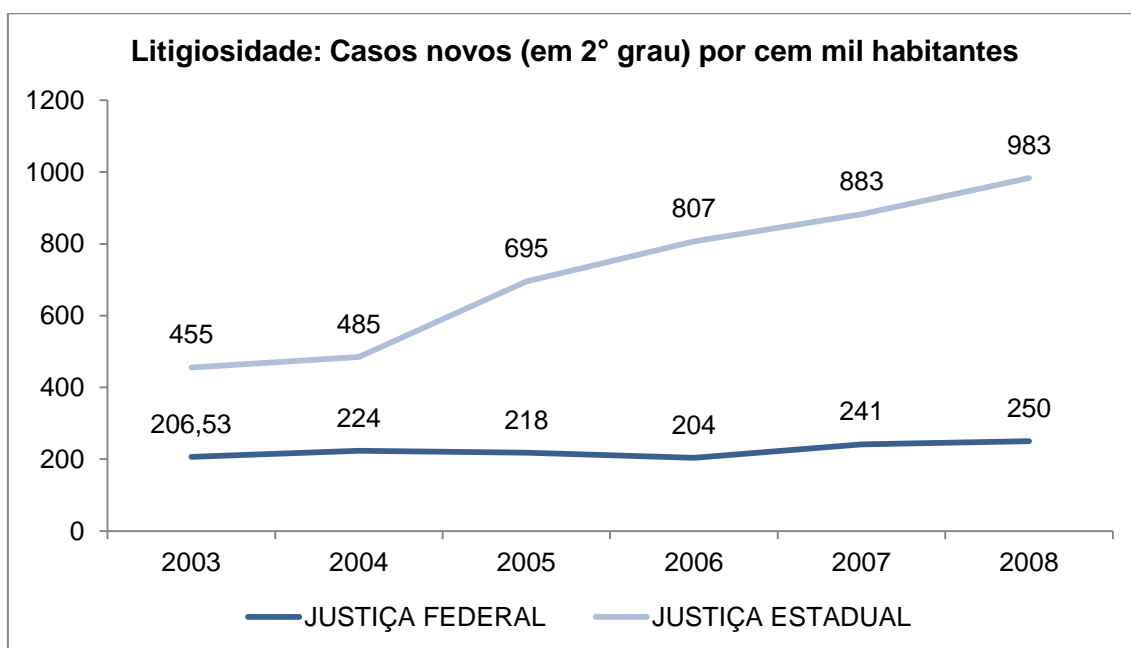


Gráfico 1 – Evolução dos casos novos nos tribunais de 2º grau

À medida que a demanda pelos serviços judiciários crescia, também aumentavam os investimentos na ampliação da estrutura do Judiciário, como pode se observar pelos gráficos abaixo onde está demonstrada a evolução com as despesas, o número de magistrados e o número de servidores a cada 100 mil habitantes, com relação à Justiça Federal e Estadual, separadamente.

²³ Veremos na seção seguinte que a repercussão geral e os recursos repetitivos tiveram origem nos debates da Emenda Constitucional nº 45/2004 e foram regulamentados, com a edição de leis ordinárias em 2006, com relação ao STF, e, em 2008, com relação ao STJ. Esta a razão pela qual foram colhidos dados até o ano de 2008. Ressalte-se, ainda, que não há dados anteriores a 2003 na base de dados do CNJ.

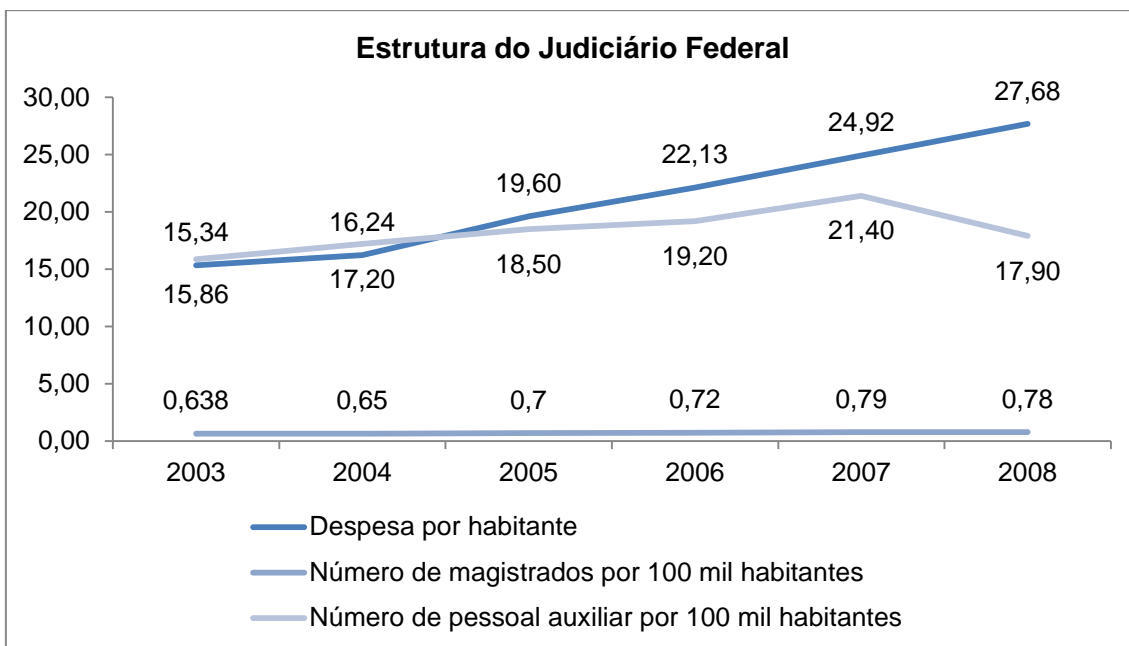


Gráfico 2 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Federal

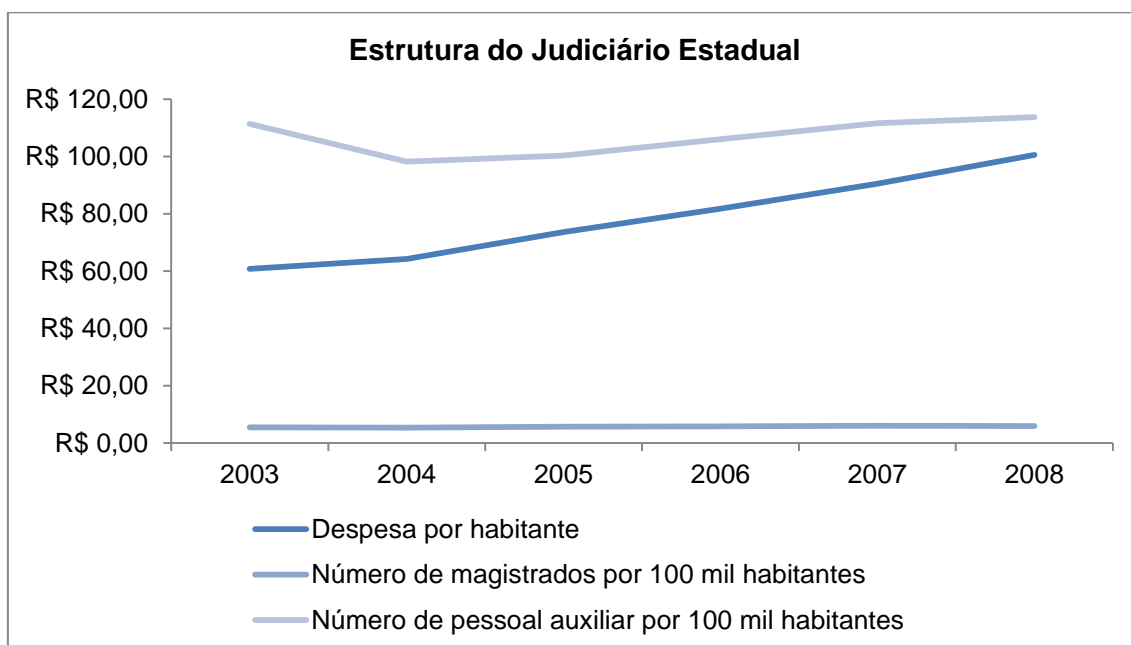


Gráfico 3 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Estadual

Apesar do crescimento da demanda pelos serviços judiciários, observou-se a queda da taxa de congestionamento dos tribunais.

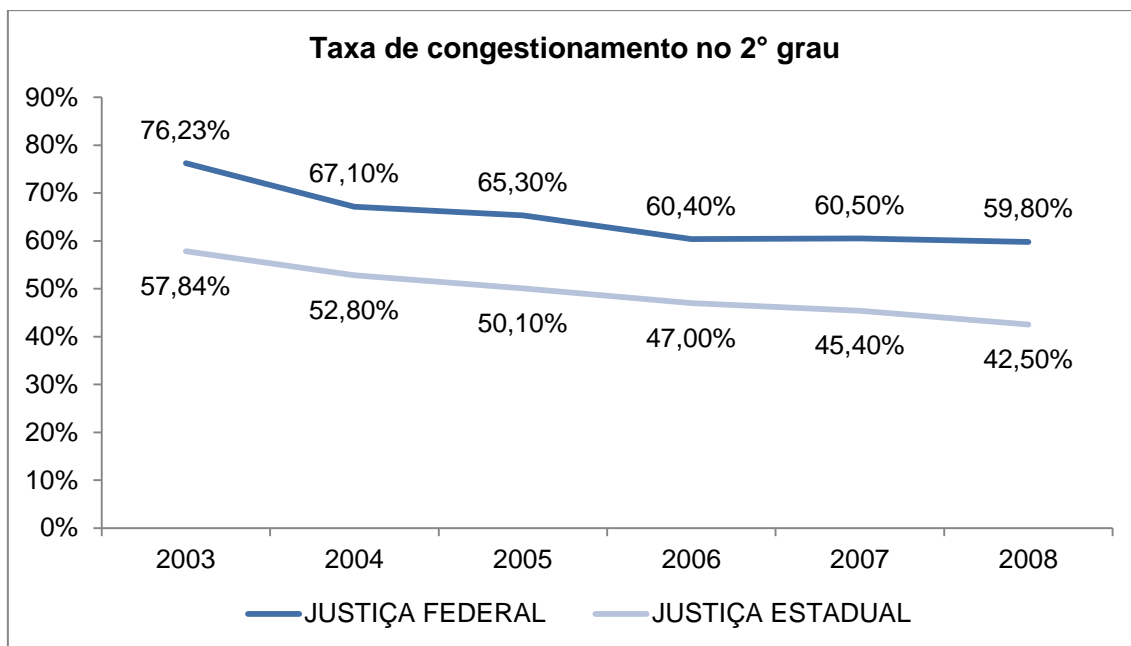


Gráfico 4 – Evolução da taxa de congestionamento nos tribunais de 2º grau

As estatísticas certamente refletem os resultados da “Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005 [...] [e, posteriormente] passou a abranger o ano de 2006. Ou seja, os tribunais deveriam dar conta de julgar todos os processos distribuídos até 31/12/2006.” (BRASIL).

Quanto à recorribilidade das decisões de 2º grau, observou-se, na Justiça Federal, uma queda entre os anos de 2003 e 2004. Posteriormente, houve uma leve ascensão entre os anos entre 2004 e 2007. E entre os anos de 2007 e 2008 a estatística apresentou nova queda. Assim, a tendência linear da série foi decrescente. Na Justiça Estadual, a taxa de recorribilidade das decisões apresentou crescimento durante todos os anos entre 2003 e 2007. Apenas entre 2007 e 2008 houve um decréscimo. Assim, em geral, a tendência linear foi crescente na Justiça Estadual. É o que se observa no gráfico seguinte:

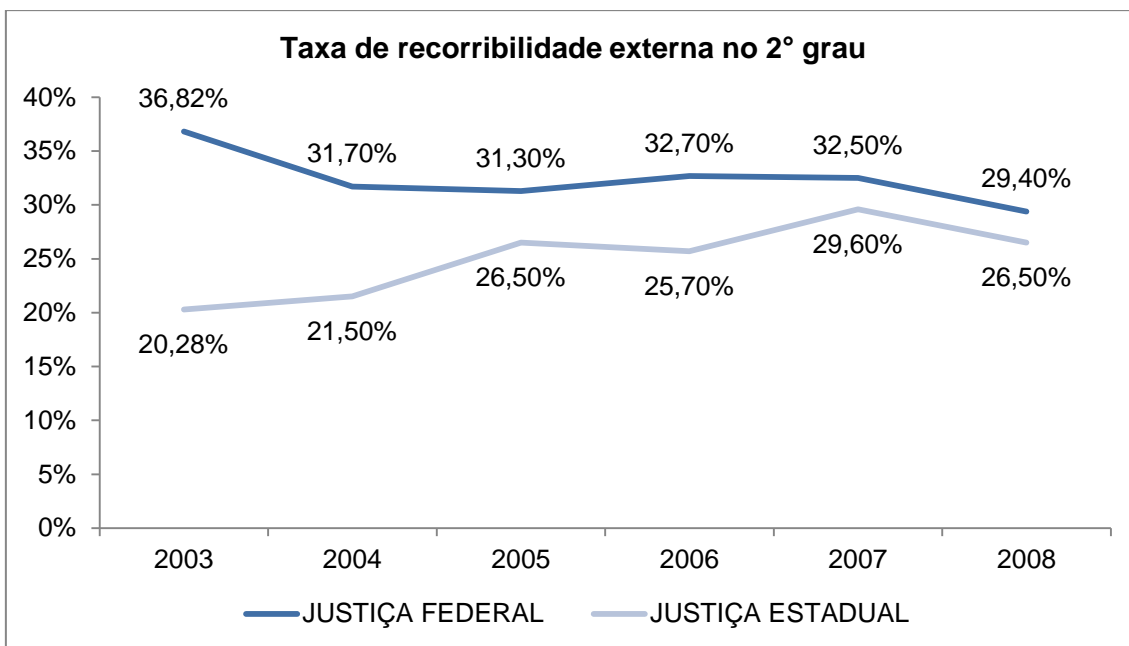


Gráfico 5 – Evolução da taxa de recorribilidade externa nos tribunais de 2º grau

No STF (BRASIL, 2013), de 1990 a 2006, observou-se o aumento vertiginoso de processos protocolados e distribuídos, com queda registrada apenas entre os anos de 2002 a 2004. No STJ (BRASIL, 2010, p. 19), de 1989 a 2008, o número de processos protocolados apresentou tendência linear acentuada de aumento, com registros pontuais de queda. Vejamos:

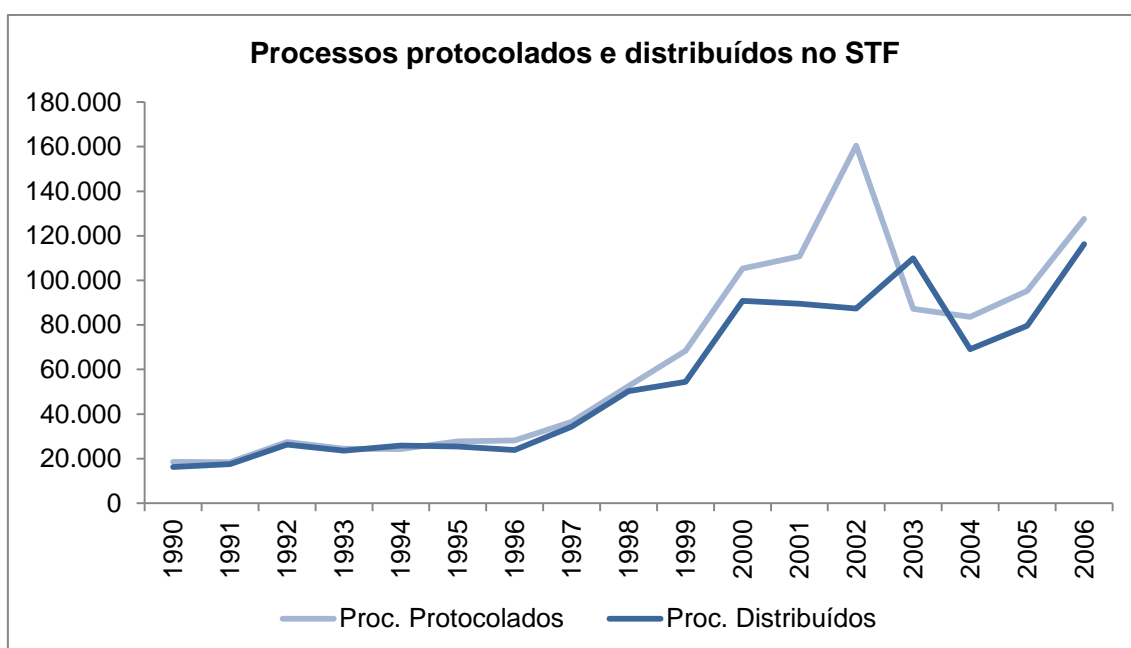


Gráfico 6 – Evolução dos processos protocolados e distribuídos no STF

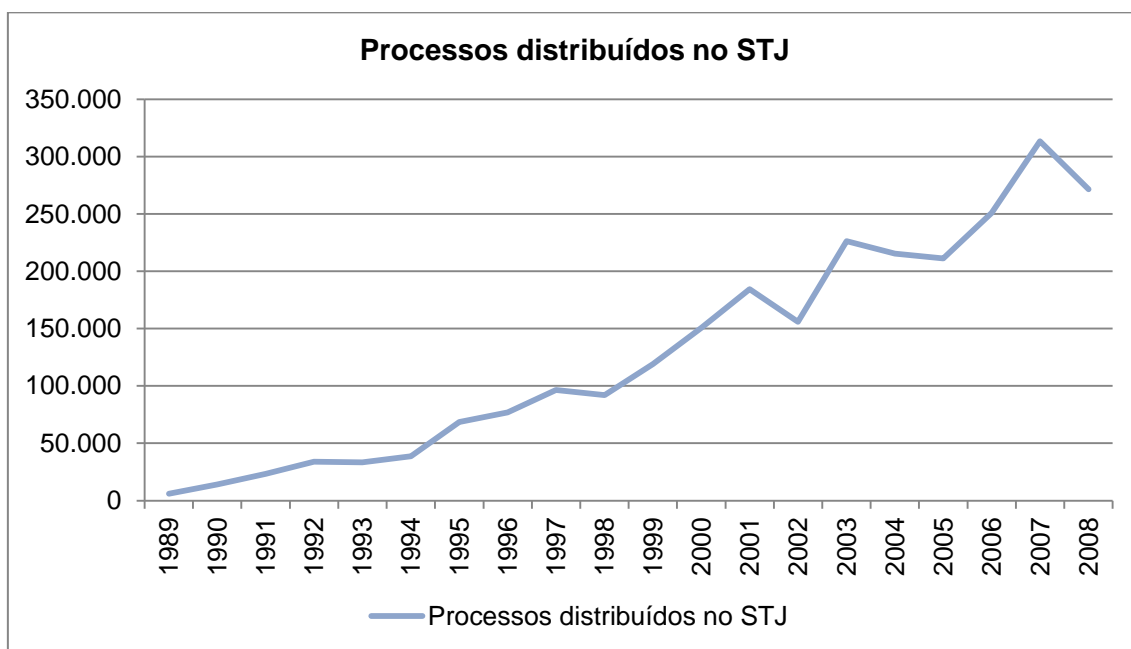


Gráfico 7 – Evolução dos processos distribuídos no STJ

O aumento da sobrecarga dos órgãos de cúpula do Judiciário estava evidente e, com certeza, por esta razão, foi o cerne das preocupações que desencadearam a reforma que viria com a Emenda Constitucional n° 45/2004. É que o número descomunal de recursos demanda um trabalho hercúleo do tribunal e tem efeitos deletérios como decisões contraditórias entre si e câmbios constantes de entendimento da própria Corte. Michelle Taruffo (2007, p. 90) relata situação semelhante na Corte de Cassação italiana²⁴, servindo os seus comentários para o problema no Judiciário do nosso país:

En esta dirección no se puede dejar de mencionar un fenómeno gravemente patológico que representa uno de los mayores factores de crisis de nuestro sistema jurisdiccional: se trata del anormal número de sentencias que la Corte de Casación pronuncia cada año, y que no es paragonable a cuanto sucede en la mayor parte de las otras cortes supremas. No es el caso analizar aquí las causas de esta degeneración gravísima, y ni siquiera los posibles remedios, temas sobre los cuales existe una amplia literatura. Vale más bien la pena señalar algunos de los efectos que de ello se derivan. Por un lado, en este aluvión incontrolado de decisiones son pronunciadas cada año decenas o centenares de sentencias sobre la misma cuestión, o sobre la misma norma, de manera que la jurisprudencia sobre muchos temas alcanza un millar de decisiones, si sólo se considera que existen pocos años de referencia. La

²⁴ O problema também é observado por Rupert Cross (CROSS, 1977) que aponta para a diferença entre o número de recursos recebidos na *House of Lords* e na *Cour de Cassation*.

consulta de los repertorios, o de los datos proporcionados por el CED ofrece pruebas elocuentes de eso. Por otro lado, el número incontrolable de decisiones favorece una ulterior degeneración, por cuanto se produce una frecuente verificación de incoherencias, evidentes contradicciones y repentinos cambios de dirección en el ámbito de la misma jurisprudencia de la Corte de Casación.

Além dos efeitos deletérios decorrentes do congestionamento do Judiciário sobre a Administração da Justiça, também os direitos materiais dos cidadãos sofrem violação. O discurso carregado de preocupações com as estatísticas acoberta um problema verdadeiramente estrutural de realização de *justiça*. A “Carta do Judiciário” dirigida ao Poder Público em geral e à sociedade brasileira, pelos representantes dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário²⁵, em 2008, destaca a importância de se implementar medidas não só para aprimorar os serviços judiciais, mas também para realizar os direitos individuais e sociais dos cidadãos. Merecem destaque os seguintes trechos:

Pautam este compromisso na crença no serviço público, na ética, na função institucional do Poder Judiciário, na segurança jurídica, no espírito público e de cooperação, na transparência e identidade institucional, no respeito às diferenças, na criatividade, na proatividade, na eficiência, na economicidade e na gestão democrática.

[...]

Cientes da sua responsabilidade para solucionar as grandes questões da Administração da Justiça e da importância de que as ações aconteçam de forma coordenada e integrada, evitando-se medidas repetitivas, contraditórias, e a descontinuidade de metas, os signatários **comprometem-se a desenvolver mecanismos eficazes para o aprimoramento dos serviços judiciais, para a realização efetiva dos direitos individuais e sociais, de forma a impulsionar a realização do Estado de Direito**. (BRASIL, 2008).

Nesse contexto, o Direito Processual não poderia se ater a preocupações com a mera técnica, sendo instado a buscar soluções integradas com outras áreas do conhecimento jurídico para pensar de forma global a questão da justiça, como depreende Dierle Nunes (2011, p. 108, destacamos):

²⁵ Reuniram-se os Presidentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho da Justiça Federal (CJF), do Superior Tribunal Militar (STM), do Tribunal Superior do Trabalho (STS) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), o Coordenador-Geral da Justiça Federal e os Presidentes dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), dos Tribunais de Justiça (TJs), dos Tribunais de Justiça Militar (TJM) e do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça.

No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas e pela utilização do processo para viabilizar uma jurisdição com função contra-majoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (parlamento e executivo).

Tal percepção induz a ampliação do enfoque que o processualista ordinariamente deve tematizar, **pois o mero trato dogmático das técnicas processuais não ofertará soluções legítimas para os cidadãos e para a sociedade.**

Isto induz os processualistas a uma abertura aos ganhos da teoria do direito, da teoria da Constituição, da filosofia, da sociologia e das ciências gerenciais, obviamente, para viabilizar soluções que conheçam e compreendam as tendências e vicissitudes de nosso sistema jurídico.

Estava claro, portanto, que o estrangulamento do sistema exigia reformas urgentes para equacionar os serviços judiciários, com a alta demanda dos cidadãos, através de medidas que promovessem não só a celeridade, mas também a eficácia material da prestação jurisdicional.

1.2.2 A criação da repercussão geral e dos recursos repetitivos no contexto das reformas processuais brasileiras

Em 24.06.1997, foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania com o objetivo de buscar soluções para o congestionamento do Poder Judiciário. Em meio aos debates foi levantada a preocupação com as demandas repetitivas, apontadas como uma relevante causa do atual quadro do Judiciário:

[...] o Exmo. Min. Celso de Mello (então Presidente do STF), apesar de declarar, àquela altura, divergências quanto às propostas discutidas, salientou que compartilhava “da angústia de todos aqueles que, com o espírito voltado ao interesse público, preconizavam a adoção da solução processual da súmula, revestida de eficácia vinculante, posto que é preciso resolver os graves, gravíssimos problemas que derivam das chamadas demandas múltiplas ou causas repetitivas.” (ANDRIGHI, 2010, p. 268)

No ano seguinte, em 1998, foi promulgada a Lei nº 9.756/98, com vistas à redução da sobrecarga de trabalho dos tribunais. O novel diploma

modificou o art. 557 do CPC (BRASIL, 1973) para introduzir a hipótese de denegação de segmento do recurso ante a existência de **jurisprudência dominante** sobre a matéria objeto de irresignação. Em 1995 o dispositivo já havia sido alterado pela Lei nº 9.139, que previa a possibilidade de denegação do recurso, se a matéria recorrida fosse objeto de **súmula**. Portanto, a lei de 1998 criou mais uma hipótese de denegação monocrática de recurso. Além disso, introduziu o parágrafo primeiro ao artigo, permitindo que o relator do recurso, observando a existência de súmula ou jurisprudência dominante, desse provimento ao recurso monocraticamente. Confira-se a redação original do dispositivo, seguida das alterações promovidas pela Lei nº 9.139/1995 e Lei nº 9.756/1998:

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.
Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo. (redação original)

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou **contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior**.
Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia. (redação dada pela Lei nº 9.139/1995, destacamos)

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.**

§ 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.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (redação e inclusões pela Lei nº 9.756/1998, destacamos)

O dispositivo normatizou aquilo que, na prática, já se observava: os tribunais superiores organizavam suas pautas de maneira que processos semelhantes fossem julgados em uma mesma sessão, para que, analisada uma única vez a questão jurídica, o mesmo entendimento fosse aplicado a

todos os outros casos pelo relator. Assim, sem que fosse sequer lido o relatório de cada um dos processos em pauta, dispensando, portanto, a análise das vicissitudes de cada um deles, julgavam-se todos de uma só vez.

A Exposição de Motivos dos Ministros de Estado da Justiça e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que acompanhou a Mensagem nº 43 do Poder Executivo, que encaminhou o Projeto de Lei nº 4.070/98 ao Congresso Nacional, posteriormente convertido na lei nº 9.756/1998, relatava a preocupação com o julgamento, pelos tribunais superiores, dos casos múltiplos (repetitivos) e a necessidade de se tomar medidas para solucionar este problema estrutural:

A realidade vivenciada atualmente pelas Cortes Superiores é de verdadeira incapacidade material de enfrentar a enxurrada de recursos que lhes são, diariamente, submetidos a apreciação. O ponto fulcral do problema não se encontra na ausência de aparelhamento material ou humano, mas na intrincada sistemática recursal existente, que permite, na prática, que qualquer demanda judicial alcance o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores, abarrotando de processos essas Cortes, muito acima da capacidade humana de dar vazão a tal volume de processos.

[...]

O crescimento assustador dos recursos, no entanto, diz respeito a matérias praticamente idênticas, mormente nas áreas tributária, previdenciária e administrativa, que representam mais de 60% dos processos apreciados pelo STJ. Como, nessas matérias, a Corte já firmou jurisprudência, sumulada ou não, a sobrecarga de processos em relação aos quais não seria necessário que o Colegiado voltasse a se manifestar é desumana em termos de dispêndio de trabalho com a agravante de que, em cada processo, pode haver a arguição de preliminares (intempestividade, deserção, irregularidade de representação, prequestionamento, especificidade da divergência, etc.) que o tornam, nesse aspecto, distinto dos demais, obrigando o magistrado a apreciar um a um.

[...]

Há, portanto, uma crise estrutural do modelo existente, que exige reformas estruturais, visando a diminuição do número de causas submetidas a julgamento das Cortes superiores, de modo que possam ser melhor debatidas aquelas que efetivamente dependem de um pronunciamento inovador dessas Cortes. (REZENDE e CARVALHO, 1998, destacamos)

Mas, foi em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), que a grande reforma se instaurou. O objetivo declarado da reforma era a celeridade processual, para atender aos anseios da sociedade por uma justiça menos burocratizada e mais comprometida com o resultado efetivo do processo.

Mas, a Reforma não se apresentou isenta de críticas. Barbosa Moreira expressava sua descrença com relação à capacidade de a anunciada emenda constitucional provocar grandes mudanças, já que várias haviam sido feitas “ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias”. Nas palavras do autor (2001, p. 85-86, destacamos):

[...] a vinculação, para fins práticos em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorratamente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simples bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). **O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite.**

Em que pese as críticas, a Emenda Constitucional nº 45 foi, então, publicada em 31 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004). Quatro artigos da emenda se destacam pelo seu claro compromisso com a celeridade processual. O art. 5º, LXXVIII²⁶ consigna o direito fundamental de todos os cidadãos a uma razoável duração do processo, direito este já incorporado ao nosso ordenamento pelo Pacto de São José da Costa Rica, agora, finalmente, constitucionalizado. O art. 93, XIII²⁷ estabeleceu que o número de magistrados deve ser proporcional à população e à sua demanda pelos serviços judiciais. O art. 102, §3º²⁸ alterou a competência do STF para determinar que apenas os casos que transcendam interesses meramente individuais alcançarão a Corte. Trata-se do novo requisito chamado repercussão geral. O art. 103-A²⁹ instituiu

²⁶ “Art. 5º [...] 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;”

²⁷ “Art. 93 [...] XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;”

²⁸ “Art. 102 [...] § 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.”

²⁹ “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

as súmulas vinculantes, conferindo às orientações editadas pelo STF um poder normativo com força vinculante sobre todo o Judiciário e o Executivo. Esses artigos resumem o espírito das mudanças que se começava a promover.

Atendendo ao art. 7º³⁰ da EC nº 45 (BRASIL, 2004), o Congresso brasileiro instaurou uma comissão mista, composta por membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, assim como integrantes da sociedade, para elaborar propostas de lei para regular as normas constitucionais inseridas pela emenda.

A comissão terminou os seus trabalhos em 13 de dezembro de 2005, apresentando seis projetos de lei, além de requerimentos de urgência e emendas relativas a projetos em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Em seu Relatório Final (BRASIL, 2006, destacamos), concluiu:

Muito mais está por vir. Este relatório é apenas a semente que germinará no curso do processo legislativo nas duas Casas do Congresso Nacional, e, com a aprovação e sanção presidencial dos projetos prioritários, **frutificará na forma de benefícios para toda a sociedade brasileira, cansada de promessas abstratas e ávida por justiça efetiva.**

Dentre os projetos de lei recomendados, os de nº 6.636/2006 e nº 6.648/2006, respectivamente convertidos nas Leis nº 11.417 de 2006 (BRASIL, 2006) e nº 11.418 de 2006 (BRASIL, 2006), tinham efeito direto nas demandas repetitivas, que vinham sendo apontadas como uma das principais causas do congestionamento dos tribunais. A Lei nº 11.417 regulamentou o art. 103-A da Constituição, que instituiu as súmulas vinculantes, e a Lei nº 11.418 o art. 102, §3º da Constituição, que criou a repercussão geral.

entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

³⁰ “Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.”

As súmulas vinculantes eram um passo além do que existia em matéria de súmula à época. Desde 1963 o Regimento Interno do STF já adotava a súmula em seu Regimento Interno (BRASIL, 1964). Em 1995, o art. 557 do CPC passou a permitir ao relator negar seguimento ao recurso contrário à súmula. Em 1998, o parágrafo primeiro incluído neste artigo permitia ao relator também dar provimento monocraticamente ao recurso, com fundamento em súmula. Mas, somente com a então inaugurada Lei nº 11.417, em 2006, é que a orientação da Corte Suprema passou a ser vinculante, o que significa dizer que já não servia apenas como orientação jurisprudencial, em termos de recomendação do que se seguir, mas efetivamente dotou-se de caráter normativo. E vinculava não apenas as instâncias inferiores do Poder Judiciário, mas também a Administração Pública.

Já a repercussão geral, regulamentada pela Lei nº 11.418, em 2006, criou um requisito recursal que permitia ao STF selecionar os casos que por relevante razão social, política, econômica ou jurídica merecesse sua intervenção. Se o recurso não preenchesse este requisito, todos os recursos que tratassem da mesma matéria seriam inadmitidos pela mesma razão, ressalvando posterior revisão do entendimento pelo STF. Paralelamente a esse requisito, a Lei nº 11.418 criou um procedimento especial a ser aplicado aos recursos extraordinários múltiplos, introduzindo no CPC (BRASIL, 1973) o art. 543-B. Segundo esse procedimento, dentre vários recursos idênticos, um seria selecionado para ascender à Corte, sobrestando-se os demais. O caso representativo seria julgado e o entendimento proferido aplicado aos demais. Confira-se o teor do dispositivo:

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

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

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

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

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

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

Seguiram-se outras alterações legislativas, também por ensejo da Reforma deflagrada com a EC nº 45/2004: em 2006, a Lei nº 11.276 (BRASIL, 2006) acrescentou o parágrafo primeiro ao art. 518 do CPC³¹ para autorizar o juiz a não receber “o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”; no mesmo ano, a Lei nº 11.277 (BRASIL, 2006)³² acrescentou o art. 285-A³³ ao CPC para autorizar o juiz de primeiro grau a dispensar a citação e proferir sentença quando já tiver julgado caso semelhante.

Com todas essas reformas, com claro enfoque no STF, buscava-se recolocar o tribunal em seu lugar de prestígio já que, à época, estava ameaçado com a crescente ascensão de recursos a transmudar-se em uma instância recursal ordinária. As mudanças imediatamente impactaram as estatísticas. Confira-se o gráfico abaixo, com a quantidade de processos protocolados e distribuídos no STF entre os anos de 1990 a 2009 (BRASIL, 2013), no qual se observa acentuado decréscimo a partir de 2006, ano em que a súmula vinculante e a repercussão geral foram regulamentadas:

³¹ “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 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. § 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”

³² A lei decorre do Projeto de Lei nº 101 de 2005 (BRASIL, 2006), de iniciativa do Poder Executivo, tendo sido aprovado com o seguinte parecer da Comissão de Constituição e Justiça: “Trata-se de Projeto de Lei integrante da denominada ‘Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário’, integrante do ‘Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano’, endossado pelos representantes dos três poderes da República, e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo.” A proposta tem o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

³³ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

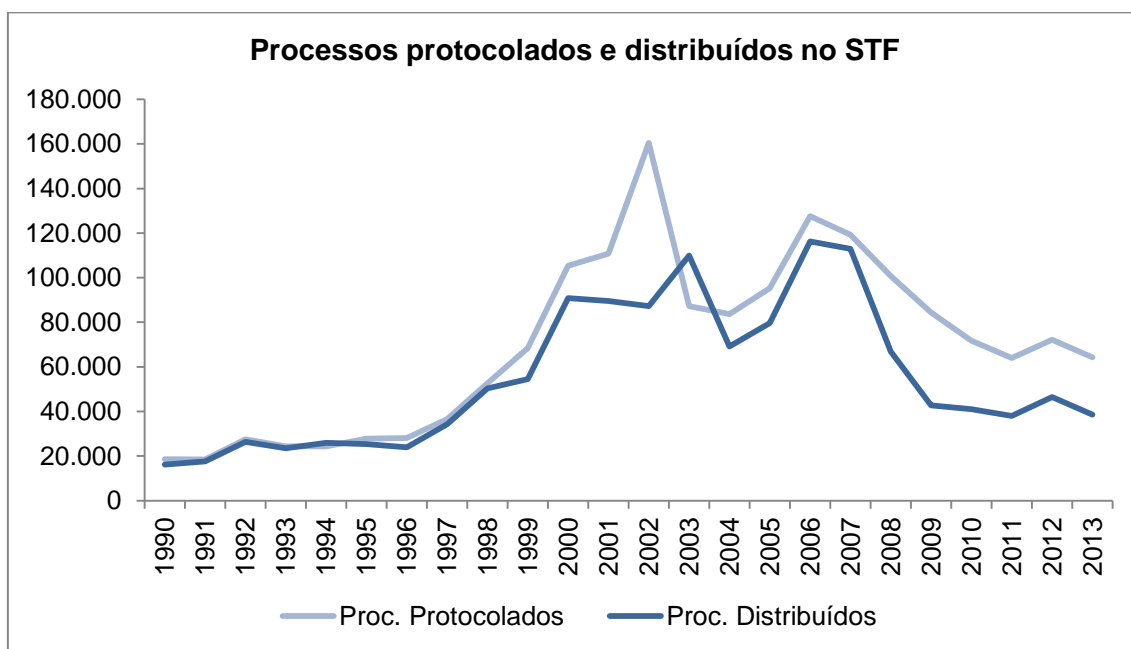


Gráfico 8 – Evolução dos processos protocolados e distribuídos no STF

A acentuada queda na quantidade de processos protocolados e distribuídos no STF pode ser creditada às reformas processuais implementadas, já que a maior parte destes processos é representada pelos recursos dirigidos ao tribunal, conforme dados estatísticos informados pelo próprio tribunal (BRASIL). Em 2005, dos 79.577 processos distribuídos no STF, 93,21% referiam-se a recursos extraordinários (RE), agravos de instrumento (AI) e agravos em recurso extraordinário (ARE)³⁴ e os restantes 6,79% a outras classes distribuídas (principalmente as classes de ações originárias). Já em 2013, dos (apenas) 27.528 processos distribuídos no STF, 79,54% referiam-se a estes recursos e 20,46% a outras classes de ações. Veja que, em números absolutos, a quantidade de ações de outra classe não variou muito, correspondendo a 5.403 ações em 2005 e 5.632 ações em 2013. Portanto, o decréscimo na distribuição de processos no STF decorre, principalmente, da redução do número de recursos que ingressavam no tribunal. Com relação à redução do percentual de representação dos recursos do total de processos protocolados e distribuídos no STF, este tende mesmo a

³⁴ O agravo contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário pelo presidente do tribunal *a quo* era, anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 12.322/2010, processado na forma de instrumento e, posteriormente, nos próprios autos. Portanto, ARE e AI tratam do mesmo recurso, sendo que a alteração do nome deveu-se apenas à mudança no procedimento.

diminuir, à medida que os recursos vão se reduzindo e, por conseguinte, representando uma parcela cada vez menor da competência total exercida pelo STF.

Com os resultados positivos que a reforma trouxe ao STF, despertou-se o interesse em adotar medida semelhante no STJ, que também apresentava grave situação de congestionamento processual. Conforme pode se observar no Gráfico 7, constante da seção acima, havia um aumento vertiginoso no número de processos distribuídos entre os anos de 1989 e 2007. Em 1989, foram distribuídos, no tribunal, 6.103 processos e, já em 2008, cerca de 20 anos após, eram 271.521 processos, ou seja, um número 44 vezes maior.

Diante desse cenário de congestionamento processual, em 2008, foi editada a Lei nº 11.672 (BRASIL, 2008) que acrescentou ao CPC o art. 543-C, que estendia ao STJ a sistemática de solução das demandas múltiplas, que passou a ser chamada, com relação aos recursos especiais, de recursos repetitivos. Confira-se o teor do dispositivo:

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

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

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

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

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

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

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

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

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou
II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

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

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

A reforma também logrou bons resultados no STJ, impactando imediatamente as estatísticas, que passaram a registrar queda na quantidade de recursos distribuídos no tribunal. Confira-se a série histórica, agora com os dados dos anos seguintes à reforma:

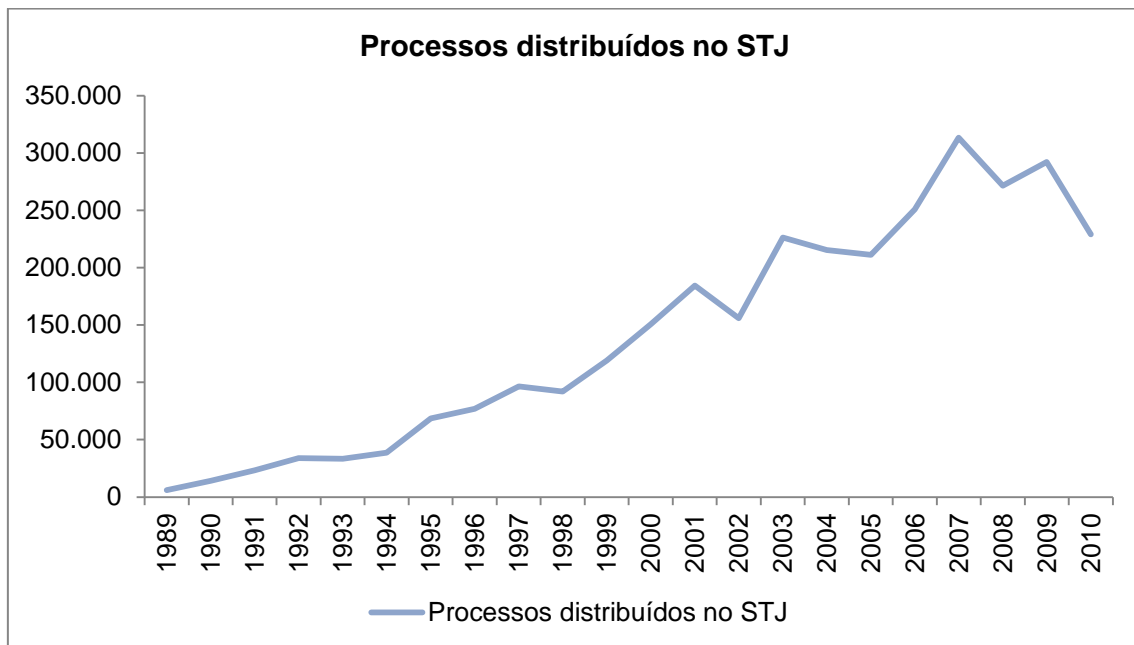


Gráfico 9 – Evolução dos processos protocolados no STJ

Tal como observamos no STF, também no STJ a queda de processos distribuídos pode ser creditada à redução dos recursos destinados a alçar o tribunal, provocada pela implantação do procedimento de solução de demandas múltiplas. Isto porque os recursos representam a maior parcela dos processos distribuídos no STJ. Em 2007, ano imediatamente anterior à Lei nº 11.672/2008, dos 313.364 processos distribuídos no tribunal, 82% eram recursos. Já em 2010, dos 228.981 processos distribuídos no tribunal, 78%

eram recursos. Os processos de competência originária do STJ, ou seja, os 18%, em 2007, e os 22%, em 2008, diminuíram pouco em termos absolutos, isto é de 56.405, em 2007, para 50.375, em 2008 (BRASIL, 2010, p. 16). A redução, pouco significativa, permite tranquilamente concluir que a queda total de processos distribuídos no tribunal deve-se à redução do número de recursos.

Portanto, foi no contexto das reformas estreadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que surgiram a técnica de solução das demandas múltiplas (repercussão geral e os recursos repetitivos), como uma das várias medidas para descongestionar os tribunais superiores. E os primeiros resultados mostravam-se promissores, impactando de forma positiva as estatísticas, no sentido de contribuir para o descongestionamento dos tribunais.

1.2.3 A convergência do *civil law* e do *common law* no Brasil: as reformas processuais enquanto mecanismos de valorização do precedente

O congestionamento dos tribunais superiores foi o principal mote da reforma iniciada em 2004³⁵, com a Emenda Constitucional nº 45, que deflagrou, dentre outras alterações legislativas, as que criaram o procedimento da solução das demandas múltiplas no âmbito do STF e do STJ (Lei nº 11.418/2006 e Lei nº 11.672/2008, respectivamente). A solução do problema do congestionamento se deu por meio de reformas processuais que tinham como maior objetivo dispensar a análise, pelos tribunais superiores, de uma mesma questão jurídica, por mais de uma vez. Assim, buscava-se evitar que recursos que veiculassem uma mesma matéria, os chamados recursos múltiplos ou repetitivos, alcançassem as instâncias superiores. Para tanto, foi necessário conferir, às decisões proferidas (nesta única vez), pelo STJ e pelo STF, sobre a matéria, um efeito especial que vinculasse o entendimento jurídico então fixado

³⁵ O mote não tinha a novidade com o que se divulgava; já em 1963 foi também esta a razão que levou o STF, através de sua Comissão de Jurisprudência, a criar a súmula (BRASIL, 1964).

aos demais recursos sobre a mesma matéria. Em outras palavras, foi preciso valorizar os precedentes dos tribunais superiores.

Na nossa tradição jurídica, os precedentes sempre foram – até o paradigma atual, como vimos na Seção 1.1 – fonte *persuasiva* de direito e não *vinculativa*, como na tradição do *common law*. Talvez pela profusão de recursos existentes, facilitando o acesso às instâncias superiores, os precedentes nunca representaram um desestímulo forte ao recurso. Por isso, mesmo diante de uma decisão proferida pela mais alta Corte do país, não se hesitava em recorrer, se cabível recurso. Em decorrência desta praxe forense, os tribunais superiores eram instados a se manifestar inúmeras vezes sobre uma mesma matéria, resultando, assim, em um extenso repertório de decisões.

Consequentemente, os julgadores brasileiros, para fundamentar suas decisões, e os jurisdicionados, para fundamentar os seus recursos, recorrem a um incontável número de decisões proferidas em casos similares, que são aleatoriamente selecionadas a partir dos bancos de dados dos tribunais, cuja pesquisa fácil permite a busca por termos indexados nas ementas dos julgados³⁶. É o que descreve Barbosa Moreira (2007, p. 300):

Não raro, a motivação reduz-se à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes – operação a que está obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, II, do CPC, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores.

Porque as decisões sobre uma determinada matéria, em regra, são sempre muitas – e não uma única –, temos por hábito, como vimos na Seção 1.1.6, fazer referência a várias decisões (a que chamamos de jurisprudência) e não a uma única (caso em que se fala em precedente), quando queremos apresentar argumentos de autoridade judiciária. Essa diferença entre operar por **jurisprudência** e não por **precedente** revela o problema que existe em nossa prática jurídica, assim como em outros países de *civil law*, de descolar a norma judicial dos fatos e tratá-la como regra legal. A simples remissão às

³⁶ Fenômeno similar ocorre na Itália, como relata Michelle Taruffo (2007, p. 93): “la regla es más bien el empleo casual, confuso, desordenado, y en consecuencia irracional, de grupos de sentencias escogidas sin ningún criterio, más o menos numerosas según la paciencia de quien transcribe la norma o, actualmente, de la rapidez del computador.”

ementas, sem a reconstrução dos fatos torna a norma judicial por demais abstrata. Assim, não haveria problema em fundamentar uma decisão em várias outras, ou seja, “na jurisprudência”, se houvesse o compromisso do julgador em reconstruir o histórico dos casos e, desse modo, estabelecer juízos de equiparação ou diferenciação, tal como se faz nos países de *common law* com o uso do precedente.

Ademais, há neste hábito uma **intensa relação** com o congestionamento dos tribunais superiores, pois o fato de estes se manifestarem várias vezes sobre uma mesma questão produz decisões conflitantes. Isso induz os jurisdicionados a não se conformarem e a recorrerem até a última instância, sabendo que chances existem de a matéria ser revista. Por consequência, a interposição de recursos é estimulada, provocando a sobrecarga dos tribunais. Essa intensa relação também foi percebida por Michelle Taruffo (2007, p. 90) em estudo sobre o congestionamento da Corte de Cassação italiana:

En los ordenamientos que verdaderamente se fundan en el uso del precedente estos problemas [de congestionamento] no existen, o surgen solamente en poquísimos casos límite. Para explicar esta diferencia basta un dato: actualmente la *House of Lords* pronuncia en promedio menos de 100 sentencias al año, mientras que la Corte Suprema de los Estados Unidos, que igualmente es juez de constitucionalidad, pronuncia menos de 200. Nuestra Corte de Casación pronuncia medianamente cerca de 50.000 sentencias al año.

A impressão da autora não parece equivocada. Apesar de simplesmente manifestar sua opinião, sem afirmar categoricamente que o modo de **operar por jurisprudência** – no sentido de se fazer referência de modo casual, confuso e desornado a um conjunto de ementas de julgados – é uma das causas do congestionamento da corte italiana, a relação de causa-efeito fica visível em seu texto. O modo de operar por precedentes parece ter maior efetividade na redução dos recursos, pelo fato de deixar mais claro o entendimento do tribunal sobre a questão jurídica. Como o tribunal se manifestará uma única vez sobre a questão jurídica (as manifestações posteriores consistirão na confirmação da primeira manifestação), sua decisão se torna “mais forte”, ou seja, com maior tendência para vincular os casos sucessores e, assim, desincentivar as partes a buscarem entendimento diverso

daquele fixado no precedente. Por outro lado, quando o tribunal manifesta-se várias vezes sobre uma mesma questão jurídica, sua decisão se torna “mais fraca” e com menos propensão para vincular casos posteriores, o que incentiva o endereçamento de recursos aos tribunais superiores. Essa intensa **relação de causa e efeito entre a valorização do precedente e a profusão de recursos dirigidos aos tribunais**, pode ser assim esquematizada:

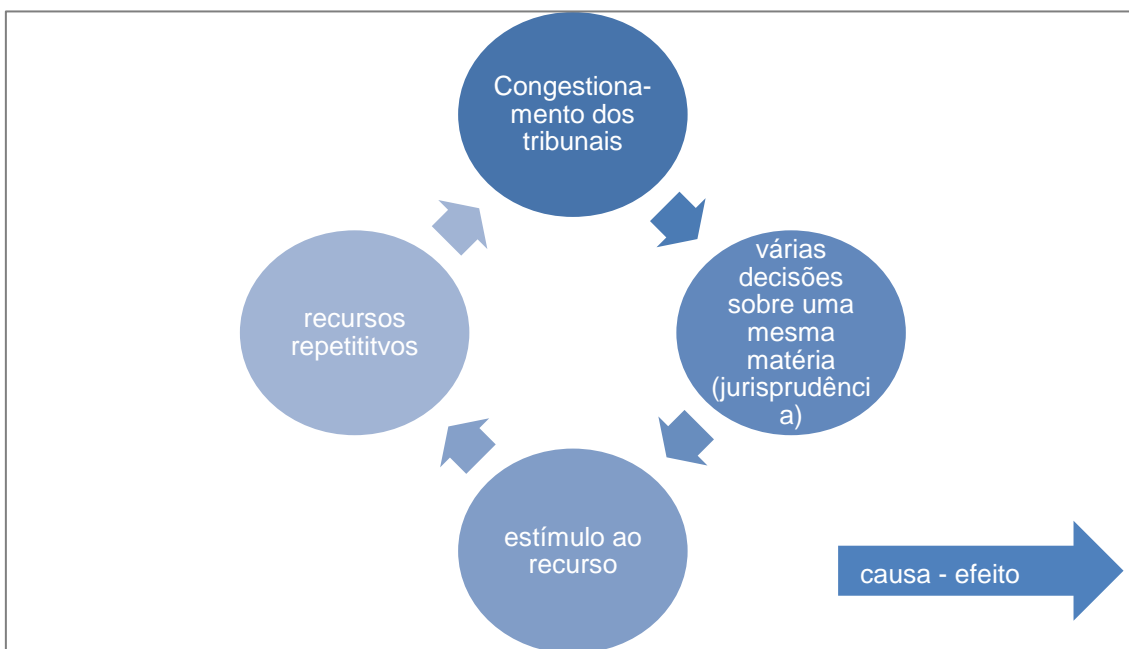


FIGURA 1 – A relação de causa e efeito entre a jurisprudência e o congestionamento dos tribunais superiores

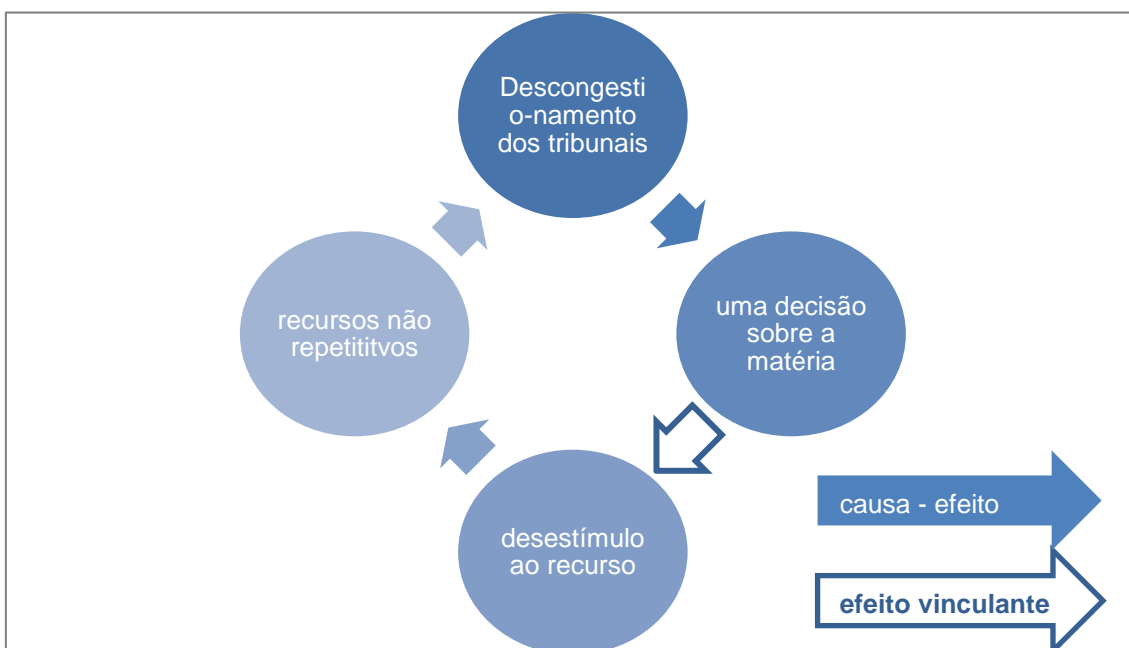


FIGURA 2 – A relação de causa e efeito entre os precedentes e o descongestionamento dos tribunais superiores

A profusão incontrolada de decisões dos tribunais sobre uma mesma matéria traz inúmeros efeitos deletérios. Além de congestionar o tribunal, pelo estímulo que provoca ao recurso, descredita suas decisões, sempre passíveis de mudança; mudança esta potencializada pelo sistema *random* que se forma quando a quantidade desumana de recursos impede uma performance pautada pela lógica da coerência e integridade. Neste preciso ponto, a questão passa a ser de profunda preocupação jurídica³⁷, uma vez que, como vimos na Seção 1.1.4, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a ideia de sistema jurídico pressupõe uma racionalidade no seu *modus operandi* que produza, dadas as mesmas premissas, uma mesma decisão (Se A, deve ser B) (BUSTAMANTE, 2013, p. 82). Logo, a adesão ao precedente passa a ser condição ínsita à ideia de Direito.

Nessa lógica, os recursos aos tribunais superiores funcionam como propulsor da coerência e integridade do sistema jurídico. E, nas palavras de Alfredo Buzaid (1968, p. 52), são fundamentais para manter a coesão jurídica em um estado federado como o nosso brasileiro:

O recurso extraordinário, diversamente, nasceu como uma exigência do regime federativo que, supondo a dualidade legislativa emanada da União e dos Estados, reconhece, contudo, a supremacia da Constituição e das leis federais, cuja vigência se estende a todo o território da República. E para evitar que cada Estado se arvorasse em unidade soberana na aplicação do direito federal, dando lugar a diferentes maneiras de atuá-lo em cada caso concreto, foi instituído o recurso extraordinário com o propósito de assegurar o primado da Constituição e a unidade da jurisprudência do direito federal.

Assim, é certo que tivemos razões importantes de política judiciária, como vimos na seção anterior, para desafogar os tribunais, mas o fato é que as reformas processuais implementadas refletem a tendência observada no final do século XX e início do século XXI de valorização do precedente, observação que não escapou ao olhar de Fredie Didier (2008):

³⁷ O tema do precedente, hoje em alto grau de relevância nos debates jurídicos, não é novo no Brasil. Já em 1949, Emmanuel de Almeida Sodré lançou estudo com o título “Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme” problematizando o fato de os tribunais inferiores não se orientarem pelas decisões dos tribunais superiores. (SODRÉ, Emanuel de Almeida. Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme. In: **Prática de Processo Civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949 apud RAATZ, 2011, p. 160).

O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a “jurisprudência dominante”(art. 557, CPC), a “súmula impeditiva de recurso”(art. 518, § 1º, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).

A aspiração do Direito para a universalidade, somado à sua pretensão de racionalidade, conflui para a busca constante pela coerência. O sistema, para ser justificado em máximas universais, deve reproduzir-se através de nexos que alcancem os mesmos resultados sob as mesmas condições postas, ou seja, com coerência, sob pena de se tornar irracional. Assim, as decisões judiciais não podem divergir quando analisarem casos semelhantes, da mesma maneira que não podem conferir igual entendimento a situações diferentes ou mesmo antagônicas. Por isso, torna-se fundamental para o julgador recorrer às decisões já proferidas (precedentes) em casos análogos ao seu para evitar que alcance solução diversa daquela já reproduzida pelo sistema, ou, sendo os casos diferentes, para que possa ressaltar o ponto discrepante que induz ao resultado diverso.

Nesse contexto de busca pela coerência e integridade do sistema jurídico, o procedimento de solução de demandas múltiplas (leia-se: a repercussão geral e os recursos repetitivos) representa, em termos ideológicos, uma continuidade das medidas há alguns anos adotadas para valorizar os precedentes dos nossos tribunais superiores. Por outro lado, guarda originalidade no aspecto relativo à **técnica procedimental**. É que, ao reduzir a uma única ou a poucas as decisões dos tribunais superiores sobre uma dada matéria, aproxima-se da prática dos países de tradição de *common law* de operar por precedentes, evitando-se uma profusão de decisões conflitantes e, por conseguinte, valorizando as decisões dos tribunais superiores.

2 A TÉCNICA DO CASO MODELO

2.1 As origens e as experiências de julgamento por meio da técnica do *caso modelo*

O crescimento da demanda pelos serviços judiciários e, por conseguinte, o congestionamento dos tribunais, não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Também a Europa tem experimentado, nos últimos anos, estatísticas preocupantes que fizeram com que o tema das demandas repetitivas, causa a que se atribui considerável parcela do problema, fosse colocado em pauta (e esta pauta é ainda atualíssima, diga-se). Diferentes mecanismos processuais oferecem solução para o tratamento das demandas repetitivas. É possível classificar esses mecanismos conforme duas espécies: ações representativas e ações de multi-autoria. O primeiro grupo compreende as ações de titularidade de um órgão representativo – por exemplo, associações, Ministério Público, sindicatos etc. – que, em nome de uma determinada classe, pleiteiam os seus direitos. O segundo trata das ações individuais que são reunidas para julgamento conjunto, seja em razão da pertinência dos indivíduos a um determinado grupo, seja ainda pelo fato de as ações compartilharem um mesmo substrato fático. Todas essas espécies de ação derivam do gênero “ações coletivas”³⁸, nomenclatura adotada doravante

³⁸ Adotamos a nomenclatura utilizada por Christopher Hodges (2008, p. 2-3, tradução nossa) para evitarmos, tal como o autor, discussões estéreis: “A terminologia utilizada para designar os litígios agregados e os mecanismos para tratá-los pode ser confusa. O que se entende por ‘ação de classe’, ‘ação coletiva’ e ‘ação representativa’? Uma abordagem formalista tende a obscurecer o verdadeiro ponto, que consiste em saber quais são as metas e os objetivos desses procedimentos e se eles são alcançados. São essas as perguntas com relação às quais este livro está principalmente preocupado. Com relação à terminologia, basta termos em mente que existem dois grandes mecanismos processuais para tratamento das demandas agregadas, aquele em que um único indivíduo representa um grupo de indivíduos, e um segundo, em que uma série de ações individuais são trazidas e agrupadas por causa de sua semelhança. As fronteiras entre essas duas abordagens são, na prática, um pouco turvas e, como se verá mais adiante, compreende inúmeras variações, o que pode ser um desafio para uma categorização simples. [...] O debate nessa área na Europa tem envolvido principalmente o termo ‘ação coletiva’ e, embora este termo tenha sido aplicado principalmente para as ações movidas por associações de consumidores, propõe-se aqui adotá-lo como um gênero abrangendo todas as espécies de mecanismos processuais de demandas agregadas.”

para nos referirmos a toda espécie de ação que permita endereçar demandas repetitivas ao Judiciário.

O procedimento de julgamento por meio de casos modelos se insere na espécie de ação de multi-autoria, reconhecida por muitos estudiosos como sendo uma derivação das ações de classe, as quais têm seu principal referencial nas *class actions* americanas (NEWLAND, MOHER e MORGAN, 2008, p. 424). Pelo fato de as ações de classe ao estilo norte-americano serem amplamente rejeitadas em toda a Europa – há uma evidente aversão ao risco de que a adoção desse tipo de ação possa criar uma cultura de litigiosidade, como a que se observa nos Estados Unidos (GOW, 2008) – nos últimos dez anos, muitos países europeus desenvolveram abordagens únicas para o tratamento de demandas repetitivas, realidade que, ora ou outra, precisaria ser regulamentada.

Christopher Hodges se surpreende com o fato de que somente nos últimos anos – e, portanto, a seu ver, tardiamente – a Europa começou a se preocupar com as múltiplas demandas individuais sobre uma mesma questão, problema que surgiu, há muito, atrelado à era de consumo em massa de produtos e serviços (2008, p. 51). “Invenções americanas – de Hollywood para hambúrgueres – muitas vezes parecem onipresentes. Poderia ser agora a vez da ‘ação de classe’, o dispositivo legal por excelência dos EUA, a atravessar o Atlântico?” Era a pergunta que, em 2005, um artigo publicado no *The Financial Times* levantava (TAIT e SHERWOOD, 2005, tradução nossa). O tema estava aflorando na Europa e coetaneamente surgiam os países que editavam as primeiras regulamentações sobre ações coletivas, como a Inglaterra e País de Gales, a partir de 1980, com destaque para a Lei de Procedimento de Litígios de Grupo de 1999³⁹; a Espanha, em 2000, com a introdução do procedimento coletivo no capítulo II da Lei de Processo Civil⁴⁰; a Holanda, em 2005, com a Lei de Acordo em Ações Coletivas, alterada em 2013⁴¹; a Alemanha, em 2005,

³⁹ REINO UNIDO. Ministry of Justice. **Part 19 - Parties and Group Litigation. Civil Procedure Rules**. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19>>. Acesso em: 09 set. 2010.

⁴⁰ ESPANHA. **Capítulo II - Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2010.

⁴¹ HOLANDA. **Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)**, 05 jul 2005. Disponível em: <http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/29414_wet_collectieve_afwikkeling>. Acesso em: 09 set. 2010.

com a Lei do Procedimento do Caso Modelo no Mercado de Ações⁴²; e a Suíça, em 2003, com a Lei de Procedimentos Coletivos⁴³ (HODGES, 2008, p. 51). Grande parte dessas legislações foi resultado da reação do Poder Legislativo diante de demandas muito específicas: o caso da adulteração do azeite na Espanha (ALONSO, 2007); o caso da DES, na Holanda e o caso da *Deutsche Telekom* na Alemanha (GOW, 2008) e, ainda, os apelos dos Tribunais para medidas que desafoguem a sua demanda (CLARKE, 2006)⁴⁴. A exceção é a Suíça, que editou lei por acolhimento das propostas acadêmicas e da magistratura que exaltavam a legislação americana, inspiração imediata do modelo suíço (HODGES, 2008, p. 51).

Apesar das experiências ainda muito incipientes nos países da Europa, em introduzir ações do tipo coletivas, não há nenhuma proposta uniforme para toda a comunidade europeia, embora exista um debate atual sobre o assunto, especialmente no que diz respeito à tentativa de melhorar os mecanismos de regulação financeira (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 150). Segundo avaliam Donatella Porrini e Giovanni Ramello, a razão para essa dificuldade na implementação das ações coletivas na Europa reside na diferença entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Esta diferença cria entraves no intercâmbio de institutos jurídicos, considerando que as grandes experiências

⁴² ALEMANHA. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (*KapMug*). **Bibliothek des Bundesgerichtshofs**, 2005. Disponível em: <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/KapMug/KapMug-index.htm>. Acesso em: 25 jul. 2013.

⁴³ SUÍÇA. **Group Proceedings Act**. 30 mai 2002. Disponível em: <<http://www.government.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

⁴⁴ Segundo relata Simon Clarke “Antes da introdução da CPR [*The Civil Procedure Rules*] havia regras para ações representativas, mas nenhuma específica para ações de multi-autoria. Modalidades de ações multi-autoria foram identificadas no Relatório Final de Acesso à Justiça elaborado pelo Juiz Lord Woolf como ‘perto do topo da lista’ enquanto consideração na promoção do acesso à Justiça e no tratamento de tipos de litígios que causam problemas para o sistema jurisdicional civil. O relatório considerou que havia limites na capacidade das regras que regem as ações representativas para introdução de novos procedimentos com o objetivo de:

- Promover acesso à Justiça, onde um grande número de pessoas são afetadas pela conduta de outro grupo, mas o dano individualmente considerado é tão pequeno que uma ação individual é economicamente inviável;
- fornecer métodos rápidos, eficazes e proporcionais para a solução das demandas; e
- alcançar um equilíbrio entre os direitos individuais dos demandantes e demandados para perseguir e defender seus casos e os interesses do grupo de indivíduos para litigarem na ação coletivamente, de uma forma eficaz.

As regras relativas às ações coletivas (GLOs) entram em vigor, em maio de 2000. GLOs servem à gestão de demandas originadas de problemas comuns ou afins, de fato ou de direito, conhecidas como questões GLO. A maioria das ações de classe de estilo americano será abrigada neste procedimento, já que o ‘teste’ é maior do que a exigência de ‘mesmo interesse’ existente em processos representativos.” (tradução nossa).

no processamento dos litígios coletivos vêm dos Estados Unidos. Para Christopher Hodges (2008, p. 93-94) a razão é outra. Há entraves legais para que a União Europeia edite provisões sobre processo civil, diante das limitações impostas pelos tratados, que não conferem tal poder, aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Segundo esses princípios a intervenção da União Europeia deve se estender à exata medida da necessidade de se promover o mercado comum, por fim, da autonomia dos Estados em relação ao Direito Processual. Por essas razões, as legislações recentes sobre demandas coletivas são todas fruto de ação autônoma de cada Estado Membro, não havendo uma atividade coordenada da comunidade europeia neste sentido.

Há, deve-se registrar, uma experiência de ação coletiva, no âmbito da União Europeia que é o **procedimento de julgamento piloto** adotado, desde 2004⁴⁵, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e incorporado ao artigo 61 do seu Regimento Interno, em 2011 (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2013). Trata-se de mecanismo para lidar com grupos de casos similares derivantes de um mesmo problema, chamados *casos repetitivos* (*repetitive cases*). Esses *casos repetitivos* representavam parte significativa do elevado volume de demandas que, à época, estavam causando um congestionamento do tribunal e esta foi uma das principais causas para a criação do novo procedimento⁴⁶. Em outubro de 2013, o tribunal registrava que muitos dos cerca de 150.000 casos pendentes de julgamento eram **casos repetitivos** (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2013, p. 1).

O funcionamento do julgamento piloto consiste na seleção de um ou mais casos dentre os vários casos repetitivos para julgamento prioritário pelo

⁴⁵ Apesar de os debates sobre o procedimento piloto terem se iniciado com o Protocolo 14, ele não foi introduzido nesta norma (MILLER, 2011, p. 21).

⁴⁶ Confira-se a notícia veiculada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal, dando notícia sobre os efeitos do julgamento piloto, cuja implementação decorreu dos debates realizados nas conferências a seguir mencionadas: “O Comité de Ministros do Conselho da Europa tornou ontem público o seu relatório anual relativo ao ano de 2012 sobre a supervisão da execução das sentenças e decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. As estatísticas revelam uma contínua diminuição no número de sentenças submetidas ao Comité a respeito de casos repetitivos bem fundamentados. Simultaneamente, aumentou o número de casos encerrados. Esta tendência positiva parece associada a vários factores, nomeadamente o destaque dado à necessidade de garantir a eficácia das vias internas de recurso enquanto parte integrante de todos os processos de execução de sentença. [...] O relatório ilustra o impacto positivo do processo de reforma iniciado em Interlaken e continuado em Izmir e Brighton pelas conferências de alto nível realizadas pelo Conselho da Europa nessas cidades.” (TAVARES, 2013).

tribunal. A decisão decorrente desse julgamento estenderá os seus efeitos a todos os demais casos. Nessa decisão, o Tribunal irá: determinar se houve violação à Convenção de Direitos do Homem naquele caso particular; identificar a disfunção da legislação interna do país demandado, que está na origem da violação; indicar ao país demandado medidas para eliminar esta disfunção, e provocar a criação pelo país demandado de uma medida específica para solucionar os casos semelhantes pendentes de julgamento, assim como para impedir que novos casos surjam. Portanto, a intenção do julgamento piloto é “ajudar as autoridades nacionais a eliminar o problema sistêmico ou estrutural destacado pelo Tribunal e que origina demandas repetitivas”, assim como “assegurar que cada julgamento do Tribunal será adequadamente cumprido pelo Estado demandado.” (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, tradução nossa).

O primeiro julgamento piloto realizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se deu no caso *Broniowski versus Poland*, em 22 de junho de 2004 (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2013, p. 7). O caso tratava do problema das propriedades situadas além do Rio Bug, envolvendo cerca de 80.000 pessoas. Depois que a fronteira ocidental da Polônia foi redesenhada, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, a Polônia se comprometeu a compensar seus cidadãos que haviam sido repatriados e que tiveram que abandonar suas propriedades situadas além do Rio Bug, agora sob território ucraniano, bielorrusso e lituano. Após o ajuizamento de uma ação por um desses poloneses repatriados e desapropriados, queixando-se de não haver recebido uma reparação justa, o Tribunal considerou que havia, dentro do ordenamento jurídico polonês, uma deficiência estrutural que negou, a toda uma classe de indivíduos, o gozo pacífico dos seus bens. O pedido endereçado ao tribunal visava assegurar, através de medidas jurídicas e administrativas, a implementação de um direito de propriedade ou uma reparação equivalente. Após a admissão do caso pelo tribunal e a suspensão dos demais casos similares (casos repetitivos), a Polônia aprovou uma nova lei, em julho de 2005, prevendo uma compensação financeira para os expropriados. O tribunal, tendo constatado que o regime de compensação previsto na nova lei foi eficaz, solucionou, em 2007 e 2008, mais de 200 demandas similares que tinham sido suspensas.

O julgamento piloto restringe-se, portanto, à competência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de modo que representa uma experiência no âmbito da União Europeia, mas não tem impactos nos Estados Membros, por não se tratar de uma diretriz. As experiências no tratamento das demandas coletivas são mesmo, em sua grande parte, autônomas. E, ademais, restritas, pois, observa-se que as legislações editadas sobre processo coletivo restringem-se a domínios materiais muito limitados (proteção do consumidor, direito da concorrência e mercado financeiro, por exemplo), razão pela qual os Estados não sentiram grandes impactos em termos de resultados. A principal exceção é o Reino Unido, que, em 2000, introduziu as ações coletivas em seu Código de Processo Civil e desde então já foram processados mais de 60 casos sob essa sistemática. Os bons resultados apresentados são atribuídos, pelos críticos, ao fato de se tratar de um sistema de *common law* (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 151).

Para Donatella Porrini e Giovanni Ramello (2011, p. 149-150), as ações coletivas americanas devem ser exaltadas pelos resultados de eficiência que promovem no mercado financeiro. Ao reunir esforços, as ações coletivas corrigem o problema do alto custo das demandas individuais, que desestimula a iniciativa isolada dos acionistas. Isso reforça a proteção dos acionistas e tem consequências positivas para o aumento de investimento no mercado de capitais. Além disso, com a maior proteção do acionista, as empresas são desencorajadas a buscar lucro por meio de comportamentos escusos. “Segundo alguns estudiosos, parte do sucesso do mercado de capitais americano ‘deve ser atribuída à habilidade dos advogados de organizar ações coletivas contra dirigentes e diretores corporativos.’” (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 150, tradução nossa)⁴⁷.

⁴⁷ Essa habilidade creditada aos advogados americanos foi retratada no filme “Erin Brockovich - Uma mulher de talento”, do Diretor Steven Soderbergh. O filme conta a história real de Erin Brockovich-Ellis, graduada em Direito e ativista ambiental, que, embora sem habilitação da *American Bar Association* para advogar, exerceu papel fundamental na ação judicial movida contra a *Pacific Gas and Electric Company* (PG&E). Após descobrir que a água de uma cidade no deserto estava sendo contaminada e que isto estava causando doenças em seus habitantes, convence seu chefe a deixá-la investigar o caso. Ela, então, consegue angariar os cidadãos da cidade para mover uma ação contra a empresa, sob representação do escritório para o qual trabalhava. A ação judicial terminou em 1996 com um acordo de 333 milhões de dólares, o maior já pago em uma ação deste tipo nos Estados Unidos, à época. A protagonista foi interpretada por Julia Roberts, que, pelo excelente trabalho, foi laureada com o Oscar de melhor atriz em 2001.

O estudo dos autores tem fundamento na Teoria Econômica do Direito (*Law and Economics*), segundo a qual

[...] a perda econômica pura é uma perda particular que não é socialmente relevante, mas implica uma redistribuição de riqueza. Consequentemente, comportamentos escusos que induzem realocação de custos e benefícios com nenhuma consequência para o bem-estar social não é considerada socialmente danosa, portanto não é necessariamente submetida a compensação. Considerando que as perdas econômicas puras são geralmente financeiras, este raciocínio também se aplica a mercados financeiros. No entanto, os mesmos argumentos de Teoria Econômica do Direito sugerem que, no mercado financeiro, a política de internalizar perdas econômicas puras através das ações coletivas pode ser mais clarividente do que simplesmente compensar as vítimas: o sistema de responsabilidade civil tem a particularidade de produzir dissuasão e dirigir o mercado para um resultado eficiente. (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 1, tradução nossa)

É esse olhar que Giovanni Ramello (2012, p. 63) imprime sobre a relação entre o que ele chama de litígios agregados (*aggregate litigation*) e a regulamentação do sistema de responsabilidade civil (*liability*). O autor explica que havia uma crença prevalecte de que a distribuição de perdas, ao invés de sua concentração, poderia minimizar os prejuízos. No entanto, essa crença passou a ser desafiada pelos estudos sobre a distribuição de riscos nas ações de responsabilidade civil e sobre a eficiência das ações coordenadas em grupo, em que considera como pilares os estudos de Guido Calabresi⁴⁸ e Mancur Olson⁴⁹. Para Giovanni Ramello (2012, p. 63) os litígios agregados são o meio do caminho entre as ações individuais de reparação de danos civis, muitas vezes pouco equipadas para resolver individualmente um litígio material de escala geométrica, e as regulamentações expedidas pelos órgãos de competência sobre o sistema de responsabilidade civil. Declara o autor que “ações de multi-autoria, resolvidas e discutidas em uma base coletiva, até agora parecem ser a solução institucional mais eficiente para proteger as vítimas e a sociedade, a ponto de alguns autores postularem uma ‘inevitabilidade’ dos litígios agregados.” (RAMELLO, 2012).

⁴⁸ CALABRESI, Giovanni. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort. **Yale Law Journal**, 70, p. 499–551, 1961.

⁴⁹ OLSON, Mancur. **The logic of collective action: Public goods and the theory of groups** Ed. Rev. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

Assim, a partir da concepção de que o mercado judicial é comparável a qualquer outra atividade produtiva, Giovanni Ramello conclui que a coordenação proporcionada pelos litígios agregados oferece uma solução de eficiência para as reparações de dano civil. “Não há, de fato, nenhuma razão especial porque a solução ‘one size fits all’, que não se encontra na maioria das atividades humanas e econômicas, não possa existir no caso de responsabilidade civil.” (RAMELLO, 2012, p. 70, tradução nossa). Afinal, para o autor, os tribunais não apenas administram a justiça, mas também produzem bens e alocam direitos, propósito para o qual os litígios agregados oferecem excelente funcionalidade.

Mas, o contributo principal do trabalho de Giovanni Ramello diz respeito a como os litígios agregados pelas ações coletivas podem ser um laboratório para testar a regulamentação posta (*regulation incubator*) e oferecer evidências que permitam promover mudanças regulatórias que atendam às reais necessidades da sociedade. O autor acredita que as ações coletivas podem superar amplamente a rigidez tradicional que trava órgãos administrativos e legislativos, servindo de influxo de ideias para alimentar o processo de edição e alteração de regulamentos. Elas complementam a legislação posta *ex ante* de maneira a corrigir *ex post* eventuais falhas que não foram premeditadas pelo legislador. É nesse contexto que menciona as vantagens econômicas dos julgamentos por meio de casos testes (*test plus*), e cita como exemplo o procedimento alemão do *caso modelo*, criado pela lei de Mercado de Capitais (*KapMug*) e a esse setor especificamente aplicado. Registra o autor que o modelo alemão foi capaz de evitar casos aventureiros individuais (*free-riding*) e, portanto, proporcionou um ganho de eficiência.

Por outro lado, os maus resultados têm provocado um fenômeno de migração das vítimas para soluções em jurisdições estrangeiras. Segundo notícia o *The Wall Street Journal*, estudo da *PricewaterhouseCoopers* mostrou que, em 2004, 14% das empresas demandadas nos Estados Unidos por investidores de capital privados eram empresas não americanas (JACOBY, 2005). Interessante é o exemplo da italiana Parmalat (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 151). A Itália não introduziu as ações coletivas em seu ordenamento, mas conta com uma ação similar, quase coletiva, que pode ser movida por associação de consumidores. Ocorre que, essas associações não têm

legitimidade para recuperar os danos, apenas podem fazê-los cessar. Por essa razão, os consumidores são movidos a ajuizar ação individual para recuperar suas perdas, o que se mostra altamente dispendioso e, por consequência, desestimulante. Diante dessa realidade, os acionistas italianos, em 2004 e 2005, após a falência da Parmalat, buscaram amparo na Justiça americana, onde tentaram aderir às ações coletivas que lá foram ajuizadas dias após a falência da empresa. No entanto, a iniciativa dos italianos foi frustrada; a Corte de Nova Iorque não admitiu a adesão de cidadãos não americanos na ação. Os italianos, então, buscaram uma medida paliativa. Mais de dez mil investidores se reuniram e aderiram à ação criminal que estava em curso na Corte de Milão; a intenção era que a ação, representada pelo promotor público, pudesse fazer as vezes de uma ação coletiva. No entanto, como o processo criminal não comportava tal medida, ela foi vetada.

Outro caso similar ao da Parmalat ocorreu na Alemanha (HILGARD e KRAAYVANGER, 2007, p. 41). Tudo começou com a descoberta de diversos cartéis que prejudicaram um grande número de consumidores. Diante da inexistência de uma ação coletiva que pudesse tutelar os seus direitos, esses consumidores passaram a criar empresas com o único propósito de, por meio delas, ajuizar uma demanda, coletivamente, de reparação de danos contra os cartéis. Em fevereiro de 2007, a Corte Distrital de Düsseldorf decidiu que essas empresas deveriam ajuizar a ação em seu próprio nome e perante uma única corte. No entanto, registram os autores, essa decisão não é vinculante e anos ainda virão até que a questão alcance a Suprema Corte e se tenha um veredicto.

Os casos da Parmalat e dos cartéis alemães são exemplos, dentre tantos outros, de medidas paliativas para solucionar uma demanda coletiva, seja buscando amparo em justiças estrangeiras, seja adaptando os institutos jurídicos existentes no país, para o caso.

No entanto, diante da clara demanda dos cidadãos europeus para uma regulamentação própria que permita soluções judiciais adequadas ao tratamento das demandas coletivas, a *class action*, vista como modelo, não foi na maioria dos Estados a opção escolhida pelo legislador. Optou-se por soluções *sui generis* que, embora se aproximem da ação coletiva por excelência, acabam por criar um verdadeiro quebra-cabeça no processo civil.

Fica claro, assim, que os europeus sofrem com a insuficiência da defesa das demandas coletivas e, por isso, estão enviando fortes sinais aos legisladores para mostrar a necessidade de uma legislação que os proteja (PORRINI e RAMELLO, 2011, p. 152).

2.2 O caso modelo alemão: a inspiração imediata do legislador brasileiro

2.2.1 O procedimento

O procedimento de solução de demandas múltiplas, criado pelas Leis nº 11.418 de 19 de dezembro de 2006 e nº 11.672 de 08 de maio de 2008, foi inspirado no procedimento do “**caso modelo**” alemão⁵⁰, chamado de *Musterverfahren*⁵¹. O instituto foi criado em 15 de agosto de 2005 pela lei denominada *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (denominação abreviada: *KapMug* (ALEMANHA, 2005)⁵²), lei esta específica para regular as demandas judiciais dos investidores do mercado de ações para a recuperação de perdas decorrentes de investimentos pautados em informações de mercado, inverídicas, veiculadas pela companhia de capital aberto. O procedimento consiste na seleção de um caso para julgamento pelo Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgerichts* – OLG), servindo a decisão proferida de modelo (vinculante) para julgamento dos demais casos semelhantes.

A motivação imediata para a criação da lei foi o caso da empresa *Deutsche Telekom* que envolveu mais de 15.000 acionistas, 2.100 ações

⁵⁰ A inspiração no caso modelo alemão foi expressamente declarada pela comissão encarregada de redigir o Novo Código de Processo Civil. No trecho seguinte, a comissão registra que, dando sequência às origens alemãs do instituto que trata das demandas repetitivas, desenvolveu um novo procedimento para tratá-las desde a primeira instância judicial: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, 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.” Veremos, com maior vagar, as inovações trazidas pelo novo diploma processual no Capítulo 6.

⁵¹ Registre-se que a tradução literal do termo seria “modelo padrão”. Conduto, em razão da redundância dos termos, a criar um verdadeiro pleonismo, vamos adotar, doravante, a expressão “caso modelo” para designar o procedimento do *Musterverfahren*.

⁵² Consta no Apêndice II o texto da *KapMug* em sua versão original e outra traduzida por nós.

individuais e 700 advogados, e acabou congestionando, praticamente paralisando, o Tribunal de Frankfurt (FEESS e HALFMEIER, 2012, p. 1). Por sua origem, a lei foi apelidada de *Lex Telekom*.

O caso se desenvolveu da seguinte maneira: em 17 de junho de 2000, a *Deutsche Telekom*, uma das empresas de telecomunicações líder no mundo, foi privatizada e, como consequência, abriu o seu capital. Sem que nenhuma notícia tivesse sido antecipada no prospecto emitido para a oferta pública inicial de ações, uma semana depois, a empresa anunciou a incorporação da empresa americana VoiceStream, por 50,7 bilhões de dólares. A operação provocou uma acentuada desvalorização do preço das ações ofertadas. Dias depois, em 28 de junho, anunciava-se que a *Deutsche Telekom* amargava uma queda de 26% dos seus lucros do semestre. A indignação dos acionistas foi imediata e sua reação massiva.

A alegação dos acionistas era de que a empresa havia violado a Lei de Valores Mobiliários (*Wertpapierhandelsgesetz – WpHG*) ao omitir que estava em fase avançada de negociações com a VoiceStream e que os lucros teriam sido negativamente afetados pelo alto custo do negócio. Argumentaram ainda que, caso tivessem conhecimento da negociação, não teriam comprado os títulos e, assim, teriam evitado as perdas supervenientes (HODGES, 2008, p. 108). Com esses fundamentos, entre 2001 e 2003, mais de 13 mil ações, envolvendo cerca de 754 advogados, foram ajuizadas contra a *Deutsche Telekom* perante o Superior Tribunal Regional de *Frankfurt am Main*. O transtorno do caso foi tal que o tribunal levou apenas três meses para registrar e autuar as ações. Em sua defesa, a empresa demandada apresentou argumentos afastando sua responsabilidade, tudo devidamente anotado em cerca de oito toneladas de papel que foram apresentadas ao tribunal. Estimou-se, à época, que seriam necessários 15 anos para julgar todas as ações.

Entre 2001 e 2004, as demandas já ajuizadas estavam paralisadas, enquanto novos pedidos continuavam a ser propostos perante o Judiciário. Frustrados com o atraso, 11 demandantes apresentaram queixa junto ao Supremo Tribunal Federal (*Bundesverfassungsgerichts – BVerfG*)⁵³, alegando

⁵³ A tradução literal do termo *Bundesverfassungsgerichts* seria Corte Federal Constitucional. Adotaremos, contudo, a tradução utilizada pela Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha

que a delonga constituía verdadeira denegação de justiça. O Tribunal, não obstante, rejeitou a reclamação e exigiu, das autoridades judiciárias competentes, celeridade no tratamento dos casos. A resposta ao pedido do BVerfG, no entanto, veio do Poder Legislativo que, em 2005, promulgou a *KapMug*, com vigência a partir de 1º de novembro desse mesmo ano e previsão de aplicação sobre as demandas em curso, o que permitia alcançar o caso da *Deutsche Telekom* (NEWLAND, MOHER e MORGAN, 2008).

Em 7 de abril de 2008, o julgamento – o maior desse tipo já visto na história da Alemanha – se iniciou perante o Superior Tribunal Regional em *Frankfurt am Main*. Foi necessário realizar a sessão em um espaço especial (GOW, 2008) tamanha era a quantidade de demandantes envolvidos. Em maio de 2012 a Justiça alemã proferiu o seu veredicto, dando razão à *Deutsche Telekom*, por reconhecer que a empresa não cometeu nenhum erro ao veicular informação aos acionistas quando da abertura de seu capital (HODGES, 2008, p. 108).

Foram necessários, portanto, 11 anos para julgar o caso da *Deutsche Telekom*. As primeiras ações foram propostas em 2001, mas, somente em 2005 foi apresentada uma medida, por parte do Poder Legislativo, com o propósito de simplificar o processamento dos casos e descongestionar o Judiciário de *Frankfurt am Main*. Esta, a razão imediata da *KapMug*. Contudo, como vimos na seção acima, a edição desse novo diploma normativo ocorreu dentro de um contexto onde, em toda a Europa, se debatia a respeito de mecanismos processuais para tratar demandas repetitivas.

Na Alemanha, a nova lei se fez necessária, pois o Código de Processo Civil não continha previsão de ação coletiva nos moldes da *class action* americana que permitisse tratar em conjunto os pleitos individuais dos acionistas da *Deutsche Telekom*. Em termos de procedimento, o código apenas autorizava a cumulação de autores numa mesma ação e o ajuizamento de ações por representantes de uma classe (*Verbandsklage*), por exemplo, uma associação ou um terceiro designado (BAETGE, 2007). A insuficiência dos mecanismos processuais para tratar demandas repetitivas vinha sendo

no Brasil, qual seja, “Supremo Tribunal Federal” (EMBAIXADA E CONSULADOS GERAIS DA ALEMANHA NO BRASIL).

destacada ao longo dos anos, mas tornou-se evidente diante do caso da *Deutsche Telekom*.

Nesse contexto, a *KapMug* foi a primeira experiência alemã próxima à ação de classe americana. Por ser uma primeira experiência, foi editada com prazo certo para terminar – 30 de outubro de 2010. Após esse período, se a experiência se mostrasse positiva – e este era justamente o propósito de se fixar um termo certo: avaliar os resultados –, a lei seria prorrogada e estendida a outras matérias (HILGARD e KRAAYVANGER, 2007, p. 40), como acabou acontecendo, conforme veremos.

A adoção de um procedimento *sui generis* como o inaugurado pela *KapMug* e não de uma ação coletiva nos moldes já muito bem desenvolvidos pelos norte-americanos, se justifica pelo fato de a noção de ação coletiva conflitar com o **direito fundamental alemão de ser ouvido e de ter acesso à justiça**, direito este individualmente tutelado pelo artigo 103,(1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁵⁴ (DEUTSCHER BUNDESTAG, 2011). No entanto, quando milhares de demandas individuais foram ajuizadas contra a *Deutsche Telekom*, o legislador alemão foi forçado a reconsiderar a sua posição conservadora sobre a tutela coletiva e buscar uma medida urgente (NEWLAND, MOHER e MORGAN, 2008, p. 424).

A *KapMug* estabelece um procedimento específico para julgar as demandas repetitivas, chamado de **caso modelo** (*Musterverfahren*), que é dividido em duas partes cognitivas. Na primeira parte, o Tribunal Regional Federal estabelece as premissas gerais, através da fixação de pontos controvertidos, os quais serão analisados e julgados; a decisão será vinculante para todos os demais casos semelhantes. Na segunda parte, essas premissas gerais são aplicadas em cada uma das ações individuais, pelos *Landgerichten* (doravante denominados juízes de primeira instância)⁵⁵, que julgarão considerando as peculiaridades de cada causa.

⁵⁴ O direito de ser ouvido (*Recht auf rechtliches Gehör*), previsto no artigo 103,(1), está assim redigido: “*Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido.*”

⁵⁵ A tradução literal do termo *Landgerichten* seria Corte Regional. Contudo, considerando que nossa aceção pelo termo *corte* remete à ideia de *tribunal*, ou seja, de um órgão colegiado, optamos por utilizar o termo *juízo de primeira instância*. Isto porque, como pode se observar no Apêndice II, onde consta um organograma com a estrutura do Poder Judiciário alemão, o *Landgerichten* tem por composição primária, um único juiz. Contudo, em certas causas, o julgamento será feito por três magistrados, que podem ser três juízes (nos casos previstos nos §348 e §348^a do Código de Processo Civil alemão e nas causas de grande importância) ou um

O procedimento aplica-se estritamente a: (1) demandas para reparação de danos decorrentes da veiculação de informação de mercado de capitais falsa ou enganosa, ou ainda da omissão na veiculação da informação; e (2) demandas de cumprimento de contrato baseadas em ofertas feitas com base na Lei Fusões e Aquisições.

Para instaurar o *Musterverfahren*, o demandante ou o demandado deve apresentar uma petição indicando os pontos controvertidos juntamente com as razões que demonstrem que o seu caso pode ter significância para outros similares (ALEMANHA, §1 (2)). Os pontos controvertidos (*Streitpunkte*) são questões de direito transindividuais (*Feststellungsziel*), ou seja, que se repetem em todas aquelas demandas com as mesmas circunstâncias subjacentes fáticas (ALEMANHA, 2005, §2(1), 5); não dizem respeito, portanto, a uma peculiaridade de determinada demanda. O peticionante deve ainda indicar, nessa mesma petição, os meios de prova que serão utilizados.

Em seguida, o pedido será analisado pelo juízo de primeira instância que poderá rejeitá-lo nas seguintes circunstâncias: quando a causa já estiver pronta para julgamento, quando o propósito for protelatório, quando os meios de prova não forem adequados, quando as alegações não se enquadrarem no escopo do procedimento do caso modelo, ou quando a questão de direito aduzida prescindir de esclarecimento (ALEMANHA, §1 (3)).

A petição admitida terá um sumário do caso publicado no Registro de Litígios (*Klageregister*) do Diário Oficial Eletrônico (*Federal Gazette*)⁵⁶. Se pelo menos nove petições similares forem apresentadas nos quatro meses seguintes, perante o Judiciário de qualquer unidade (*Land*) da Federação (*Bundesrepublik*), será instaurado um procedimento de caso modelo e todos os casos similares serão suspensos. O juízo de primeira instância escolherá um caso que exemplifique as demandas repetitivas e que melhor ilustre as questões fáticas e jurídicas – não necessariamente será o caso que instaurou o

juiz e dois juizes honorários (nos casos de Direito Comercial, salvo se as partes dispensarem estes dois últimos juizes).

⁵⁶ Este registo é monitorado de forma sistemática por escritórios de advocacia que o utilizam para angariar clientes. Sobre esta prática, tão comum entre os advogados americanos, Christopher Hodges levanta a seguinte questão: “As ações coletivas estariam chegando à Europa?” (2008, p. 78).

pleito pelo procedimento do *caso modelo*⁵⁷ – e o submeterá ao Superior Tribunal Regional por meio de uma ordem onde demonstrará: os objetivos; os pontos controvertidos (*Streitpunkte*)⁵⁸, na medida em que sejam relevantes para a decisão; a evidência dos fatos descrita pelo demandante; e um resumo dos direitos alegados e da defesa apresentada. Essa ordem de submissão do *caso modelo* pelo juízo de primeira instância não está sujeita a recurso e vincula o Superior Tribunal Regional. Em seguida, o juízo de primeira instância dará publicidade à ordem expedida (ALEMANHA, 2005, §4(2),(3)).

Encerrada essa fase preliminar, de instauração do caso modelo perante o juízo de primeira instância, inicia-se a *primeira fase cognitiva* do procedimento.

O Superior Tribunal Regional, ao receber o pedido de *instauração* do *caso modelo*, divulga o nome (que não precisa ser completo) do demandante e seu advogado; o nome completo do demandado e seu advogado; o objetivo do estabelecimento do caso modelo; o número do caso perante o tribunal; e o conteúdo da ordem de submissão do caso modelo pelo juízo de primeira instância (ALEMANHA, 2005, §6). Após essa divulgação, os juízos de primeira instância irão suspender *ex officio* os casos similares pendentes de julgamento, independentemente de terem sido ajuizados com a intenção de aderir ao *caso modelo* (ALEMANHA, 2005, §7(1)). A vinculação dos casos similares ao caso modelo é, portanto, automática, não existindo a possibilidade de não adesão (*opt-out*). Isto significa que, uma vez ajuizada ação similar ao caso modelo, ela estará invariavelmente vinculada à decisão que vier a ser proferida no caso modelo. Logo, a única alternativa que resta ao demandante que não quiser ver o seu caso vinculado ao caso modelo, é não ajuizar a ação. Conquanto a decisão de suspensão/vinculação não esteja sujeita a recurso, as partes têm o direito de ser ouvidas, a não ser que renunciem a tanto (ALEMANHA, 2005, §7(1)).

⁵⁷ No litígio Deutsche Telekom AG, por exemplo, o Tribunal selecionou o demandante do caso modelo com base na grandeza do seu crédito (1.650.000 euros) e no fato de que sua reivindicação cobria a maior parte dos problemas relevantes da matéria (NEULAND, MOHER e MORGAN, 2008, p. 425).

⁵⁸ Registre-se que um destes pontos necessariamente recairá sobre a questão da veracidade ou inveracidade da informação veiculada no mercado, por ser o núcleo da responsabilidade civil inquirida.

Uma vez *instaurado* o caso modelo, o Superior Tribunal Regional irá selecionar, a seu critério, por meio de decisão irrecorrível, entre os demandantes envolvidos, aquele que será o *demandante modelo*. Esta decisão deve considerar o montante do crédito pleiteado pelo demandante – se este for o objeto da discussão – ou a vontade dos envolvidos, se estes elegerem um demandante para representá-los (ALEMANHA, 2005, §8(2)). Na hipótese de representação, não está afastado o direito que todos têm de participar como partes interessadas no *caso modelo*, podendo utilizar de todos os meios de impugnação ou de defesa, desde que não sejam contrários aos argumentos da parte representada⁵⁹. As partes interessadas também podem propor novos pontos controvertidos (*Streitpunkte*) perante o juízo de primeira instância que, julgando-os pertinentes, irá submetê-los ao Tribunal Regional Federal por meio de uma ordem não sujeita a recurso pelas partes e vinculante para o tribunal (ALEMANHA, 2005, §13).

Portanto, ao longo da primeira fase cognitiva, o Superior Tribunal Regional fixa os pontos controvertidos (*Streitpunkte*), seleciona o *caso modelo* (*Musterverfahren*), e, com base nesse esquadro jurídico, formula uma *pergunta geral* (*Musterfrage*) a ser respondida com a prolação da *decisão modelo* (*Musterentscheid*). Contra esta decisão, o *demandante modelo*, o demandado ou qualquer das partes interessadas podem apresentar recurso para o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* - BVerfG), desde que restrito aos pontos de direito (ALEMANHA, 2005, §15(1)). Após a interposição do recurso e desde que ele seja admitido, as partes interessadas devem ser notificadas pelo Superior Tribunal Regional para que possam aderir razões ao recurso. É estabelecido o período de um mês para o exercício desta pretensão de adesão; caso não seja observado esse período, o recurso seguirá sem considerar as razões dessas partes interessadas (ALEMANHA, 2005, §15(2)).

Uma vez tornada definitiva a decisão – hipótese de não interposição de recurso ou de julgamento do recurso – ela vincula todos os juízos de primeira instância e todos aqueles que tenham ajuizado demanda individual semelhante, ainda que tenham se absterido de intervir no julgamento do caso

⁵⁹ No caso da Deutsche Telekom, isto significou que cada demandante – mais de 17.000, frise-se – tinham o direito de apresentar material escrito e fazer apresentações em cada etapa do julgamento do *caso modelo*. (NEWLAND, MOHER e MORGAN, 2008, p. 427).

modelo como interessados, ou mesmo no caso de terem retirado suas ações individuais (ALEMANHA, 2005, §16(1)).

Após decisão final e vinculativa do caso modelo, as partes interessadas somente podem argumentar que a condução do caso modelo pela parte principal foi inadequada, se, considerando o estágio em que o mesmo se encontrava no momento em que foram convocadas ou, ainda, considerando as declarações e ações da parte principal, aquelas partes interessadas tiverem sido impedidas de valer-se de todos os meios de defesa, ou ainda na hipótese de ditos meios de contestação ou defesa – dos quais não tinham conhecimento – não tiverem sido utilizados pela parte principal intencionalmente ou devido a grave negligência (ALEMANHA, 2005, §16(2)).

Com a prolação da decisão definitiva, inicia-se a *segunda fase cognitiva* do procedimento, na qual as demandas individuais são julgadas pelos juízos de primeira instância, a partir das premissas gerais fixadas na decisão modelo, agora com vistas às particularidades de cada causa. Se no julgamento do *caso modelo*, o êxito tiver sido do demandado (empresa que emitiu as ações no mercado), nas demandas individuais, os demandantes (pessoas que adquiriram as ações) não poderão sair vitoriosos, tendo em vista que a decisão modelo terá analisado, dentre os pontos controvertidos, a veracidade ou inveracidade da informação veiculada, de modo que, concluindo pela sua veracidade, necessariamente estará excluída qualquer responsabilidade por dano. Mas, se o êxito no caso modelo tiver sido dos demandantes, com o reconhecimento da inveracidade da informação veiculada, aí, será necessário, nas ações individuais, que se analise se há ou não nexos causal entre a informação veiculada e o dano aduzido; caso os demandantes não sejam capazes de produzir prova neste sentido, podem sucumbir na demanda.

Também em primeira instância serão decididas as questões relativas à partilha das custas do caso modelo. Cada demandante irá arcar, além das despesas de sua própria ação, com a parte do dispêndio total do caso modelo que deverá corresponder à proporção que o pedido feito pelo demandante representar do total de pedidos feito no caso modelo (ALEMANHA, 2005, §17).

A decisão proferida pelo juízo de primeira instância está sujeita aos recursos previstos no Código de Processo Civil; no entanto, não podem os recursos versar sobre a alegação de que o Superior Tribunal Regional não

seria o tribunal competente para proferir decisão sobre um caso modelo, tampouco sobre a alegação de que a demanda não preencheria os requisitos para se vincular ao mesmo (ALEMANHA, 2005, §18).

Esses são, em linhas gerais, os principais dispositivos do procedimento do caso modelo. Na página seguinte apresentamos fluxograma elaborado pelo Ministério da Justiça da Alemanha (ALEMANHA, p. 4, traduzimos)⁶⁰ com as fases principais do procedimento prescrito pela *KapMug*.

⁶⁰ Confira no Apêndice III a versão original do fluxograma.

O procedimento do caso modelo (<i>Musterverfahren</i>) previsto na <i>KapMug</i>		
Âmbito da <i>KapMug</i>		
1. Reclamações contra falsas informações sobre o mercado de capitais 2. Cumprimento de obrigações contratuais sob a Lei de Mercado de Capitais – (§ 31, WpÜG)		
Caso 1	Caso 2	Caso 3

Pergunta modelo

Apresentação de pedido para instauração do caso modelo (§ 1 *KapMug-E*)

Publicação no Registro de Demandas do caso modelo (§ 2 *KapMug-E*)

Apresentação de 9 pedidos de instauração de caso modelo (§ 4 I 1 Nr. 2 *KapMug-E*)

Se o número não for atingido, os litígios seguem individualmente (§ 4 III *KapMug-E*)

Submissão ao Tribunal de Recurso (OLG) (§ 4 I *KapMug-E*)

Suspensão de todos os processos (§ 7 *KapMug-E*)

O caso modelo (<i>Musterverfahren</i>)
Conhecimento do processo perante o Tribunal de Apelação (§§ 6, 8 - 14 <i>KapMug-E</i>) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Partes envolvidas demandante modelo, demandado modelo e interessados (§ 8 <i>KapMug-E</i>) ▪ As regras gerais de procedimento (§ 9 <i>KapMug-E</i>) Recurso para o Supremo Tribunal (§ 15 <i>KapMug-E</i>)

Decisão modelo
(§ 14 *KapMug-E*)



Caso 1	Caso 2	Caso 3
Pergunta modelo		

Julgamento das demandas individuais
incluindo os custos incorridos no método padrão (§ 17 *KapMug-E*)

2.2.2 As críticas e as reformas da legislação

Questionada pelo jornal *The Guardian* sobre sua opinião a respeito da *KapMug* (lei que instaura o procedimento do *caso modelo* na Alemanha), Deborah Price, diretora judicial da *Which?*, uma associação inglesa de proteção aos direitos dos consumidores, disse que sistemas *opt-out* são a única saída viável para tratar demandas coletivas. Para ela, o sistema americano tem sido rejeitado na Europa e, por isso, dificilmente será acolhido pelas legislações. "Mas com sistemas do tipo *opt-in* simplesmente não se vai conseguir reclamantes suficientes para ajuizar uma ação. [...] Como podemos identificar os consumidores que foram afetados? Vai custar dezenas, possivelmente, milhões. Um sistema *opt-out* é a única maneira de fazê-lo funcionar." (GOW, 2008, tradução nossa).

No *Musterverfahren* (*caso modelo* alemão), ao contrário do que ocorre nas ações de classe americanas, o demandante não pode optar entre aderir (*opt-in*) ou não aderir (*opt-out*) ao *caso modelo*. Se ajuizar sua demanda judicial, esta estará automaticamente vinculada aos efeitos da decisão a ser proferida no *caso modelo*. A única alternativa existente para o demandante desvincular-se do *caso modelo*, portanto, é não ajuizar sua demanda; não existe a alternativa de uma demanda judicial individual simultânea a um *caso modelo* e a ele conexa, mas a ele não vinculada. Nos EUA, adota-se o sistema *opt-out*, segundo o qual todas as pessoas envolvidas no caso material subjacente à ação de classe são automaticamente a ela vinculadas, ainda que não tenham ajuizado qualquer demanda judicial, salvo se expressamente manifestarem sua vontade de não se vincular a ela (*opt out*). O sistema oposto a esse é o sistema *opt-in*, adotado, por exemplo, na Suíça⁶¹, segundo o qual somente aqueles que expressamente anuírem à ação coletiva serão a ela vinculados. O modelo alemão, na opinião de Feess e Halfmeier (2012), não se encaixa em nenhum desses sistemas; trata-se de um sistema *no-choice*, cujo objetivo é evitar que demandas repetitivas sejam analisadas repetitivamente pelo tribunal. Por isso, não há escolha; todas as demandas judiciais existentes

⁶¹ SUÍÇA. **Group Proceedings Act**. 30 mai 2002. Disponível em: <<http://www.government.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

a respeito de determinado tema serão vinculadas à decisão que o tribunal proferir sobre a ação modelo selecionada para julgamento do tema. Para Donatella Porrini e Giovanni Ramello (2011, p. 153), o *caso modelo* alemão é um tipo *sui generis* de ação coletiva, já que combina ações individuais com ação coletiva. Ao contrário das ações coletivas americanas, o *caso modelo* alemão só se aplica às partes que já ingressaram com uma ação, e não permite representação indireta. Assim, concluem esses autores, apesar de o procedimento alemão explorar a agregação de demandas e a consequente economia de escala, ele não possui muitas das características definidoras da ação de classe americana.

Tem razão Deborah Price, sob a perspectiva de uma advogada, quando responde ao questionamento feito pelo jornal *The Guardian*, propugnando a adoção de sistemas *opt-out*, vista por ela como a única saída viável para tratar demandas coletivas. Nesses sistemas, o(a) advogado(a) dos demandantes ganha muito prestígio, pois patrocina uma ação cuja decisão repercutirá efeitos sobre todas as pessoas envolvidas no caso material subjacente. Por isso, não raro, as ações de classe são confiadas a grandes bancas de advocacia, como ocorre nos Estados Unidos. Se, por outro lado, a ação repercutisse apenas sobre a esfera jurídica das pessoas que optaram por aderir a ela, então os advogados teriam um enorme trabalho em angariar clientes, tornando-se menos interessante o patrocínio da ação coletiva. Há, ainda, outra razão para que os advogados alemães não se interessem tanto por *casos modelos*. Newland, Moher e Morgan (2008, p. 426) explicam que os advogados estão proibidos, na Alemanha, de estabelecer honorários de êxito variável conforme o resultado da demanda (artigo 49b do Regulamento Alemão de Remuneração dos Advogados (BUNDESRECHTANWALTSKAMMER, 49(b))), o que, do contrário, tornaria o patrocínio da causa mais interessante.

Mas, por trás das motivações que delineiam a resposta de Deborah Price, reside a verdadeira razão para a Alemanha ter adotado um sistema *no-choice*. A peculiaridade do sistema alemão decorre da tentativa de conciliar o direito individual de ação com ferramentas típicas das ações coletivas. Para tanto, estabelece um procedimento dividido em duas fases cognitivas: a primeira, para analisar as questões de direito comum a todos os casos, a segunda, reservada para a análise de cada caso concreto. Desse modo,

concilia os ganhos de eficiência decorrentes do julgamento uno da questão de direito com a garantia individual de julgamento de cada caso concreto, em sua individualidade, pelo Judiciário. Por isso, o *Musterverfahren* não dispensa o ajuizamento de demandas individuais, apenas instaura um mecanismo de julgamento parcialmente coletivo para dirimir os pontos controversos coincidente das demandas.

Segundo relata Feess e Halfmeier (2012), a Doutrina alemã não adotou o sistema de *class action* americano, porque a ele se opõe, por duas razões principais: a primeira é que os alemães – e os europeus, em geral – tradicionalmente acreditam que o direito de ação deve ser exercido individualmente e não de forma coletiva; a segunda está na crença de que o modelo americano incentiva ações levianas, cujo intento exclusivo é provocar acordos pré-judiciais. Para a Doutrina alemã, o modelo americano permite práticas abusivas dos demandantes, desincentivando, assim, reformas que aproximem o modelo alemão do americano.

O procedimento alemão, pela rigidez com que trata a relação das demandas individuais com o caso modelo, é capaz de coibir iniciativas parasitárias, chamadas de *free-riding* (RAMELLO, 2012, p. 70). Isso decorre, certamente, da sistemática que garante que as demandas individuais sejam analisadas em suas particularidades, afastando-se uma vinculação absoluta dos efeitos da decisão obtida no caso modelo sobre as demandas individuais. Pode acontecer, como vimos na seção acima, de o demandante modelo sair vitorioso no caso modelo e de um outro demandante sucumbir em sua demanda individual, em decorrência de alguma particularidade de seu caso – como, por exemplo, a inexistência de nexo causal entre a conduta ilegal do demandado modelo e o dano incorrido pelo demandante em particular.

Segundo a lógica da ação coletiva, explicada por Hardin Russel através do *n-prisoner's dilemma* (RUSSEL, 1971), cada integrante de um grupo contribui de alguma forma para obter o resultado final almejado por todos, resultado este somente obtido se a ação for coletivamente coordenada. No entanto, quando o número de integrantes do grupo é consideravelmente grande, pode ocorrer de um dos integrantes não contribuir de forma alguma e, ainda assim, se beneficiar do resultado final obtido. Essa conduta é mais frequente, quanto maior for o grupo de indivíduos. Condutas desse tipo

representam um dos principais problemas existentes nas ações coletivas, pelo que demandam medidas corretivas⁶².

Segundo Eberhard Feess e Axel Halfmeier (2012), o modelo de ação coletiva americana somente tem efetividade porque as duas fases cognitivas são resolvidas na ação coletiva, dispensando o ajuizamento de ações individuais. Mas, alertam os autores, o modelo americano é exitoso porque combina a reunião das fases cognitivas com a inversão do ônus da prova que passa a ser do demandado. Dessa forma, os direitos dos demandantes e dos demandados são contrabalanceados.

Há quem não veja com bons olhos a segregação, em duas fases cognitivas, do procedimento alemão. No quarto estudo de uma série investigativa sobre litígios de multi-autoria em jurisdições não americanas, sob o sugestivo tópico “O Diabo está nos detalhes”, Newland, Moher e Morgan (2008, p. 426) opinam no sentido de que o principal desafio para o procedimento alemão é o papel ativo desempenhado pelas partes interessadas no *caso modelo*. A fim de preservar o direito dos demandantes de serem ouvidos, a cada demandante das ações sobrestadas é concedido o *status* de partes interessada, o que lhes permite peticionar e intervir no julgamento do *caso modelo*, desde que seus argumentos não sejam contrários àqueles do reclamante principal. Para Christopher Hodges (2008, p. 80), por outro lado, a possibilidade de participação de todos os demandantes envolvidos como parte interessadas é o mais interessante do modelo alemão. Porém, destaca, inevitavelmente haverá alguns requerentes que não serão plenamente representados no caso modelo.

A questão da conjugação do direito individual com a eficiência do julgamento coletivo parece ser o nó górdio do *Musterverfahren*. É o que a experiência observada com a aplicação do procedimento revela.

⁶² Segundo notícia Mary Jacob (2005), jornalista do *The Wall Street Journal*, “em meados dos anos 90, as ações de classe se tornaram um mecanismo controverso. Críticos acusavam os advogados de reunir pequenos investidores que recebiam pequenas quantias nos acordos por eles celebrados, enquanto suas bancas recebiam fortunas. Em 1995, o Congresso americano, majoritariamente republicano, aprovou a reforma da Lei de Processo de Títulos Privados [*Private Securities Litigation Reform Act*], suplantando o veto do Presidente Bill Clinton. A lei orientava os juízes a escolherem os investidores que amargaram as maiores perdas para liderarem as ações de classe, uma aposta para retirar o controle dos casos das mãos dos advogados e colocá-lo nas mãos dos investidores. [...] Em fevereiro, o Presidente Bush assinou a Lei de Equidade da Ação de Classe [*Class Action Fairness Act*], tornando mais difícil para os demandantes ajuizarem suas ações perante os simpáticos tribunais estaduais. [...]”

A primeira decisão proferida na sistemática do *caso modelo* se deu em 15 de fevereiro de 2007, meses após sua instauração (3 de julho de 2006) perante o Judiciário de Stuttgart. O caso envolvia a DaimlerChrysler, demandada e vitoriosa na ação. Nesse primeiro *caso modelo*, a *KapMug* provou ser efetiva. Ao invés de o Judiciário ter de solucionar questões similares em inúmeros processos, essas questões foram analisadas uma única vez, no *caso modelo*, o que foi aplicado aos demais casos similares. Além disso, houve uma efetiva economia de tempo e dinheiro para todos os investidores, além de se ter evitado decisões conflitantes entre as Cortes (HILGARD e KRAAYVANGER, 2007, p. 41). Já o famoso caso *Deutsche Telekom*, que motivou a edição da lei, acabou por revelar uma deficiência. É que a forma atual da *KapMug* mostrou-se não ser ideal para administrar um número muito grande de demandas, porque não retira a carga de trabalho dos juízes de primeira instância, que devem instruir e julgar cada caso individualmente. Afinal, ao tribunal regional cabe decidir apenas questões abstratas de direito, não dispensando que os juízes tratem de todos os casos pendentes, um a um, em suas peculiaridades. Assim, os juízes de primeira instância têm que ler e considerar cada um dos pedidos dos demandantes. No caso da *Deutsche Telekom*, um único juiz de *Frankfurt* teve que lidar com 16 mil demandantes. Como consequência, esse caso tem tido um lento andamento (HILGARD e KRAAYVANGER, 2007, p. 41) e até hoje (2013) não foi encerrado. É intrigante notar que, enquanto o caso *Telekom* na Alemanha ainda não se encerrou, nos Estados Unidos, os acionistas americanos que moveram uma ação coletiva contra a empresa fecharam um acordo em 8 de junho de 2005, encerrando a ação (STANFORD LAW SCHOOL). Assim, a *KapMug* se apresenta eficiente quando o número de demandas similares é pequeno ou médio, mas precisa ser ajustada para atender a um número maior, como no caso *Deutsche Telekom*, opinião esta compartilhada por Hilgard e Kraayvanger (2007, p. 41) e também por Newland, Moher e Morgan (2008, p. 426).

Outra crítica feita à *KapMug*, diz respeito à distribuição dos custos com o caso modelo. Apesar de a legislação prever o fracionamento de alguns custos da demanda entre os pequenos acionistas, como os custos com peritos judiciais, Fees e Halfmeier (2012) alertam que o custo geral com a demanda é ainda muito alto, considerando que na Alemanha se aplica a regra *the loser*

pays all-rule, ou seja, o sucumbente arca com todos os custos da demanda. Disso decorrem quatro consequências: os acionistas são desencorajados a ajuizar demandas judiciais para pleitear a recomposição dos danos causados com informações equivocadas veiculadas na mídia pela empresa emissora das ações, com base nas quais tenham tomado a decisão de investimento, o que contrapõe o propósito da *KapMug*; os acionistas podem preferir investir em outros mercados onde a legislação melhor viabilize a indenização por danos; o desencorajamento dos acionistas reduz os incentivos para desestimular a veiculação de informações equivocadas no mercado de ações; e, por fim, a estrutura acionária das empresas pode ser distorcida, pois a redução do risco com os custos de indenização incentiva a abertura do capital que passa a ser pulverizado.

Para reduzir o custo da *KapMug*, Feess e Halfmeier (2012) sugerem que a adesão à demanda seja informal, através de um simples registro, de forma a dispensar o ajuizamento de ações individuais. O ideal, opinam os autores, seria dispensar por completo o ajuizamento das demandas individuais e adotar o sistema *opt-out* americano. Mas isso somente seria possível se todas as questões fáticas fossem resolvidas na primeira fase cognitiva; todavia, segundo a legislação alemã, o ônus da prova é do acionista demandante, o que inviabilizaria a proposta. Seria necessário inverter o ônus da prova.

Com relação à instância competente para julgar o *caso modelo*, Christopher Hodges (2008, p. 79) avalia que o envolvimento do Tribunal Regional Federal aumenta o nível de confiança na decisão a ser proferida no *caso modelo* e tende a evitar recursos. Isso, num sistema *civil law*, é um ganho de alta relevância, já que as decisões de juízes de primeira instância, nesses sistemas, são quase sempre impugnadas por meio de recursos, pois, além de esses juízes serem, em regra, pouco experientes, o que descredibiliza suas decisões, existe o fato frequente de que os ordenamentos de *civil law* comportam direitos praticamente automáticos de recorrer.

Essas são as principais críticas feitas à *KapMug*. No entanto, poucas delas tiveram acolhida nas alterações que o Parlamento alemão promoveu no texto original da lei.

Conforme dissemos na seção anterior, a *KapMug*, promulgada em 15 de agosto de 2005, foi inicialmente editada com prazo certo para terminar: 30

de outubro de 2010. A razão para essa delimitação temporal residia na intenção que o Parlamento expressamente manifestou de que a lei servisse como um teste para a adoção de ações coletivas.

No entanto, antes do transcurso do prazo, a *KapMug* foi prorrogada por mais dois anos. Seu novo termo passou a ser 31 de outubro de 2012.

Mas, já no verão europeu de 2011, um projeto de lei, com a revisão do texto original, foi apresentado pelo Ministro da Justiça. O Ministro convidou entidades a se manifestarem sobre o projeto de lei e, em geral, houve suporte à proposta e algumas sugestões de reforma para agilizar o procedimento. Em substancial, poucas sugestões foram feitas, destacando-se apenas a extensão do seu escopo às demandas contra corretores e consultores de investimento. Diante das propostas, o projeto ampliou ligeiramente o escopo da lei para incluir também sob seu crivo reivindicações decorrentes de informações falsas em contratos de mercados de capitais (por exemplo, ações contra bancos ou outros assessores). No entanto, não seguiu o pedido dos acadêmicos para incluir o procedimento do caso modelo no Código de Processo Civil alemão e, assim, estendê-lo a outros tipos de reivindicações em massa. Segundo o Ministro, seria preciso mais experiência com o procedimento, antes que esse passo fosse dado (BERT, 2012).

Em 30 de novembro de 2011, o projeto da nova lei foi submetido à votação na Câmara Alta (*Bundesrat*) do Parlamento Alemão. A nova *KapMug* foi então aprovada, com novo termo de expiração: 1º de novembro de 2020.

O texto aprovado incorporou algumas modificações, dentre as quais Bert (2012) destaca três. A primeira refere-se à extensão do procedimento aos casos em que as informações relacionadas com o mercado de capitais tenham sido usadas na venda e distribuição de produtos financeiros, de forma que a *KapMug* passa a ser aplicada a demandas contra bancos e consultores de investimentos. Ao alargar o âmbito da lei, o legislador anulou a interpretação restritiva então adotada pelo Supremo Tribunal Federal. A segunda modificação permite aos demandantes participarem do caso modelo, a fim de interromper o seu prazo de prescrição, por meio de uma simples petição dirigida ao Superior Tribunal Regional, em vez de terem que ajuizar uma ação em primeira instância, como até então prescrevia a lei. Além disso, os demandantes podem também aguardar o desfecho do caso modelo para

decidirem por ajuizar ou não o seu pleito. A terceira modificação refere-se à possibilidade de acordo judicial, antes praticamente impossibilitado pela exigência que se fazia de consenso entre todos os demandantes e o demandado, e agora viabilizado pela alternativa conferida aos demandantes que não aderiram ao acordo (*opt-out*). Neste ponto, a reforma se aproxima do modelo americano, onde os frequentes acordos nas ações coletivas previnem muitos litígios de se prolongarem no Judiciário (NEWLAND, MOHER e MORGAN, 2008, p. 426).

As alterações feitas na nova *KapMug*, apesar de modestas, sinalizam para uma aproximação, ainda que pequena, do modelo americano. Dentre todas as mudanças feitas, sem dúvida que “por um lado, o equilíbrio entre autonomia e direitos e, por outro lado, entre eficiência processual e celeridade é, de fato, a questão chave de qualquer mecanismo de classe” (HODGES, 2008, p. 80, tradução nossa) e, com mais razão ainda, por tudo que vimos, da *KapMug*.

2.3 O nosso caso modelo: a repercussão geral e os recursos repetitivos

2.3.1 O procedimento do caso modelo no contexto das reformas processuais

A repercussão geral e os recursos repetitivos têm o seu quê de novidade no Brasil, que ainda não havia experimentado a sistemática de julgamento por meio de casos modelos. No entanto, como vimos na Subseção 1.2, essa nova técnica processual representa, em uma perspectiva ideológica, uma continuidade das reformas processuais que foram feitas ao longo dos últimos anos com o propósito de valorizar o precedente judicial. Rodolfo Mancuso (2010, p. 226-227) faz um retrospecto geral dessas reformas, destacando o fato de que, em todas elas, há a intenção de se atribuir um poder normativo ao Judiciário, de forma a fazer com que suas decisões efetivamente tenham efeito vinculante (ainda que em graus variáveis):

[...] o *recurso de revista* e o *prejulgado*, no CPC de 1939; a revista trabalhista e os enunciados do TST, na CLT (1943); as súmulas do STF (1963); o recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial (EC 01/1969, art. 119, III, d, hoje sob as vestes do recurso especial do STJ – CF vigente, art. 105, III, d, hoje sob as vestes do recurso especial do STJ – CF vigente, art. 105, III, c); o incidente de uniformização de jurisprudência, no vigente CPC (arts. 476 a 479); a ação para interpretação (vinculativa) do texto legal ou ato normativo federal ou estadual, pelo STF (EC 01/1969, art. 119, I, alínea I, redação da EC 07/1977), a Adin e a Adcon, conducentes à fixação de entendimento obrigatório para o Executivo e o Judiciário (CF, art. 102, §2º, cf. EC 03/1993, c/c Lei 9.868/1999, parágrafo único do art. 28), a decisão de mérito do STJ na arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, §1º do art. 102, c/c art. 110 e §3º, da Lei 9.882/1999); o juízo de admissibilidade de recurso, ou mesmo de seu mérito, com base em súmula ou jurisprudência dominante (RISTF, art. 21 e parágrafos; Lei 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 57 e parágrafos 1º-A e 1º, redações da Lei 9.756/1988); o trancamento *ab initio* do controle incidental de inconstitucionalidade, nos Tribunais, quando a matéria ventilada já tiver sido objeto de pronunciamento de seu Plenário ou órgão especial, ou do STF (parágrafo único do art. 481 do CPC, redação da Lei 9.756/1998), até se chegar, presentemente, às discutidas propostas para *ampliação* do efeito vinculante das súmulas.

Dando sequência à retrospectiva feita por Rodolfo Mancuso, outras reformas se seguiram, dentre as quais se destaca a criação do procedimento de solução de demandas repetitivas – chamado de repercussão geral, no STF (Lei nº 11.418/2006 (BRASIL, 2006)), e de recursos repetitivos, no STJ (Lei nº 11.672/2008 (BRASIL, 2008)). Esse procedimento representa, no contexto das reformas, mais uma medida para conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores, de forma a desestimular a profusão de recursos a eles dirigidos.

Nesse sentido, é preciso perquirir qual o papel do procedimento de solução de demandas múltiplas (repercussão geral e recursos repetitivos) no contexto dessas reformas, ou seja, o que esse instituto traz de novidade no intuito de promover o tão almejado efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. Seria esse o instrumento para o STJ e STF fixarem, com maior autoridade, entendimento assentado em casos pretéritos, consolidando, assim, jurisprudência majoritária, ou mesmo unânime, existente sobre um determinado tema? Ou seria esse o foro para se discutir em profundidade uma questão jurídica, com possibilidade inclusive de rever o entendimento que a Corte até o momento estava inclinada a adotar? A Ministra Nancy Andrighi (2010) tem a seguinte opinião a respeito desses questionamentos:

Filio-me abertamente ao segundo grupo. Entendo que o país perde uma chance extraordinária de ver uma de suas Cortes Superiores analisando temas em profundidade nunca antes vista, pois é isso o que o procedimento agora citado permite. Afinal, há toda uma mobilização que supera em muito a discussão *inter partes*; há a influência dos *amicus curiae*, do Ministério Público, dos próprios Tribunais de 2º grau e, necessariamente, a participação das Seções ou da Corte Especial. A experiência tem mostrado que o julgamento mobiliza de forma mais impactante até mesmo os próprios Ministros do STJ. No julgamento do processo repetitivo, é possível estudar em que ponto os precedentes anteriores falham e o que possuem de melhor para ser aproveitado; é possível avançar em conclusões tomadas, muitas vezes, antes do amadurecimento completo da discussão jurídica travada.

Tem razão a Ministra Nancy Andrighi. A novidade do procedimento de solução de demandas múltiplas parece mesmo residir no **amplo foro de discussão** que ele instaura sobre uma questão jurídica, permitindo uma análise profunda do tema pelo tribunal. Nesse sentido, uma reviravolta jurisprudencial seria admitida, mas com parcimônia, pois, ainda que uma análise profunda do tribunal permita rever entendimento já assentado sobre uma determinada matéria, **as expectativas normativas criadas** pela jurisprudência até então vigente devem ser protegidas⁶³.

Essas reflexões demonstram que o procedimento do caso modelo tem alguma relação com a questão do discurso democrático e da proteção de expectativas normativas. Mas para investigarmos de que maneira essa relação se dá, e em que mediada ela ocorre, é preciso compreender como o procedimento foi implementado em nosso ordenamento jurídico. Portanto, passemos à análise da legislação vigente para, em seguida, investigar essas questões.

⁶³ Esse tema será tratado detidamente no Capítulo 5. Por ora, deixemos registrado o entendimento de Misabel Derzi, ao qual nos filiamos: “É efetivamente incrível que o legislador, que politicamente **pode** mais, sofra tão grandes restrições, postas na Constituição. A insistência constitucional em relação ao princípio da irretroatividade é notável e singular. No entanto o juiz, em princípio vinculado à lei, não está constrangido por qualquer limitação, por ir ao passado, ao presente e ao futuro, na verdade jungido por uma destemporalização digna dos deuses. Ele pode **encontrar** novamente o Direito todas as vezes que modificar o seu entendimento, sem consequências, a respeito da mesma Constituição, da mesma lei e dos mesmos fatos. Por isso mesmo, constatando essa realidade, a teoria da argumentação atribui à sentença, as características da universalização e da inércia, para referir-lhe a vocação de se estender a outros casos do mesmo grupo e a tendência ao continuísmo, à repetição indeterminada no tempo. Quando, não obstante, advém uma **verdadeira modificação** de entendimento jurisprudencial, impõe-se o respeito àqueles que confiaram nos comandos judiciais e que, de acordo com aqueles comandos, de boa-fé, conduziram seus negócios e tomaram suas decisões de vida.” (DERZI, 2009, p. 550).

2.3.2 O procedimento da repercussão geral e dos recursos repetitivos que está na lei e nos atos normativos dos tribunais superiores

A técnica de julgamento por meio de casos modelos foi incorporada em nosso ordenamento jurídico através das Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008, que incluíram, respectivamente, os artigos 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 1973), conforme explicado em pormenores nas Subseções 1.2.1 e 1.2.2. Esses dispositivos foram regulamentados no âmbito dos tribunais superiores; no Supremo Tribunal Federal (STF), pelos arts. 328 a 329 do RI/STF (BRASIL, 2013) e no STJ pela Resolução nº 07/2008 (BRASIL, 2008), posteriormente revogada pela Resolução nº 08/2008 (BRASIL, 2008).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os recursos processados segundo a técnica de julgamento por meio de casos modelos recebem o nome de **recursos repetitivos**, expressão também utilizada para se referir ao procedimento em si. Já no STF, tem-se incorrido em uma confusão terminológica. O termo **repercussão geral** tem sido utilizado invariavelmente, tanto para se referir ao requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, quanto para se referir ao procedimento para julgamento dos recursos extraordinários por meio de casos modelos. No entanto, os significados são inconfundíveis. A repercussão geral, entendida como requisito de admissibilidade, implica uma análise de transcendência, segundo a qual um recurso extraordinário somente será admitido se veicular “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A do CPC (BRASIL, 1973)). Portanto, ainda que única, uma causa pode apresentar **transcendência** e, assim, cumprir com o requisito da repercussão geral. Já os recursos extraordinários que se sujeitam ao procedimento de julgamento por meio de casos modelos, além de apresentarem transcendência – uma vez que este requisito é exigido para todo e qualquer recurso extraordinário –, devem também apresentar **multiplicidade**. Apenas na hipótese de ambas as exigências serem atendidas é que o procedimento será instaurado. Portanto, diante da evidente diferença

entre os dois significados atribuídos ao termo **repercussão geral**, é aconselhável adotar nova nomenclatura. Assim, em apreço às origens alemãs do instituto, optamos por adotar a expressão **procedimento do caso modelo** para nos referirmos à técnica de julgamento dos recursos especiais e extraordinários previstos nos 543-B e 543-C ao CPC (BRASIL, 1973).

Feitos esses esclarecimentos preliminares, passemos à análise da legislação.

Conforme disposto nos *caputs* dos arts. 543-B⁶⁴ e 543-C⁶⁵ ao CPC (BRASIL, 1973), a técnica do caso modelo se aplica a todas as causas cíveis – porque previsto no CPC⁶⁶ – e sempre que houver uma “multiplicidade de recursos” sobre “idêntica controvérsia”. Ou seja, a técnica se aplica àqueles recursos que, **existentes** em quantidade considerável, veiculem demandas repetitivas aos tribunais superiores. Infere-se daí que, ainda que o recurso enderece uma questão de alta relevância jurídica, se ela não representar objetivamente uma classe de demandas judiciais repetitivas (ou múltiplas), não estará o tribunal superior autorizado a instaurar o procedimento. Registre-se que o STF tem instituto próprio para tratar essas questões de alta relevância que somente **em potência** possam atingir outras pessoas, além das partes do processo; trata-se da repercussão geral, à qual já nos referimos.

O STJ, ao regulamentar a matéria reproduziu, em sua Resolução nº 08/2008 (BRASIL, 2008), o disposto *caput* do art. 543-C ao CPC. Vejamos:

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

O Regimento Interno do STF (RI/STF (BRASIL, 2013)), no entanto, foi além do previsto no *caput* do art. 543-B e autorizou a instauração do

⁶⁴ “Art. 543-B. Quando houver **multiplicidade de recursos** com fundamento em **idêntica controvérsia**, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”. (BRASIL, 1973)

⁶⁵ “Art. 543-C. Quando houver **multiplicidade de recursos** com fundamento em **idêntica questão** de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”. (BRASIL, 1973)

⁶⁶ No nosso ordenamento jurídico a adoção do procedimento do caso modelo foi ampla, não se restringindo a determinadas lides materiais (mercado financeiro e contratos bancário, por exemplo), como ocorreu na Alemanha (vide Subseção 2.2).

procedimento também quando o recurso apresentar **potencial** capacidade de se repetir:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for **suscetível** de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. (destacamos)

A instauração do procedimento se dá, em regra, de ofício, nos termos do §1º dos arts. 543-B⁶⁷ e 543-C⁶⁸ ao CPC (BRASIL, 1973), por provocação dos tribunais de origem. Ao identificarem que uma determinada controvérsia tem sido veiculada repetitivamente em recursos especiais e extraordinários, esses tribunais devem selecionar uma amostragem desses recursos e a enviar ao tribunal superior competente para julgamento. A amostragem constituirá “**o(s) recurso(s) representativo(s)**”, do(s) qual(is) advirá(ão) a decisão modelo.

A exceção à regra ocorre no âmbito do STF. Conforme dispõe o *caput* do art. 328 do RI/STF (BRASIL, 2013), o procedimento pode ser instaurado mediante “requerimento da parte interessada”, ou seja, pode iniciar-se também por provocação.

Não há qualquer disposição expressa esclarecendo se a provocação dos tribunais de origem vincula os tribunais superiores ou se estes podem rechaçar a instauração do procedimento, caso entendam que não há hipótese de “multiplicidade de recursos” ou, ainda, que entre eles não haja uma “idêntica controvérsia”. Na Alemanha, como vimos, a ordem de submissão do caso modelo pelo juízo de primeira instância vincula o Superior Tribunal Regional. Embora isso não esteja claro em nosso ordenamento, a autoridade hierárquica que o tribunal superior exerce sob os tribunais inferiores o autoriza a não

⁶⁷ “Art. 543-B. [...] § 1º **Caberá ao Tribunal de origem selecionar** um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.” (BRASIL, 1973).

⁶⁸ “Art. 543-C. [...] § 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.” (BRASIL, 1973).

instaurar o procedimento, se não forem observadas as hipóteses de “multiplicidade de recursos” e “idêntica controvérsia”.

Caso os tribunais de origem não adotem a providência de selecionar e enviar o(s) recurso(s) aos tribunais superiores, estes devem assumir a tarefa. É o que dispõem o art. 543-C do CPC (BRASIL, 1973), o art. 2º da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) e o art. 328, p.u. do RI/STF (BRASIL, 2013). Vejamos, nesta ordem:

Art. 543-C. [...]

§ 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. (destacamos)

Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1º, caput, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.

§ 1º A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na forma deste artigo, **recursos especiais já distribuídos** que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos.

§ 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia. (destacamos)

Art. 328. **Protocolado ou distribuído** recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar **subida ou distribuição** de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (destacamos)

Com relação a como selecionar o(s) recurso(s) representativo(s), o CPC não estabelece qualquer parâmetro. Somente na Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) encontramos dispositivo tratando do tema:

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir **um ou mais recursos** representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1º Serão selecionados pelo menos **um processo de cada Relator** e, dentre esses, os que contiverem **maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial**. (BRASIL, 2008)

Esse dispositivo destaca três critérios para a seleção do recurso especial representativo, que podem ser assim nomeados: o critério quantitativo, o critério de relatoria e o critério de fundamentação. O critério quantitativo reproduz o que já está disposto no art. 543-C do CPC, ou seja, que a seleção do recurso representativo não precisa recair sobre um único recurso especial, podendo ser selecionados mais de um recurso, caso necessário para a apreensão da questão jurídica ou dos argumentos em torno dela. O critério de relatoria determina que, sendo selecionados mais de um recurso, que preferencialmente sejam um de cada relator. Há uma clara tentativa, nessa disposição, de afastar a interferência do elemento subjetivo da análise da questão jurídica, já que cada relator pode adotar um entendimento diferente sobre a matéria, e fosse apenas um recurso selecionado, restaria prejudicada sua análise sob outros vieses porventura adotados pelos demais relatores⁶⁹. Por fim, há o critério de fundamentação que orienta para a seleção do recurso especial que contenha o maior número de fundamentos e cujo acórdão apresente o maior número de argumentos. Observe que o parâmetro é meramente quantitativo, não autorizando avaliações com relação à qualidade na exposição da fundamentação do recurso ou dos argumentos do acórdão. A ideia é que seja garantida a diversidade na fundamentação e nos argumentos, de modo que o STJ tenha a maior amplitude possível da questão jurídica afetada.

Após a seleção do recurso representativo, os tribunais superiores proferem despacho dando publicidade à instauração do procedimento e

⁶⁹ Uma leitura do §1º do art. 1º da Resolução nº 8/2008 do STJ pode ensejar dúvidas nesse ponto, pois ao determinar que se eleja “pelo menos” um recurso de cada relator, pode-se pensar que seria, então, mandatória a seleção de mais de um recurso. No entanto, não parece ser esta a melhor forma de harmonizar os dispositivos, pois esse entendimento tornaria inútil a menção do *caput* à possibilidade de se selecionar um único recurso. O mais adequado é compreender que um único recurso possa ser selecionado, mas, caso seja mais de um, que se eleja um de cada relator.

apresentando a matéria que será tratada. No entanto, essa apresentação da matéria tem sido feita sem uma técnica precisa, cuidando apenas de expor, em termos gerais, a **questão jurídica** constante do recurso representativo. Os despachos do STF apresentam uma exposição maior do caso representativo e desdobram a questão jurídica de modo mais pormenorizado. Já os despachos do STJ, por outro lado, são bem mais concisos. Remetemos o leitor à Subseção 3.2, onde este problema será abordado, para exemplos.

De forma diferente ocorre no procedimento alemão. Como vimos, a ordem de instauração do caso modelo, emitida pelo juízo de origem, ao tribunal, contém uma exposição clara dos pontos controvertidos (*Streitpunkte*). Estes pontos são apresentados pelo demandante que solicita a instauração do caso modelo (ALEMANHA, §1 (2)) e, em seguida, submetidos à análise do juízo de origem. Somente os pontos admitidos serão endereçados ao tribunal superior. Registre-se, ainda, que as partes interessadas podem propor novos pontos controvertidos (*Streitpunkte*), os quais também passaram pelo crivo do juízo de origem (ALEMANHA, 2005, §13). No preciso escopo estabelecido pelos pontos controvertidos, é que o tribunal superior analisará a questão jurídica.

Desse modo, parece-nos que o procedimento alemão tem o mérito de deixar mais transparente o conteúdo da questão jurídica que será analisada. Nosso procedimento, por outro lado, não adota igual rigor. Embora o CPC preveja a “**fixação dos pontos controvertidos**” no procedimento ordinário e no procedimento dos recursos no tribunal (art. 331, §2º⁷⁰, art. 451⁷¹ e art. 549⁷² do CPC (BRASIL, 1973)), igual disposição não foi reproduzida no procedimento do caso modelo. No entanto, entendemos que o art. 549 do CPC é plenamente aplicável à espécie, de modo que sequer é necessário que haja disposição expressa.

⁷⁰ “Art. 331. [...] § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

⁷¹ “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”

⁷² “Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu "visto" .
Parágrafo único. O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.”

Interessante notar que a Resolução nº 8/2008 do STJ esclarece que a questão jurídica do recurso representativo deve recair exclusivamente sobre o seu mérito, afastando a possibilidade de se afetar questões preliminares ou prejudiciais de mérito. Apesar de não existir redação similar nas normas do STF, tampouco no CPC, não se pode conceber que, em razão de uma questão que não seja central do recurso, seja instaurado o procedimento do caso modelo. Vejamos a Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 1973):

Art. 1º [...]

§ 2º O agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a **questão central discutida**, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões argüidas no mesmo recurso.

Selecionado o recurso representativo e publicado o despacho com a questão jurídica afetada, os tribunais inferiores deverão **sobrestar todos os recursos idênticos** ao recurso representativo⁷³.

A Resolução nº 8/2008 do STJ⁷⁴ (BRASIL, 1973) e o RI/STF⁷⁵ (BRASIL, 2013) também dispõem sobre a matéria, corroborando os termos constantes do diploma processual.

Contra a decisão do tribunal de origem que determina o sobrestamento, não existe previsão de recurso. A jurisprudência tem estabelecido que essa decisão é irrecorrível. Similarmente se dá no procedimento do caso modelo

⁷³ “Art. 543-B [...] § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, **sobrestando os demais** até o pronunciamento definitivo da Corte. [...] Art. 543-C [...] § 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.” (BRASIL, 1973).

⁷⁴ “Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais **suspensos** até o pronunciamento definitivo do Tribunal. [...] § 3º A **suspensão** será certificada nos autos.” (destacamos)

⁷⁵ “Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e **sobrestar todas as demais causas com questão idêntica**. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, **para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil**.” (destacamos)

alemão (ALEMANHA, 2005, §7(1)). Aqui, como lá, assegura-se apenas à parte o direito de ser ouvida, por meio de pedido de reconsideração. Não há possibilidade de revisão pela instância superior.

Na preparação para o julgamento dos recursos representativos, os tribunais superiores podem requisitar informações aos tribunais de origem sobre a controvérsia (questão jurídica), conforme está previsto no art. 543-C do CPC (BRASIL, 1973), no art. 3º, I da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008), e no art. 328 do RI/STF (BRASIL, 2013). Vejamos, respectivamente:

Art. 543-C. [...]

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

Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá **solicitar informações** aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias. (destacamos)

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, **podendo pedir-lhes informações**, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. (destacamos)

Os tribunais superiores podem, ainda, autorizar a manifestação de interessados, conforme dispõem o art. 543-C do CPC (BRASIL, 1973), o art. 3º, I da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) e o art. 323 do RI/STF (BRASIL, 2013):

Art. 543-C [...]

§ 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.

Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a **manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia**, a serem prestadas no prazo de quinze dias. (destacamos)

Art. 323 [...]

§ 3º Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a **manifestação de terceiros**, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. (destacamos)

Trata-se da intervenção do *amicus curiae*⁷⁶ (amigo da corte). Por meio desse instituto, terceiros interessados podem aduzir argumentos no bojo de um processo. A manifestação é apenas contributiva, no sentido de agregar informações. Não se autoriza qualquer interposição de recurso.

No procedimento do caso modelo alemão, por outro lado, permite-se que o interessado recorra até mesmo da decisão proferida no caso modelo para o tribunal superior (lembrando que, na Alemanha, o caso modelo é julgado pelo tribunal regional).

Após esses preparativos (definição da questão jurídica, seleção do recurso representativo, divulgação do tema, etc.), segue-se a **fase de julgamento**.

No STF, essa fase é desdobrada na análise da repercussão geral e no julgamento efetivo do recurso extraordinário. Com relação à repercussão geral, o art. 543-B do CPC⁷⁷ (BRASIL, 1973) dispõe que a sua análise seguirá um rito especial, quando se tratar de recursos extraordinários múltiplos. O rito prevê que, negada a repercussão geral no recurso representativo, todos os recursos sobrestados terão seguimento negado.

No caso de recurso extraordinário que não seja “repetitivo”, mas cuja questão jurídica esteja afetada à análise da repercussão geral pelo STF, não sendo esta reconhecida, inadmitido será o recurso. Esta decisão é irrecurável e

⁷⁶ Segundo Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá o *amicus curiae* tem natureza tanto de terceiro especial como de auxiliar da justiça: “Por essa razão, ou seja, pelo fato de o instituto englobar distintos fenômenos, não é errado atribuir ao *amicus curiae* a natureza de auxiliar do juízo e de terceiro interveniente, desde que a hipótese seja indicada. Isto é, caso se trate de hipótese de manifestação por iniciativa do juiz, não há equívoco em denominar esse terceiro de *amicus curiae*, desde que se reconheça que a função exercida, nessa hipótese, seja de uma espécie de auxiliar do juízo. Caso se trate de intervenção voluntária, estaremos sempre diante de hipóteses de intervenção de terceiros, nas quais o *amicus curiae* desenvolve papel diferente do que na situação anterior, podendo exercer faculdades processuais que ao mero auxiliar do juízo são vedadas.” (DEL PRÁ, 2007, p. 128)

⁷⁷ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a **análise da repercussão geral** será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [...] § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”

vale “para todos os recursos sobre questão idêntica”, conforme dispõe o art. 326 do RI/STF⁷⁸ (BRASIL, 2013).

A diferença dessa hipótese para os casos de recursos extraordinários múltiplos – sujeitos ao procedimento do caso modelo – é que apenas nesta última hipótese há previsão de sobrestamento dos recursos idênticos. Quando for o caso de recurso admitido por estar presente a repercussão geral, sem que, contudo, haja multiplicidade de recursos, não haverá sobrestamento de outros recursos, ainda que estes sejam idênticos. Todavia, na prática, isto tem ocorrido, em razão da confusão que tem sido feita entre os procedimentos do art. 543-A e 543-B do CPC (BRASIL, 1973), conforme já noticiamos.

Na hipótese de a repercussão geral ser conhecida, o recurso extraordinário representativo seguirá para julgamento do mérito.

Como a análise da repercussão geral segue um rito especial, nos casos de recursos extraordinários múltiplos, todos os dispositivos relativos à repercussão geral, previstos no RI/STF⁷⁹ (BRASIL, 2013), aplicam-se na fase preliminar do julgamento do caso modelo.

⁷⁸ “Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, **valendo para todos os recursos sobre questão idêntica**, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329. (destacamos).”

⁷⁹ “Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. § 1º Nos processos em que o Presidente atuar como Relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito. § 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. § 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros. § 3º O recurso extraordinário será redistribuído por exclusão do(a) Relator(a) e dos Ministros que expressamente o(a) acompanharam nos casos em que ficarem vencidos. Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da

O julgamento dos recursos representativos compete, no STF, à Turma e, no STJ, à Seção ou à Corte Especial, conforme dispõem o art. 9º, III do RI/STF⁸⁰ (BRASIL, 2013) e art. 2º da Resolução nº8/2008 do STJ⁸¹ (BRASIL, 2008).

O julgamento dos recursos representativos tem preferência em relação aos demais feitos, com exceção dos recursos de réu preso e *habeas corpus*. É natural que assim seja, já que a solução do caso representativo impactará em diversas demandas, de modo que justifica seja preferido ao julgamento de demandas que interessam apenas às partes nela envolvidas.

Realizado o julgamento e publicado o acórdão do recurso representativo, uma das seguintes alternativas será aplicada:

- I. Caso o acórdão prolatado pelo tribunal de origem tenha adotado entendimento **consoante** àquele alcançado pelo tribunal superior, os recursos extraordinários e especiais sobrestados serão inadmitidos;
- II. Caso o acórdão prolatado pelo tribunal de origem tenha adotado entendimento **divergente** daquele alcançado pelo tribunal superior, o tribunal de origem deverá analisar novamente o recurso a ele dirigido (apelação, por exemplo), podendo retratar-se;

repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso. Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no *Diário Oficial*, com menção clara à matéria do recurso. Art. 325-A. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao Relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema. Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329. Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. § 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. § 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

⁸⁰ “Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às **Turmas**: III – julgar, em recurso extraordinário, as causas a que se referem os arts. 119, III e 3, 139 e 143 da Constituição, observado o disposto no art. 11 e seu parágrafo único.” (destacamos).

⁸¹ “Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1º, caput, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento **à Seção ou à Corte Especial**, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção. § 1º A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na forma deste artigo, recursos especiais já distribuídos que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos. § 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.” (destacamos).

- III. Caso o tribunal de origem **não realize o juízo de retratação** e mantenha a decisão divergente, os recursos extraordinários ou especiais, se admitidos, serão remetidos aos tribunais superiores; e
- IV. Caso o presidente (ou vice-presidente) do tribunal de origem verifique que os recursos extraordinários e especiais sobrestados **não guardam identidade** com o recurso representativo (em vista do acórdão publicado), deve restabelecer o curso dos feitos.

Vejamos cada uma dessas alternativas.

A primeira alternativa se aplica quando o acórdão prolatado pelo tribunal de origem tenha adotado entendimento consoante àquele alcançado pelo tribunal superior. Nesse caso, o tribunal de origem deverá negar seguimento ao recurso extraordinário ou especial, conforme prescrevem os arts. 543-B, § 3º e 543-C, § 7º do CPC (BRASIL, 1973). Vejamos:

Art. 543-B [...]

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

Art. 543-C [...]

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

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

A segunda alternativa se dá quando o acórdão prolatado pelo tribunal de origem tenha adotado entendimento diverso daquele alcançado pelo tribunal superior. Se este for o caso, deverá o tribunal de origem examinar novamente o recurso a ele dirigido (apelação, agravo de instrumento, embargos infringentes, etc.), podendo retratar-se. É o que dispõem os arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º, II do CPC (BRASIL, 1973):

Art. 543-B. [...]

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

Art. 543-C. [...]

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

[...]

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

Observa-se que o art. 543-C, §7º, II do CPC incorre em um equívoco. Referiu-se a “recurso especial”, quando deveria se referir aos recursos de competência do tribunal de origem, os quais podem ser por este tribunal revistos. A redação do art. 543-B, §3º do CPC não incorre no mesmo equívoco.

No âmbito do STJ, a Resolução nº 8/2008 (BRASIL, 2008) regulamentou a matéria em seu art. 5º. Segundo dispõe, após a publicação do acórdão do caso modelo, os recursos especiais em curso no tribunal serão julgados pelo relator (monocraticamente, nos termos do art. 557 do CPC ou em sessão colegiada), se já distribuídos, ou pelo Presidente, se ainda não tiverem sido distribuídos. Na hipótese dos recursos especiais estarem sobrestados na origem, o artigo repisa os termos no CPC. Vejamos:

Art. 5º Publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia:

I – **se já distribuídos**, serão julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil;

II – **se ainda não distribuídos**, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 17 de abril de 2008.

III – se sobrestados na origem, **terão seguimento** na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil. (destacamos).

No âmbito do STF, não há dispositivo tratando dos procedimentos decisórios a serem adotados, após a publicação do acórdão do caso modelo. O art. 328 do RI/STF (BRASIL, 2013) apenas faz remissão ao art. 543-B do CPC (BRASIL, 1973), nada acrescentando.

Sobre qual será o órgão competente, no tribunal de origem, para realizar o juízo de retratação, o CPC não contém qualquer disposição. De fato, a regulamentação desta matéria é de competência dos tribunais de origem – embora apenas o §9º do 543-C do CPC explicita isso (BRASIL, 1973)). No entanto, ainda que os tribunais de origem estejam dotados do poder de regulamentar essa matéria, o fato é que somente o órgão que analisou o recurso interposto contra decisão de primeira instância (apelação, agravo de

instrumento, embargos de divergência, etc.) tem o poder de reexaminá-lo e proferir juízo de retratação. Se essa competência for atribuída a outro órgão que não aquele que prolatou a decisão, já não se poderá falar mais em juízo de retratação, mas em revisão de ofício.

Caso o tribunal de origem não realize o juízo de retratação e mantenha a decisão divergente, os recursos extraordinários e especiais devem ser remetidos aos tribunais superiores, após juízo de admissibilidade. É o que estabelecem o art. 543-B, § 4º e o art. 543-C, § 8º do CPC (BRASIL, 1973):

Art. 543-B. [...]

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

Art. 543-C. [...]

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

[...]

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

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

Além das alternativas elencadas, de acordo com o previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC, vemos, ainda, uma quarta alternativa. Seria a possibilidade de o presidente (ou vice-presidente, no caso de delegação) do tribunal de origem se retratar de sua decisão de sobrestamento do recurso extraordinário ou especial, caso verifique que ele não guarda identidade com o recurso representativo. É que a decisão de sobrestamento pauta-se no despacho do tribunal superior que seleciona o recurso representativo e divulga a questão jurídica a ser analisada. No entanto, após a prolação do acórdão, a questão jurídica pode ter sofrido ajustes (ampliação ou redução), o que recomenda uma nova análise, pela presidência do tribunal de origem, da possível identidade entre os casos. Assim, caso se conclua pela disparidade do recurso sobrestado em vista do recurso representativo, o presidente do tribunal de origem deve restabelecer curso regular do processo. Em seguida, realizará seu juízo de admissibilidade e, admitindo o recurso, o encaminhará ao tribunal superior competente.

O art. 543-B, § 4º e o art. 543-C, § 8º do CPC (BRASIL, 1973), supra transcritos, deixam claro que o **juízo de admissibilidade** dos recursos extraordinário e especial somente será feito no caso de o tribunal de origem não se retratar de seu acórdão. Assim, o juízo de sobrestamento antecede o juízo de admissibilidade. O RI/STF deixa isso explícito:

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem **não emitirá juízo de admissibilidade** sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. (destacamos).

Sabe-se que juízo de admissibilidade encerra uma dupla análise do recurso: de preenchimento dos seus requisitos formais (tempestividade, preparo, instrução, etc.), e de sua compatibilidade com a jurisprudência do tribunal superior (existência de jurisprudência dominante ou súmula). A primeira análise conduz a uma decisão de admissão/inadmissão, a segunda de provimento/desprovimento. Ou seja, pode ensejar uma análise formal como material do recurso. Já o juízo de sobrestamento, encerra uma análise material do recurso, por meio da qual se verifica sua possível identidade (de conteúdo jurídico) perante o recurso representativo. Dessa forma, ao fazer preceder o juízo de sobrestamento ao juízo de admissibilidade, pode-se relevar eventuais vícios de formalidade em preferencia a uma análise de mérito. Por exemplo, se um recurso intempestivo for sobrestado, em razão de sua identidade com o recurso representativo, pode ocorrer de seu mérito ser julgado, superando-se a grave falta de requisito processual (tempestividade).

Com relação à possibilidade se interpor recursos contra as decisões do tribunal de origem, os arts. 543-B e art. 543-C do CPC (BRASIL, 1973) nada dispõem. A jurisprudência tem sido extremamente restritiva, impedindo que os recursos alcancem os tribunais superiores.

Esse é, em termo geral, o procedimento do caso modelo que foi implementado em nosso ordenamento jurídico.

Com esse panorama é possível concluir que há uma ruptura do procedimento do caso modelo brasileiro com sua origem alemã. Dois pontos a demonstram claramente: o nosso procedimento foi inserido no âmbito dos tribunais de segunda instancia e superiores, sendo que, na Alemanha, o

procedimento está alocado no juízo de primeira instância e no tribunal superior regional; e a participação dos interessados no procedimento alemão é muito mais ampla, admitindo-se, inclusive, que apresentem recurso no caso modelo, ao contrário das restrições à participação de terceiros que se observa no nosso procedimento.

Assim, após compreendermos a origem do procedimento do caso modelo instaurado em nosso ordenamento jurídico, refletiremos, ao longo desse estudo, sobre o modo como ele contribui (ou não) para a proteção da confiança jurídica. Empreenderemos essa análise à luz do Direito Tributário, que servirá para testarmos nossa hipótese, uma vez que as demandas tributárias têm notável tendência à multiplicação, além de, nesse subsistema jurídico, a proteção da confiança assumir posição de relevo.

3 A FORMAÇÃO DA NORMA JUDICIAL NO PROCEDIMENTO DO CASO MODELO

3.1 O juiz cria direito? Ou seja, há norma judicial?

Partindo do panorama histórico-jurídico apresentado na Seção 1.1, e analisando-o agora sob um enfoque jusfilosófico, cabe verificar se é possível afirmar que o juiz cria direito, propondo o seguinte questionamento: **há norma judicial?** O questionamento se faz necessário, uma vez que, a se admitir que a decisão judicial tem efeitos vinculantes sobre futuros casos – como pretende o procedimento do caso modelo, com relação à decisão proferida no caso representativo de controvérsia – deve-se reconhecer a esta decisão um efeito normativo capaz de criar um *dever ser* imputável a outros casos. Portanto, é preciso perquirir se esta hipótese se confirma e de que modo isto se dá.

Para responder esse questionamento, façamos um breve resgate dos paradigmas jusfilosóficos imediatamente anteriores ao atual, para neste centralizar nossos estudos.

Até o século XIX, predominou a teoria declaratória da decisão judicial, segundo a qual competia ao juiz apenas revelar o direito existente, que, segundo uma perspectiva jusnaturalista, era aferível a partir de uma fonte transcendental (Deus ou Razão). Assim, na teoria declaratória, não era reconhecido ao juiz o poder de criar direito; decidir significava fazer reconhecer a norma já existente imputável à hipótese fática apresentada (MARINONI, 2013, p. 22-23). Nessa ótica, quando o juiz, no seu exercício de desvelar o direito, aplicasse a norma incorretamente, admitia-se que ele incorreu em mero erro – declarou que algo era o que verdadeiramente não era –, o que implicava um efeito não vinculante de sua decisão para casos futuros. Logo, sob esta ótica, decisão errada não criava precedente. Por consequência, na linha da teoria declaratória, os precedentes tinham vinculação frágil⁸².

⁸² Segundo afirma Thomas Bustamante, seguindo as lições de Neil MacCormick: “Esse tipo de *approach* teórico, que predominou durante os séculos XVII e XVIII no Reino Unido, dá base a uma hostilidade para com qualquer doutrina do precedente absolutamente vinculante, e tende

Com o surgimento do pensamento positivista, no século XIX, começou-se a criar as bases para contestar as crenças da teoria declaratória⁸³. Como o Positivismo compreendia o Direito como uma criação humana, toda decisão era reconhecida como direito posto (positivado) e, por conseguinte, tinha efeito vinculante. Não se acreditava, como antes, na existência de uma fonte reveladora do Direito (Deus ou Razão), de modo que não havia parâmetro para verificar se o direito “desvelado” correspondia ou não a um Direito “pré-existente”. O Direito, enquanto direito posto, era o que o juiz dizia ser, por meio do seu poder de dizer o direito, delegado do soberano. Explica Thomas Bustamante (2013, p. 89):

O Direito era visto apenas como um comando. Um resultado do trabalho de Bentham foi desencantar o Direito, ao negar qualquer valor à teoria declaratória, toda como uma “ficção infantil” cuja única função prática seria a de camuflar o arbítrio judicial e encobrir as fronteiras do poder de criação do Direito exercido pelos magistrados. A ênfase da teoria de Bentham no sentido de que o Direito é apenas um comando do soberano impediu a ele e a Austin aceitar a natureza costumeira do *common law*, segundo a qual se poderiam produzir normas pela aceitação paulatina e costumeira. O Direito positivo necessitava, acima de tudo, ser *certo*; e foi essa visão “do Direito como um conjunto de atos positivos” que influenciou a abordagem do precedente judicial [Evans 1987:70⁸⁴]

Para o Positivismo, existia um verdadeiro poder de criação do juiz no ato de aplicar a lei ao caso, de modo que “a decisão judicial é a continuação, não o começo de criação jurídica” (KELSEN, 2002, p. 283). Mas esta criação se dava dentro de um quadro de possibilidades aferíveis a partir da norma legislativa (KELSEN, 2002, p. 464), de sorte que criação havia, mas limitada. O problema surgiu quando os Positivistas tiveram que explicar qual, então, seria o fundamento da decisão que não encontra, no quadro de possibilidades, uma

para uma visão dos precedentes absolutamente vinculantes, e tende para uma visão dos precedentes como no máximo vinculantes em sentido frágil [*defeasible binding*], sob o fundamento de que asserções errôneas sobre o Direito são logicamente possíveis, e os precedentes são apenas declaratórios ou evidenciários [*evidentiary*], e não estritamente constitutivos do Direito. Onde eles o tenham declarado erroneamente, eles devem ser corrigidos.” (BUSTAMANTE, 2013, p. 87).

⁸³ Registre-se, contudo, que esta contestação não se deu sem resistências, conforme relata Luiz Guilherme Marinoni: “Todavia, relata MacCormick que o convite de Austin não foi aceito. É que os juízes se sentiam confortáveis ao declarar que não queriam assumir a responsabilidade de criar o direito e de revogar os precedentes. Assim, é realmente possível dizer que os juízes tiveram boas razões para se manterem presos à teoria declaratória, permitindo-lhe uma longa sobrevivida [...]” (MARINONI, 2013, p. 26-27).

⁸⁴ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). **Precedent in Law**. Oxford, Clarendon, 1987, pp. 35-72.

possibilidade aplicável ao caso e, por consequência, provoca o juiz a criar uma norma para aplicar ao caso, sem qualquer respaldo no Legislativo. Paralelamente, havia ainda o problema sobre qual seria o fundamento da decisão que, não por ausência de possibilidade, mas por vontade própria do juiz, fundamentava-se em norma por ele criada. A resposta do Positivismo para tais problemas foi a de que essas normas, ainda que não encontrassem fundamento na ordem normativa escalonada do ordenamento, seriam direito, porque assim o é todo ato do juiz, soberano, por delegação. A Teoria Positivista, ao reconhecer a possibilidade de o juiz decidir fora do quadro de possibilidades oferecidas pela norma, adotou, assim, uma postura decisionista. Esta a conclusão de Kelsen após rever sua “Teoria Pura do Direito” (2002, p. 394) e reeditá-la, em 1960, para alterar o capítulo oitavo dedicado à questão da interpretação, o que ficou conhecido como o famoso **giro decisionista**:

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar apresenta..

A ideia de que o juiz cria direito e de que o direito está positivado (*no common law*, pelos costumes; no *civil law*, pelas leis), criou base para uma teoria rígida do precedente judicial⁸⁵, segundo a qual, uma vez proferida decisão pelo tribunal, sua aplicação era inescapável aos juízes que, no futuro, fossem decidir casos idênticos – tantos os juízes de menor hierarquia (efeito vinculante vertical), como juízes do próprio tribunal (efeito vinculante horizontal). Contudo, como explica Thomas Bustamante, “o resultado foi extremamente sério para a racionalidade e a coerência do ordenamento jurídico. Como criticava Goodhart [1934:48], na década de 1930 ‘produto [dessa doutrina] é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que o precederam e vinculador das decisões do por vir.’” (2013, p. 90). Assim, à luz da Teoria

⁸⁵ “Ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* tem sustentação especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade. O *stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas.” (MARINONI, 2013, p. 97).

Positivista, a questão não mais residia em saber se o juiz possuía ou não liberdade para criar o direito – a teoria decisionista cuidou de escancarar tal poder criativo – mas sim, como esse poder poderia ser controlado de forma eficiente (ARAUJO e CAMPOS, 2012, p. 364).

No entanto, o culto extremado da Teoria Positivista à razão pura foi desconstruído pelos estudos científicos que, já no século XX, colocaram em xeque a certeza incontestável acreditada à razão (pura). Mesmo na área das ciências exatas, onde a razão foi sempre um dogma inquebrantável, passou-se a admitir que o conhecimento é sempre incompleto e que mesmo a melhor metodologia jamais seria capaz de alcançar verdades absolutas, a-históricas e eternas. Na Física, a Teoria da Relatividade substituiu a visão do universo que se tinha, baseada em objetos isolados atuando uns sobre os outros numa determinada distância, por um modelo no qual o espaço mesmo se curva e se altera pela presença e pelos movimentos desses objetos. Na Física Quântica, minou-se a crença dos cientistas quanto às suas habilidades de observar e entender os fenômenos sem fundamentalmente alterá-los (TRIBE, 1989). Esses são dois exemplos das grandes mudanças pelas quais a ciência passou no século passado, mudanças que Thomas Kuhn considerou verdadeiras revoluções⁸⁶. Hoje temos consciência de que “o saber que se sabe limitado funda-se no permanente debate público acerca de seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável”, porque “qualquer luz necessariamente produz sombras.” (NETTO e SCOTTI, 2011, p. 27-28). É nesse contexto que se inaugura o paradigma do Estado Democrático de Direito, cuja nota caracterizadora é a normatização de relações sociais

⁸⁶ Thomas Kuhn explica, em seu livro “A estrutura das Revoluções Científicas” (KUHN, 1994), declaradamente influenciado pelos estudos de Hans-Georg Gadamer (GADAMER, 1977), que o conhecimento evolui por rupturas e não de forma progressivamente linear. A ruptura ocorre quando trocamos de *paradigma*, ou seja, quando nossa visão de mundo se altera profundamente. O *paradigma*, “esse pano de fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana.” (SCOTTI e CARVALHO NETTO, 2011, p. 32). Assim, quando trocamos essas lentes por meio das quais vemos o mundo, verdadeiras revoluções ocorrem. Com a lucidez da nossa inescapável condição social, temos, a partir de então, condições de apreender esse arcabouço histórico que herdamos não como uma continuidade necessária, mas de forma crítica, sob um crivo de validade que nos permita questionar o passado e, assim, ponderar o que queremos ou não perpetuar.

extremamente fluidas e intrincadas, aptas a voltar criticamente sobre si mesmas, em uma eticidade reflexiva.

Nesse novo paradigma, o processo discursivo ganha relevância, já que, sem qualquer pretensão de encontrar verdades absolutas – porque sabidamente inalcançáveis! –, a ciência volta-se agora para a compreensão do **processo** do conhecimento, assumindo uma postura **metalinguística**. No campo do Direito, destacam-se os estudos de Jürgen Habermas, que sustenta, a partir de sua teoria do **agir comunicativo**, que a validade de uma norma não é aferível em sua substância; trata-se de um conceito procedimental, construído a partir da linguagem de todos os envolvidos, que são chamados a dizer sobre suas pretensões do que seja a norma e, partir daí, obter um conceito substancial de sua validade – conceito este que se sabe contingencial, porque aberto a mudanças. Assim, nas palavras do autor, “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.” (HABERMAS, 1989, p. 86). Portanto, o autor não pretende que esse discurso prático seja o caminho para encontrar a verdade sobre a norma – no sentido de que ela se confirme válida perante um padrão de validade –, o que sugere é que – sabendo da inatingibilidade de qualquer validade absoluta –, por meio deste discurso, se encontre a norma **legítima**, ou seja, justa no sentido democrático (discursivo).

Para atender a este novo paradigma jurídico, a hermenêutica se remodelou. As teorias calcadas no silogismo lógico da aplicação do direito não davam mais conta da complexidade que envolvia a interpretação agora consciente de sua incapacidade de alcançar verdades absolutas por meio de qualquer processo metodológico e, ao mesmo tempo, ciente de seu compromisso com a análise crítica que deve envolver todo saber. A hermenêutica do Pós-Positivismo, concebe o ordenamento jurídico como uma estrutura principiológica, capaz de devolver ao Direito o conteúdo deontológico – esterilizado pelo Positivismo – que possibilite aduzir pretensões jurídicas de validade, necessárias para uma postura que se pretenda crítica. E por ser uma estrutura principiológica está – agora, mais do que nunca, isso ficou escancarado – aberta à interpretação. Segundo esta concepção, o poder de criação do juiz não está apenas nas lacunas e na indeterminação das leis –

ainda que estas sejam, sem dúvida, autorizações do legislador que ampliam o seu poder –, é condição ínsita a todo juízo hermenêutico.

Segundo Ronald Dworkin (1986), um dos expoentes deste novo paradigma, toda norma (princípio ou regra) requer a intermediação do intérprete para reconstruir o seu sentido, não com o intuito – já desacreditado do Positivismo – de apresentá-la como aplicável *a priori*, mas de justificar sua aplicação à situação individual, em vista da unicidade e irrepetibilidade do caso concreto. Em outras palavras, o intérprete deve demonstrar que aquela norma se aplica ao caso não por uma imposição incondicional do legislador, mas porque nenhuma outra norma poderia fazer justiça ao caso, diante de todas as suas nuances, que não aquela norma **densificada** pelos argumentos de fundamentação do juiz. Toda essa evolução hermenêutica não deixa dúvidas de que “o abandono de uma caduca concepção de aplicação da lei, como um silogismo lógico-dedutivo, em favor de uma compreensão jurídica, parece ser uma aquisição definitiva.” (DERZI, 2009, p. 49).

Respondido, assim, o questionamento proposto no início desta seção, no sentido de que **há norma judicial**, é preciso compreender como ela se forma e se aplica no curso do procedimento do caso modelo. É o que se desdobrará nas próximas seções deste capítulo, através de uma análise crítica sobre o procedimento já explicitado em minúcias na Seção 2.3.

3.2 A seleção do recurso representativo de controvérsia: uma questão metodológica sobre tipo e conceito

Os arts. 543-B e 543-C do CPC (BRASIL, 1973) dispõem em seu *caput* que serão submetidos ao procedimento ali estabelecido os recursos extraordinário e especial que, tendo por fundamento “idêntica controvérsia”, se apresentarem em “multiplicidade”. Estes são os dois primeiros parâmetros que os dispositivos oferecem sobre o universo ao qual serão aplicados.

O critério “multiplicidade” pressupõe que inúmeros recursos sobre uma mesma controvérsia já existam em curso nos tribunais – no caso do STJ, por força do art. 543-C do CPC e do art. 1º da Resolução nº 8 – ou possam existir

em potência – no caso do STF, por força dos arts. 543-B do CPC e 328 do RI/STF)⁸⁷. São os tribunais de origem os órgãos competentes *a priori* para identificar os recursos múltiplos (repetitivos) e remeter um ou mais de um exemplar ao STJ e STF, podendo estes tribunais, diante da inércia daqueles, assumirem a tarefa de identificação (§1º do art. 543-C do CPC e parágrafo único do art. 328 do RI/STF).

Não há nenhuma disposição no CPC, tampouco nas normas dos tribunais superiores estabelecendo diretrizes para a identificação de recursos múltiplos (repetitivos), de modo que os tribunais podem dispor a respeito⁸⁸. Contudo, conforme veremos no capítulo seguinte com mais vagar, a multiplicidade dos recursos decorre do escopo da repercussão da causa remota subjacente às suas lides. Questões tributárias, consumeristas e bancárias, por exemplo, têm forte tendência à multiplicação. Assim, cabe aos tribunais de origem, por meio de seus sistemas de cadastros e da observação na praxe forense, identificar causas desta espécie **múltipla**.

Já o critério “idêntica controvérsia” pressupõe que os recursos tratem da mesma **questão jurídica**, em **perfeita identidade**. No entanto, somente se conhecerá a questão jurídica com precisão após a seleção do recurso representativo pelos tribunais superiores e a prolação da decisão que delimita os pontos controversos a serem tratados no julgamento. Neste momento preliminar, existe apenas uma aparente identidade entre as controvérsias dos recursos, mas suficiente para servir de indício para a instauração do procedimento. Sobre a fixação dos pontos controversos que irão constituir a questão jurídica e o efetivo *teste* de identidade entre os recursos, trataremos detidamente na subseção seguinte. Que fique claro, por ora, que **idêntico** não é o **recurso**, tampouco as lides em sua totalidade; **idêntica** é a **controvérsia**

⁸⁷ Confira-se análise feita na Seção 2.3 sobre o art. 328 do RI/STF que autoriza a instauração do procedimento de solução de demandas múltiplas aos recursos extraordinários que *em potência* possam se multiplicar, indo, portanto, além do disposto no *caput* dos arts. 543-B do CPC.

⁸⁸ O art. 543-C, §9º do CPC expressamente autoriza os tribunais de origem a regulamentarem o procedimento de solução de demandas múltiplas. O art. 543-B não contém disposição similar, tampouco o RI/STF. No entanto, é consectário lógico da atribuição de competência o poder regulamentar.

veiculada no recurso e selecionada – dentre outras tantas que também possam ter sido veiculadas – para compor a questão jurídica a ser analisada⁸⁹.

Posto isso, cuidemos do principal questionamento que se apresenta no proêmio do nosso procedimento do caso modelo e que pode ser elaborado da seguinte forma: **uma vez identificada uma multiplicidade de recursos sobre idêntica controvérsia, como selecionar o recurso representativo?**

O CPC estabelece um único critério para essa seleção: o quantitativo. Segundo este critério, a seleção do recurso representativo pode recair sobre um ou mais exemplares de recursos, a critério do tribunal. Apenas o STJ cuidou de regulamentar a matéria, em sua Resolução nº 8/2008 (BRASIL, 2008), assim redigida:

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir **um ou mais recursos** representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1º Serão selecionados pelo menos **um processo de cada Relator** e, dentre esses, os que contiverem **maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial**. (destacamos)

Esse dispositivo destaca três critérios para a seleção do recurso especial, que podem ser assim nomeados: o critério quantitativo, o critério de relatoria e o critério de fundamentação. O critério quantitativo reproduz o que já está disposto no art. 543-C do CPC, ou seja, que a seleção do recurso representativo não precisa recair sobre um único recurso especial, podendo ser selecionados mais de um, caso necessário para apreensão da questão jurídica ou dos argumentos em torno dela. O critério de relatoria determina que, sendo selecionados mais de um recurso, que preferencialmente sejam um de cada relator. Há uma clara tentativa, nesta disposição, de afastar a interferência do elemento subjetivo da análise da questão jurídica, já que cada relator pode adotar um entendimento diferente sobre a matéria e, fosse apenas um recurso selecionado, restaria prejudicada sua análise sob outros vieses porventura

⁸⁹ Registre-se que o §2º do art. 1º da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) estabelece que “apenas a questão central discutida” é que será levada em conta para o “agrupamento dos recursos”, entendida como questão central, aquela cujo exame “possa tornar prejudicada a análise de outras questões argüidas no mesmo recurso”.

adotados pelos demais relatores⁹⁰. Por fim, há o critério de fundamentação que orienta para a seleção do recurso especial que contenha o maior número de argumentos e cujo acórdão apresente o maior número de fundamentos. Observe que o parâmetro é meramente quantitativo, não autorizando avaliações com relação à qualidade na exposição da argumentação do recurso ou da fundamentação do acórdão. A ideia é que seja garantida a diversidade na fundamentação e nos argumentos, de modo que o STJ tenha a maior amplitude possível da questão jurídica afetada.

Esses são os dispositivos existentes para orientar a seleção do(s) recurso(s) representativo(s) de controvérsia. Nossa análise, porém, não se encerra aqui. É apenas aparente a simplicidade de que o tema se reveste. Compreender qual é e como será selecionado o recurso representativo é, antes de tudo, compreender a relação que existe entre este **representante** e seus **representados**, do que decorrem consideráveis desdobramentos jurídicos. Há, portanto, uma questão por detrás da seleção do recurso representativo, que a Metodologia nos apresenta, muito mais complexa e que precisa ser analisada: afinal, o recurso representativo é **tipo** ou **conceito**?

Começemos por compreender tipo e conceito, com escólio nos profundos estudos de Misabel Derzi sobre o tema, em sua obra “Direito Tributário, Direito Penal e Tipo” (DERZI, 2007, p. 44-45):

Segundo Heyde, como já anotamos, no séc. XVIII, em zoologia e botânica, o tipo já se tinha firmado com o significado de uma ordem que, por comparação, admitia formas mistas e as transições de uma espécie a outra. A partir do início desse século, igualmente, trabalhos de lógica começam a multiplicar-se, tecendo considerações semelhantes. Em geral, aborda-se oposição entre o conceito tradicional de classe e o moderno, de tipo. Enquanto o conceito classificatório é seletivo e rígido, excluindo ou incluindo o objetivo que, de acordo com suas propriedades, pertença ou não ao conjunto, o tipo é um conjunto não delimitado, fluido que não trabalha com a relação de exclusão “ou...ou” mais sim com um “até um certo grau” ou “mais ou menos”.

Embora abstração, o tipo é mais específico que o conceito. Nunca será algo único, tampouco partilhará da generalidade abstrata do

⁹⁰ No entanto, uma leitura do §1º do art. 1º da Resolução nº 8/2008 do STJ enseja dúvidas neste ponto, pois ao determinar que se eleja “pelo menos” um recurso de cada relator, pode-se pensar que seria, então, mandatória a seleção de mais de um recurso. Não parece ser a melhor forma de harmonizar os dispositivos, pois tornaria inútil a menção do *caput* à possibilidade de se selecionar um único recurso. O mais adequado é compreender que um único recurso possa ser selecionado, mas, caso seja mais de um, que se eleja um de cada relator.

conceito geral, o qual, em contraposição com o tipo real, não pressupõe a existência concreta em si, mas apenas a possibilidade dos objetos que abarca. [...]

É, pois, muito freqüente a observação de que o tipo, embora sendo ainda uma abstração, é mais concreto que o conceito e, assim, aproxima-se mais do específico e do individual do que o próprio conceito.

Segundo a autora, tipo e conceito são ambas abstrações do objeto que se busca descrever, já que compõem um núcleo com algumas das características que formam a totalidade do objeto. Apesar de serem abstrações, compreendem diferentes formas de raciocínio. Enquanto no tipo essas características se organizam em uma estrutura de ordem fluida, graduável e aberta, permitindo uma análise *comparativa* com os objetos aos quais se estende; no conceito tais características estão classificadas de forma seletiva, rígida e delimitada, conduzindo para um juízo de *subsunção*. Assim, quando pensamos por meio de tipos, buscamos na realidade aquilo que gradualmente se aproxima das características selecionadas no núcleo abstrato do tipo, concluindo que algo é típico, quanto mais se aproxima, e atípico, quanto se mais distancia; por outro lado, quando raciocinamos com os conceitos, buscamos na realidade aquilo que com ele se identifique em todos os seus caracteres, concluindo que algo está ou não está compreendido naquele conceito.

Seria, então, o recurso representativo, um tipo, já que, como indica art. 1º da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) deve conter “a maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”, sugerindo uma ordem de graduação? Estaria este dispositivo orientando à escolha de um tipo médio, representativo ou frequente⁹¹?

⁹¹ A autora nos fala sobre os tipos “médio, frequente ou representativo” (DERZI, 2007, p. 40-42), categorias (das ciências sociais, biológicas, econômicas e outras) que estabelecem “uma construção que leva em conta a média das diferenças de grau entre ações qualitativamente semelhantes em seu sentido” (tipo médio de Rickert ou Marx Weber¹), “notas comuns que a maioria dos casos singulares oferece” (tipo frequente de Georg Jellinek²), e ainda “a espécie mais expressiva dentro da série, ou aquela que contém com especial intensidade as notas típicas” (tipo representativo de John Heyde³). Essas categorias extrajurídicas podem servir de subsídio para o legislador formatar a norma jurídica que, não necessariamente, será tipo. Ainda que se sirva de uma destas categorias tipológicas, tudo dependerá do fechamento da norma, que se mais rígido resultará num conceito e, se mais fluido, num tipo.

¹WEBER, Marx. **Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva I**. Trad. José Medina Echavarría e outros. 2. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

²JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 25.

Depende. O recurso representativo será um tipo se os demais recursos integrantes do grupo que ele simboliza não precisarem partilhar de todas as suas características para pertencerem ao grupo, admitindo-se recursos com mais características e outros com menos características, desde que todos estejam correlacionados com o recurso representativo por uma ordem gradativa, no sentido de que, quanto mais características semelhantes, mais típico, quanto menos características, menos típico. Por outro lado, se o recurso representativo figurar como uma espécie de uma classe, as características dos demais recursos integrantes desta classe terão que corresponder integralmente às características do recurso representativo, do contrário, se concluirá que estes recursos compõem, na verdade, outra classe. Nas palavras da autora, a correlação entre os indivíduos de um grupo pode se dar da seguinte forma:

Se o conceito A possui as notas 'a, b, c', na investigação jurídica, somente se afirma o conceito A, se o conceito do fato contiver as mesmas características 'a, b e c'. Diz-se, então, que há subsunção. Para o conceito de classe vale a proposição lógica do terceiro excluído: 'cada X é A ou não-A'. *Tertium non datur*. Não tem cabida aqui o mais ou menos, mas a relação de exclusão 'ou um, ou outro', Porque ou o conceito do objeto corresponde integralmente às características do conceito abstrato nele se subsumindo, ou não.
[...]

O tipo comporta, então, flexibilidade estrutural, o que caracteriza a sua abertura. Não obstante, no tipo, há sempre um mínimo de características, não necessariamente constantes em todos os objetos que abrange, o que permitirá distinguir o típico do atípico.

Esse núcleo mínimo não é fixo, nem rígido, podendo faltar uma ou outra nota do tipo, ou se constituir em diferentes combinações de características.

Se o tipo, em determinado momento, tem como notas A, B, C, D (embora sua potencialidade não se esgote), típico será o objeto que, ordenando-se ao tipo, contiver as características A, B, C, D, assim como os demais, nos quais se apresentem tais notas em número, combinações e intensidades não rígidos. (DERZI, 2007, p. 52-53, 97).

Mas o que seriam essas características por meio das quais os recursos se ligam? Podem-se definir como características, nesse contexto, os elementos jurídicos que em conjunto compõem a “controvérsia”, ou, como preferimos, a questão jurídica. A questão jurídica é, portanto, o parâmetro por meio do qual podemos avaliar se o recurso representativo constitui um tipo ou um conceito.

³ HEYDE, Johs. Enrich. Ein Betrag zur Bedeutungsgeshichte der Wortes Typus. **Forschungen und Fortschritte** 19/20:220-223, jul. 1941. RICKERT. Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 4. Ed., 1921, p. 247, apud Karl Engish, **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuareas**. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidade de Navarra, 1968. p. 420.

E resposta já logo nos fornecem os arts. 543-B e 543-C do CPC, que em seus *caputs* definem como sendo múltiplo (ou repetitivo) o recurso que encerra “idêntica controvérsia”. Tamanho rigor não pode admitir formas mistas e transições, própria dos tipos; somente o conceito opera com notas irrenunciáveis e permite alcançar relações de completa identidade. Portanto, não há dúvidas de que o recurso representativo é **conceito**; representa uma classe de indivíduos delimitada rigidamente.

O recurso representativo somente poderia ser pensado como tipo em relação aos elementos argumentativos aduzidos para sustentar a questão jurídica nele veiculada. Nesse sentido, o art. 1º da Resolução nº 8/2008 do STJ (BRASIL, 2008) estaria indicando que, dentro da classe de recursos múltiplos (ou repetitivos), todos versando sobre “idêntica controvérsia”, será selecionado aquele que apresentar maior expressividade quanto aos argumentos do recurso e aos fundamentos do acórdão. Ou seja, a questão jurídica é a mesma veiculada em todos os recursos, mas uns contêm mais argumentos para sustentá-la que outros, pelo que seriam preferíveis aos demais. Somente neste sentido é que o recurso representativo pode ser considerado tipo.

Com essa ressalva feita, parece claro que o recurso representativo constitui um conceito, dado que a questão jurídica que ele veicula deve ser exatamente a mesma veiculada nos demais recursos pertencentes à classe repetitiva, de modo que a solução a ela dada pelo tribunal repercutirá igualmente a todos os demais recursos da classe. Mas desta conclusão decorre que a norma judicial resultante da solução da questão jurídica consistirá necessariamente em um conceito?

A resposta não se dá de modo unívoco; se a norma judicial constituirá um tipo ou um conceito, depende da estrutura metodológica contida na norma legislativa sob análise no tribunal superior – no caso do STJ, a norma federal, no caso do STF, a norma constitucional. Isto porque, como a decisão judicial irá completar a norma legislativa, conferindo-lhe outros atributos para torná-la mais densa (concreta), a interferência que ocorre é meramente semântica, sem qualquer influência sobre a sintaxe da norma legislativa. Se a norma legislativa consistir em um tipo, o incremento de notas caracterizadoras apenas o tornará mais próximo da realidade, mais concreto, mas em nada irá alterar o seu modo de funcionar gradual, ordenado e flexível. Do mesmo modo, se a norma

legislativa for um conceito, tudo que a decisão judicial fará é fechá-la ainda mais, acrescentando notas que, tais como as já fixadas pelo legislador, serão irrenunciáveis.

Se a norma é tipo ou conceito, esta é uma questão que nada tem que ver com a lógica deôntica (Se A, deve ser B). Tanto a hipótese da norma como seu conseqüente podem ser compostos por tipos ou conceitos; isto é matéria de semântica e não de sintática, como explica a autora, com base nos estudos de Lourival Vilanova:

A proposição prescritiva do direito, formalizada, reduz-se à fórmula 'Se A é, então B deve ser' [...]

Decidir se o conceito do fato individual isolado identifica-se à descrição normativa, enfim, se A é efetivamente, questão extralógica de fundo semântico, não sintático. 'A decidibilidade de qualquer um dos possíveis métodos para encontrar a solução justa (indutivo, analógico, argumentativo *a contrario sensu*) é problema extralógico.'

Saber, pois, se, na primeira parte da norma, temos um conceito legal fechado, classificatório ou um tipo, de estrutura flexível, é informação que não encontramos no plano lógico formal.

O mesmo se passa com relação às conseqüências ou segunda parte do juízo hipotético. B deve ser é apenas uma estrutura vazia de significado concreto, que pode ser preenchida de múltiplas maneiras (deveres, direitos, obrigações, sanções, graduados em intensidade diversa na norma).

Tipificação poderá haver não só na hipótese, como igualmente na conseqüência, já observou corretamente Oliveira Ascensão. Carneluti, bem antes, já demonstrara que há tipo do fato e tipo da situação jurídica: a venda e o furto seriam tipos de ato jurídico e a propriedade e a obrigação, tipos de situação. (DERZI, 2007, p. 79).

A explicação, portanto, é metodológica, de modo que a configuração da norma como tipo ou conceito será definida pelo "modo peculiar do objeto", segundo as exigências de cada ciência, como alerta Vilanova⁹². Assim, "o método tipológico de investigação do direito e da ciência jurídica só pode ser adequado se demonstrado que o direito, como seu objeto de análise, comporta tipos e em que medida e extensão" (DERZI, 2007, p. 74). Em áreas como o Direito Contratual, por exemplo, onde se admitem formas mistas, o modo de pensar por tipos encontrará espaço; já nas áreas do Direito Penal e do Direito Tributário, onde há um rigor muito maior no fechamento do conteúdo da norma, o modo de pensar por conceitos prevalecerá. Conclusivas as palavras da autora:

⁹² VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 68.

Onde o direito tende a conceitos classificatórios, fechados, a aplicabilidade do método tipológico fica bastante reduzida, assim como se dilarga nos setores onde prosperarem os tipos propriamente ditos. (DERZI, 2007, p. 74).

Segue-se que, se o método (tipológico ou conceitual) depende do modo de ser do objeto, então é preciso voltar à ciência (que investiga dito objeto) para compreender os princípios que a orientam; aí estará a resposta sobre ser a norma um tipo ou um conceito. Com relação à Ciência do Direito, sempre que a norma estiver sob a regência do princípio da segurança, ela tenderá à delimitação forte de suas características, ao fechamento do seu sentido e à classificação de seus elementos, enfim, se estruturará em um conceito. No entanto, se o princípio orientador for o da igualdade material, a norma buscará formatar um conteúdo fluido, que permita apreender as diferenças de cada um dos sujeitos, aproximando-se de forma gradual da concretude da realidade, de modo que possa representá-la da forma mais completa (e justa) possível e, assim, dar conta da individualidade de cada sujeito; só o tipo pode atender a este modo de pensar (DERZI, 2007, p. 134-138).

Portanto, saber se a norma judicial resultante do julgamento do recurso representativo será um tipo ou um conceito depende dos princípios que regem a norma legislativa em torno da qual reside a análise da questão jurídica endereçada no recurso. Se esta norma for, por exemplo, uma norma tributária, a decisão do tribunal superior irá incorporar novas notas a ela, de maneira a reforçar a segurança jurídica, que, nesta área do direito, se desdobra intensamente: na legalidade, na vedação à retroatividade, na antecipação, etc. Em oposição, se esta norma consubstanciar, por exemplo, um direito fundamental (à moradia, à educação, etc.), o incremento de notas a ela terá por propósito aproximá-la da realidade, tornando-a mais concreta; mas não no sentido de retirar a sua generalidade que permite alcançar um universo amplo de sujeitos, mas sim de proporcionar ao intérprete uma plêiade de sentidos (renunciáveis) que possibilitem o maior número de combinações possíveis, a serem ajustadas em cada caso concreto.

Assim, então, se desencadeia metodologicamente o procedimento do caso modelo: o recurso representativo endereça ao tribunal superior as pretensões em torno da inclusão ou exclusão de notas caracterizadoras do conteúdo da norma legislativa; essas pretensões são fixadas pelo tribunal e reunidas para formar a questão jurídica⁹³; em seguida, a questão jurídica é solucionada no julgamento do recurso representativo; e, finalmente, resulta a norma judicial. Claro está que às pretensões veiculadas no recurso representativo correspondem as notas caracterizadoras que se quer acoplar ou desacoplar à estrutura da norma legislativa. Aqui está justamente o ponto que se quer ressaltar: essas notas se ajustarão ao *modus operandi* próprio da norma legislativa, de sorte que, se ‘ou...ou’ (modo de pensar por exclusão), irão compor um conceito; se “mais ou menos” (modo de pensar por gradação), um tipo. É o que a autora propugna:

A sentença é, em si, ato ou norma individualizante, por excelência, nunca um tipo.

Entretanto, acreditamos que da jurisprudência podem ser deduzidos esquemas, conceitos ou tipos que inspiram ou orientam, como critério, decisões individuais. Para nós, a jurisprudência, assim como a ciência do direito, não são fonte direta de produção de tipo. Mas são, embora em muito menos escala do que a lei, juridicamente produtivos. Acabam de terminar, fechar, precisar ou especificar conceitos originariamente deixados indeterminados ou em aberto pelo legislador. Operam, muitas vezes, uma tipificação aberta ou, ao contrário, tendem a “fechar” em conceito um tipo, originariamente aberto na lei.

Essas variações, tipificação propriamente dita ou conceito classificatório, dependerão da prevalência de certos princípios e tendências jurídicas em um ou outro ramo do direito. (DERZI, 2007, p. 83).

Em conclusão, apesar de o recurso representativo ser selecionado por meio de um método conceitual quanto à questão jurídica e tipológico quanto aos argumentos, disso não decorre que a norma judicial, formada a partir deste recurso, constituirá um conceito ou um tipo necessariamente; ela irá se revestir da roupagem existente na norma legislativa que irá incrementar, que pode ser de estilo **tipológico** ou **conceitual**.

⁹³ A questão jurídica fixada no primeiro despacho do tribunal, quando afeta sua análise ao procedimento de solução de demandas múltiplas, pode sofrer alargamentos e estreitamentos, à medida que o discurso vai se desenvolvendo no curso do processo, conforme veremos na subseção seguinte.

3.3 A criação da norma judicial. A resposta geral dada à pergunta geral elaborada no recurso representativo (o nosso caso modelo)

Ao reconhecer que o juiz cria direito – conclusão que alcançamos na Subseção 3.1 –, admitimo-lo como verdadeiro Poder, afinal “um poder é criador de regras, uma autoridade faz respeitar as regras que ela não cria.” (DERZI, 2009, p. 50). No entanto, o poder de criação do juiz não é tão amplo quanto o do legislador, há uma diferença de graus⁹⁴: o legislador está localizado na periferia do sistema jurídico, onde recebe os influxos vindos dos sistemas ao seu entorno (econômico, político, religioso, etc.) e, com vistas ao futuro (que visa regulamentar), tem ampla legitimação (conferida pelo voto) para criar o direito (está limitado, em termos jurídicos, apenas pela Constituição); já o juiz encontra-se localizado no centro do sistema jurídico e, por dever de fundamentação, deve extrair as normas que cria das normas já postas pelo legislador; recebe, assim, os influxos externos já filtrados pelo legislador e traduzidos para o código jurídico (legal/ilegal) (DERZI, 2009, p. 56-57). Por isso, vê o futuro por outros olhos (o do legislador); sua ingerência sobre este tempo é bastante reduzida (DERZI, 2009, p. 225-229). Essas conclusões fundamentam-se no conceito de sistema de Niklas Luhmann, segundo leitura de Misabel Derzi (2009, p. 19):

NIKLAS LUHMANN transpôs, para as ciências sociais, o conceito de *autopoiesis* – do grego *autós*, por si mesmo ou próprio, e *poieses*, criação, produção – com que MATURANA e VARELA designaram os organismos biológicos que constroem, a partir de si mesmos, os elementos em que consistem. Na teoria dos sistemas de Luhmann, elaborada como reação ao “vale tudo” e ao extremo relativismo pós-moderno, o fechamento é mais radical, pois o sistema somente opera “porque não há nenhum acesso à realidade que lhe é exterior”⁹⁵. Não

⁹⁴ O modo de raciocinar por conceitos permite compreender a divisão dos Poderes no Estado, e a distribuição *gradual* do poder legiferante entre eles, conforme explica Misabel Derzi “Assim, a teoria dos poderes estatais, como sabiamente observa MILNER, valeu-se da simetria inversa da lógica dos conceitos: em tese, uma lei tem uma extensão máxima (pode abranger um número indefinido de sujeitos e objetos) e uma compreensão mínima (seus termos são muito gerais e abstratos); um decreto tem uma extensão mais restrita e uma compreensão muito mais rica; já a sentença tem uma extensão mínima, abrangendo apenas as partes do caso, porém tem uma compreensão máxima.” (2009, p. 50).

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. In: A Nova Teoria dos Sistemas. NEVES, Clarissa Baeta e outra (coord). Porto Alegre: Ed. UFRGS-Goethe Institut, 1977, p. 93.

se trata, pois, como ocorre no idealismo, de explicar como, apesar da diferenciação entre conhecimento e objeto, o conhecimento poderia atingir um objeto exterior a ele mesmo, mas de assentar sobre tal diferenciação a própria possibilidade. Isso significa que o sistema atua somente na medida em que se fecha, produzindo a partir dele mesmo as operações próprias e reproduzindo em rede seus avanços e recuos discursivos. E a teorização que se fez do sistema jurídico depende da diferenciação entre o próprio sistema e o ambiente e de seu fechamento. “*Maturana chamou isso de autopoiesis mas Lyotard chega também ao mesmo resultado a partir da linguística com conceitos como ‘phase’, ‘enchaînement’, ‘différend’*”⁹⁶.

Cientes, assim, da graduação do **poder legiferante** entre os Poderes do Estado, **admite-se a decisão judicial como norma**, a mais concreta existente no sistema jurídico, porque é o conceito jurídico que mais se aproxima do fato social que busca regulamentar, imbuindo-se de (quase toda) sua concretude. Mas, justamente porque é conceito e não realidade (concretude máxima), a decisão judicial encerra juízos abstratos – não tão abstratos quanto aqueles contidos no conceito/norma do legislador –, por meio dos quais se liga à norma superior em que se fundamenta e, consecutivamente, aos outros casos que também se fundamentam nesta norma. O Direito, enquanto linguagem, não escapa do **processo de objetivação** ínsito a todo **processo compreensivo**. Como a complexidade do mundo não pode ser por nós apreendida em sua totalidade, recorreremos à representação dos fenômenos por meio de *entes* que podem ser exprimidos na linguagem e, assim, entendidos. É o que explica Lênio Streck (2011, p. 176) ressaltando, ao final, que esse processo de objetivação não afasta a necessária influência que a subjetividade do sujeito tem sobre o fenômeno expressado na linguagem:

A questão é: há sempre um de “grau de objetivação abrangente”, isto é, uma “entificação minimamente necessária da interpretação jurídica” extensível a outros casos similares. Trata-se, assim, de uma “fuga do indiferenciado”, isto é, uma suficiência ôntica no limite da dupla estrutura da linguagem (o apofântico e o hermenêutico), linguagem na qual entificamos enunciados sob os quais queremos transmitir os elementos mínimos para se submeter a generalidade do princípio extraído da norma (norma ou julgamento). Afinal, como bem lembra Stein (Cf. Stein, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 113 e segs.), é preciso ter presente que em todo processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim,

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. In: A Nova Teoria dos Sistemas. NEVES, Clarissa Baeta e outra (coord). Porto Alegre: Ed. UFRGS-Goethe Institut, 1977, p. 95.

ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.

Assim, o conteúdo abstrato extraível de toda decisão judicial, por meio do qual esta decisão se remete ao seu fundamento normativo, é uma condição para que ela seja, em potência, aplicável a outros casos concretos. Neil MacCormic, interpretado por Thomas Bustamante, chama este fenômeno de “princípio da universalizabilidade, tido como um postulado para uma ordem moral (ou jurídica) racionalmente inteligível”, que “implica que em qualquer tipo de discurso prático nós sejamos capazes de expressar as máximas de nossa vontade de forma universal, através de regras” (BUSTAMANTE, 2013, p. 110-111). Portanto, a justificação de uma decisão judicial consubstancia inafastavelmente um juízo de universalização, porque dizer qual é o direito justo é dizer que a solução dada àquele determinado caso é a decisão que se daria a qualquer outro caso semelhante àquele e isto somente é possível se a decisão contiver uma máxima que permita generalizá-la e, deste modo, subsumir a ela os futuros casos semelhantes⁹⁷. Com razão MacCormick (2005, p. 148) ao concluir que toda decisão jurídica “deve estar fundada em um regramento jurídico que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem*”. Portanto, “solamente bajo la condición de que del precedente específico pueda derivarse una regla aplicable igualmente a los otros casos [...] la decisión producida para el caso precedente puede explicar efectos en cualquier modo prescriptivos o normativos sobre la decisión del caso sucesivo”, conforme explica Michelle Taruffo (2007, p. 87), com base em Neil MacCormick.

Por isso, toda decisão judicial encerra um juízo concreto e um juízo abstrato; ao mesmo tempo em que decide o caso concreto, declara seu

⁹⁷ É o que aprendemos com MacCormick (2005, p. 98-99): “Não há, eu penso, justificação sem universalização [...]. Para fatos particulares – ou motivos particulares – serem considerados *razões justificativas* eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação enunciado em termos universais, ainda que essa universalidade seja tida como superável [*defeasible*]. Isso se aplica ao raciocínio prático em geral, e ao raciocínio jurídico enquanto um departamento do raciocínio prático.”

fundamento em uma norma universal – cuja normatividade é confirmada com esta declaração. Misabel Derzi (2009, p. 258-259, destacamos), forte em Heiki Pohl, concebe este duplo juízo do seguinte modo: **"uma decisão judicial contém sempre uma pergunta geral com a sua resposta ao lado de uma pergunta singular com a sua resposta"**⁹⁸. É essa resposta geral⁹⁹, que encerra um juízo abstrato – conquanto não tão abstrato como a norma posta pelo Legislador – que, em potência, pode criar um precedente (ou, como nossa praxe forense prefere, jurisprudência). Assim, continua a autora, fariam “parte da mesma jurisprudência, as decisões que dão a mesma resposta a uma determinada pergunta geral.” (2009, p. 259).

No procedimento do caso modelo, essa pergunta geral já pode ser *antevista*, no despacho exarado pelo STF ou STJ quando afeta determinado(s) recurso(s) ao procedimento. Nesse ato, os tribunais apresentam (o STJ, em linhas gerais e o STF, com mais pormenores) a questão jurídica destacada dos recursos e que será julgada com fins de irradiar efeitos para as demandas que repetem mesma questão. Vejamos um exemplo de cada um dos tribunais de despachos desta natureza:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, ementado nos seguintes termos:

"Tributário. Taxa. Cobrança a pretexto de exercício do poder de polícia. Substrato legal a evidenciar, como fato gerador, o uso e ocupação do solo e espaço aéreo por postes. Ilegalidade.

Por caracterizar-se como tributo a incidir sobre o fornecimento de energia elétrica, de competência exclusiva da União, ilegal é a cobrança de taxa cujo fato gerador, de fato, é a ocupação do solo e espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica, ao invés do exercício do poder de polícia, como falsamente alega o Município."

O Município sustenta que não instituiu a combatida taxa como um novo tributo sobre o fornecimento de energia elétrica, mesmo porque se trata de taxa e não de imposto, como proíbe o § 3º do artigo 155

⁹⁸ Confira-se trecho onde se insere a citação destacada: “A questão individual diz respeito ao caso concreto e à extensão limitada da parte dispositiva da sentença propriamente dita. Mas, por detrás de toda sentença, existe uma questão geral, uma norma concreta judicial, que se sacou da norma legal que a fundamenta. Assim POHL leciona: ‘A decisão judicial não tem como conteúdo apenas uma decisão litigiosa singular, e sim, além disso, a decisão de uma questão geral que se refere ao caso isolado. Essa resposta geral age de forma prejudicial para outros casos e desenvolve obrigatoriedade geral. A quantidade de respostas gerais é definida pelo Direito judiciário.” (DERZI, 2009, p. 258).

⁹⁹ “No Brasil, essa resposta geral ou regra judicial ou norma concreta é facilmente perceptível. Ela está cristalizada nos enunciados das súmulas, por exemplo, às vezes de forma incompleta. Mas, nem todas as súmulas, embora revestindo a forma de normas judiciais concretas, contêm a *ratio decidendi*, propriamente dita.” (DERZI, 2009, p. 261).

da Constituição do Brasil. Que o fez com esteio no artigo 145, II, da CB/88.

Entendo que a questão --- constitucionalidade da cobrança de retribuição pecuniária, cujo fato gerador é a utilização de áreas públicas --- ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo sido, inclusive, já afetado ao Plenário desta Corte em recurso extraordinário que trata da matéria discutida nestes autos [RE n. 494.163, de que sou Relator].

Manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão, submetendo esse entendimento à apreciação dos demais Ministros desta Corte.

Brasília, 12 de março de 2010.

Ministro Eros Grau

- Relator - (BRASIL, 2010)

Registre-se que, no STF, não se está adotando, na prática, a diferenciação entre recursos extraordinários com repercussão geral apenas e recursos extraordinários múltiplos (ou repetitivos) com repercussão geral, conforme vimos na Subseção 2.3. O recurso selecionado como exemplo, foi escolhido por tratar de questão que tem efetivamente se repetido nos tribunais do país. Outra peculiaridade no que se refere ao STF é que os despachos de afetação do recurso são instruídos com o parecer da assessoria que apresenta, com maiores pormenores, os fatos e os fundamentos do recurso afetado.

Vejamos despacho do STJ:

O presente recurso especial versa a questão referente à legitimidade de ex-proprietário de imóvel rural para integrar o pólo passivo de execução fiscal, que visa a cobrança de créditos tributários relativos ao ITR, sendo certa a inexistência de registro no cartório competente a comprovar a translação do domínio.

Deveras, há multiplicidade de recursos a respeito da matéria, por isso que submeto o seu julgamento como "recurso representativo da controvérsia", sujeito ao procedimento do art. 543-C do CPC, afetando-o à Primeira Seção (art. 2.º, § 1º, da Resolução n.º 08, de 07.08.2008, do STJ).

Consectariamente, nos termos do art. 3º da Resolução n.º 08/2008:

a) dê-se vista ao Ministério Público para parecer, em quinze dias (art. 3.º, II);

b) comunique-se, com cópia da presente decisão, aos Ministros da 1.ª Seção e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, nos termos e para os fins previstos no art. 2.º, § 2.º, da Resolução n.º 08/2008;

c) suspenda-se o julgamento dos recursos especiais sobre a referida matéria, a mim distribuídos.

Publique-se. Intime-se. Oficie-se.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2009.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator (BRASIL, 2009)

Pode-se notar que a pergunta geral não está formulada em frase interrogativa nos despachos, mas pode ser inferida.

A figura a seguir ilustra o processo hermenêutico de concreção da norma do legislador (mais abstrata), através da decisão judicial, demonstrando que esta decisão se remete a outro caso concreto, por meio da norma (ainda, mas menos) abstrata que dela se extrai:

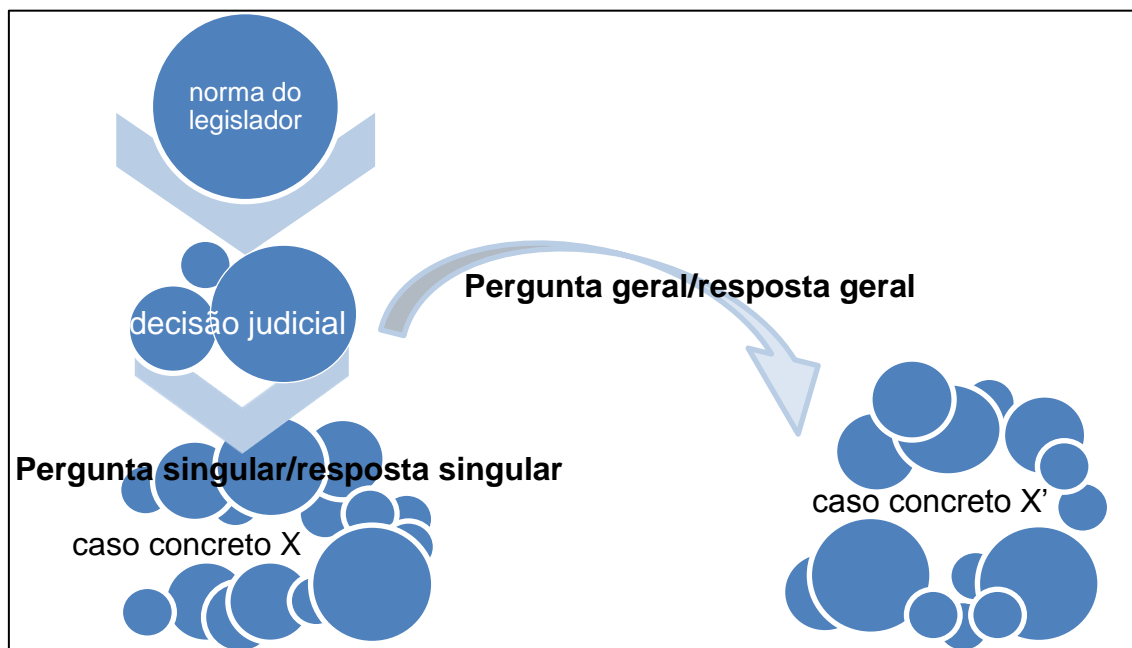


FIGURA 3 – Processo hermenêutico de concreção da norma do legislador (mais abstrata), pela decisão judicial (norma concreta)

Fica claro, assim, que a **norma judicial** criada a partir da resposta dada à pergunta geral não se equipara à **norma legislativa**. Esta encontra, no ordenamento jurídico, o grau máximo de abstração e generalidade, pois tem pretensão de alcançar todos igualmente. Já a norma judicial, nascida do caso concreto, carrega consigo toda a carga argumentativa por meio da qual se realizou a subsunção da norma legislativa aos fatos. Segue-se que é da própria lógica do raciocínio de subsunção que à norma geral sejam agregados predicados capazes de identificá-la com o caso concreto, densificando, assim, a norma legislativa, que perde seus atributos de abstração máxima à medida que é levada ao encontro dos fatos. É mesmo uma exigência hermenêutica, segundo sustenta Georg Gadamer (1999), compreender o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido. Ainda que se possam vislumbrar duas

normas judiciais em toda decisão, uma mais abstrata (resposta geral) e outra mais concreta (resposta singular), ainda assim, a resposta geral jamais alcançará a generalidade da norma legislativa. Portanto, **o juiz está, sim, legitimado a criar direito**, desde que o faça a partir do caso concreto, de modo inarredável dos fatos¹⁰⁰. É o que pondera Misabel Derzi (2009, p. 55):

A norma judicial aproxima-se, a partir do momento em que se converte em jurisprudência, da norma legal em suas características essenciais. Por isso, está, ainda, na raiz do princípio da regra de separação dos Poderes compreender que a norma judicial não se pode desprender da casuística, dos casos concretos que motivaram sua criação. Esse o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos, mas, não é lei.

Essa norma judicial mais abstrata, que permite estender a decisão a outros casos similares, recebe várias denominações na literatura jurídica, como “‘preceito legal’ (BGHZ 18,81 (81), ‘princípio desenvolvido’ (BAG, BB 1984, p. 1426), ‘precedente’ (AMBERG), ‘regulamento legal’ (LUBBE), ‘princípio legal abstrato’ (WEIS), ‘diretriz’ (KIRCHHOF), ‘razões mais importantes para a decisão’ (VIETS), ‘ratio decidendi’ (SCHLÜTER), ‘opinião jurídica’ (VIETS) ou ‘obiter dictum’ (KISHER)”, segundo informa Heik Pohl, citada por Misabel Derzi (DERZI, 2009, p. 258). No Brasil, usualmente, tem-se preferido o termo em latim *ratio decidendi*, que significa **razão de decidir**. E é justamente nesse sentido que o conteúdo da norma judicial deve ser compreendido, como a razão da decisão.

No atual paradigma jusfilosófico, conforme vimos ao longo deste capítulo, a legitimidade da decisão judicial reside na sua justificação universal, ou seja, nas razões expostas pelo juiz que demonstram que o entendimento aplicado naquele caso é o entendimento que se aplicaria em qualquer outro

¹⁰⁰ É o que, em outras palavras, também conclui Fredie Didier (2008): “A principal característica do ‘Direito Judicial’ é a de que a sua produção se faz por indução. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa ‘criar’, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que ‘fundamenta’ a solução do caso concreto. (...) É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, deve ser seguido pelo órgão jurisdicional. Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.”

caso similar àquele. Nesse paradigma, as teorias positivistas e declaratórias sobre a *ratio decidendi* não convencem mais.

O Positivismo empreendeu grande esforço em restringir a *ratio decidendi* a “uma regra em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma” (método de Wambaugh), “aos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz” (método de Goodhart), “a qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão” (método de Rupert Cross), dentre outras propostas teóricas apontadas por Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 219-231), todas sempre guiadas pela ideologia de que o juiz cria direito por sua própria autoridade. Esse amplo poder creditado ao juiz – que chegou aos limites com a teoria decisionista (vide Subseção 3.1) – motivou as teorias restritivas da *ratio decidendi*, afastando a vinculatividade da decisão de seus fundamentos e enclausurando-a no dispositivo da decisão. A teoria declaratória adotava caminho oposto: por propugnar que a atividade judicial restringia-se a declarar o direito existente, a *ratio decidendi* deveria ser buscada nas próprias regras utilizadas pelo juiz para fundamentar sua decisão (BUSTAMANTE, 2012, p. 264), negando, assim, que o ato judicial tivesse qualquer ingerência criativa na decisão exarada. Nenhuma dessas teorias¹⁰¹, no entanto, é capaz de explicar a *ratio decidendi* na concepção atual que se tem do Direito, de uma ordem normativa estruturada em um núcleo de máximas universais (princípios) capaz de dotá-la de coerência. Segundo esta concepção, a decisão judicial deve justificar-se sempre em algumas dessas máximas, para que possa integrar o sistema e, assim, manter-se com ele coerente. Não é pelo simples fato de a decisão ser um ato de autoridade (teoria positivista), tampouco pela única razão de respaldar-se na Lei (teoria declaratória) que se reconhece o seu efeito vinculante. No atual paradigma – que não deixa de reconhecer o juiz como autoridade, tampouco a Lei como fundamento do Direito –, a força normativa

¹⁰¹ Como vimos no Capítulo 1, no *common law*, por tradição, deu-se grande relevo aos fatos na formação da *ratio decidendi*. Era por meio da comparação dos fatos do caso em julgamento com os fatos do caso apontado como precedente, e não das razões que motivaram a decisão, que se concluiu pela equivalência ou discrepância dos casos. Já no *civil law*, o forte apego à lei, motivado por razões históricas, que colocava o Poder Legislativo no centro do sistema jurídico (o reinado da lei), provocou uma despreocupação com os fatos do caso e centrou a atividade judicial na mera declaração da lei aplicável ao caso, de modo que as questões de direito eram o parâmetro do juiz ao decidir.

da *ratio decidendi* reside no próprio Direito¹⁰², pois ao justificar-se em suas máximas (morais, institucionalizadas como princípios), integra-o (princípio da integridade de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2011)), reproduzindo-o (a *autopoiesis* de que nos fala Niklas Luhmann (LUHMANN, 1990)). Essa é uma “exigência de universalizabilidade – núcleo da concepção kantiana de racionalidade prática – [e] é o principal fundamento para a técnica do precedente judicial”. Negá-la “seria tão grave quanto negar a própria pretensão de correção implicitamente sustentada ao se decidir um problema jurídico.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 268).

A consciência atual de que o dever de seguir precedentes é uma condição de coerência identifica *as razões* da decisão como sendo o *locus* da força normativa da *ratio decidendi*. Nelas o juiz irá desenvolver um discurso de justificação no sentido de demonstrar que a decisão judicial por ele proferida dá sequência à história do direito, à medida que reproduz o Direito posto (no passado), e, ao mesmo tempo, orienta o Direito novo (que nasce da decisão) a ser aplicado a outros casos semelhantes (no futuro)¹⁰³ – e assim, racionalmente, desencadeia-se a história do Direito. Portanto, ao seguir precedentes, o juiz não se coloca como refém do passado, porque assume uma postura reflexiva da história e, assim, criticando-a, ajuda a construí-la. Portanto, segundo Thomas Bustamante (2012, p. 270), forte em Neil

¹⁰² “[...] é claro que ao se olhar para o Direito da perspectiva do *participante* um critério positivo de identificação do Direito como norma fundamental de Kelsen ou a regra de reconhecimento de Hart não necessita ser abandonado por quem busque uma teoria pós-positivista. Alexy [1993:95], por exemplo, utiliza a ideia de norma fundamental de Kelsen como um dos baluartes de seu conceito de Direito, enquanto MacCormick [1981:131] acredita que “não há razão para se supor que a regra de reconhecimento em sociedades desenvolvidas *exclua* o reconhecimento de *standards* outros que não *regras* jurídicas (em sentido estrito)”, de modo que a regra de reconhecimento de Hart é plenamente compatível com os princípios jurídicos de Dworkin. Para o jurista escocês, “as regras específicas e os regramentos validados pela ‘regra de reconhecimento’ são em si instâncias ou concretizações de princípios mais gerais *v.g.* os princípios cuja observância no Direito tende a promover certos valores ou estados de coisas” [idem:28]. Por isso, parece correto afirmar que mesmo quando se visualiza o Direito da perspectiva do participante não é viável um conceito *puramente* normativo de Direito, na medida em que os critérios positivistas de identificação do Direito pecam, na verdade, pela insuficiência (o Direito não é *apenas* um sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes), mas não pela inutilidade (pois na maioria das vezes é suficiente definir o Direito como não mais que um sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes). Um conceito de Direito adequado às pretensões metodológicas do Pós-Positivismo há de reunir; portanto, tantos elementos descritivos quanto elementos normativos.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 133).

¹⁰³ Essa historicidade do Direito é explicada por Ronald Dworkin com seu emblemático exemplo do romance em cadeia: “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.” (1986, p. 276).

MacCormick, “é nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes.”

É visível a discursividade da racionalidade moderna, por isso, o juiz sabe que o valor de sua decisão depende necessariamente dos argumentos que sustenta para proferi-la, com os quais precisa convencer as partes, que participam deste discurso, de que aquela decisão era a única possível de se alcançar¹⁰⁴. O consenso é, assim, um elemento fundamental de legitimidade das decisões, como é, em uma perspectiva macro, a democracia para o Direito. Por isso, os acórdãos dos tribunais somente produzirão *ratio decidendi* naquilo que for objeto de consenso (maioria) entre os seus membros; o que resultar de divergência foge à racionalidade discursiva, logo, não produz efeitos vinculantes¹⁰⁵, serão mero *obiter dictum*. Ilumina a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

¹⁰⁴ “O argumento de Dworkin da *única resposta correta* consiste na afirmação de que mesmo nos casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispondo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isso não poderá ser obtido com o auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma *postura* a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua *integridade*, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos, etc.” (SCOTTI e CARVALHO NETTO, 2011, p. 55-56). Portanto, a tese da **única resposta correta**, longe de ser uma restauração do jusnaturalismo, apenas reforça o compromisso de justificação que Dworkin atribui ao juiz, elevado a tal grau de intensidade, que as partes fiquem convictas de que (naquele momento) nenhuma outra decisão era melhor do que aquela – não excluindo (ao contrário, considerando) a possibilidade de que a controvérsia sobre a questão seja, no futuro, reformulada.

¹⁰⁵ Para Thomas Bustamante, ainda que não haja consenso entre os membros do órgão julgador do tribunal, isto não impede que se possa falar em precedente. A seu modo de ver “essa regra está menos revestida de autoridade que outra [...], não extingue por completo seu valor como precedente”. No nosso modo de ver, não estamos sustentando que uma opinião isolada de um dos juízes do tribunal não seja direito (não valha absolutamente), o que sustentamos é que, por faltar-lhe a legitimação pelo consenso – que, num órgão colegiado, deve ser de todos – não tem o condão de irradiar os seus efeitos a casos futuros. Pode servir como argumento persuasivo, mas não constitui norma judicial (mais geral) ou, como estamos a chamar, *ratio decidendi*. A distinção entre os *efeitos* da coisa julgada e da *ratio decidendi*, que faz Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 261-263), ilumina o ponto que queremos defender – com a ressalva que fazemos da opinião do autor sobre ser a *ratio decidendi* a “razão central de decidir”. Segundo o autor, enquanto a coisa julgada encontra-se delimitada pelas questões de fato e de direito deduzidas *ou dedutíveis* (chamado princípio do deduzido e do dedutível) sobre determinada causa de pedir, a *ratio decidendi* somente envolve o fundamento central da decisão passada em julgado. Assim, nos termos do art. 474 do CPC, as partes da ação (tanto autor, como réu) estão impedidas de, no futuro, em nova ação, deduzir questões de fato e de direito que poderiam ter sido deduzidas na ação primeira, por constituírem consectário lógico decorrente de sua causa de pedir, mas que não o foram. Dois exemplos do autor ilustram o seu ponto: “[...] tratando-se de ação de despejo fundada em uso inadequado do imóvel, poderá o locador, em caso de improcedência, propor outra ação sob a alegação de não pagamento dos aluguéis? Proposta ação de ressarcimento sob a alegação de que o réu, ao colidir com o

Qual seria o princípio vinculante do precedente? É certo que *reasons* unânimes dão vida a uma única *ratio decidendi*. No entanto, pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes da motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha por uma das duas posições, sendo até possível ser invocada *a posteriori*. Já a situação inversa, ou seja, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução dada ao caso. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177-178)

Naturalmente, a decisão judicial engendrará tantas *rationes decidendi* quantas forem as suas razões de justificação¹⁰⁶. Nesse sentido, não existe uma preocupação em segregar **fatos** e **direito** – problema que foi de central importância para os positivistas –; todo fundamento de fato ou de direito, universalizável e resultante de consenso, tem valor normativo prospectivo, logo, vincula casos futuros. A esta altura, está claro que a *ratio decidendi*, enquanto norma judicial menos concreta – mais próxima da norma legislativa e mais distante dos fatos – estrutura-se em entidades abstratas (conceitos ou tipos, como vimos na Subseção 3.2), que são objetivações que a ciência jurídica (à luz da lógica deôntica) faz da realidade. Assim, se tudo que é da ordem do real é objetivável (e precisa ser para nossa compreensão), inclusive os *fatos* (apropriando-se as características que para o Direito importam sinalar e descartando aquelas que comporiam, em conjunto com as primeiras, toda a sua complexidade do fato), eles podem ser conduzidos ao conteúdo da norma

veículo do autor, desrespeitou o sinal vermelho, poderá o autor, tendo sido vencido na demanda, voltar a juízo alegando que o réu estava dirigindo embriagado? [...] É fácil perceber que, no exemplo da ação de despejo, a segunda ação é totalmente viável, já que baseada em outra causa de pedir. Na ação de ressarcimento, não há como admitir a alegação posterior de que o réu estava embriagado, mas é possível nova ação fundada em dolo. Isso porque o estado de embriagado faz parte da causa de pedir consistente no fato de ter o réu agido com culpa, mas a intenção deliberativa de trazer prejuízo não faz parte da primeira causa de pedir, abrindo ensejo a ação sob a alegação de que o réu atuou com dolo”. Portanto uma decisão passada em julgado, irradia efeitos preclusivos *intra partes* sobre o que foi e o que poderia ter sido deduzido na ação, em vista da causa de pedir nela veiculada. Mas, ao servir de precedente, somente vinculará *outras partes* no futuro naquilo que efetivamente tenha constituído suas razões centrais de decidir (*ratio decidendi*), de modo que, o que poderia ter sido deduzido, mas não foi, não compõe a *ratio decidendi*.

¹⁰⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 258-259) a *ratio decidendi* “não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos”. Podem também compô-la as questões preliminares; as questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida; cada um dos pedidos que compõem um pedido cumulado (seja a cumulação simples, sucessiva ou alternativa); e cada uma das causas de pedir, quando o pedido se sustenta em mais de uma.

judicial¹⁰⁷. Os direitos (leia-se regra jurídica), como já são objetivações, naturalmente são incorporados à norma judicial com algum reforço ou atenuação desta objetivação – o juiz pode tornar o conceito mais ou menos fechado e o tipo mais ou menos aberto. Logo, tanto fato como direito compõe a *ratio decidendi*, mas somente enquanto tipo ou conceito; os fatos em sua facticidade pura são inapreensíveis para o direito¹⁰⁸. Parece-nos, portanto, equivocado dizer que a *ratio decidendi* não contém fatos, absolutamente. Quando afirmamos que a norma judicial decorre da solução da **questão jurídica**, entendemos que esta se compõe de conceito/tipos de fato e de direito – e assim também se passa com a norma judicial.

Segundo essa ordem de ideias, no procedimento do caos modelo, a pergunta geral e sua correspondente resposta geral serão fornecidas pelo STJ ou STF, ao julgar o caso modelo, que o CPC denomina “caso representativo de controvérsia” (*caputs* dos arts. 543-B e 543-C do CPC). Uma vez fornecida a resposta geral, os presidentes dos tribunais *a quo* irão decidir os casos concretos subjacentes aos recursos especial ou extraordinário sob sua competência. Mas, ao realizar o juízo de subsunção da resposta geral aos casos concretos, não podem se esquecer de que a compreensão dessa resposta geral somente se realiza legitimamente através da reconstrução do caso (modelo) que a originou, em outras palavras, **através da reconstituição dos fatos por detrás da norma judicial**. Querer interpretá-la com a liberdade com que se interpreta uma norma emanada do legislativo é um verdadeiro equívoco¹⁰⁹ – conforme veremos mais detidamente na Subseção seguinte.

¹⁰⁷ Um aspecto deve ser observado, com respeito à dimensão da questão de fato no âmbito dos recursos especiais e extraordinários. Sabe-se que o **conceito jurídico do fato** sofre alterações ao longo do processo: é apresentado pelo autor da ação de uma determinada forma; após a fase probatória e o contraditório, é remodelado; e, com o acórdão proferido pelo tribunal de origem, é fixado de forma definitiva, de modo que, ao alcançar os tribunais superiores, não pode ser revisto. Isso se dá no sentido de que argumentos que negam/afirmam a ocorrência do fato reconhecido pelo tribunal de origem como acontecido/não acontecido não são aceitos pelos tribunais superiores; permitem-se, nessa instância, apenas argumentos que provoquem a requalificação jurídica dos fatos. Confirma-se, a exemplo, a Súmula nº 279 do STF (BRASIL, 1963): “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” No mesmo sentido, a Súmula nº 7 do STJ (BRASIL, 1990): “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

¹⁰⁸ A norma judicial, enquanto *dever ser*, é necessariamente uma relação deontológica de fatos e um dos modais permitido/proibido. Não é possível pensar, em termos jurídicos, em uma entidade que seja exclusivamente fato ou exclusivamente direito.

¹⁰⁹ No entanto, talvez pela tradição forte que temos de raciocinar por meio de juízos abstratos, desprendendo-nos do contingencial, nossa prática jurídica de aplicação da norma judicial tem, por hábito, despreocupar-se com os fatos que motivaram a norma. Mais uma vez, vale o

3.4 A aplicação da norma judicial (resposta geral) criada a partir do caso representativo: a massificação dos jurisdicionados?

É no momento de aplicação da norma judicial que o precedente surge. Quando a decisão que engendra o precedente é proferida, ela apenas em potência pode se estender a casos futuros. Serão os juízes desses futuros casos quem, no momento da decisão, olhando para os casos passados, irão apontar aqueles aos quais se sentem vinculados. Para Michelle Taruffo “parece realmente claro que o precedente somente tem eficácia quando o segundo juiz o compartilha. Caso contrário, o precedente é invalidado” (2007, p. 92, tradução nossa).

No entanto, como vimos na subseção anterior, seguir precedente é um postulado de coerência, de modo que não se trata de uma opção no sentido libertário do termo, mas de uma exigência normativa que se impõe, dada a circunstância de os casos serem semelhantes. No caso do procedimento de solução de demandas múltiplas, em reforço ao postulado de coerência – que já impõe o dever de seguir o precedente –, há, ainda, a determinação do Legislativo (arts. 543-B e 543-C do CPC (BRASIL, 1973)) para que a decisão dos tribunais superiores seja aplicada aos recursos extraordinários e especiais que veiculem mesma questão jurídica. Assim, após a prolação pelo STF e STJ do acórdão sobre o recurso representativo de controvérsia, os tribunais inferiores são imediatamente informados, por meio de ofícios, da decisão, de modo que possam dar sequência ao procedimento, *negando seguimento* ao recurso sobrestado, caso o acórdão impugnado esteja em consonância com o entendimento exarado pelo STF ou STJ, ou analisando novamente o recurso e proferindo ou não **juízo de retratação**, conforme disposto nos arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º (BRASIL, 1973).

paralelo com a Corte de Cassação italiana, onde se observa hábito similar, valendo-nos das críticas lá feitas por Michelle Taruffo (2007, p. 89): “He aquí una primera diferencia bastante relevante: por regla general, los textos que constituyen nuestra jurisprudencia no incluyen los hechos que han sido objeto de decisión, de modo que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda sobre la analogía de los hechos, mas sí sobre la subsunción del caso sucesivo en una regla general”.

Nesse momento, os tribunais de origem farão o juízo de subsunção, por meio do qual, conforme vimos na subseção anterior, os fatos irão ao encontro das premissas das normas, dentre as quais, a norma judicial abstrata (*ratio decidendi*) emanada do acórdão que julgou o recurso representativo de controvérsia. Esse juízo de subsunção é feito pelos Presidentes dos tribunais de origem (ou pelos Vice-Presidentes, por delegação), no caso de **negativa de seguimento** do recurso, ou pelo órgão colegiado julgador competente para apreciar o recurso dirigido ao tribunal de origem (apelação, agravo de instrumento, embargos infringentes, etc.), no caso de **juízo de retratação**. Ao final do procedimento no tribunal de origem, resultará uma decisão monocrática ou colegiada, a depender da hipótese.

Sobre como efetivamente se dá o juízo de subsunção da *ratio decidendi* aos recursos sobrestados, é um dos principais questionamentos em torno do procedimento do caso modelo. Afinal, o quão vinculados estão os tribunais à *ratio decidendi*? Consistiria ela em um comando autoaplicável pelos tribunais de origem, sumarizando o juízo de subsunção que normalmente se daria?

Em torno desses questionamentos residem as maiores críticas levantadas pela doutrina contra o procedimento caso modelo. A aversão decorre da tendência que se observa de aplicar o procedimento como uma espécie de julgamento **em massa** das demandas repetitivas, desconsiderando toda e qualquer diferença que possam apresentar em suas individualidades. É, neste sentido, o manifesto de Alexandre Bahia (2009, p. 293):

Quanto ao mecanismo de sobrestamento de alguns Recursos “idênticos” enquanto alguns deles são apreciados pelo Tribunal (e depois a decisão destes predetermina a sorte dos demais), apenas podemos manifestar nossa perplexidade: na crença de que as questões em Direito podem ser tratadas de forma “tão certa”, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas; no tratamento dos casos como standards, como temas, pois que as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um são desconsideradas e então um deles servirá para que tente sensibilizar o Tribunal da importância de sua apreciação.

E do mesmo autor, juntamente com Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2010, p. 30):

Técnicas de julgamento liminar (ars. 518, §1º, e 285-A, do CPC atual e 317 da PLS 166/2010), súmula, repercussão geral, recursos especiais repetitivos e o projetado, incidente de resolução de demandas repetitivas mostram que se busca, mediante um pressuposto exegeta, padronizar comportamentos mediante decisões padrão que não conseguirão e não conseguem (como os grandes Códigos do século XIX não conseguiram) fechar o mundo dos textos (antes dos Códigos, hoje as decisões padrão).

Todos esses manifestos somam-se ao repertório de críticas¹¹⁰ que há muito tem se levantado na doutrina contra a súmula, primeira investida de *standardização* das decisões judiciais no Brasil. Por todos, vejamos a opinião de Lênio Streck (2008, p. 172):

Ora, muito se tem dito sobre essa súmula (problemática que pode ser aplicada às demais). Por isso, sua redação sempre pareceu mais com a de um artigo ou parágrafo de lei do que com uma decisão judicial: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese” (nº 266 do STF); “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício” (nº 33 do STJ). Quem acha que as súmulas são “demasiadamente vagas” deixa a impressão de que as dificuldades de aplicação devem ser solucionadas com “outras súmulas” ou um “comentário sobre as súmulas”. Não deixa de ser sintomático que a doutrina, ao identificar complexidades no sistema, *proponha resolvê-las com “mais do mesmo”, ou seja, com outros modelos pré-concebidos de interpretação*. Veja-se: sempre se corre o risco de reprimatizar uma espécie de “neo-jurisprudência dos conceitos”, forma paleo-positivista de isolar o direito do tempo e da faticidade.

De todo modo, a filosofia nos salva. Insisto: é graças a ela que não acreditamos mais em isomorfia entre texto e realidade. Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que “**o precedente não cabe na súmula**”. Trata-se de um “enigma” hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*.

Mas, o que estaria por trás de todas essas investidas para a **standardização** das decisões judiciais? Seria ingênuo pensar que o que se quer é valorizar a força dos precedentes e, assim, colocar o Brasil na tendência

¹¹⁰ Para citar alguns exemplos deste repertório: SOUZA, M. A. D. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013; MANCUSO, R. D. C. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: RT, 2010; STRECK, L. L.; ABOUD, G. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; BUSTAMANTE, T. D. R. **Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi**. In: COELHO, C. S. C. N. **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 65-106; e DERZI, M. D. A. M. **A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário. A separação dos poderes em jogo**. In: MANEIRA, E.; TORRES, H. T. **Direito Tributário e a Constituição. Homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coelho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 599-646.

de vanguarda de aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law*; ou, ainda, de que haveria um movimento jusfilosófico ativo para atribuir maior coerência ao ordenamento jurídico brasileiro e, assim, contextualizá-lo definitivamente no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. O problema é de ordem mundana:

[...] [a macrolide] exige definição jurisprudencial urgente, a fim de estabilizar orientação jurídica que norteie a prática de atos jurídicos pelos interessados. A demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação do número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. A urgência na definição impõe ao sistema processual a adoção de instrumentos capazes de conduzir ao resultado de julgamento absolutamente prioritário, a fim de que rapidamente se forme diretriz jurisprudencial que oriente o agir do meio jurídico e negocial, de modo a frustrar-se o surgimento de novas lides¹¹¹. (BENETI, 2009, p. 71).

Como vimos na Subseção 1.2.1, os tribunais superiores brasileiros vêm acumulando, ao longo dos últimos anos, uma sobrecarga descomunal de trabalho que os tem conduzido a uma situação limite de esgotamento da máquina judiciária. Uma das principais causas para esta situação é o aumento das demandas repetitivas, que provoca um retrabalho contraproducente do tribunal, instado a se manifestar inúmeras vezes sobre uma mesma questão. A solução? Criar mecanismos processuais que simplifiquem a forma de julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, neutralizando o seu retrabalho. O problema é que essa simplificação, levada ao extremo – como está ocorrendo – pode gerar pelo menos uma grave consequência: a **massificação** das demandas repetitivas.

Tal como ocorre com o sujeito ‘massificado’ na sociedade, o jurisdicionado ‘massificado’ no processo perde, não só sua identidade como sujeito, mas também sua pertinência, enquanto sujeito público. É o que ARENDT (2007, p. 67-68) chama de “fenômeno de massa de solidão”:

[...] nas condições de sociedade de massa [...] os homens tornam-se seres inteiramente privados, isto é, privados de serem vistos e ouvidos por eles. [...] Nas circunstâncias modernas, essa privação de relações “objetivas” com os outros e de uma realidade garantida por

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, cit., p. 71.

intermédio destes últimos tornou-se o fenômeno de massa de solidão, no qual assumiu sua forma mais extrema e mais anti-humana. O motivo pelo qual esse fenômeno é tão extremo é que a sociedade de massas não apenas destrói a esfera pública e a esfera privada: priva ainda os homens não só do seu lugar no mundo, mas também do seu lar privado, no qual antes eles se sentiam resguardados contra o mundo e onde, de qualquer forma, até mesmo os que eram excluídos do mundo podiam encontrar-lhe o substituto no calor do lar e na limitada realidade da vida em família.

Ainda com as lições de ARENDT (2007, p. 67) aprendemos que, somente quando os vários aspectos da realidade se apresentam perante o total dos expectadores, é que ela se expressa na sua forma mais fidedigna. “Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública (...)”. Assim, na esfera pública do processo, mais especificamente no julgamento do caso representativo de controvérsia, a questão jurídica repetitiva somente se revelará, em toda a sua extensão e profundidade, se houver a participação de todos os interessados, ainda que de modo representativo, porque somente assim todos os ângulos da questão poderão ser debatidos. E mais: somente com a posterior análise das peculiaridades de cada caso é que, finalmente, a subjetividade de cada indivíduo poderá ser considerada, afastando o risco de sua objetivação superficial, caso a decisão alcançada no julgamento do caso representativo seja simplesmente aplicada a cada caso concreto repetitivo, sem qualquer consideração das particularidades que os individualizam.

A sociedade de massa¹¹² é um fenômeno característico da modernidade, como explicam BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO (1998, p. 1211)¹¹³, em que o indivíduo, em todas as esferas (social, econômica e política)

¹¹² Sobre as sociedades de massa, conferir estudos de Ortega y Gasset (2005), para quem o “homem-massa” se sente conformado com a aniquilação de sua identidade dentro da massa homogeneizadora à qual pertence; de Fromm (1971), para quem o homem, na fuga da angustiante sensação de solidão, desiste de sua individualidade e converte-se em “autômato”, ao conformar-se com sua indiferenciação perante outros; Marcuse (2011), que faz uma crítica à sociedade industrializada por sua falha no processo democrático ao criar um universo unidimensional de ideais e comportamentos, sem espaço para críticas e opiniões contrárias; de Alexis de Tocqueville (JASMIN, 1991), para sua visão sobre o risco de o desenvolvimento democrático oportunizar a tirania da maioria sobre a minoria e um estado autoritário; de Stuart Mill (1991), sobre seu pensamento liberal-progressista de inclusão das massas no direito de voto; e por fim, de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 1211-1213), em seu Dicionário de Política para uma compreensão global do tema.

¹¹³ Segundo os autores: “Na complexidade da sua estrutura, a Sociedade de massa é um fenômeno recente, do nosso século; mas, ao mesmo tempo, ela é resultado de um longo processo de modernização, que pressupõe um progressivo envolvimento social, político e cultural das grandes massas da população.”

segue “modelos de comportamento generalizados”. Na esfera política, a crítica que se faz ao fenômeno das sociedades de massa é a de que tornaria o indivíduo conformado com sua indiferenciação perante o todo, perdendo sua individualidade e tornando-se heterodirigido, ou seja, guiado pelo comportamento de “outros” e não pelo seu próprio sistema de valores. Além disso, critica-se uma tendência nas sociedades de massa de criar grupos de concentração de poder, cuja intenção última é a de obstruir qualquer espaço de discordância, com fortes tendências totalitaristas.

Assim, ao mesmo tempo em que a massificação do indivíduo aniquila sua subjetividade, reforça o domínio daqueles que detêm os elementos de dirigibilidade da massa (ADORNO e HORKHEIMER, 1988, p. 4). Essa dominação consequente contradiz a própria essência do Judiciário e, por isso, o alerta precisa ser feito. Uma Corte que julga de forma massificada objetiva o indivíduo e transfigura-se em um órgão de dominação, reconhecido exclusivamente pelo poder que exerce, despido da legitimação democrática e, assim, impotente para inspirar confiança.

Há, na modernidade, uma “ilusória certeza matemática de felicidade ou de salvação” (ARENDDT, 2007, p. 323). Não podemos permitir que o fenômeno das sociedades de massa alcance o processo, garantia fundamental de aplicação do direito ao caso concreto. Como técnica de procedimento, é legítima uma certa “simplificação” do julgamento das demandas, como ocorre com o procedimento do caso modelo, ao afetar, a um só caso (o representativo), a solução da questão jurídica (norma judicial geral). Mas, isso, desde que não se deixe de considerar também as individualidades dos casos, no segundo momento cognitivo do procedimento, quando os tribunais de origem aplicam a decisão do tribunal superior ao caso concreto. Faz todo sentido que, no aspecto em que as demandas coincidam – na questão jurídica representada pela pergunta geral – o julgamento seja coletivizado, mas a aplicação do direito pelo Judiciário não pode se encerrar nesta análise objetiva: deve desdobrar o procedimento em um momento seguinte que possibilite a individualização do direito (através da resposta à pergunta particular), sob pena de o sujeito não ter um valor atribuído a si e, deste modo, sentir-se massificado, homogeneizado perante os demais.

No estado democrático de direito, com a desmistificação do antagonismo entre o público e o privado (CARVALHO NETO e SCOTTI, 2011), o indivíduo reconhece-se pertencente a um todo, ao mesmo tempo em que encontra espaço para exprimir-se em toda a sua individualidade (ROSENFELD, 2003). Assim, numa sociedade democrática, os indivíduos podem formar “massas”, mas estas estão plasmadas pela *lealdade* com que se ligam (LUHMANN, 1996) e não por laços de tradicionalismo ou poder (KORNHAUSER, 1959). Não há espaço, portanto, no atual paradigma, para um procedimento de solução de demandas múltiplas **massificante**.

Disso decorre que o procedimento do caso modelo está fadado à inconstitucionalidade? Se o procedimento for aplicado como forma de **juízo em massa** das demandas individuais, em que “leva-se em conta o caso médio ou padrão (tipo), desprezando-se as diferenças individuais que, a rigor, seriam relevantes, do ponto de vista da norma judicial” (DERZI, 2007, p. 141), não há como compatibilizá-lo com a Constituição. Aplicação dessa ordem é motivada pelo modo de pensar tipológico, pois tem por objetivo “evitar a averiguação de cada caso concreto, a avaliação individual e o levantamento de provas difíceis que exigiriam a manutenção de aparatos [...] de elevado custo, tornando anti-econômica” (DERZI, 2007, p. 141) a atividade judicante. E, infelizmente, esse é o caminho que a praxe dos tribunais tem seguido, rumo à “cama de Proscuto”¹¹⁴:

A posição dos tribunais superiores de não permitir qualquer recurso, meio de impugnação ou espaço para diálogo sobre a decisão que determina o sobrestamento de recursos especial e extraordinário pode acabar colocando alguns casos indevidamente na cama de Proscuto. Evidente é preciso racionalizar o juízo nos tribunais superiores, particularmente através da gestão adequada das

¹¹⁴ “Dentre as mais significativas lendas da mitologia grega atreladas ao mito de Teseu, temos a que trata do leito de Proscuto. Proscuto ou ainda ‘Proscustes’, ‘Procusto’, ‘Damastes’ ou ‘Polipémon’, era, conforme a mitologia, um famoso bandido que habitava a antiga região grega da África. De personalidade sanguinária, Proscuto não só salteava e assaltava os viajantes desavisados que cruzavam seu caminho, mas costumava também submeter suas vítimas a um suplício bárbaro: ao fazê-lo prisioneiras, colocava-as em sua cama e, as que por seu tamanho fossem menores que [sic] o leito, Proscuto submetia a um processo de estiramento, esticando seus membros, de forma que se adaptassem perfeitamente à cama. O reinado de horror de Proscuto e seu leito perdurou até este ser capturado pelo herói ateniense Teseu. Ao receber a visita de Teseu, Proscuto estava certo de suas razões de e justiça, já que a cama era igual e do mesmo para todos os que nela deitassem. Teseu, entretanto, colocou o próprio Proscuto em seu leito, decepando-lhe as pernas e, como este era um gigante, ainda não cabendo completamente à cama, o ateniense cortou-lhe a cabeça com seu machado.” (AZEVEDO NETO e FIGUEIREDO, 2013, p. 66).

demandas de massa, mas não se podem permitir decisões tomadas sem o devido contraditório ou afastar completamente a possibilidade de controle pelos tribunais superiores sobre quais processos devem ser sobrestados.

O argumento de que é preciso julgar mais casos e que não se pode permitir qualquer irresignação para os tribunais superiores revela alguma tendência a uma justiça em números, o que é preocupante, pois apenas em uma perspectiva da individualidade de cada caso é que é possível a correta aplicação da tese fixada no recurso paradigma. Recursos heterogêneos não devem ser submetidos ao mesmo tratamento e processamento dos recursos repetitivos, ou se colocará o caso individual na cama de Proscuto. (AZEVEDO NETO e FIGUEIREDO, 2013, p. 7576).

Os tribunais de origem também têm se mostrado resistentes à adoção (imposição?) do entendimento fixado pelos tribunais superiores no recurso representativo de controvérsia, como alertam Fredie Didier e Leonardo Cunha (2010):

Não obstante a previsão legal, a praxe tem relevado que, na hipótese de provimento do recurso especial julgado por amostragem, os tribunais de segunda instância estão mantendo seus acórdãos, não exercendo a retratação para seguir a orientação do STJ, o que tem tornado inefetiva e ineficaz a técnica de julgamento de recursos repetitivos. Com efeito, sem demonstrar qualquer diferença entre o caso concreto e a hipótese apreciada pelo STJ, os tribunais têm mantido seus acórdãos, acarretando a remessa de uma grande quantidade de recursos especiais para o STJ. Em outras palavras, sem realizar qualquer *distinguishing* ou *overruling*, os tribunais locais simplesmente mantêm seus acórdãos, em total desconsideração ao julgado proferido pelo STJ no recurso julgado por amostragem.

Todas essas insurreições ao procedimento do caso modelo partem da mesma premissa, a de que a individualidade de cada caso concreto, subjacente aos recursos sobrestados, não está sendo considerada nos julgamentos. E acreditamos que isso ocorre, porque não se tem observado com o devido rigor a função de cada uma das duas etapas decisórias do procedimento do caso modelo. O julgamento do caso representativo pelo tribunal superior não representa uma imposição absoluta de adoção de seu entendimento pelo tribunal de origem, uma vez que é inarredável a função deste tribunal de efetivamente julgar o caso concreto. Com a decisão do tribunal superior em mãos, o tribunal de origem deve escrutinar o caso e verificar se realmente existe a identidade latente que se observou quando o

recurso foi sobrestado¹¹⁵. Assim, é preciso realizar a analogia necessária para equiparar os casos sobrestados, que efetivamente constituam **espécie** da **classe** de demandas repetitivas, ao caso representativo, assim como é fundamental diferenciar aqueles que apenas aparentemente poderiam ser incluídos na classe de demandas repetitivas, promovendo o necessário juízo de diferenciação (*distinguishes*)¹¹⁶.

O fenômeno da praticidade não pode, pois, contaminar a adoção do modelo de força dos precedentes. Caso contrário, os precedentes seriam convertidos em meros padrões *iuris et de iure* para se reduzir o acesso ao Poder Judiciário e desafogar os tribunais por meio da recusa à investigação isolada do caso concreto, discrepante da média dos casos, que ensejaram a edição de determinada súmula. (DERZI, 2012, p. 614)

Os esquemas seguintes ilustram os dois momentos em que são feitos os **juízos de equiparação e de diferenciação** das demandas repetitivas:

¹¹⁵ No momento da prolação do despacho de sobrestamento do recurso, tudo que se tem em vista é a questão jurídica apresentada pelo tribunal superior na decisão de afetação do caso representativo de controvérsia, conforme vimos na subseção anterior. No curso do processo, até a prolação do acórdão, esta questão jurídica se vai alterando – ampliando e restringindo o seu escopo – de modo que novo juízo de equiparação ou diferenciação precisa ser feito, após o conhecimento do acórdão.

¹¹⁶ Explica Thomas Bustamente que “se tentarmos reconstruir as valorações que dão origem à decisão *a contrario* e à decisão por analogia, veremos que em ambos os casos o que se dá é o mesmo tipo de ponderação, uma ponderação de princípios onde são estabelecidas as consequências jurídicas do caso concreto. Essa imprescindibilidade de *ponderação* é a terceira característica comum às técnicas do *distinguish* e da analogia, de modo geral. Como explica Bankowski, a solução de um caso em que se cogita da analogia está no estabelecimento de ponderações para o fim de justificar ou dispensar analogias e diferenciações (*disanalogies*). A noção de identidade (*sameness*) invoca um juízo sobre a *qualidade das semelhanças* entre casos concretos, e isso só pode ser aferido por meio dos princípios fundamentais do Direito.” (2012, p. 535).

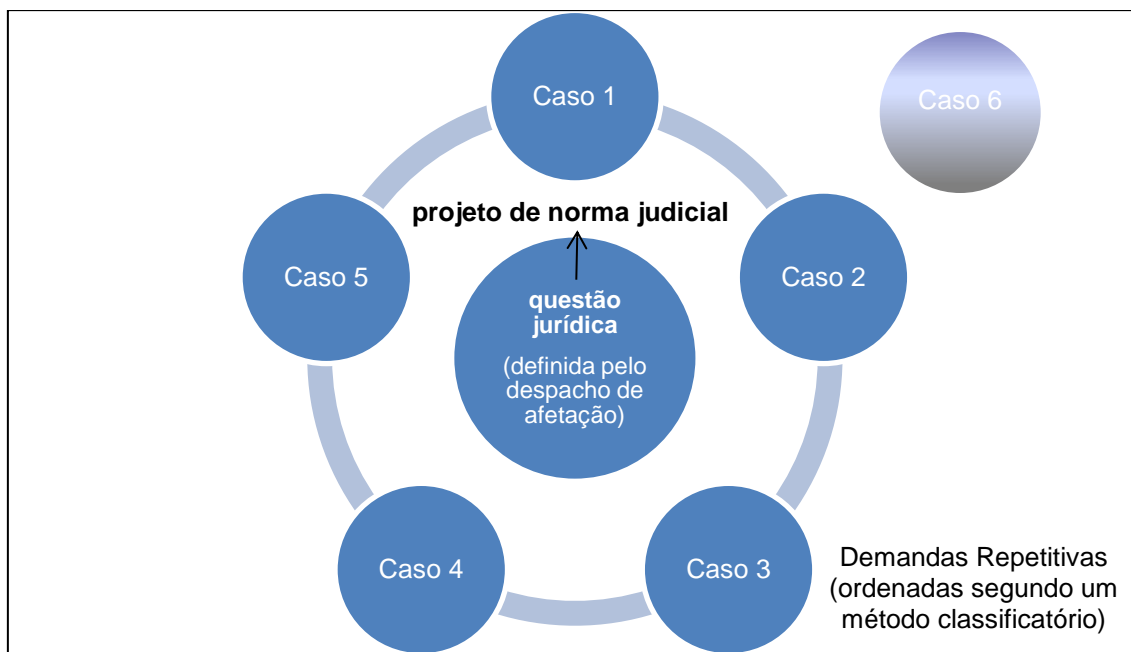


FIGURA 4 – Juízo de equiparação das demandas repetitivas

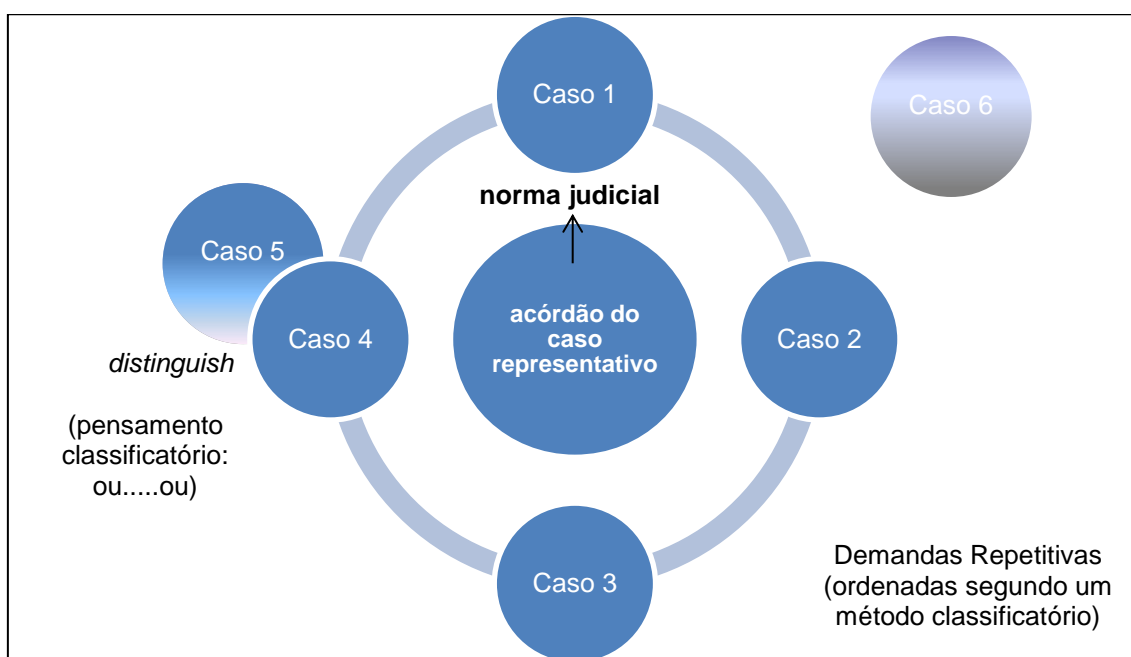


FIGURA 5 – Juízo de diferenciação das demandas repetitivas

Tomando como exemplo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), selecionamos, de modo aleatório, algumas decisões proferidas pela Primeira Vice-Presidência¹¹⁷, relativas à sistemática de solução de demandas

¹¹⁷ À Primeira Vice-Presidência compete analisar a admissibilidade dos recursos especiais, conforme previsto no art. 29, IV do Regimento Interno do TJMG. (MINAS GERAIS, 2012).

múltiplas, dentre aquelas proferidas nos meses de setembro e outubro de 2013, em matéria tributária, em recursos especiais (portanto, à luz do art. 543-C do CPC (BRASIL, 1973)). A observação permitiu concluir que as decisões têm sido fundamentadas de forma suficiente para demonstrar a identificação do caso concreto com o caso representativo de controvérsia, ou mesmo para distingui-los quando não houver identidade. Esta também a razão pela qual este tribunal foi escolhido.

O primeiro exemplo trata da aplicação do art. 543-C, §7º, I do CPC (BRASIL, 1973), quando os recursos especiais sobrestados “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça”. Vejamos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais, no qual se discute sobre a legitimidade ativa do consumidor para promover a ação objetivando afastar a exigência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

A matéria debatida no recurso foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 1.299.303/SC, selecionado como representativo da controvérsia, conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008), e julgado nos seguintes termos:

"RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO UTILIZADA'. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil." (REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14/08/2012.)

Analisando o presente caso, verifica-se que a Turma Julgadora, reportando-se ao referido paradigma (fl. 196), reconheceu a legitimidade ativa do consumidor para promover a ação objetivando afastar a exigência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

Ressalte-se que tal entendimento, ao contrário do que alega o recorrente, tem sido aplicado pelo Tribunal ad quem em hipóteses como a dos autos, conforme se verifica dos precedentes a seguir transcritos:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD

CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. (...) 2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. (...) Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final." (EDcl no AgRg no REsp nº 1.359.399/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 06/09/2013.)

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. BASE DE CÁLCULO. O consumidor é parte legítima para discutir judicialmente a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp nº 1.299.303, SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14/08/2012, processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil). 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada'(STJ, Súmula nº 391). Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no AREsp nº 73.585/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 04/06/2013.)

Ante o exposto, nos termos do artigo 543-C, § 7º, I, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se. (MINAS GERAIS, 2013)

Inicialmente, o Primeiro Vice-Presidente apresenta de forma objetiva a *quaestio juris* do caso concreto, da seguinte forma: “se discute sobre a legitimidade ativa do consumidor para promover a ação objetivando afastar a exigência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.” Em seguida, transcreve a ementa do julgado representativo de controvérsia, o REsp nº 1.299.303/SC, que entende aplicável à espécie. Sem se bastar pela simples menção à ementa do acórdão proferido no caso representativo para justificar sua decisão – como ocorre em outros tribunais –, analisa o acórdão prolatado pela turma e conclui que a mesma conclusão alcançada no caso representativo foi aplicada no caso concreto: “a Turma Julgadora, reportando-se ao referido paradigma (fl. 196), reconheceu a legitimidade ativa do consumidor para promover a ação objetivando afastar a exigência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.” Segue demonstrando que o STJ tem aplicado o caso representativo de controvérsia a casos similares ao caso concreto sob análise, citando as ementas do EDcl no AgRg no REsp nº 1.359.399/MG e do AgRg no AgRg no AREsp nº 73.585/GO. Ao final, conclui pela aplicação do art. 543-C, § 7º, I, do CPC.

Veja que o Primeiro Vice-Presidente não só realizou a subsunção do caso concreto com o caso paradigma comparando a questão jurídica de cada um deles, como também se preocupou em demonstrar que casos como o caso concreto em análise têm sido subsumidos ao entendimento fixado no caso representativo pelo STJ, ou seja, a norma judicial formada na sistemática do recurso representativo de controvérsia é aplicável ao caso concreto.

O segundo exemplo trata da aplicação do art. 543-C, §7º, II do CPC (BRASIL, 1973), quando os recursos especiais sobrestados “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”:

Trata-se de recurso especial interposto por Editores Gráficos Ltda. - EGL -, com fundamento no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, após rejeitados os embargos de declaração apresentados contra acórdão deste Tribunal que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, reformou a sentença primeva para denegar a segurança, ao entendimento de que é devido o ICMS sobre a importação do bem descrito na inicial, objeto do contrato de arrendamento mercantil.

Em suas razões recursais, o recorrente alega ofensa ao disposto no artigo 3º, VIII, da Lei Complementar nº 87/96, a par de afirmar instalada divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que a entrada de mercadoria importada do exterior, de per si, não autoriza a cobrança do ICMS, uma vez que sua exigência condiciona-se ao preenchimento dos demais aspectos da hipótese de incidência do imposto, dentre eles o aspecto material, que pressupõe a transferência da titularidade do bem, situação inexistente nos contratos de arrendamento mercantil, nos quais somente a posse da mercadoria, nunca a propriedade, é transferida de imediato.

Recurso tempestivo e guias referentes ao preparo constantes às fls. 266/268.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.131.718/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ, decidiu a questão nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do

Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que "o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias" (RE 461.968/SP).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, verbis: "E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (RE 461.968/SP).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 791.761/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP, Rel.

Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; REsp 337.433/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; REsp 264.954/SE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e REsp 93.537/SP, Rel.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que

se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo).

Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1.131.718/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/04/2010 - destaquei.)

Analisando os autos, verifica-se que o acórdão recorrido parece divergir da orientação do Tribunal ad quem, manifestada no julgamento do paradigma supramencionado, razão pela qual determino o encaminhamento destes autos ao Desembargador Relator, para que S. Ex.^a possa dar cumprimento ao disposto no artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, exercendo, se for o caso, eventual juízo de retratação, conforme solução que reputar cabível à espécie.

Intimem-se. (MINAS GERAIS, 2013)

Inicialmente o Primeiro Vice-Presidente apresenta de forma objetiva o entendimento alcançado no acórdão recorrido, o que representa a questão jurídica do caso concreto: "é devido o ICMS sobre a importação do bem descrito na inicial". Registra, em seguida, o dispositivo que fundamenta a interposição do recurso especial (artigo 3º, VIII, da Lei Complementar nº 87/96) e a razão da irresignação do Recorrente (inexistência do aspecto material que "pressupõe a transferência da titularidade do bem") limitando a questão jurídica, que será analisada somente por esta perspectiva. Em seguida, transcreve a ementa do recurso repetitivo (REsp nº 1.131.718/SP) que julgou a matéria e conclui que o acórdão recorrido está em divergência com o entendimento alcançado no recurso representativo, determinado a devolução dos autos à Turma julgadora para que esta realize o juízo de retratação ou confirme o acórdão.

O terceiro exemplo trata de admissão de recurso especial interposto contra acórdão divergente do entendimento propugnado pelo STJ em caso representativo de controvérsia. A questão jurídica é a mesma do exemplo anterior. No entanto, neste caso, o Primeiro Vice-Presidente determinou a remessa dos autos ao STJ, não adotando o procedimento previsto no art. 543-C, §7º, II do CPC. Vejamos o julgado e, em seguida, passemos à sua análise:

Trata-se de recurso especial interposto por Drilling do Brasil Ltda., com fundamento no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão deste Tribunal proferido nos autos do mandado de segurança por ela impetrado em face de ato do Superintendente Regional da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"MANDADO DE SEGURANÇA - IMPORTAÇÃO DE BEM DO EXTERIOR - EXIGÊNCIA DE ICMS - EFETIVA INCIDÊNCIA - ARTIGO 155, §2º, IX DA CONSTITUIÇÃO - VIOLAÇÃO DE DIREITO

LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADA - SENTENÇA REFORMADA. A despeito da controvérsia existente sobre a incidência ou não do ICMS na importação de bem objeto de arrendamento mercantil ou locação, entende-se que, nos termos do artigo 155, § 2º, IX, da CR/88, para que a incidência se caracterize, basta a entrada do bem importado do exterior, não havendo que se perquirir a respeito da transferência da sua titularidade e da finalidade para o qual é trazido, pelo que, não se aferindo a ilegalidade no ato da autoridade impetrada, a reforma da sentença é medida de rigor." (Fl. 234.)

Em suas razões, a insurgente argui ofensa ao disposto no artigo 3º, VIII, da Lei Complementar 87/96, a par de afirmar instalado dissídio jurisprudencial.

Defende ser indevida a incidência de ICMS sobre a importação de equipamento objeto de contrato de arrendamento mercantil, haja vista a não circulação econômica do bem importado, uma vez que não há transferência de domínio.

Acrescenta que a norma acima mencionada não faz distinção quanto à origem da mercadoria, se importada ou não, razão pela qual não caberia ao intérprete da lei distinguir onde o legislador não fez distinção.

Recurso tempestivo.

Guias de preparo às fls. 308 e 309.

Foram apresentadas contrarrazões.

O recurso merece prosperar.

A matéria versada no recurso interposto, relativa à incidência de ICMS no caso de importação, mediante contrato de arrendamento mercantil, foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 1.131.718, selecionado como representativo da controvérsia conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008), e julgada nos seguintes termos:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que "o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias" (RE 461.968/SP).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, verbis: "E

nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (RE 461.968/SP).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 791.761/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; REsp 337.433/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; REsp 264.954/SE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e REsp 93.537/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo).

Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1.131.718/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 09/04/2010.)

Contudo, a Turma Julgadora, ao solucionar a controvérsia posta nos autos, citou o referido paradigma e deliberou que, apesar dos entendimentos que defendem que o ICMS pressupõe circulação de mercadorias, considera que "no caso de importação, nos termos do artigo 155, § 2º, IX, da CR/88, para que a incidência se caracterize basta a entrada do bem importado do exterior, não havendo que se perquirir a respeito da transferência da sua titularidade e da finalidade para o qual é trazido" (fl. 249).

Assim, tendo em vista que a tese da recorrente parece estar em consonância com o entendimento manifestado no julgamento do Resp 1.131/718/SP, admito o recurso.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça.
Intimem-se. (ESTADO DE MINAS, 2013).

O Primeiro Vice-Presidente começa transcrevendo a ementa do acórdão recorrido. Segue resumindo as razões recursais que se sustentam na suposta ofensa ao artigo 3º, VIII, da Lei Complementar 87/96 e na suposta ocorrência de dissídio jurisprudencial e que defendem “ser indevida a incidência de ICMS sobre a importação de equipamento objeto de contrato de arrendamento mercantil, haja vista a não circulação econômica do bem importado, uma vez que não há transferência de domínio”, não havendo “distinção quanto à origem da mercadoria, se importada ou não”. Registra, em seguida, que a matéria foi analisada pela sistemática dos recursos repetitivos no REsp nº 1.131.718/SP, no qual decidiu o STJ pela “não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.” Ao final, relata que a Turma julgadora, ciente do REsp nº 1.131.718/SP, não o aplicou ao caso concreto, por considerar que “no caso de importação, nos termos do artigo 155, § 2º, IX, da CR/88, para que a incidência se caracterize basta a entrada do bem importado do exterior, não havendo que se perquirir a respeito da transferência da sua titularidade e da finalidade para o qual é trazido”. Identificando que o entendimento alcançado pela Turma julgadora era dissonante daquele propugnado pelo STJ e, ainda, observando que a Turma julgadora proferiu seu entendimento ciente do julgamento do caso representativo de controvérsia, determinou a imediata remessa dos autos ao STJ. De fato, a devolução dos autos para a realização de juízo de retratação ou para a confirmação do acórdão pela Turma julgadora era medida dispensável, quando esta já havia, em seu acórdão originário, demonstrado a intenção de divergir do STJ.

O quarto exemplo trata do artigo 543-C, § 2º (BRASIL, 1973), quando o STJ determina “a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”:

Trata-se de agravo interposto pelo município de Juiz de Fora, com fulcro no artigo 544 do Código de Processo Civil, contra decisão desta Vice-Presidência, que negou seguimento ao seu recurso

especial, nos autos da ação em que se discute a ocorrência da prescrição intercorrente.

Os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Felix Fischer (fl.92-v) determinou a devolução do feito a este Tribunal, para que aqui fosse observada a sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil, diante do fato de a questão jurídica referente à contagem da prescrição intercorrente ter sido afetada no REsp nº 1.340.553/RS e também diante do julgamento do REsp nº 1.100.156/RJ, sob o rito dos recursos repetitivos.

No referido precedente, consolidou-se o entendimento de que a prescrição anterior à propositura da ação pode ser reconhecida de ofício, na forma do artigo 219 do CPC, independentemente de prévia ouvida da Fazenda Pública, conforme esclarece a ementa a seguir transcrita:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE.

1. Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º do CPC (redação da Lei 11.051/04), independentemente da prévia ouvida da Fazenda Pública. O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(REsp 1.100.156/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 18/06/2009)

Neste processo, houve o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, ao se constatar que, a par de a ordem de citação do executado ter se dado em 21/07/2006, quando se interrompeu a prescrição, e de ter sido concedida a vista dos autos à Fazenda Pública sobre a devolução do AR sem cumprimento, em 18/08/2006, essa permaneceu inerte, sem promover qualquer diligência útil para satisfação do crédito, por período superior aos 5 (cinco) anos, previstos no art. 174 do Código Tributário Nacional, até a prolação da sentença, em setembro de 2011.

Verifico que a questão discutida neste recurso - a necessidade de suspensão da execução fiscal e de oitiva da Fazenda Pública, antes de se decretar a prescrição intercorrente, não coincide com a analisada no REsp nº 1.100.156/RJ, motivo pelo qual deixo de aplicar ao presente caso o referido paradigma.

Assim, em atendimento ao que preceitua o artigo 543-C, § 2º, do Código de Processo Civil, determino a suspensão do presente recurso, até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.340.553/RS, selecionado pelo Tribunal ad quem como representativo da controvérsia relativa à sistemática a ser adotada para a configuração da prescrição intercorrente prevista no art. 40 e §§ da Lei da Execução Fiscal.

Intimem-se. (MINAS GERAIS, 2013).

O Primeiro Vice-Presidente delimita a questão jurídica do caso sob análise como sendo "ação em que se discute a ocorrência da prescrição intercorrente". Relatou que o recurso especial foi devolvido pelo STJ "diante do fato de a questão jurídica referente à contagem da prescrição intercorrente ter sido afetada no REsp nº 1.340.553/RS e também diante do julgamento do

REsp nº 1.100.156/RJ, sob o rito dos recursos repetitivos.” Explicou que no acórdão do REsp nº 1.100.156/RJ decidiu-se que a “prescrição anterior à propositura da ação pode ser reconhecida de ofício” e transcreveu a ementa. Em seguida expôs brevemente os fatos do caso concreto sob análise e concluiu que, por tratar de prescrição intercorrente, prevista no art. 40 e §§ da Lei da Execução Fiscal, não coincidia com a questão jurídica analisada no REsp nº 1.100.156/RJ. Explicou que esta matéria estava afetada a outro recurso especial representativo de controvérsia, qual seja, o REsp nº 1.340.553/RS. Assim, por meio de um juízo de diferenciação (*distinguish*), desvinculou o caso do REsp nº 1.100.156/RJ e determinou o seu sobrestamento, nos termos do art. 543-C, § 2º do CPC, até a prolação do acórdão no REsp nº 1.340.553/RS, ao qual, a princípio, parece se vincular.

O quinto e último exemplo trata do artigo 543-C, § 2º, quando o STJ determina “a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais e pelo Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM - com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão deste Tribunal, proferido nos autos de ação proposta por Elpídio Correa Neto, para obter o reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos e pensões dos militares inativos, disciplinada no Estado de Minas Gerais por meio da Lei nº 10.366/1990, bem como a restituição dos valores indevidamente descontados.

Em suas razões, os recorrentes alegam que houve ofensa ao disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, a par de afirmarem que está instalada divergência interpretativa entre tribunais.

Sustentam que, tendo a ação sido proposta após o advento da Lei nº 11.960/2009, a correção monetária e os juros devem observar os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, com incidência dos juros a partir do trânsito em julgado, de acordo com o art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN). Recurso tempestivo e dispensado de preparo, nos termos da lei.

Foram apresentadas contrarrazões.

O recurso merece prosperar.

O debate levantado a respeito da taxa de juros aplicada em casos de repetição de indébito de contribuição previdenciária é matéria polêmica, havendo a Turma Julgadora estabelecido, no caso dos autos, a aplicação da taxa Selic como fator de atualização, abrangidos aí a correção monetária e os juros de mora, em face do disposto na Lei Estadual nº 6.763/75, e no Código Tributário Nacional. Entretanto, no Superior Tribunal de Justiça, a questão não se encontra pacificada, havendo decisões díspares proferidas em casos similares ao dos presentes autos, sendo que o Tribunal ad quem ora conclui pela adoção do recurso repetitivo, REsp 1.205.946/SP, para

acolher a tese defendida pelos recorrentes, ora decide aplicar o disposto no art. 161, § 1º, do CTN, conforme entendimento firmado no REsp 1.133.815/SP, recurso também submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Confira-se:

"Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, 'a' e 'c', da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 145, e-STJ):(...)

O IPSM afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 1º-F da Lei 9.497/1997, com redação determinada pela Lei 11.960/2009.

Sustenta que, 'desde as razões de apelação, o IPSM requereu que se aplicasse pra efeito de aplicação dos juros e correção monetária o que dispõe a Lei 11.960/2009 em seu art. 1º- F, com incidência a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e súmula 188 STJ' (fl. 160, e-STJ).

(...)Assiste razão ao IPSM.

A Corte Especial do STJ firmou o entendimento, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, inclusive na redação que lhe foi dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, é aplicável de imediato aos processos em curso, à luz do princípio do tempus regit actum, nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

(...)Ressalta-se que a referida tese foi reafirmada pela Corte Especial do STJ, por maioria, na assentada de 19.10.2011, no julgamento do REsp 1.205.946/SP, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, submetido ao regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas 'condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza', quais sejam, 'os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança'.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período

anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7 Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos. (REsp 1.205.946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.2012, grifei).

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial, determinando a aplicação ao presente caso do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei 11.960/2009, a partir de sua vigência." (REsp 1.375.703, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão publicada em 10/05/2013)

Em outro sentido:

"Trata-se de recurso especial interposto por Instituto de Previdência dos Servidores Militares de Minas Gerais e outro em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

'AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR MILITAR. EC Nº 41/03. CONTRIBUIÇÃO CUSTEIO SAÚDE. INEXIGIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. MANUTENÇÃO DO SERVIÇO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...)- Possuindo os valores reclamados natureza tributária, os juros de mora serão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado, conforme art. 161, do Código tributário Nacional (...)'

O recurso especial não merece acolhida.

Isso porque, no julgamento da ADI 4.357/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009 (conforme consulta no endereço eletrônico do STF). Dessa forma, não merece reforma o julgado recorrido 'os juros de mora serão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado, conforme art. 161, do Código Tributário Nacional', vez que em consonância com o decidido no paradigma fixado em sede de recurso representativo de controvérsia. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. JUROS DE MORA.

1. Servidores públicos estaduais inativos propuseram contra a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo-CBPM e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo-IPESP ação sob o rito ordinário, na qual se objetiva a restituição do que fora pago indevidamente a título de contribuição previdenciária incidente sobre proventos de aposentadoria, já que defendem a inconstitucionalidade dessa incidência tributária.

(...)3. A questão em debate cinge-se, justamente, a esse percentual de juros moratórios. Os recorrentes pretendem que sejam estabelecidos em 1% ao mês, nos termos do CTN, diferentemente do

aresto recorrido que os fixou em 0,5% ao mês (ou 6% ao ano), segundo o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

4. As contribuições sociais, inclusive as que se destinam a financiar a seguridade social, detêm natureza tributária no regime da Constituição da República de 1988. Precedentes do Supremo e do STJ.

5. Tratando-se de repetição de indébito de tributo que não possui taxa de juros moratórios fixada em legislação extravagante, aplica-se o índice de 1% ao mês, estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN, nos termos da jurisprudência consolidada da Primeira Seção, ratificada no julgamento do REsp 1.111.189/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, sob o regimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

6. Não incide o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela MP nº 2.180-35/2001, sobre os casos de repetição de indébitotributário, pois sua incidência limita-se às hipóteses de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

7. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (REsp 1133815/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 1.2.2010). Grifou-se.

Diante do exposto, com base no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial." (REsp 1.375.941, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão publicada em 30/04/2013)

Havendo divergência no Tribunal ad quem quanto à matéria ora discutida, e uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade, mostra-se viável o exame da instância excepcional.

Admito o recurso.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se. (MINAS GERAIS, 2013).

O Primeiro Vice-Presidente inicia por expor as razões do recurso especial, fundada na ofensa ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 e na demonstração de dissídio pretoriano. Segundo expõe, os Recorrentes defendem que a “correção monetária e os juros devem observar os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, com incidência dos juros a partir do trânsito em julgado, de acordo com o art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN)”. Em seguida, resume a questão jurídica da seguinte forma: “o debate levantado a respeito da taxa de juros aplicada em casos de repetição de indébito de contribuição previdenciária é matéria polêmica”. Explica que, no caso sob análise, decidiu-se pela “aplicação da taxa Selic como fator de atualização”. Segue relatando que o STJ tem adotado entendimento díspar sobre a matéria, ora aplicando o entendimento fixado no REsp 1.205.946/SP, que é o mesmo defendido pelas Recorrentes, ora o entendimento fixado no REsp 1.133.815/SP, no sentido de aplicar o art. 161, § 1º, do CTN, ambos os recursos

especiais julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos. Diante do dissídio existente no próprio STJ, decide, ponderadamente, por admitir o recurso e remetê-lo à instância especial.

Essas decisões servem de verdadeiro exemplo de como o tribunal de origem deve estar comprometido com a análise detida do recurso sobrestado, compreendendo que a análise anteriormente feita da suposta identidade entre o recurso representativo e o recurso extraordinário ou especial foi meramente perfunctória. Portanto, após o julgamento pelo STJ e STF, é preciso efetivamente julgar o caso concreto, em vista da norma judicial extraída do caso representativo, por meio de juízos de equiparação e diferenciação, com o que se afasta a aplicação em massa da norma judicial formada no acórdão proferido no caso representativo.

Com essas ideias assim organizadas e ilustradas, fica claro que o problema da técnica do caso modelo (ou de qualquer outra medida de praticidade judicante) está no abuso que se faz, na praxe forense, da abstração da norma judicial criada. Ao descolá-la dos casos que as originaram, atribui-se a elas uma “liberdade” hermenêutica maior do que se possa admitir. Vimos, na subseção anterior, que há na norma judicial certo grau de generalização por meio do qual ela se liga a uma cadeia de casos; mas há, ainda, o aspecto concreto que dela não pode ser descolado, sob pena de perder o seu sentido, compreensível apenas a partir da historicidade por detrás do caso que a originou. “A unicidade e a irrepitibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, irrepitível por definição.” Portanto, “todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um hard case.” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 475) “O fundamental nessa matéria reside no princípio incontornável de que, institucionalmente, o Poder Judiciário deve criar as normas individuais, cabendo-lhe a realização da justiça pessoal, caso a caso.” (DERZI, 2012, p. 612).

4 O DIREITO TRIBUTÁRIO E A TÉCNICA DO CASO MODELO: UM TESTE DE HIPÓTESE

4.1 A multiplicidade das demandas tributárias

As demandas tributárias têm potencial de se multiplicar em larga escala. É que o Direito Tributário é aplicado em massa; impõe-se sobre todos os contribuintes indistintamente, e estes estão sempre em grande número. Além disso, as demandas tributárias têm repercussão econômica que projeta efeitos em cadeia, atingindo outras pessoas além do sujeito passivo e ativo da relação jurídico-tributária (MOREIRA, 2012, p. 6-10). Por essas razões, uma parcela considerável da demanda judiciária é representada pelas lides tributárias.

Ademais, a alta demanda tributária impacta a cúpula do sistema, sendo uma das principais responsáveis pelo congestionamento dos tribunais superiores. É que o sistema tributário tem amplo assento constitucional, de modo que o STJ e o STF são foros naturais das demandas tributárias.

O Relatório Justiça em Números de 2013, elaborado pelo CNJ (BRASIL, p. 86-88 e 192-195), dá conta da grande participação das execuções (penais, extrajudiciais, judiciais e fiscais) na taxa de congestionamento dos tribunais, no período de 2009 a 2012.

Na Justiça Estadual, segundo conclusão do relatório, “o grande gargalo com relação a esses processos [de execução] encontra-se nos processos de execução fiscal que correspondem a 35,4% de toda a tramitação e registram taxa de congestionamento de 89%.” E a tendência é que essa participação se mantenha alta “já que o quantitativo de casos novos de processos de execução fiscal ultrapassa em 538.173 o total de processos baixados dessa classe.” (BRASIL, p. 86). O diagnóstico do problema das execuções fiscais é assim relatado:

A composição dos processos em tramitação revela que o quantitativo de casos pendentes cresce em ritmo mais acelerado que o crescimento dos casos novos nos processos de execução. No gráfico ao lado, pode-se analisar o crescimento dos casos de execução pendentes ante os casos novos, dividindo-se as execuções fiscais

das demais execuções, que abrangem as execuções judiciais e as de títulos executivos extrajudiciais não fiscais. O crescimento de 24,8% novos processos de execução (exceto fiscais) desde 2009 não é suficiente para explicar o aumento de 48,6% nos pendentos, tendo em vista que esse crescimento foi de 1,4 milhão de processos a mais de pendentos que de casos novos. Já os processos de execução fiscal, que são em maior volume no estoque da Justiça Estadual, apresentam crescimento contínuo ao longo da série histórica (totalizando 7% desde 2009), porém deve-se registrar crescimento inferior ao aferido nas demais execuções. Já os casos novos de processos de execução fiscal não apresentaram regularidade e vêm sofrendo aumento e diminuição ao longo do período, totalizando-se crescimento de 4,4% no acumulado.

[...]

De modo geral, tem-se que a maior parte dos TJs possuem taxas de congestionamento altas com relação aos processos de execução, pois, além de a média encontrada entre os tribunais ser elevada (78,7%), 17 dos 27 TJs registram taxas superiores à média, fato que transparece o problema dos pendentos de execução no Judiciário estadual. (BRASIL, p. 87).

O seguinte infográfico ilustra a participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Estadual. Observa-se que as execuções judiciais não criminais, nas quais se incluem as execuções fiscais, representaram 76% da taxa de congestionamento da Justiça Estadual, no período de 2009 a 2012:

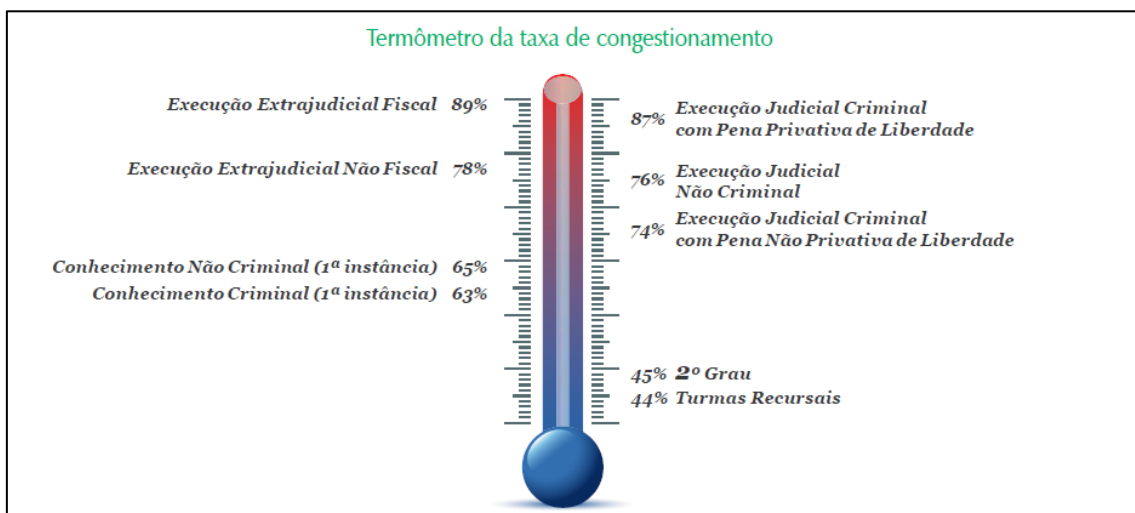


Gráfico 10 – Participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Estadual

O gráfico seguinte demonstra a taxa de crescimento das execuções fiscais na Justiça Estadual. Tanto os casos pendentos como os casos novos de

execuções fiscais aumentaram, no período de 2009 a 2012, com destaque mais acentuado para os primeiros. Vejamos:

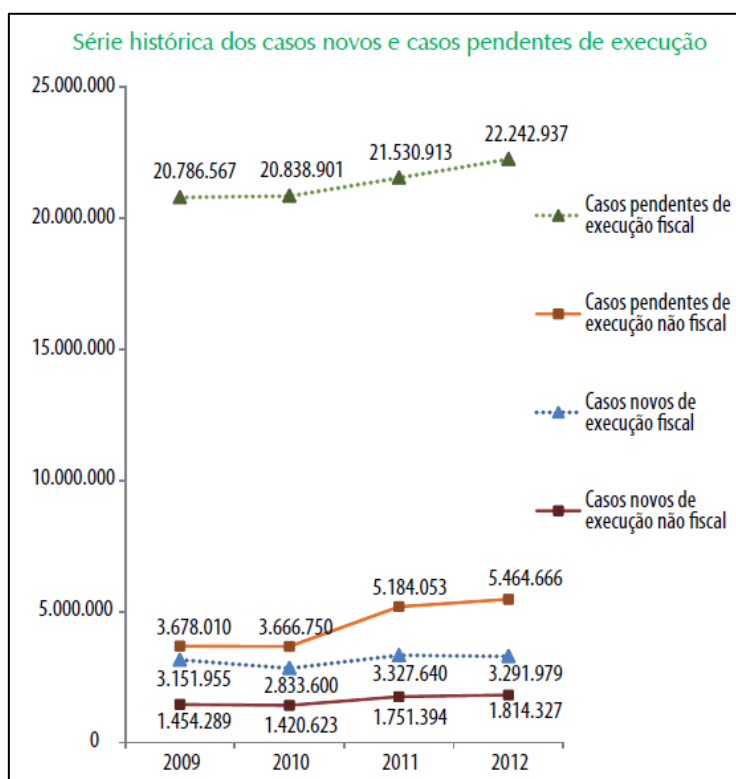


Gráfico 11 – Casos pendentes e novos de execução fiscal na Justiça Estadual

Na Justiça Federal, as execuções fiscais também representam significativa parcela dos processos acumulados, com tendência de aumento. Vejamos o relatório a esse respeito (BRASIL, p. 192-193):

Destaca-se a dificuldade de baixar processos de execução, tendo em vista que somam 47,9% dos casos pendentes de baixa, enquanto o percentual de casos novos nessa fase é de apenas 17,6%. Essa disparidade é fruto, especialmente, do forte impacto que possui a execução fiscal nos casos pendentes, já que representa 39,3% de todo o estoque e, ainda, 82,1% dos casos pendentes de execução. [...]

Com relação aos processos de execução, verifica-se que o grande gargalo encontra-se nos processos extrajudiciais fiscais, pois, dos 4,4 milhões de processos em tramitação na fase de execução da Justiça Federal no ano de 2012, aproximadamente 3,6 milhões (80%) correspondem às execuções fiscais. Destaca-se, também que, enquanto esses processos são responsáveis por 17,5% do total de casos novos da primeira instância da Justiça Federal, seus casos pendentes representam consideráveis 51,3% do estoque total da primeira instância. Tal indicador deverá permanecer alto no próximo ano, já que o quantitativo de casos novos de processos de execução de título extrajudicial fiscal ultrapassa em 14.652 o total de processos baixados dessa classe. Tais fatores refletem-se na taxa de

congestionamento de 90% dos processos de execução fiscal, o que significa que apenas 10% do total desses processos em tramitação foram baixados no ano de 2012.

[...]

O total de casos pendentes na Justiça Federal é composto, em grande parte, por processos na fase de execução (47,9%), mais especificamente os de título extrajudicial fiscal (39,3%). O quantitativo dos processos em tramitação de execução (casos novos e pendentes) aumentou em 2,9% entre os anos de 2011 e 2012, devido ao crescimento de 6% dos casos pendentes de execução fiscal no período, conforme observado no gráfico abaixo, em que se verifica claramente o aumento desses processos desde o ano de 2009. Já os casos pendentes dos demais processos de execução apresentam pouca variação neste período. Com relação aos casos novos de execução fiscal, observa-se crescimento de 56,7% entre os anos de 2009 e 2011 e posterior redução de 15,9% em 2012, enquanto as demais execuções apresentam redução desde 2009.

O seguinte infográfico ilustra a participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Federal. Observa-se que as execuções fiscais representaram 90% da taxa de congestionamento da Justiça Estadual, no período de 2009 a 2012:

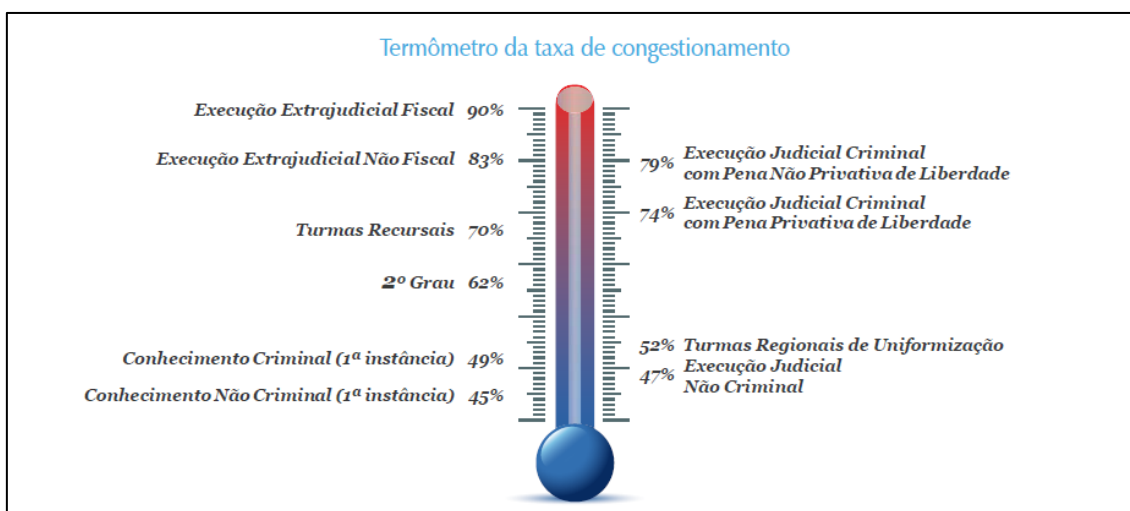


Gráfico 12 – Participação das execuções fiscais na taxa de congestionamento da Justiça Federal

O gráfico seguinte demonstra a taxa de crescimento das execuções fiscais na Justiça Estadual. Os casos novos de execução fiscal sofreram variação, ao longo do período, com altas e baixas. Já os casos pendentes apresentaram crescimento. Vejamos:

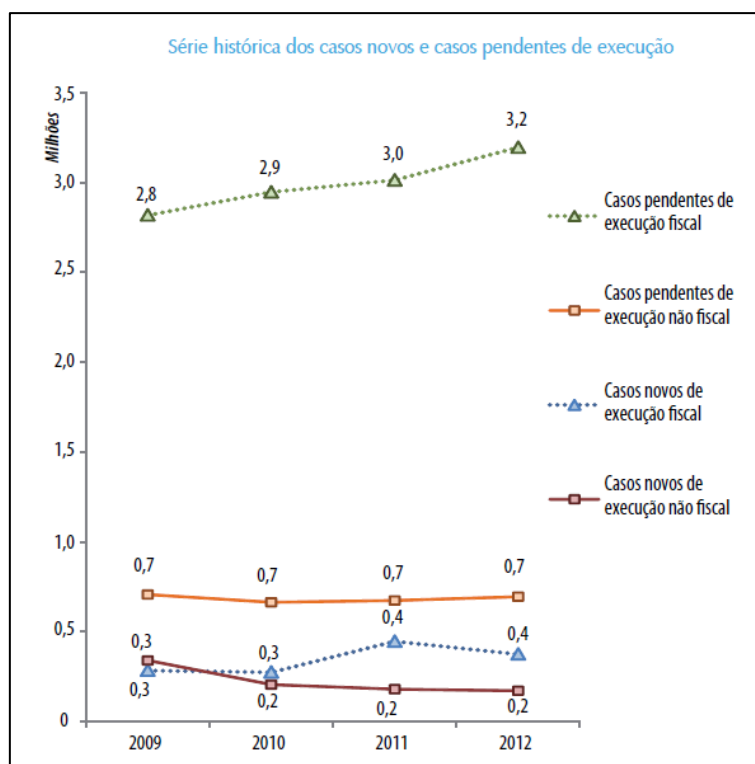


Gráfico 13 – Casos pendentes e novos de execução fiscal na Justiça Federal

O governo é um dos grandes demandantes e demandados na Justiça Estadual e Federal, sendo as lides tributárias uma das principais causas dessas demandas. Os gráficos abaixo demonstram o perfil do governo como demandante e demandado, no período de 2003 a 2011:

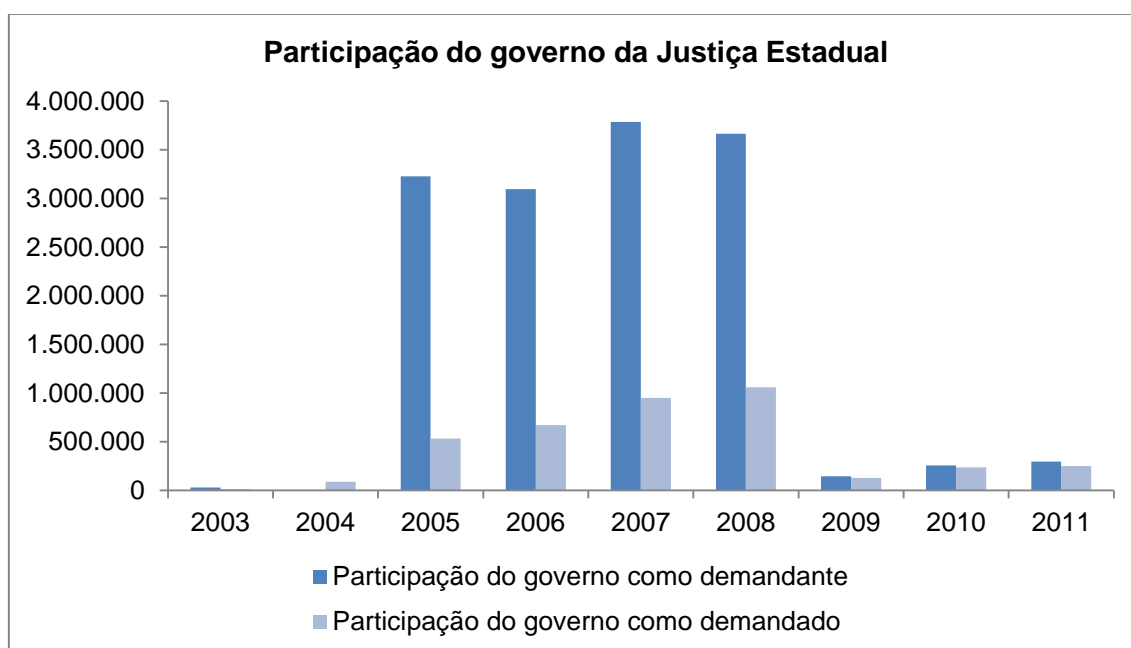


Gráfico 14 – Participação do governo na justiça estadual



Gráfico 15 – Participação do governo na justiça federal

Diante da grande participação das demandas tributárias nas Justiças Estadual e Federal, é de se inferir que elas representem significativa parcela dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. Desse modo, contribuem para o problema do congestionamento no STJ e STF. Na Exposição de Motivos dos Ministros de Estado da Justiça e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que acompanhou a Mensagem nº 43 do Poder Executivo, a qual encaminhou o Projeto de Lei nº 4.070/98 ao Congresso Nacional, posteriormente convertido na Lei nº 9.756/1998 (modificou o art. 557 do CPC), foi destacado o problema da **repetitividade das demandas tributárias** e o impacto que causam nos tribunais superiores:

O crescimento assustador dos recursos, no entanto, diz respeito a matérias praticamente idênticas, mormente nas áreas tributária, previdenciária e administrativa, que representam mais de 60% dos processos apreciados pelo STJ. (REZENDE e CARVALHO, 1998).

Os dados apresentados comprovam estatisticamente a tendência das demandas tributárias de se multiplicarem. Assim, o procedimento do caso modelo, voltado para a solução de demandas repetitivas, tem grande aplicabilidade nessa área. Por essa razão, as demandas tributárias oferecem um adequado universo para testar a hipótese deste estudo, qual seja, a de que

o procedimento do caso modelo é salutar não só por sua capacidade de descongestionar os tribunais, mas também por representar uma técnica de valorização do precedente, contribuindo para a simplificação e coerência do sistema jurídico-tributário e, com isso, aumentando a **confiança dos contribuintes**. Assim, iremos averiguar em que medida a técnica do caso modelo contribui (ou não) para a valorização do precedente em matéria tributária e, em que medida, aumenta (ou diminui) a proteção da confiança do contribuinte.

4.2 A igualdade e a segurança jurídica no Direito Tributário

Embora a segurança jurídica tenha sido alvo de grande divergência doutrinária, no contexto do Estado Democrático de Direito ela perde o caráter formalista, pautado preponderantemente pela certeza e irretroatividade, e é consagrada como garantia material responsável pela tutela da efetividade do sistema jurídico. Assim, sem abandonar os atributos de certeza e irretroatividade, a segurança jurídica, no atual paradigma, é mais pretenciosa; vai além, para garantir efetivamente a realização de todos os direitos. Decorre de tal garantia um estado de expectativa legítima de confiabilidade no ordenamento que se busca preservar.

O compromisso do Estado com a segurança jurídica é afirmado paradoxalmente: de forma positiva, como princípio a ser protegido, e de forma negativa, como garantia de valores que devem ser resguardados nas hipóteses de insegurança derivadas do poder de império. Tal garantia incumbe aos três Poderes, cada qual exercendo uma parte substancial da realização da segurança jurídica. Nesse sentido, diversos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário, “dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante.” (ÁVILA, 2012, p. 160).

A segurança jurídica é o efeito mais expressivo do sistema jurídico, e deve ser observada na aplicação dos princípios do Estado de Direito. Portanto, ela tem farta consagração constitucional como derivação de diversos princípios fundamentais, sendo de grande importância para a efetividade da ordem jurídico-positiva. “O direito a um ordenamento jurídico seguro decorre do direito à *certeza*, à *igualdade*, à *justiça* e à *confiança* e a todo o sistema de direitos fundamentais.” (TORRES, 2012, p. 36, grifos do autor).

Nesse cenário, a Constituição de 1988 assegurou a inviolabilidade do direito à igualdade (art. 5º, *caput* (BRASIL)), cuja proteção é uma forma indireta de realizar **materialmente** a segurança jurídica. Isso é possível de duas formas: por meio do dever de igualdade perante a lei e através do dever de igualdade no tempo.

A primeira forma implica que as pessoas em situação similar devem receber o mesmo tratamento legal, sendo imperativo que as normas sejam aplicadas uniforme e impessoalmente. Em decorrência dessa abstração, as normas fornecem aos destinatários determinados parâmetros que os permitem antecipar as consequências de suas condutas. Nesse sentido, Humberto Ávila, seguindo as lições de Misabel Derzi, conclui que o “conhecimento de um ato administrativo ou de uma decisão administrativa ou judicial cria para o cidadão a expectativa de que, ocorrendo caso similar, idêntica solução deverá ser adotada.” (ÁVILA, 2012, p. 224). Desta expectativa de uniformidade na aplicação da lei depreende-se elementos próprios da segurança jurídica, tal como afirma Humberto Ávila, fazendo uma leitura de Michael Reinhart: “de confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e a vinculatividade do Direito” e, ainda, “de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência.” (ÁVILA, 2012, p. 224).

A segunda forma é a exigência de igualdade no tempo ou exigência de igualdade sistemática, segundo a qual atos e decisões, administrativos ou judiciais, não devem sofrer alteração se não houver mudança substancial nas situações em que se basearam. Também aqui podem ser deduzidos os

elementos confiabilidade e calculabilidade, segundo Humberto Ávila, com base nos estudos de Valembos (ÁVILA, 2012, p. 224):

[...] de confiabilidade, já que o dever de manutenção da decisão, a não ser que existam razões justificativas para sua mudança, favorece os ideais de estabilidade e de vinculatividade do Direito; de calculabilidade, porquanto o cidadão pode prever a manutenção do ato ou decisão, ausente qualquer nova razão justificativa para a mudança. A igualdade, assim, é instrumento de segurança, pela uniformidade e imparcialidade que destas decorrem.

A segurança jurídica não é um valor dado *a priori*, mas um valor construído diante de cada caso concreto, “o que se verifica quando indivíduos e os órgãos do Estado cumprem e fazem cumprir as regras e os princípios em vigor no sistema jurídico, apreendido em seu conjunto.” (TORRES, 2011, p. 66). Nesse sentido, ela “confere conteúdo e motivo à elaboração interna de ‘meios’ (normativos e procedimentais) para sua concretização, para a partir de um programa teleológico que garante unidade das premissas decisórias ao longo das cadeias de positivação do direito (criação e aplicação), além da abertura do sistema para seu aprimoramento.” (TORRES, 2011, p. 196).

Em matéria tributária o tema ganha especial relevo, servindo à “proteção da igualdade ou justiça na tributação e à efetividade de direitos fundamentais.” (TORRES, 2012, p. 34). O princípio da segurança jurídica é uma **garantia tributária** que pode ser depreendida do rol das chamadas “limitações constitucionais ao poder de tributar” (arts. 150 a 152 da CR/88 (BRASIL)). O princípio pode ser segmentado em três aspectos: certeza, estabilidade sistêmica e proteção da confiança legítima *stricto sensu*.

O primeiro aspecto é a segurança jurídica formal, expressiva afirmação do Estado de Direito. Manifesta-se como previsibilidade da produção jurídica, delimitando regras de validade, procedimentos e competências. “Nessa acepção, a segurança equivale à **certeza conteudística** da norma e à previsibilidade exata das conseqüências a serem atribuídas aos atos praticados.” (ÁVILA, 2012, p. 168). Isso gera nos jurisdicionados o efeito de certeza quanto à legalidade da aplicação das normas jurídicas e quanto aos critérios de efetivação de direitos fundamentais. Nesse cenário, os contribuintes têm garantido seu legítimo direito de planejar suas atividades, cientes das repercussões jurídicas de suas condutas. “A previsibilidade é a segurança

jurídica sobre o 'futuro', resguarda o contribuinte pela prevenção de riscos, sanções e conflitos.” (TORRES, 2011, p. 207). A fim de viabilizar o planejamento individual, “o Sistema Constitucional Tributário deve procurar reduzir, permanentemente, a indeterminação de suas regras, mediante ações e procedimentos que confirmam certeza aos conteúdos das competências, dos direitos e garantias inerentes às medidas de justiça do sistema tributário, para que se obtenha estabilidade na aplicação das leis tributárias, a partir de uma construção de sentido orientada pelo fim sistêmico da segurança jurídica.” (TORRES, 2011, p. 209).

O segundo aspecto é a **estabilidade sistêmica**, que remete à segurança jurídica objetiva. Trata-se da tentativa de superar as contradições lógicas entre os elementos do sistema, a fim de conferir estabilidade à ordem jurídica. Tal aspecto implica a seguinte divisão: estabilidade sistêmica (coerência estrutural quanto às fontes de produção normativa), estabilidade temporal (preservação de situações consolidadas no tempo – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), e estabilidade funcional do sistema e segurança jurídica dos princípios (garantia dos direitos fundamentais).

O terceiro e último aspecto é a **proteção da confiança legítima *stricto sensu*** que, diferentemente dos demais, tem caráter subjetivo. Cuida-se de uma garantia material de direitos fundamentais que deve ser motivada, quando alegada segundo procedimentos objetivos, pois “somente vê-se tutelada porque antecipadamente o sistema jurídico propõe-se a servir de mediador de uma ‘confiança sistêmica’, posto ser, a segurança jurídica, um ‘fim’ do sistema de normas.” (TORRES, 2012, p. 221). Não se trata de uma proteção jurídica do estado psicológico daquele que confia, em atitude de fé. A confiança protegida é aquela que se vê provada nas condutas de quem confia. Quem confia, guia sua ação, em conformidade com o cenário jurídico objetivamente expectado. Ou seja, o estado psicológico a que se atribui efeitos jurídicos não é a mera esperança, mas aquele constituído de expectativas legítimas originadas na previsibilidade ou certeza encorajadas pelo ordenamento jurídico. Portanto, apenas aquele que age segundo a legalidade e sofre mudança repentina incoerente com a funcionalidade sistêmica do ordenamento pode externar confiança. “A experiência ou a prática de criação e aplicação de normas tributárias gera, a exemplo da legalidade ou do próprio

ordenamento jurídico, expectativas legítimas de confiança, uma espécie de ‘correção’ do ordenamento ou da própria legalidade na redução de complexidade do mundo exterior.” (TORRES, 2012, p. 216).

Embora o princípio da segurança jurídica induza, por si só, a medidas de concreção da norma, estabilização do sistema e proteção da confiança, isto **não implica que seja um conceito autoexecutável**. O esforço de sua execução coincide com os fins do próprio Estado de Direito, e sua efetivação implica, em Direito Tributário, o reconhecimento de princípios como a legalidade, a anualidade, a anterioridade e a espera nonagesimal. Para Aliomar Baleeiro (2010), eles devem ser tratados de forma associada a fim de que não se perca de vista o sentido que conseqüentemente imprimem no Sistema Constitucional Tributário, o da segurança jurídica. Assim, ao mesmo tempo em que o princípio se desdobra em diversos outros princípios, exige-se que estes atuem em conjunto, de modo a efetivamente promover o amplo estado de segurança que se espera do Direito.

A **legalidade** não é um princípio meramente formal (findado na valorização do ato legislativo, lei), sendo também consagrado em seu aspecto material. Nesse sentido, significa a determinação conceitual específica da dimensão substancial do tributo. Constitui um comando para que o legislador desça a pormenores ao criar a norma tributária, concretizando-se no tributo. Portanto, a lei deve dispor acerca da hipótese material, espacial e temporal, conseqüências obrigacionais, sanções pecuniárias, e de tantos quantos forem os elementos necessários para fechar o sentido do tributo, conferindo-lhe certeza.

A regra da **anualidade** não mais opera como autorização orçamentária, embora a Constituição de 1988 mantenha o princípio para fins de planejamento das mudanças legislativo-tributárias, além de servir-se dele como marco temporal para a periodização dos impostos incidentes sobre a renda e patrimônio. Desse modo, segundo os comentários de Misabel Derzi à obra de Aliomar Baleeiro, as “leis tributárias, uma vez publicadas, vigentes e eficazes, não estão sujeitas, ano a ano, a uma prévia autorização contida na lei orçamentária, para que possam surtir efeitos.” (BALEEIRO, 2010, p. 76). O princípio da autorização orçamentária não foi recepcionado pela Constituição, sendo substituído pelo da **anterioridade**. Tal princípio “limita-se a adiar a

eficácia e a aplicação da lei, que institui tributo novo, ou majora um já existente, para o exercício financeiro subsequente ao de sua publicação, sendo irrelevante o fato de a lei orçamentária ter ou não autorizado a arrecadação do novo tributo, conforme o art. 150, III, *b*.” (BALEEIRO, 2010, p. 77).

A garantia da **não surpresa** foi reforçada pela incorporação do princípio da **espera nonagesimal** ao princípio da anterioridade, segundo a Emenda Constitucional nº 42/2003 (BRASIL, 2003). A novidade consiste na imposição de um período de vacância (noventa dias posteriores à publicação do ato) para que a nova lei produza seus efeitos. Ao restringir o rol de tributos exceptivo da legalidade rígida, a Constituição de 1998 estendeu as exceções ao princípio da anterioridade e da espera nonagesimal, fechando-o em enumeração taxativa.

Segundo Aliomar Baleeiro, a visão consorciada dos princípios supracitados permite o vislumbre de consequências de grande importância. Exemplo disso é a incompatibilidade das medidas provisórias com a criação e majoração de tributos em decorrência da associação entre os princípios da anterioridade e da legalidade, que “adia a eficácia e a aplicação da lei tributária já existente para o exercício financeiro subsequente ao da publicação.” (2010, p. 78).

O **princípio da igualdade** perante a lei é uma exigência de generalidade, mediante conformação do conteúdo normativo constitucionalmente imposto. Nessa perspectiva, o atual regime adota o princípio da substância e do conteúdo mínimos, que veda o tratamento legal diferenciado de situações não coincidentes. “Realiza-se no conceito abstrato fechado, plenamente, a uniformidade ou isonomia, no sentido formal.” (ÁVILA, 2012, p. 186). Porém, a previsão constitucional de isonomia não cumpre a garantia de igualdade materialmente considerada. A desconsideração de elementos relevantes para a discriminação positiva pode gerar situações injustas. A fim de garantir a igualdade em cada situação jurídica é necessário que o mandamento legal seja flexível e aberto à realidade, promovendo maior permeabilidade às diferenças individuais. Em Direito Tributário esse mandamento consubstancia-se no princípio da capacidade contributiva, segundo o qual “os impostos [...] sempre que possível, terão caráter pessoal e

serão graduados segundo a capacidade econômica (contributiva) dos contribuintes.” (COELHO, 2006, p. 50).

Todos esses princípios tributários evidenciam a intensidade com que a segurança jurídica irradia seus efeitos no Direito Tributário. Nesse sentido, técnicas que possam contribuir para a simplificação do (complexo) sistema tributário, conferindo-lhe maior previsibilidade e certeza, são desejáveis, pois ultimam a segurança jurídica. Assim, o **procedimento do caso modelo** representa um importante mecanismo, pois promove a igualdade mediante o julgamento coletivo de demandas repetitivas (como tendem a ser as demandas tributárias) e ainda robustece a confiança do contribuinte, ao garantir uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais em matéria tributária. Isso não afasta – é importante frisar – as particularidades de cada uma das demandas repetitivas que, quando juridicamente relevantes, podem ensejar à não aplicação do caso modelo, por preponderar uma nota distintiva. Portanto, ainda que demandas repetitivas possam ser reduzidas a um núcleo comum (parte universalizável do caso modelo), elas não estão despidas de suas particularidades.

Na atividade judicante, a segurança jurídica manifesta-se em seus três aspectos (certeza contudística, estabilidade sistêmica e proteção da confiança legítima *stricto sensu*). Assim, o Poder Judiciário participa na determinação do significado das normas, através da interpretação jurídica; promove a estabilidade sistêmica ao solucionar os (aparentes) conflitos de normas; e contribui para a proteção da confiança, ao articular a uniformidade do direito e garantir a estabilidade do entendimento sobre as normas, criando um ambiente jurídico previsível e, portanto, assecuratório dos direitos expectados. Dessa forma, “o princípio da segurança jurídica requer a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do Sistema Jurídico e esta confiança, por sua vez, apresenta-se como uma eficácia do princípio de certeza do direito ou da estabilidade do ordenamento, para exigir a recomposição do *estado de segurança*.” (TORRES, 2012, p. 220).

A técnica do procedimento modelo tem aptidão para potencializar a função do Poder Judiciário em promover a segurança jurídica naquelas áreas onde as demandas tendem a se multiplicar. Essa multiplicação gera risco de congestionamento da máquina judicial e, ainda, de produção de decisões

conflitantes. Ambas as consequências deterioram a segurança jurídica. Nesse sentido, é o alerta Rodolfo Mancuso (2010, p. 133):

Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciais absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas demandas múltiplas, ajuizadas em razão de certos interesses de massa, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.

Diante da intensidade com que os princípios da igualdade e da segurança jurídica são aplicados no Direito Tributário e, em vista do claro compromisso da técnica do caso modelo com a simplificação do julgamento das demandas múltiplas (como são as tributárias), a atração dos temas é magnética e merece estudo.

5 A FORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CONTRIBUINTE POR MEIO DA TÉCNICA DO CASO MODELO (OS RECURSOS REPETITIVOS E A REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA)

5.1 O procedimento do caso modelo como medida de simplificação do sistema tributário e reforço da proteção da confiança do contribuinte

A técnica do caso modelo é mais uma resposta do Legislador ao problema do crescente aumento das demandas judiciais, fenômeno que tem como um dos efeitos mais perversos o congestionamento dos tribunais superiores. Com a sobrecarga de recursos, há risco de prolação de decisões contraditórias, o que compromete a realização do desígnio constitucional dos tribunais superiores de promover a uniformização do direito. Isso se agrava ainda mais, em razão de o sistema processual não estar preparado para lidar com as demandas em massa. O seu aparato estrutura-se tradicionalmente sob uma concepção privatística da relação processual (autor/réu), em reflexo à relação material de cariz obrigacional (credor/devedor). Segundo esta estrutura, qualquer outra pessoa, que não o autor ou o réu, é considerada um terceiro e está alijada da relação processual. No entanto, sabemos que nas demandas em massa, naturalmente repetitivas (como são as demandas em matéria tributária), existe uma conexão, ainda que remota, entre as causas de pedir¹¹⁸. Assim, o autor ou o réu de uma determinada demanda pode sofrer efeitos refratários de uma outra demanda, repetitiva com relação à sua. Isso porque é esperado que, com relação ao núcleo comum das demandas, um mesmo entendimento seja proferido. No entanto, a profusão de recursos e o desaparecimento do sistema para processar demandas múltiplas concorrem

¹¹⁸ Humberto Theodoro Júnior define causa de pedir da seguinte forma: “A *causa petendi*, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o *fato jurídico* que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui determinado efeito. A *causa de pedir*, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de “causa remota” do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de “causa próxima” do pedido¹.” (2009, p. 70).

¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 1981, v. I, nº 15, p.83.

contra essa uniformidade, induzindo, ao contrário, a decisões conflitantes. Tudo isso torna o sistema processual **mais complexo e menos operante**.

No entanto, a complexidade é mesmo um elemento inafastável do fenômeno social moderno, do qual o Direito não está infenso. Mas o aumento dessa complexidade é indesejável, pois torna o sistema ininteligível e, por isso, deve ser contido. É preciso, então, criar mecanismos que sejam capazes de equacionar as novas variáveis que o fenômeno impõe, de forma a permitir que o homem possa apropriá-las em uma dimensão racionalmente possível, dentro de sua não onisciência. E tais mecanismos não podem ser simples. Afinal, nos ensina Niklas Luhmann (1990), complexidade se responde com mais complexidade.

Essa aparente contradição é facilmente compreendida com um exemplo do que recentemente observamos em nossa sociedade brasileira. Diante da demanda de grupos representativos de minorias, foi criado o sistema de cotas para acesso às universidades federais, que consiste na reserva de uma parte das vagas para pessoas que se enquadrem na qualificação negro, índio, deficiente ou estudante de escola pública. Assim, o critério que inicialmente existia de classificação dos candidatos segundo a nota obtida nas avaliações, depende agora de outras variáveis como etnia, cor de pele, aptidão física e origem escolar. Esse é um exemplo claro de como a complexidade (grupos de minorias reivindicando seu *status* de sujeito constitucional¹¹⁹) demanda ferramentas sofisticadas, porque somente assim conseguimos racionalizar as variáveis para, então, podermos compreendê-las e tratá-las.

Considerando e problematizando a questão da complexidade da sociedade moderna, Niklas Luhmann (1990) propõe um método para reduzi-la, através de sua teoria dos sistemas. Segundo elabora, a sociedade seria um sistema diferenciado em subsistemas (científico, jurídico, político, econômico, etc.) que funcionam através de códigos especializados. Ao estabelecer um funcionamento próprio para cada **sistema**, Niklas Luhmann o diferencia do

¹¹⁹ Michel Rosenfeld nos fala da constante revisão da identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*) através da incorporação de minorias em seu conceito: "O constitucionalismo não faz sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo; [...] o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo." (ROSENFELD, 2003, p. 21 e 36).

ambiente no qual se insere, ambiente este composto pelos demais sistemas. Assim, o sistema científico opera segundo o código verdade/mentira, o jurídico segundo o código legal/ilegal, e dessa maneira cada sistema vai se diferenciando em torno de seu próprio código; qualquer informação será tratada pelos sistemas na linguagem de seus códigos. Isso permite que os sistemas operem de forma coerente e hermética.

Com apoio no **conceito de autopoiesis**¹²⁰, o autor explica que cada sistema somente é capaz de reproduzir-se a partir de seu próprio código. Nesse sentido, não cabe ao sistema jurídico cuidar de problemas sobre verdades e mentiras; esta lógica é própria da ciência e estranha ao Direito, que só concebe a ideia de legalidade ou ilegalidade. Problemas sobre verdades e mentiras, se absorvidos pelo sistema jurídico, serão traduzidos para o seu código binário legal/ilegal e, então, operacionalizados. Portanto, embora a distinção dos sistemas em códigos especializados permita o seu fechado em relação ao seu entorno¹²¹, isso não impede que interferências ocorram entre um sistema e outro; no entanto, elas serão internalizadas por meio da conversão para o código próprio do sistema e, assim, por ele processadas.

Ainda no projeto de redução da complexidade, Niklas Luhmann identifica na **confiança**¹²² um mecanismo social efetivo, por sua capacidade de

¹²⁰ “Ao transpor para as ciências sociais o conceito de *autopoieses* (do grego *áutos*, por si mesmo ou próprio, e *poieses*, criação, produção), com que Maturana e Varela designaram os organismos biológicos que constroem a partir de si mesmos os elementos em que consistem, Niklas Luhmann fez prevalecer a consideração da autoprodução, da autonomia, sobre a dinâmica do *input-output*.” (Derzi, 2009, p. 35).

¹²¹ Norberto Bobbio já acenava para essa compreensão do sistema quando tratou de explicar o ordenamento jurídico, nas palavras de Lourival Vilanova: “Bobbio observa, com acerto, que inexiste norma jurídica isolada, e, acrescentemos, fonte normativa sem vinculação interna: tudo está dentro do ordenamento, e só é explicável em função do todo que é o ordenamento jurídico”. (Vilanova, 1977, p. 23)

¹²² Para Niklas Luhmann, “a questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança há aumento de possibilidades para a experiência e a ação. Há possibilidade do aumento da complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução da complexidade.” (Luhmann, 1996, p. 14). Anthony Giddens critica a concepção de Niklas Luhmann sobre a confiança, porque nota nela mais uma condição intrínseca à modernidade do que uma questão de atitude em relação à modernidade. A seu modo de ver, a confiança impõe-se como uma “aceitação tácita de circunstâncias nas quais outras alternativas estão amplamente descartadas.” (1991, p. 38). Assim, enquanto Niklas Luhmann associa uma atitude de confiança à *calculabilidade de riscos*, Anthony Giddens a relaciona com a *probabilidade de contingências* que podem advir tanto de ações humanas como de operações do sistema. O sujeito confiante em Niklas Luhmann é autor do seu desígnio de confiar, porque, sendo livre, pode escolher assumir compromissos; já o sujeito confiante, em Anthony Giddens, confia

invalidar o tempo ou, ao menos, de invalidar as diferenças de tempo. É que, por meio da confiança, é possível antecipar o futuro, que impõe “uma carga excessiva na habilidade do homem para representar as coisas para si mesmo.” (LUHMANN, 1996, p. 21, tradução nossa). Ao reduzir as incertezas que habitam o futuro, por meio de uma atitude de confiança, aumenta-se “a possibilidade para a experiência e a ação.” (LUHMANN, 1996, p. 14, tradução nossa). Isso porque, o “ritmo demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a ação.” (OST, 1999, p. 426). Assim, uma pessoa **confiante**, baseada em suas experiências passadas, pode fazer apostas mais seguras, no presente, com um mínimo de previsibilidade, em relação ao futuro. Logo, aumentando o potencial de realização das expectativas das pessoas, o sistema se torna menos complexo e apto a atuar com maior coerência.

Nas palavras de Niklas Luhmann (1996, p. 155, tradução e grifos nossos):

A confiança é racional no que diz respeito à função de aumentar o potencial de um sistema para a complexidade. Sem confiança só é possível formas simples de cooperação humana, que podem se realizar – inclusive a ação individual é muito sensível à ruptura para que se possa planejar sem confiança – além do momento imediatamente assegurado. A confiança é essencial para o propósito de aumentar o potencial de um sistema social para ações além de formas elementares. Tipos completamente novos de ação, especialmente aqueles que não são imediatamente satisfatórios e que, portanto, têm que estar artificialmente motivados, são possíveis em um sistema que pode ativar a confiança. **Através do sistema de confiança um sistema ganha tempo, e o tempo é a variável crítica na construção de estruturas de sistemas complexos.** A satisfação das necessidades pode demorar, mas, não obstante, ser assegurada.

porque outra opção não lhe resta que não acreditar nas instituições (modernas), nas quais inevitavelmente está inserido e que têm se provado, pela experiência, efetivamente confiáveis (1991, p. 88). Não está errado Anthony Giddens quando parte da premissa de que as instituições modernas estão inevitavelmente assentadas na base da confiança; no entanto, convence-nos mais o argumento de Niklas Luhmann de que confiar é uma questão de escolha, porque ela pode se realizar em diferentes graus. Ainda que na modernidade sejamos impelidos a confiar nas instituições – porque doutro modo seria impossível viver e da modernidade não há como escapar, talvez nem mesmo na ilha mais remota – podemos fazê-lo numa postura ativa, investindo no aumento desta confiança, ao contrário de uma posição passiva que apenas a aceita como uma condição relegada à contingência. O investimento no recrudescimento da confiança certamente tem grande aptidão para criar instituições muito mais eficientes no tratamento da complexidade intrínseca à modernidade.

Nesse propósito de redução da complexidade, **o Direito desempenha importante papel¹²³ ao criar expectativas normativas que evitam e solucionam conflitos.** “Dentro das mudanças contínuas da realidade e de sua alta complexidade, os riscos são tão elevados, que o papel do Direito é insubstituível e funcionalmente destinado, como ensina NIKLAS LUHMANN, a generalizar para estabilizar ‘as expectativas normativas de comportamento’.” (DERZI, 2009). Assim, o sistema jurídico evita conflitos estabelecendo *a priori* padrões de comportamentos, função que compete, primordialmente, ao Poder Legislativo. Além disso, o sistema jurídico também soluciona conflitos, por meio de processos de tomada de decisões, atribuído ao Poder Judiciário, para inserir comandos estabilizadores *a posteriori*.

Assim, um sistema jurídico que se pretenda confiável deve atuar com coerência, no sentido de que seja previsível quanto ao seu *modus* de funcionar (de prevenir/solucionar conflitos). Portanto, seguindo as lições de Niklas Luhmann, Misabel Derzi conclui que “passou a ser valorizado positivamente uma práxis decisional universalística”, que torne “possível a formação de expectativas.” (DERZI, 2009, p. 168)¹²⁴. Nesse propósito, políticas de valorização do precedente judicial são desejáveis, à medida que aumentam a coerência do sistema. Ou melhor, mais que desejáveis, são substanciais à

¹²³ O Direito tem, em sua raiz, a segurança, que se desdobra em vários postulados. Para Humberto Ávila (2012, p. 79) “a segurança é a síntese dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade de calculabilidade normativas, alcançadas por meio de instrumentos garantidores de acessibilidade, de abrangência, de inteligibilidade, de estabilidade, de continuidade, de anterioridade e de vinculatividade do ordenamento jurídico”. No mesmo sentido, Heleno Torres (2011, p. 308) ensina que “a estabilidade, a calculabilidade ou a previsibilidade do direito integram a segurança jurídica na ordem temporal, pela previsão expressa das garantias de não surpresa e de vedação de regulação *ex post facto*; além do respeito aos direitos adquiridos, à autoridade da coisa julgada, enquanto da preservação da regra *patere legem quam ipse fecisti*, segundo a qual a autoridade deve suportar e respeitar a regra editada, ademais de determinação clara e objetiva sobre os prazos de prescrição e decadência.”

¹²⁴ Seguindo lições de Niklas Luhmann, Misabel Derzi afirma que “uma práxis decisional é justa quando tais questões vêm decididas ‘sem se considerar a pessoa’, segundo pontos de vista do sistema, e quando o critério igualdade/desigualdade venha aplicado também na determinação desses pontos de vista. De tal modo, passou a ser valorizado positivamente uma práxis decisional universalística, em contraste com uma práxis particularística, dependente das relações singulares realizadas, caso por caso, entre juiz e interessado na decisão (por exemplo, dependentes de presentes, parentelas ou conhecimento, temor de represálias, etc.). Uma orientação universalística torna possível a formação de expectativas nos confrontos entre pessoas ainda desconhecidas, em situações ainda desconhecidas, e por motivos fixados de modo relativamente livre no contexto. Ela tem assim uma importância decisiva para o desenvolvimento de uma sociedade mais complexa, tornando suportáveis horizontes temporais mais amplos e insegurança mais elevada.” (DERZI, 2009, p. 168).

própria ideia de sistema, pois não se pode conceber um sistema que não seja racional ou coerente; isto seria um verdadeiro contrassenso. **Através da valorização dos precedentes, as pessoas deixam de ter que prever as decisões e tornam-se capazes de expectá-las.**

Para que um caso julgado¹²⁵ se torne “precedente”, diga-se, um “exemplo anterior” (Dicionário Priberam), deve ser representativo, no sentido de conter um certo grau de generalidade que lhe permita transcender de sua concretude para relacionar-se com outros casos similares¹²⁶. Nesse sentido, quando se cria um procedimento (como é o do caso modelo) onde a seleção do caso representativo é antecipada, reduz-se ainda mais a diferença de tempo (passado, presente e futuro), aumentando a capacidade do sistema de estabilizar expectativas de comportamento. É que, em regra, “o precedente somente tem eficácia quando o segundo juiz o compartilha” (2007, p. 92, tradução nossa). Assim, só se sabe o quão vinculante será um precedente, após a sua formação. No procedimento do caso modelo antecipa-se essa expectativa, predeterminando o caso que formará o precedente. Dessa forma, aumenta-se a capacidade do sistema de criar expectativas e gerar maior previsibilidade.

Além disso, os tribunais de origem, ao utilizarem o precedente formado no caso representativo (caso modelo) como fundamentação de suas decisões, dispensam-se (em parte) de passar por todo o processo de elucubração pelo qual percorreu o tribunal superior ao julgar o caso representativo; têm o encargo argumentativo de demonstrar a similitude (ou a diferença) dos casos para aplicar (ou não aplicar) a mesma solução jurídica e, com isso, justificam

¹²⁵ Para Castanheira Neves, segundo explica Lênio Streck, há uma diferença entre caso julgado e precedente: “No *caso julgado*, têm-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema. Já no *precedente* – também oriundo de um julgamento concreto –, tem-se a instituição de um novo paradigma (uma *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capitalizar outras decisões. Todavia, essa “aplicação” em outros casos similares, não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram *sub judice*.” (2008, p. 165).

¹²⁶ Vimos na Subseção 3.1 que a decisão judicial, enquanto microcosmo do sistema jurídico, reproduz suas mesmas características. Mesmo que em menor grau de generalidade e abstração, ela encerra um *dever ser* e, portanto, tem efeitos normativos que a torna subsumível a casos semelhantes àquele a partir do qual foi criada. Portanto, ainda que na sua reduzida aptidão de universalização (porque é, em certo grau, geral e abstrata e, em certo grau, particular e concreta), a norma judicial projeta-se para o futuro e realiza a função do Direito de conferir maior confiança.

suas decisões. Paralelamente, com a atribuição de efeitos vinculantes ao precedente formado no caso representativo, os tribunais superiores são poupados de analisar repetidas vezes uma mesma questão jurídica, o que simplifica o seu trabalho judicante. Assim, a decisão proferida no caso representativo “aplica e cria direito em sentido lato, uma vez que, por meio dela, se escolhe uma, dentre as alternativas possíveis de significados dos enunciados linguísticos das leis [...]” fechando “as demais alternativas – antes possíveis”¹²⁷. Dessa forma, ao reduzir o universo de alternativas possíveis, simplifica e torna o direito mais previsível.

A transcendência do precedente, formado no caso representativo, para outros casos semelhantes, se dá por meio dos princípios jurídicos. Assim como as leis, os precedentes também têm sua motivação, e esta motivação é o princípio jurídico que animou a decisão. À medida que os precedentes reforçam o papel dos princípios, aumentam o grau de integridade do sistema – como nos ensina Dworkin (1986, p. 13) – e, por conseguinte, sua previsibilidade – como quer Niklas Luhmann (1996, p. 12). Quando uma decisão se conecta à outra por meio dos princípios, desencadeia-se uma sequência histórica que liga passado, presente e futuro. Ao se aplicar um precedente, confirmar-se o compromisso com a manutenção das expectativas, realizando-se, no presente, o que se aspirou, no passado e, ao mesmo tempo, projetando-se novas expectativas para o futuro. Dessa forma, os princípios também assumem a

¹²⁷ “É que a sentença, que se repete por meio da casuística, aplica e cria direito em sentido lato, uma vez que, por meio dela, se escolhe uma, dentre as alternativas possíveis de significados dos enunciados linguísticos das leis, ou seja, ela em regra, está justificada por construir uma norma individual, possível entre outras, e sacada da própria norma pré-constituída pelo legislador, mais universal e abstrata. Não obstante, a partir do momento em que o Poder Judiciário se firma em uma das alternativas possíveis de sentido, criando a norma específica e determinada do caso, e repetível para o mesmo grupo de casos, norma cabível dentro da norma legal, ele fecha as demais alternativas – antes possíveis. As demais alternativas não estarão mais disponíveis, sustentamos exatamente porque foram afastadas pelo Poder Judiciário, em entendimento consolidado. Desde o momento de tal fechamento, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador e dotado de uma cadeia de signos e significados inúmeros, concretiza-se e fixa-se em certo sentido único, criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos. À seleção e escolha do legislador, exercidas dentro do espaço deixado pela Constituição e pelos fatos sociais, sucedeu, então, outra escolha, a seleção efetuada pelo juiz, dentro do espaço de liberdade, mais restrito, deixado pela lei. A constituição da norma mais concreta, advinda das decisões judiciais, parece-nos configurar fenômenos evidente, já registrado por muitos juristas, norma essa que nasce vocacionada à expansão e à aplicação a casos futuros similares.” (DERZI, 2009, p. 188-189).

função de reduzir a complexidade do sistema jurídico, ampliando os horizontes de tempo das ações (DERZI, 2009, p. 167).

Nessa função de estabilizar expectativas através da solução de conflitos, o papel dos tribunais superiores se mostra central. Enquanto órgãos de cúpula, responsáveis pela uniformização do direito, suas decisões atingem o grau máximo de universalização que uma decisão pode ter. Por isso, as decisões dos tribunais superiores têm maior propensão de se tornarem precedentes que decisões dos tribunais inferiores, dada a hierarquia que representam dentro da ordem jurisdicional, seguindo a mesma lógica do escalonamento de normas proposto por Hans Kelsen¹²⁸. Logo, ainda que uma decisão prolatada por um juiz de primeira instância seja muito bem fundamentada, a decisão do tribunal superior vinculará mais do que esta. Não é o conteúdo da decisão que a torna mais ou menos vinculante, mas sim a hierarquia do órgão da qual emana¹²⁹. Portanto, quando se criam técnicas, como é a do procedimento do caso modelo, que valorizam as decisões dos tribunais superiores, o sistema jurídico aumenta sua coerência e, assim, potencializa sua capacidade de estabilizar expectativas, ou seja, de gerar confiança. E quando essas técnicas de valorização estão voltadas justamente para situações com grande tendência de gerar complexidade, como são as

¹²⁸ “Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante [...]” (KELSEN, 2002, p. 246-247).

¹²⁹ O que dizer da vinculação do tribunal com relação a seus próprios precedentes? Os precedentes horizontais podem ter alguma força persuasiva, mas não são vinculantes. Há que existir alguma hierarquia entre o órgão prolator do precedente e o órgão que o adotará como *ratio decidendi* para que se reconheça uma força vinculante. No entanto, pelo dever de coerência, impõe-se que casos iguais sejam tratados igualmente. Isso, por si só, faz o tribunal seguir seus próprios precedentes. Todavia, não se descarta a possibilidade de o tribunal mudar o seu entendimento (*overruling*) e suplantando o precedente que havia construído. O precedente pode estar errado ou obsoleto diante de avanços econômicos, sociais, políticos, ou avanços de qualquer outra espécie que possam influenciar a decisão. Mas toda mudança deve ser sempre justificada. Assim, não há necessariamente um problema em o tribunal mudar o seu entendimento, desde que não o faça com frequência e injustificadamente.

demandas repetitivas (a exemplo, as tributárias), o sistema atinge de forma venerável seu propósito simplificador.

A confiança está na origem da técnica de julgamento por meio de casos modelo. Na Alemanha, conforme vimos na Seção 2.1, uma das principais razões para a edição da *KapMug* foi a demanda dos acionistas por um meio mais eficiente e seguro para recuperarem eventuais perdas ocorridas no mercado de ações. Este mercado, por sua natureza, tem alta dependência nas relações de confiança. Por isso, se não estiver respaldado em um conjunto de regras que crie um ambiente adequado de correção das perdas e danos dos acionistas, estes podem migrar para outros mercados, que lhes confirmam um ambiente mais seguro para suas apostas (FEESS e HALFMEIER, 2012).

A legislação alemã acabou restringindo o procedimento do caso modelo às demandas relativas ao mercado financeiro. No Brasil, o procedimento foi incluído no CPC, e, portanto, estende-se a todas as demandas cíveis. Mas se fosse se limitar materialmente a algum campo do Direito, certamente que o Direito Tributário, ao lado do Direito do Consumidor e do Direito Bancário, por exemplo, estariam nesta circunscrição. Como vimos, no Capítulo 4, a matéria tributária tem vocação para a repetitividade. Ademais, é um campo onde a segurança jurídica e a igualdade revelam-se fortemente, desdobrando-se em diversos princípios, como o da legalidade, o da anterioridade, o da vedação ao tratamento desigual de contribuintes, etc. Diante dessas características do Direito Tributário (vocação para a repetitividade de suas demandas e regência dos princípios da segurança jurídica e da igualdade), o procedimento do caso modelo apresenta-se como importante técnica de simplificação da complexidade tributária e garantia da confiança do contribuinte. Algumas consequências positivas podem ser relacionadas:

- I. A seleção do caso representativo, somada à fixação dos pontos controvertidos a serem solucionados no seu julgamento, permite ao contribuinte conhecer antecipadamente o conteúdo sobre o qual irá versar a norma judicial, aumentando sua capacidade de planejamento tributário, ou seja, de conhecer as normas tributárias existentes para, em vista delas, organizar sua atividade econômica;

- II. O julgamento por meio de casos modelo tem potencial para ser um importante foro discursivo-democrático da questão jurídico-tributária, o que tende a aumentar o nível de qualidade da decisão que formará o precedente, além de oportunizar o consentimento do contribuinte ao tributo – conforme veremos mais detidamente na Subseção 5.3;
- III. A dimensão pública que os julgamentos dos tribunais superiores sobre questões repetitivas alcança, e a extensão dos efeitos da decisão proferida no caso modelo aumentam a responsabilidade do Poder Público por seus atos;
- IV. A vinculatividade da norma judicial a todas as demandas tributárias repetitivas promove a igualdade tributária, afastando a possibilidade de que contribuintes, pleiteando causas semelhantes, obtenham decisões diferentes. Consequentemente, evita-se distorções de mercado decorrentes da aplicação de normas tributárias diferentes a agentes atuando em um mesmo mercado;
- V. A vinculatividade da norma judicial produzida no caso modelo também desestimula a *fúria legislativa* (MANCUSO, 2012, p. 52), marcadamente existente no Direito Tributário. Ela reduz a “margem de ganho” que motiva a edição de muitas normas administrativas que, embora natimortas por sua ilegalidade/inconstitucionalidade, são incentivadas pela estatística de que poucos contribuintes vão se insurgir contra elas e, dentre estes, alguns provavelmente sucumbirão no Judiciário. Do mesmo modo, a extensão dos efeitos da decisão dos tribunais superiores a todas as demandas tributárias repetitivas desincentiva ações de economia tributária dos contribuintes, que sejam altamente contestáveis, haja vista a possibilidade de estas ações se tornarem um caso representativo;
- VI. Considerando que a matéria tributária encontra amplo assento constitucional e, por conseguinte, complementar-constitucional, a vinculatividade das decisões dos tribunais superiores nesta matéria é desejável, uma vez que fortalece a base principiológica do sistema tributário;

- VII. As decisões proferidas nos casos representativos pelos tribunais superiores servem de influxo para os Poderes Legislativo e Executivo revisarem suas normas, tal como proposto por Giovanni Ramello (RAMELLO, 2012) (Vide Subseção 2.1); e
- VIII. O sobrestamento de todos os recursos extraordinários e especiais confere uma garantia maior aos contribuintes-jurisdicionados, uma vez que, em regra, esses recursos não estão dotados de efeitos suspensivo (art. 542, §2º do CPC (BRASIL, 1973)¹³⁰)¹³¹.

Mas há, também, consequências negativas:

- I. O julgamento das demandas tributárias repetitivas “em bloco”, desconsiderando as particularidades dos casos, é uma prática que corrompe o sistema, produzindo efeitos diametralmente opostos aos sustentados nesta subseção, uma vez que aumenta o nível de desconfiança¹³² dos contribuintes e promove o tratamento desigual destes contribuintes, em termos materiais (vide a subseção seguinte); e
- II. A restrição a expedientes recursais – como é o caso da inadmissão de recurso contra a decisão que determina o sobrestamento das demandas consideradas repetitivas – viola o direito à ampla defesa

¹³⁰ “Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. [...] § 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.”

¹³¹ Embora o art. 32, §2º da Lei de Execuções Fiscais determine que, somente após o trânsito em julgado dos embargos à execução fiscal, o depósito judicial (e, por analogia, qualquer outra garantia), poderá ser levantado, o Poder Judiciário tem referendado o entendimento do Fisco de que o art. 739-A do CPC, que estabelece que “os embargos do executado não terão efeito suspensivo”, se aplica às execuções fiscais. Com isso, retirou-se o automático efeito suspensivo que os embargos tinham sobre as execuções fiscais, permitindo o prosseguimento dos atos expropriatórios no feito executivo, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão de mérito.

¹³² “Se é verdade que a confiança reduz a complexidade da vida, por meio da aceitação do risco, a desconfiança não é apenas o oposto da confiança, mas ainda seu equivalente funcional porque ela igualmente simplifica e, às vezes, radicalmente. [...] ‘Consequentemente a desconfiança também logra a simplificação, não raramente uma simplificação drástica. Uma pessoa que desconfia necessita muito de mais informação, mas ao mesmo tempo limita a informação àquilo que ela sente seguramente que pode confiar. Faz-se mais dependente com relação a menos informação.’¹ [...] Mas, evidentemente, embora a desconfiança seja técnica redutora, é, simultaneamente, destrutiva.” (DERZI, 2009, p. 334-336).

¹ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Trad. Amada Flores, Anthropos. Universidad IberoAmericana. Santiago, 1996, p. 124.

e ao contraditório, em nome da praticidade, comprometendo a missão do Poder Judiciário de fazer justiça individual. Como consequência, os contribuintes, cujas demandas tiverem sido equivocadamente afetadas ao recurso representativo, terão que aguardar a prolação do acórdão no caso modelo para terem a oportunidade de recorrer e demonstrar que os seus casos são diferentes, o que acarreta alguns prejuízos, tais como a delonga processual e o prejuízo financeiro de se manter, durante esse tempo, uma garantia ao crédito tributário discutido.

Todas essas consequências evidenciam a importância que o procedimento do caso modelo representa no Direito Tributário, no sentido de promover a proteção da confiança do contribuinte e simplificar o complexo sistema tributário brasileiro. No entanto, é preciso o aprimoramento da técnica para evitar que, em nome da praticidade, se descuide das particularidades dos casos, as quais somente podem ser asseguradas mediante um compromisso inarredável com a justiça individual. Por fim, é fundamental que a prática forense atente para o importante papel que o procedimento pode exercer na construção de um sistema coerente e justo.

5.2 O procedimento do caso modelo como medida de praticidade tributária?

O procedimento do caso modelo surgiu, no Brasil, no bojo da Reforma Processual deflagrada pela EC nº 45/2004, como uma medida para remediar o congestionamento dos tribunais superiores causado, em grande parte, pelas demandas repetitivas (vide Subseção 1.2.1). O objetivo imediato da reforma era impactar as estatísticas com a redução do volume de recursos endereçados aos tribunais superiores. Medidas como estas são medidas de praticidade, como nos ensina Misabel Derzi (2007, p. 138-139):

A praticidade é um princípio jurídico que não encontra formulação em norma escrita, mas se acha difuso no ordenamento. [...] é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral de economicidade e exequibilidade inspira o direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticidade a imperativo constitucional implícito.

Medidas de praticidade (ou praticabilidade, como também podem ser denominadas) são afeitas a normas que ensejam execução em massa e, portanto, demandam simplificação. É de grande serventia à Administração Tributária que pode legitimamente (dentro de certos limites) delas fazer uso, como pondera a autora:

As normas que ensejam a execução em massa pelo Poder Executivo elevam a seu ponto máximo as necessidades de simplificação e praticabilidade. No direito tributário, continuamente, o lançamento para cobrança de tributos representa a aplicação da norma legal a milhares de casos. Os regulamentos e demais atos da Administração, baixados com vistas a possibilitar a execução das leis, guiam-se pelo princípio da praticabilidade e devem buscar as soluções mais simples, cômodas e econômicas. Exatamente a propósito da administração em massa, se tem colocado, na atualidade, em especial no direito alemão, o modo de raciocinar “tipificante”. [...] Para corrigir a complexidade do sistema (reflexo da complexidade sócio-econômica) e evitar-se a fraude, criam-se fórmulas simplistas, mas universais, características das fórmulas modernas (assim a CPMF, a CSG dos franceses, as pautas e presunções *iuris et de iure*). Afinal, a *abstração*, o *universalismo*, a *unidade da razão*, a *axiomatização*, a *simplicidade* e a *segurança* não são características modernas? (DERZI, 2007, p. 141 e 362).

Se a Administração Tributária pode legitimamente fazer uso de medidas de praticidade, o Poder Judiciário, enquanto órgão também executor das leis, estaria autorizado a utilizar de tais expedientes para simplificar sua atividade judicante? Estamos com Misabel Derzi, para quem a “praticidade opõe-se à justiça no caso ou à igualdade individual.” (2007, p. 142). Sendo a missão maior do Poder Judiciário aplicar o direito ao caso concreto, não se pode admitir que, em nome da praticidade, a garantia individual de “acesso ao Judiciário”, gravada no art. 5º, XXXV da CR/88¹³³ (BRASIL), seja minorada. Ainda que em Direito Tributário, indiscutivelmente, a lei seja aplicada em massa, e ainda que seja desejável que isto se dê do modo mais eficiente possível, jamais poderá o Poder Judiciário, em nome da praticidade tributária,

¹³³ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

desincumbir-se de sua missão. “Por essa razão, onde prevalece a busca da justiça material singular, a praticidade fica restrita ao parcimonioso uso que dela faça o legislador.” (DERZI, 2007, p. 142).

Nesse sentido, o pragmatismo que vem sendo creditado ao procedimento do caso modelo representa um grave risco à realização da justiça individual. O pretendido desiderato massificante atribuído pela *praxe forense* a essa técnica processual (vide Subseção 3.4) só se alcança por meio de uma radical simplificação do processo judicante, o que tem culminado na supressão de recursos, no desprezo da concretude dos casos e no impedimento da participação dos interessados no julgamento do caso modelo. Para tanto, confere-se um efeito fortemente vinculante à decisão dos tribunais superiores, o que, conjugado com a desconsideração das particularidades dos casos concretos, resulta em uma subsunção “perfeita”: a norma geral vinculante do tribunal vai ao encontro dos casos abstraídos de suas individualidades. Com isso, dispensa-se a adjudicação da norma concreta e, por conseguinte, despreza-se a justiça individual. Como consequência, tem-se um Poder Judiciário transfigurado em Legislativo, o que corrompe a separação dos poderes e desequilibra as forças no Estado Democrático de Direito. É ao Poder Legislativo que cabe editar normas gerais e abstratas; não ao Poder Judiciário.

Em Direito Tributário, essa radical simplificação do processo judicante tem efeitos ainda mais perversos. É que o tributo nasce de ato unilateral¹³⁴ do Estado; é a manifestação do seu mais temido poder de império, a que se contrapõe o mais autêntico direito de uma pessoa, a liberdade. E, na maior parte das vezes, o tributo já nasce da aplicação em massa da lei pela

¹³⁴ “No ato administrativo, manifesta-se uma ‘vontade administrativa’, a qual, pelo menos em tese, não necessita da vontade de mais ninguém, isto é, pelo menos em princípio, não necessita da manifestação da vontade do particular para ser perfeita. Nesse sentido, o ato administrativo não se confunde com o contrato, que é ato bilateral. O ato administrativo, em sua essência, é dotado de imperatividade, isto é, um de seus atributos é o poder de coercibilidade dado à Administração, passível de ser exercido contra aqueles a que o ato se destina. A imperatividade, assim, ‘é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância’¹, ou seja, decorrem do poder atribuído à Administração de interferir na esfera jurídica dos administrados, constituindo unilateralmente obrigações ou deveres.” (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 221).

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 383.

² SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra> Almedina, 1998, p. 560-561.

Administração Tributária. Assim, embora exista a via do processo administrativo, por meio da qual o contribuinte pode apresentar sua irresignação contra o tributo, é perante o Poder Judiciário que sua garantia à ampla defesa e ao contraditório pode ser plenamente exercida. O processo administrativo tributário ainda tem nímios resquícios de processo inquisitório, sem contar sua parcialidade no julgamento. Assim, se justamente no momento em que o contribuinte puder defender-se do ato de império que lhe é imposto, ele for cerceado de apresentar recursos, participar da formação da decisão que lhe repercutirá efeitos e, enfim, de ter o seu caso individual analisado profundamente, o que lhe restará?

Ronald Dworkin, retomando o tema da interpretação como compromisso sério de realização dos direitos fundamentais, afirma que cada caso é único e irrepetível, porque funda-se na individualidade de cada pessoa e conduz, nesta concretude particular, a uma única resposta correta (DWORKIN, 2011, p. 177)¹³⁵. Ensina-nos, através de seu emblemático exemplo do romance em cadeia (*The Chain Novel*) (1986, p. 228-238), como se desenvolve o processo hermenêutico da aplicação do direito. Tal como num romance, contado por vários autores, dá-se uma sequência, em que cada juiz (autor), comprometido com o resgate da decisão passada (capítulo passado), se dispõe, no presente, a proferir uma nova decisão (escrever um novo capítulo), sempre ciente de que, ao mesmo tempo, deve manter um *link* para que a jurisprudência (história) continue, no futuro. Por isso, “nem em países nos quais é tradicional o uso do precedente pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade.” (NUNES, 2011, p. 124). Assim, a aplicação do precedente formado no procedimento do caso modelo não pode se furtar da historicidade inerente à hermenêutica jurídica, que necessariamente conduz o juiz aos fatos do caso.

Mas como compatibilizar a teoria de Ronald Dworkin, segundo a qual os casos são únicos e **irrepetíveis**, com o procedimento de julgamento de recursos que se pressupõem justamente **repetitivos**? Na verdade, essa contradição é apenas aparente. Há um núcleo comum ao qual podem ser

¹³⁵ Sobre a única resposta correta, confira-se nota de rodapé nº 104.

reduzidos todos os recursos repetitivos, por meio de conceitos jurídicos, núcleo este que se localiza em um **nível abstrato**, distante da concretude dos fatos subjacentes aos recursos. Esse núcleo comum se forma com a seleção do caso representativo e com a fixação dos pontos controversos, que definirão a pergunta geral, cuja resposta geral consistirá na decisão do tribunal superior a repercutir efeitos sobre todos os recursos repetitivos. Mas, posteriormente à resposta geral, cada recurso repetitivo deve ter sua pergunta particular respondida, através de um juízo de subsunção das particularidades de cada uma das situações fáticas ao núcleo comum dos casos, voltando a interpretação, agora, a um **nível de concretude**. A conjugação desses momentos de **abstração** e **concretude** é não só compatível com a teoria de Ronald Dworkin como desejável, pois a integridade do direito se assegura na decisão que é, “a um só tempo, a aplicação de uma norma previamente aprovada [...] e a justiça do caso concreto”. Haveria incompatibilidade entre a teoria de Ronald Dworkin e o procedimento do caso modelo se, na prática (como sói ocorrer, no Brasil), a aplicação deste procedimento debilitasse, ou mesmo suprimisse, o momento de concretude do juízo hermenêutico. Portanto, é indispensável a observância do momento de concretude no procedimento do caso modelo, pois a formação de significados e significantes, explica Gadamer (1999), exsurge da facticidade, ou seja, a aplicação do direito só pode ser feita a partir do caso concreto¹³⁶.

Disso decorre que a vinculatividade das decisões dos tribunais superiores não coloca os tribunais inferiores em posição de meros reprodutores de jurisprudência. Os tribunais inferiores exercem um papel de extrema relevância na garantia de que a decisão proferida no caso representativo seja aplicada apenas aos recursos que realmente constituam uma espécie dentro da classe “recursos repetitivos”. Desse modo, aqueles recursos que apenas se aproximam desta classe, sem partilhar de todas as suas características, não se sujeitam ao comando da decisão proferida pelo tribunal superior. Isso se dá por

¹³⁶ “Por mais que tenhamos conseguido evidenciar, que ‘a diferenciação estática’ é uma abstração, que não está em condições de suspender a pertença da obra de arte ao seu mundo, também continua sendo inquestionável, que a arte jamais é apenas passado, mas consegue superar a distância dos tempos através da presença de seu próprio sentido. Dessa maneira, o exemplo da arte nos mostra, em ambas direções, um caso muito qualificado da compreensão. A arte não é mero objeto da consciência histórica, no entanto a sua compreensão co-implica sempre uma mediação histórica.” (GADAMER, 1999, p. 264).

meio de um juízo individual de aplicação (e criação) do direito, altamente comprometido com a análise do caso em toda sua concretude. Assim, nos casos em que se realiza o juízo de diferenciação, afastando a decisão do tribunal superior do caso apenas aparentemente repetitivo, cria-se uma oportunidade para que o tribunal reveja o seu entendimento, promovendo a evolução construtivista do direito (no sentido de que nos fala Ronald Dworkin (2011)). Logo, longe de serem meros reprodutores de jurisprudência, os tribunais inferiores inserem-se na narrativa da *chain novel* com papel de destaque na valoração dos fatos do caso, deles mais próximos que dos tribunais superiores.

Disso decorre que o procedimento do caso modelo, ao contrário de combalir o poder judicante dos tribunais inferiores, confirma e fortalece o domínio que estes têm sobre os fatos do caso. Com todas as ressalvas já feitas nas seções anteriores sobre como os fatos são apropriados pelo Direito (como conceitos jurídicos e não em sua facticidade pura), ter domínio sobre fatos confere aos tribunais inferiores uma maior proximidade das particularidades dos casos e, por conseguinte, um maior compromisso com a realização da justiça individual. Em uma escala de concretude que vai desde o grau máximo (caso concreto - 100) até o grau mínimo (norma legislativa - 0), os tribunais inferiores estão mais próximos do grau máximo de realização da justiça individual do que os tribunais superiores.

Assim, ainda que no Brasil o procedimento do caso modelo tenha sido incorporado na fase de admissão dos recursos extraordinários e especiais – diferentemente da Alemanha, como vimos na Subseção 2.2, onde o procedimento se instaura na fase inicial do processo –, isto não significa que a decisão sobre aplicar ou não o precedente tenha que se resumir a um mero despacho decisório, sem consistente fundamentação. Uma decisão que evidencie as razões pelas quais o julgador entende que o caso concreto se ajusta ou não ao precedente do STJ é fundamental para o convencimento do jurisdicionado e, dessa forma, para a legitimação pelo justo. Por isso, “[...] deve ser condenada a subutilização das técnicas argumentativas como o argumento *a contrario*, *reductor* ou *expansivo*, a exceção implícita, o *distinguish* e o *overruling*.” (DERZI, 2012, p. 644, grifo da autora). Essas técnicas são

fundamentais para a adequada aplicação (ou não aplicação) do precedente aos casos supostamente múltiplos (ou repetitivos).

É preciso desacreditar no “mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes” (CARVALHO NETO e SCOTTI, 2011, p. 16), porque ele é incompatível com a ideia de justiça individual, tal como a apreendemos no atual paradigma. É o que observam Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Scotti (2011, p. 16, grifo nosso):

É a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepitíveis dos casos concretos, com vistas à promoção simultânea das pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*), que também permite que nos libertemos do **mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes**. Cada decisão que assim se apresentar configurará, outra vez, como norma geral e abstrata, estruturalmente indeterminada, introdutora de maior complexidade social, vez que na qualidade de orientação voltada ao futuro também incentivará, por seu turno, pretensões abusivas em relação a ela e que, as quais só poderão ser desmascaradas mediante o exame reconstutivo e criterioso da unicidade irrepitível de cada caso concreto que venha a se apresentar.

É lamentável uma postura do julgador despreocupada com as particularidades do caso, porque ela contribui para tornar o sistema mais complexo, uma vez que **eleva o nível de abstração** da decisão proferida no caso representativo (caso modelo) a patamares indesejáveis. A inserção no sistema jurídico de mais uma norma abstrata naturalmente gera mais complexidade, porque exige mais interpretação. O que se ressentir é que a abstração da decisão proferida no caso modelo tem sido compreendida como uma **escusa para não se observar as peculiaridades dos casos concretos**, que demandam um atinado trabalho hermenêutico do julgador. Essa conduta acaba por tornar os casos concretos abstratos, despidos de suas particularidades, pois equipara-os artificialmente ao caso representativo do qual resultou a decisão modelo. O resultado dessa advertência é que o jurisdicionado perde a credibilidade no Poder Judiciário; afinal, fosse suficiente a abstração da norma para garantir-lhe o direito, já não bastaria a Lei? Qual, então, a razão para se socorrer ao Poder Judiciário?!

O maior erro no modo como o procedimento do caso modelo vem sendo praticado está na equivocada cisão dos “momentos de ‘interpretação’ e ‘aplicação’ do direito”, como explica Thomas Bustamante (2013, p. 74-75):

[...] como se se pudesse decompor a razão prática em dois estágios, sendo o primeiro o estágio ‘deliberativo’ – onde o legislador ou o Tribunal Superior realiza uma ponderação definitiva de razões estabelecendo uma diretriz ou ‘razão excludente’ que pode ser aplicada no estágio posterior ‘sem recorrer a quaisquer valorações’ – e o segundo estágio ‘executivo’ – onde o juiz ou o aplicador do direito meramente aplica/executa de forma neutra a decisão do agente que autoritativamente estabeleceu a regra jurídica.

Essa mesma preocupação foi objeto de reflexão de Lênio Streck (2008, p. 172, grifo do autor), em artigo sobre as súmulas:

Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que “**o precedente não cabe na súmula**”. Trata-se de um “enigma” hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*.

É preciso evitar que as duras críticas feitas às súmulas prejudique o importante propósito que podemos atribuir ao procedimento do caso modelo: o de promover a confiança e a igualdade no sistema jurídico e, em especial, no sistema jurídico tributário. Tem razão Lênio Streck (2008, p. 184) quando conclui que “vista sob uma perspectiva hermenêutica, a súmula [leia-se: o procedimento do caso modelo] não representa essa ‘tragédia’”.

É que o problema do procedimento do caso modelo não é o instituto em si, mas a forma como tem sido aplicado. “Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória).” (NUNES e BAHIA, 2010, p. 73). Sem a detida análise das particularidades dos casos repetitivos não é possível fazer analogias ou diferenciações e, assim, dar sequência ao encadeamento evolutivo do direito, por meio da reconstrução histórica dos casos julgados (DWORKIN, 2011). Somente com a **conjugação da resposta geral com a**

resposta particular é que a técnica do caso modelo representará um grande contributo à almejada “integridade do direito”. Explica, Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 38), que:

(...) no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Portanto, a vinculatividade da decisão proferida pelos tribunais superiores no caso representativo aos recursos repetitivos não extrai fundamentos do princípio da praticidade – nem mesmo em Direito Tributário, onde tal princípio encontra importante assento –, mas sim do postulado da coerência, densificado na exigência de igualdade no julgamento de demandas repetitivas – igualdade esta que, em Direito Tributário, é princípio capital. Ainda que em sua motivação o legislador tenha se valido de critérios de praticidade (o motivo expresso da criação das Leis nºs 11.418/2006 (BRASIL, 2006) e 11.672/2008 (BRASIL, 2008) foi o congestionamento dos tribunais superiores) a norma legislativa não se atrela a eles; sua compreensão emerge da teia de significados do ordenamento normativo. Nesse sentido, uma vez que a missão institucional do Poder Judiciário é a realização da justiça individual, é à luz deste princípio que as referidas leis devem ser interpretadas, ou seja, não como um comando de aplicação da lei em massa, mas justamente em sentido oposto, como técnica de garantia da igualdade material. Para tanto, é fundamental a investigação judicial do caso concreto (DERZI, 2012, p. 641). Em suma, nas palavras de Misabel Derzi, “a *praticidade* não tem primazia sobre a justiça (que é sempre individual).” (2007, p. 362).

5.3 Finalmente, a oportunidade de (descon/as)sentimento do contribuinte ao tributo!

O julgamento do caso representativo instaura um foro de discussão privilegiado. Coloca em pauta, nos órgão de cúpula do Poder Judiciário, o julgamento de questão jurídica com repercussão em demandas judiciais repetitivas. Além disso, produz decisão com efeitos prospectivos, porque, ao consolidar entendimento sobre a questão jurídica, gera expectativa normativa nas pessoas. Tudo isso vimos nas subseções anteriores. Agora, tomando essas conclusões como ponto de partida, propomos o seguinte questionamento: se o julgamento do recurso representativo tem repercussão sobre todos os recursos repetitivos afins, é preciso garantir a todos os interessados o direito de participar (em ampla defesa e contraditório) do procedimento instaurado no tribunal superior para julgamento do caso destacado? De que modo especial este questionamento se apresenta nas lides tributárias?

Para responder a esse questionamento, partimos da concepção de Jürgen Habermas para quem “válidas são apenas as normas de ação sobre as quais os possíveis afetados possam acordar enquanto partícipes de um discurso racional.” (2012, p. 107). O jusfilósofo (2012, p. 259), superando a concepção positivista de um procedimentalismo jurídico averso a conteúdo (o Positivismo relegava o problema do conteúdo da norma a outros campos como a Moral, a Política, a Religião, etc.), sugere uma teoria discursiva, onde a legitimidade das regras e, portanto, o seu conteúdo democrático, depende necessariamente que estas regras sejam fruto de um procedimento onde os seus destinatários possam participar da sua produção e, assim, possam se sentir coautores delas.

Para Jürgen Habermas (2012) o discurso jurídico trava-se sempre em torno do embate entre facticidade e validade, entre o direito vigente e a pretensão de um direito ideal racionalmente justificado. É por meio do discurso jurídico que os participantes da sociedade erigem pretensões de legitimidade

em torno de um entendimento. Assim, o Direito realiza a interação e a coesão social. Isso se dá em um espaço processual que assegure a ampla defesa e o contraditório. Portanto, na teoria processual democrática de Habermas, uma norma terá validade jurídica quando puder, a um só tempo, garantir **legalidade** (eficácia jurídica) e **legitimidade** (justificação racional).

No embate entre facticidade e validade, a teoria habermasiana desenvolve-se também no sentido de reconhecer ao juiz uma postura inclinada para a busca da única decisão correta, tal como propugna Ronald Dworkin¹³⁷. Nas palavras de Jürgen Habermas (2012, p. 259, grifo nosso):

Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um *medium* sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo. O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação – orientada por princípios – “**das únicas decisões corretas.**”

Nesse sentido, a teoria habermasiana contextualiza-se em “uma concepção adequada de Democracia [que] deve compreender não apenas a decisão, mas a argumentação [em torno dela].” Com “a inclusão da argumentação no conceito de Democracia [esta se] torna [...] deliberativa”, conforme afirma Thomas Bustamante, fundamentando nos estudos de Robert Alexy (BUSTAMANTE, 2012). Assim, não há qualquer contradição entre forma (processo) e conteúdo (validade). Na verdade, esses conceitos são complementares, como esclarece Ronald Dworkin (2010, Cap. 5, n. 4, tradução nossa):

Aqueles que dizem que a expressão ‘devido processo substantivo’ consiste num oxímoro, porque substância e processo são opostos, desconsideram o fato crucial de que uma demanda por coerência de princípio, que tem evidentes consequências substantivas, é parte do que faz um processo de tomada de decisão ser um processo jurídico.

Como vimos com Niklas Luhmann, o procedimento de solução de demandas múltiplas contribuiu para simplificar o sistema jurídico. No entanto, o

¹³⁷ A respeito da tese de Ronald Dworkin sobre a única decisão correta, confira nota de rodapé nº 104.

autor não oferece um parâmetro que estabeleça os limites deônticos dessa simplificação. É com escólio na teoria de Jürgen Habermas que podemos concluir que uma medida de simplificação processual somente será legítima se ela não extenuar a participação dos afetados no processo. Isso porque, para o jusfilósofo, é preciso assegurar que as pessoas sejam coautoras das normas que as regem.

Mas antes de darmos sequencia ao estudo da tese habermasiana para responder o questionamento proposto, é preciso fazer uma breve excursão sobre o suposto conflito entre esta teoria e a teoria luhmanniana. É preciso demonstrar que esse conflito é apenas aparente e que, na verdade, há uma complementariedade entre essas teorias.

Em sua obra “Direito e Democracia – entre facticidade e validade” (2012), Jürgen Habermas, partindo de uma análise crítica das teorias da sociologia do direito, apresenta oposição à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann¹³⁸. Duas consequências, decorrentes desta teoria, a invalidariam. A primeira delas consiste no desengatamento do sistema jurídico dos demais sistemas, provocado pela concepção de que os sistemas luhmannianos são fechados. Com isso, não haveriam trocas diretas entre os sistemas, o que, ao ver de Jürgen Habermas, impediria que o sistema jurídico assumisse “funções de orientação na sociedade como um todo.” (2012, p. 73). A segunda delas é atribuída ao conceito de *autopoiesis* do sistema luhmanniano que “lança fora todas as pretensões de legitimidade” (2012, p. 76-77) do direito. Nesse sentido, as argumentações jurídicas seriam “meios com os quais o sistema jurídico se convence das próprias decisões” (2012, p. 75), através da superação das “diferenças de opinião que surgem no momento da atribuição dos códigos de valores ‘jurídico’ ou ‘injurídico.’” (2012, p. 75). Em arremate à sua crítica, Jürgen Habermas sustenta que “a indiferença recíproca entre o direito e outros sistemas funcionais da sociedade não coincide com as interdependências empiricamente observáveis.” (2012, p. 77).

Para Jürgen Habermas haveria, entre os sistemas, uma incontestável ligação (ainda que para Niklas Luhmann ela seja indireta), o que conduziria a uma teoria (a sua teoria) “do agir comunicativo, a qual introduz uma distinção

¹³⁸ Vide Subseção 5.1 para esclarecimentos sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1990).

entre um mundo da vida, ligado ao *medium* da linguagem coloquial, e sistemas dirigidos por códigos especiais, abertos adaptativamente ao ambiente.” (2012, p. 81). A seu modo de ver as coisas, diferentemente dos sistemas luhmannianos, o direito não é um sistema fechado e infenso ao ambiente externo, onde estão inseridos os demais sistemas; o direito “detém uma função de charneria entre sistema e mundo da vida que não se coaduna com a ideia de um encapsulamento do sistema jurídico”. (2012, p. 82). Portanto, o direito assume, na teoria comunicativa, uma posição central, de ligação entre os sistemas e o mundo da vida, por *medium* de uma linguagem. O direito seria o veículo articulador da comunicação social por excelência. Por isso, “as mensagens normativas só conseguem circular *em toda a amplitude da sociedade* através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto para o mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.” (2012, p. 82, grifo do autor). Para Niklas Luhmann, ao contrário, o sistema jurídico teria uma posição meramente periférica.

Todas essas críticas partem da premissa de que os sistemas luhmannianos, por serem fechados em códigos próprios, não se comunicam de forma **direta** com o seu entorno. Isso geraria uma esclerose e uma incapacidade do sistema jurídico para traduzir os problemas políticos, culturais, econômicos, etc. como um **todo**, porque “o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios.” (HABERMAS, 2012, p. 76). No entanto, Jürgen Habermas não nega que os sistemas luhmannianos sofram interferência entre si, ele apenas rechaça o fato de esta interferência não ser **direta** e não poder se dar sobre **todo** o mundo da vida. O que para ele seria um interferência **indireta** é o fato de os sistemas se comunicarem com o ambiente por meio de códigos próprios, o que faria com que toda informação vinda de fora ou enviada para fora tivesse que ser traduzida. No entanto, não observa Jürgen Habermas que os conceitos de sistema e ambiente luhmannianos são interreferenciados (o ambiente só se observa a partir do sistema e o sistema só se diferencia visto do ambiente) e interdependentes (à medida que um sistema introjeta/projeta informação do/para o ambiente, ambos se remodelam e, nessa nova configuração, se diferenciam). Justamente em razão dessa interrelação entre sistema e ambiente é que a teoria **funcional**

dos sistemas luhmannianos não impede a compreensão simultânea de que, “do ponto de vista cognitivo e semântico, o sistema jurídico é aberto, mas operacionalmente fechado.” (DERZI, 2009, p. 54).

O **fechamento operacional** do sistema luhmanniano representa uma importante evolução para o Direito, pois, ao diferenciar-se, o sistema jurídico adquire autonomia e deixa de ser heterodeterminado por outros sistemas, como o político, o econômico, o religioso, etc. Mas isso não significa que o sistema jurídico esteja confinado do “mundo da vida” e que não possa tratar dos vários e complexos problemas que aí surgem. Niklas Luhmann não isola os sistemas completamente uns dos outros. Admite que há uma troca de informações, que chama de *inputs* e *outputs*. Explica que essas trocas são possíveis e ocorrem através da tradução da informação externa por cada sistema para sua linguagem. A lógica jurídica lícito/ilícito, por exemplo, é estrangeira para a lógica econômica de custos/vantagens. De fato, não parece justo que um argumento de **vantagem** vença um argumento de **legalidade**, a não ser que esta vantagem seja convertida para o código jurídico em alguma norma que permita argumentar que esta vantagem é lícita ou ilícita e, a partir daí, estabelecer um embate entre normas. Assim, a sistematização proposta por Niklas Luhmann e o fechamento *autopoietico* são suficientes para uma análise **sintática** do direito, mas não excluem uma compreensão **semântica** aberta. Ou seja, o que está no conteúdo da norma não é um problema que Niklas Luhmann se propõe a resolver em sua teoria dos sistemas. Neste ponto, Jürgen Habermas está correto ao afirmar que a teoria luhmanniana não tem pretensões de legitimidade. Mas como uma análise **sintática** não exclui uma coanálise semântica, não haveria incongruência em sustentar uma tese de legitimidade em complemento à teoria de Niklas Luhmann.

Com razão Misabel Derzi (2009, p. 17) quando conclui que o fechamento do sistema é apenas operacional e não impede sua abertura cognitiva:

Num certo aspecto, o material (considerando-se os materiais integrantes, seu sentido e interpretação), todos os sistemas que se vinculam às ciências da compreensão, inclusive o jurídico, seriam abertos. O sistema transaciona matéria ou informação com seu meio ambiente, seja através daquilo que entra, o *input*, seja por meio de seu produto, o *output*. Portanto, mesmo nos modelos de sistemas

chamados “fechados”, de HANS KELSEN, MAX WEBER ou NIKLAS LUHMANN, continuamente, solicitações, informações, elementos normativos – por meio das leis, e de outras fontes de produção, cada vez mais numerosas, por exemplo – entram para o sistema jurídico (*input*) e dele saem como produtos e decisões para o ambiente (*output*). É verdade que, para isso, há seleção e transformação da matéria, convertida e deformada em conceitos e classificações internas. Sob tal aspecto, não há discussão. Somente os sistemas mecânico-físicos, como as máquinas, são fechados, do ponto de vista material e de sentido. [...]

Esses são os motivos pelos quais as teorias sistêmicas gerais contemporâneas não examinam o conteúdo material dos elementos que integram o sistema jurídico.

Quando Jürgen Habermas critica a visão de Niklas Luhmann sobre o processo judicial, pensando no processo legislativo, o faz com exagerado vigor. O processo legislativo não seria um processo “rigorosamente interno ao direito” (HABERMAS, 2012, p. 77) em termos semânticos. Conforme explicamos na Subseção 5.1, para Niklas Luhmann o legislador está localizado na periferia do sistema, acessível, portanto, às interferências do ambiente, de onde extrai legitimamente informações para introduzir no sistema jurídico, através da tradução para o código legal/ilegal. Fica claro que o autor não nega a existência de interferências, apenas as explica em termos funcionais, porque não está preocupado *a priori* com a questão da legitimidade, como está Jürgen Habermas. Assim, em termos funcionais, o legislador se submete à lógica jurídica; já em termos conteudísticos, tem ampla legitimação para colher informações do “mundo da vida”.

Com relação ao processo jurisdicional, a legitimação pelo procedimento é uma condição presumida para Niklas Luhmann. Como explica Misabel Derzi (2009, p. 24), “NIKLAS LUHMANN pressupõe o procedimento do consenso como instrumento de legitimação próprio do Estado Democrático de Direito (obtido o resultado), forma-se um ‘consenso pressuposto’.” Contudo, embora a legitimação pelo consenso seja pressuposta, no atual paradigma onde os princípios assumem a tarefa de devolver a dimensão de validade deontológica ao Direito, que o Positivismo empreendeu tanto esforço em eliminar¹³⁹, não é possível considerar a teoria luhmanniana incompatível com as teorias sobre a legitimação pelo conteúdo do direito. Nesse sentido, sendo os princípios considerados regras, o discurso que deles faça uso não nulifica o conceito de

¹³⁹ Vide Subseção 1.1.4.

autopoieses, porque, enquanto regra, o princípio traduz-se no código jurídico. Assim, os princípios funcionam como um acoplamento do sistema jurídico com os outros sistemas, de onde são colhidos os valores que irão colmatar a norma principiológica.

Vejamos a questão da legitimação pelo consenso em Niklas Luhmann e em Jürgen Habermas, com escólio em Misabel Derzi (2009, p. 23):

Não obstante, a legitimidade da norma encontrada, quer na lei, quer na decisão judicial, por meio de intersubjetividade e consenso do discurso de HABERMAS, como resultado de um procedimento, não é incompatível com a teoria sistêmica do Direito de NIKLAS LUHMANN. Mas ela está, em Luhmann, assim, na periferia do sistema ou no processamento das informações, ou nos procedimentos seletores consensuais que introjetam a matéria para o interior do sistema, por meio de fontes de produção. Não é nada claro o “diálogo social livre de domínio” de Habermas, para garantir a autonomia do Direito, no que tange às decisões judiciais. Estarão, as decisões judiciais, prevalentemente determinadas por interesses econômicos ou políticos advindos do ambiente?

Feitas essas breves considerações, que certamente renderiam por si só um estudo apartado, é preciso que fique claro que não há, aqui, pretensão em solucionar o conflito entre as teorias de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. O que se pretende com este esforço é apenas demonstrar que a perspectiva funcional do direito, em especial o seu papel de simplificação e estabilização de expectativas, para o qual o princípio da confiança exerce importante colaboração, não é incompatível com a teoria procedimental de validade do direito. Isso porque Jürgen Habermas não nega a missão do direito de estabilizar expectativas, a questão é que ele não a consegue conceber sem formular o problema à luz de uma teoria semântica, por isso a crítica a Niklas Luhmann, que adota perspectiva contrária, sintática. Portanto, que fique claro que não vemos oposição entre **semântica** e **sintática**, porque conteúdo e forma, como vimos, são complementares. Afinal, “do ponto de vista cognitivo e semântico, o sistema jurídico é aberto, mas operacionalmente fechado.” (DERZI, 2009, p. 54).

Retomemos, então, o primeiro questionamento proposto no início desta Subseção, formulando-o novamente: se o julgamento do recurso representativo tem repercussão sobre todos os recursos repetitivos afins, é preciso garantir a todos os interessados o direito de participar (em ampla defesa e contraditório)

do procedimento instaurado no tribunal superior para julgamento do caso destacado?

Partindo da teoria de Jürgen Habermas para quem “válidas são apenas as normas de ação sobre as quais os possíveis afetados possam acordar enquanto partícipes de um discurso racional” (2012, p. 107), é de se reconhecer o direito dos interessados, cujos recursos estejam sobrestados, de participarem, em ampla defesa e contraditório, do procedimento instaurado no tribunal superior para julgamento do recurso representativo. Isso porque, como o julgamento do recurso representativo resultará em uma norma judicial¹⁴⁰ com efeitos sobre todos os recursos repetitivos sobrestados, para que todos os afetados sintam-se coautores da norma, é preciso que participem do processo que a formará.

Interessante registrar que a técnica do caso modelo decorreu de uma evolução das ações coletivas, cuja representatividade era questionada por consistir, muitas vezes, em uma verdadeira ficção. É que, nem sempre, as pessoas se sentiam representadas por seus representantes, diante da inexistência de qualquer relação efetiva entre eles. Eram frequentes os casos em que uma dada associação (de bairro, por exemplo) representasse uma pessoa (morador) em um processo, sem que esta sequer soubesse que integrava tal entidade (jamais se alistou ou contribuiu de qualquer forma para a ela pertencer; podendo até mesmo ter tido o intuito claro de não integrá-la). Foi para sanar essa falta de legitimação que se desenvolveu a técnica do caso modelo, cujo procedimento permite, ao contrário das ações coletivas, a efetiva participação dos interessados. Portanto, adotar a técnica do caso modelo sem permitir a participação dos interessados contradiz sua própria origem.

Poder-se-ia ainda argumentar, contra a tese de participação propugnada, que a experiência do caso modelo alemão prova justamente o contrário; que a participação de todos os interessados praticamente inviabiliza o julgamento conjunto das demandas, como atesta o fatídico caso da *Deutsche Telekom*. No entanto, vimos que o procedimento adotado em nosso país apenas se inspirou no modelo alemão, mas dele se distanciou bastante;

¹⁴⁰ Vide Capítulo 3.

criamos um caso modelo *sui generis*. Portanto, a analogia das consequências, não se aplica.

De fato, há uma inegável simplificação no procedimento de julgamento das demandas repetitivas. E isto é desejável, como vimos na subseção 5.1, pois permite ao sistema jurídico lidar com a complexidade decorrente das demandas múltiplas. Por outro lado, essa simplificação incremental, de certo modo, a cota de desconfiança no sistema, à medida que restringe as demandas individuais a um processo coletivizado e, ainda, vincula o juízo adjudicatório dos tribunais inferiores, afastando-se o risco de decisões contraditórias. Sempre que o sistema trabalha com desconfiança, deve se desenvolver controles para que a simplificação promovida não seja destrutiva (DERZI, 2009, p. 336). Assim, se a simplificação é um caminho necessário para a solução das demandas repetitivas, diante da alta complexidade que elas acarretam aos sistemas processuais, então é preciso adotar mecanismos de controle; e estes só podem ser a garantia da ampla defesa e do contraditório. Esse o caminho – acreditamos – para que o processo se legitime democraticamente. Deve ser garantida a participação dos envolvidos no procedimento em todos os momentos decisórios, seja na seleção dos pontos controvertidos que formarão a **questão jurídica** a ser analisada – e que, posteriormente, constituirá a **norma judicial** (resposta geral à pergunta geral) – seja na apresentação de defesas e de recursos no processo.

Com isso, passemos ao segundo questionamento proposto no início desta Subseção: de que modo especial a garantia de participação dos interessados interfere nas lides tributárias?

Em Direito Tributário, a garantia de participação dos contribuintes em todos os momentos discursivos normativos do procedimento do caso modelo se revela ainda mais importante. É que o tributo nasce de ato unilateral¹⁴¹ do Estado, é manifestação do seu mais temido poder de império, ao qual os contribuintes estão submetidos pelo tênue laço do **consenso presumido** na representatividade das autoridades legislativas. Após o nascimento do tributo, abrem-se as portas do contencioso administrativo tributário, um foro de debate discursivo que, apesar da aproximação com a função judicante, é (e sempre

¹⁴¹ Vide nota de rodapé 134.

será, enquanto houver a parcialidade nos julgamentos, decorrente da vinculação das autoridades administrativas à estrita legalidade dos regulamentos) mero ato de controle administrativo. Nessa sequência, o Judiciário aparece como o primeiro foro onde o contribuinte efetivamente, em (certo) pé de igualdade com o Ente Tributante, poderá participar manifestando o seu consenso/dissenso direto sobre o tributo. Diferentemente se passa com as causas de natureza cível, fundadas primordialmente em atos consensuais que, por algum desvio de uma das partes, não se efetivou. Nestes casos, será necessário um ajuste do consenso já manifestado entre as partes pelo Poder Judiciário.

A propósito da diferença entre o consenso existente na origem das lides cíveis e tributárias, vejamos o seguinte estudo:

Assim, a lógica que leva à validade e mesmo à razoabilidade do art. 739-A do CPC para as execuções fundadas em títulos extrajudiciais em geral conduz à sua franca inaplicabilidade para a execução fiscal. Ali têm-se consentimento e formação bilateral (ou unilateral, mas por parte do devedor). Aqui, há falta de consentimento e formação unilateral pelo credor – sujeita, é certo, à revisão, mas revisão empreendida por órgão integrante da estrutura deste último (com voto de desempate normalmente em seu favor) e ademais destituído das mesmas garantias e dos mesmos poderes dos juízes (bastando para tanto invocar a sua incompetência para a declaração de inconstitucionalidades e ilegalidades, fundamento de nove entre dez teses defendidas pelos contribuintes).

A se aplicar o novel dispositivo à execução fiscal, permitir-se-á agressão precipitada ao patrimônio do devedor, com base em título formado sem o seu consentimento (como nos títulos executivos extrajudiciais ordinários) e sem a participação do Estado-juiz (títulos executivos judiciais). (SANTIAGO e BREYNER, 2009, p. 72-73).

A diferença do consenso é evidente: nas lides cíveis, o Judiciário é chamado para solucionar um conflito que nasceu de um ato de vontade bilateral (consensual), ao passo que, nas lides tributárias, o Judiciário é chamado para deliberar sobre a validade da imposição do ato unilateral (não consensual) do Estado sobre o contribuinte. É o processo judicial, através de suas garantias (imparcialidade, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e dedicação exclusiva art. 95, I a III e p.u. da CR/88 (BRASIL)), que fará o devido ajuste democrático desse ato de império. Assim, se justamente quando o consenso poderá ser efetivamente manifestado pelo contribuinte, por

via do processo judicial, lhe for tolhido o direito de participação, o que lhe restará?

Onofre Batista Júnior (2007), narrando a evolução do **ato administrativo** (do qual o tributo é espécie) desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até o presente Estado Democrático de Direito, demonstra como a **“consensualidade” tornou-se um elemento importante desse conceito**. Explica que, na sucessão do Estado Liberal para o Estado Social, a administração deixou de ser “tipicamente interventiva para [assumir] um perfil de administração prestacional.” (2007, p. 244). Com isso, o administrado, antes visto como mero objeto que se sujeitava ao ato de império da administração, adquire o *status* de titular de direitos e obrigações, os quais pode pleitear perante a administração. E esta, para atender essa nova demanda, passa a se valer de diversos modos de atuação, todos marcados pela consensualidade. Assim, ao ver do autor, cada vez mais a administração vai percebendo que “não consegue agir, onde não consegue convencer” (2007, p. 251). Hoje, já se fala “em uma ‘administração concertada’, ou em uma ‘administração pública consensual’” (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 246). Portanto, conclui que, no atual Estado Democrático de Direito, “a administração pública consensual manifesta-se, constantemente, na busca da aceitação e consensualidade.” (2007, p. 247).

Nesse sentido, seria mesmo incoerente falar em consentimento do tributo com relação a um processo que não assegure aos contribuintes interessados (e afetados) sua manifestação recursal em todos os momentos decisórios.

Ademais, para realizarem **democraticamente** a função de uniformização do direito (fundamental para a integridade do sistema), as cortes superiores precisam efetivamente se tornar um foro amplo, profundo e discursivo dos temas de relevo. Isso não é possível sem que seja assegurado aos interessados, destinatários da norma judicial, o direito (constitucional) de participação. Só assim, com amplo e participativo debate, os tribunais superiores estarão democraticamente legitimados a formarem precedentes vinculantes, como é o caso modelo perante as demandas que representa.

6 O ATUAL PANORAMA DO PODER JUCIDIÁRIO E O NOVO CPC

6.1 A situação (ainda existente) de congestionamento do Poder Judiciário e os reflexos positivos das reformas processuais nos tribunais

Segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em comparação com outros países, “o Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento¹⁴², 70%, seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa, de 3%, referente à Federação Russa.” (BRASIL, 2011, p. 25). De fato, mesmo após as reformas processuais deflagradas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, dentre as quais se destaca o procedimento do caso modelo (Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008), os tribunais superiores continuam sobrecarregados. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, a taxa de congestionamento, em 2012, foi de 51,51%, maior que a taxa do Superior Tribunal Militar (STM) (44%) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (44,92%), menor apenas que a taxa do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (54,53%) (BRASIL)¹⁴³.

Estudo do ano de 2012 do CNJ demonstra que há um grave problema de morosidade na Justiça brasileira. Várias causas são apontadas para esse problema, dentre elas, a alta taxa de congestionamento dos tribunais, que é impactada pelo grande volume de estoque de processos. Deste volume, as execuções fiscais participam com significativos 40%. O exagerado número de

¹⁴² A “taxa de congestionamento” é um indicador criado pelo CNJ, de periodicidade semestral, para medir a efetividade de determinado tribunal em relação a um determinado período. Leva em conta o total de casos novos que ingressaram, o total de casos baixados e o estoque pendente ao final do período. Esse indicador “tem analogia direta com uma caixa d’água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento”, conforme consta na página oficial do CNJ (BRASIL).

¹⁴³ Com relação ao STF, não houve mensuração por este indicador, no ano de 2012.

recursos e os tímidos mecanismos de conciliação também contribuem para emperrar a máquina do Judiciário¹⁴⁴.

Os índices apontados pela pesquisa revelam que há um significativo crescimento na demanda dos cidadãos pelo Poder Judiciário. Constata, ao mesmo tempo, que o Poder Judiciário não está adequadamente instrumentalizado e preparado para atender essa demanda. Suas engrenagens parecem estar emperradas demais para funcionar na velocidade e na intensidade em que são exigidas. Esse o panorama geral que a pesquisa apresenta.

Mas uma análise específica da situação dos tribunais de 2º grau (federal e estadual) e dos tribunais superiores (STJ e STF) é um pouco mais otimista. Dados colhidos com base nos relatórios “Justiça em Números”, dos

¹⁴⁴ “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acaba de divulgar um levantamento que dimensiona o tamanho desse problema [**morosidade da Justiça**]. No ano passado, os juízes só conseguiram encerrar 30 em cada 100 processos que tramitam na Justiça brasileira. O levantamento “Justiça em Números” de 2012 mostrou que o ano terminou com um estoque de 92,2 milhões de processos em andamento, número 4,3% superior ao do fim de 2011. Entraram no sistema 28,2 milhões de novas ações, mas somente 30% das existentes foram terminadas, ou seja, 27,7 milhões. A **taxa de congestionamento**, que mede o volume de processos baixados em relação ao estoque, ficou em 69,9%, percentual semelhante aos registrados nos últimos quatro anos. Essa dinâmica vem alimentando um bolo crescente, quase equivalente a um processo para cada brasileiro em idade adulta. O CNJ aponta que a **produtividade dos juízes** vem aumentando, assim como o número de magistrados. Em 2012, cada juiz encerrou 1.628 processos. O presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Joaquim Barbosa, disse que ‘o excesso de litigância não pode ser respondido só pelo Judiciário. O quadro é nacional e é explicado também por fatores sociais e políticos’. O próprio relatório do CNJ traz, porém, uma informação preocupante em relação à **produtividade dos tribunais**. O programa de introdução do processo judicial eletrônico, lançado em junho de 2011 para racionalizar o trabalho de magistrados e servidores e garantir o andamento mais rápido dos processos, caminha a passos de tartaruga. [...] Em 2011, quando presidia o CNJ e o STF, o ministro Cezar Peluso deu mais detalhes a respeito do problema. Segundo Peluso, um dos maiores gargalos da Justiça ‘se encontra na fase de execução do primeiro grau da Justiça Estadual, onde a taxa de congestionamento chega a 90%, principalmente por causa dos processos de execução fiscal’. **A taxa baixa de solução de processos de execução fiscal continua prevalecendo e esse tipo de ação representa praticamente 40% do estoque total**. Em 2012, eram 29,2 milhões de processos que, em sua maioria, visam garantir o recebimento de tributos como IPVA, ISS, Imposto de Renda. Do volume total dessas ações, 25,5 milhões são de anos anteriores. Os novos casos somaram 3,7 milhões, bem mais que os 3,1 milhões de processos finalizados. [...] Recentemente, o julgamento do mensalão renovou a discussão a respeito da **reforma do sistema recursal**, que comporta pelo menos uma dúzia de mecanismos e posterga indefinidamente desfechos, criando um sentimento de impunidade na sociedade. Mas há também propostas de desenvolvimento de **mecanismos de conciliação e mediação**, que resolveriam questões menos graves rapidamente e descongestionariam os tribunais. [...] Não faltam ideias para resolver ou, pelo menos, minorar o **problema da morosidade** do Judiciário que, em última análise, significa desperdício de tempo, dinheiro e energia de pessoas e empresas. Mas para isso é necessária vontade política.” (VALOR ECONÔMICO, 2013).

anos de 2003 a 2011¹⁴⁵, produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL), sugerem um impacto positivo das reformas processuais no descongestionamento dos tribunais, em especial, dos tribunais superiores. Analisemos detidamente esses resultados.

O gráfico seguinte registra o aumento da litigiosidade nos tribunais de 2º grau das Justiças Federal e Estadual. Segundo se observa, houve um aumento no número de casos novos recebidos tanto nos tribunais federais, como nos estaduais, sendo que nestes últimos o aumento foi mais expressivo.

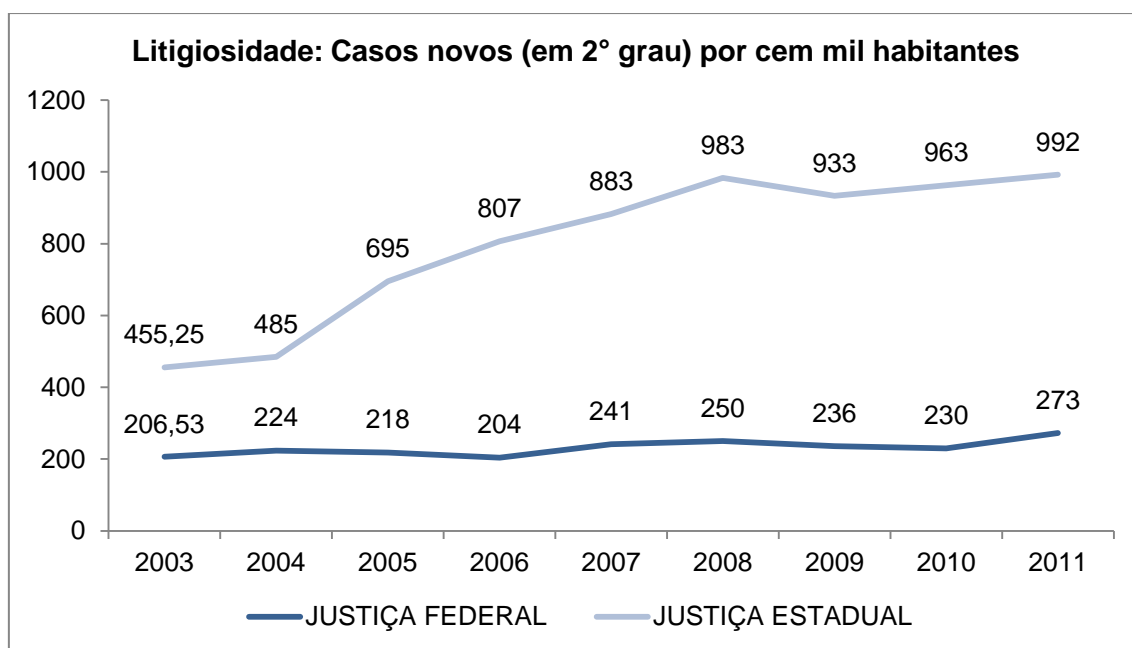


Gráfico 16 – Evolução dos casos novos nos tribunais de 2º grau

O próximo gráfico demonstra que, apesar do aumento de casos novos recebidos pelos tribunais federais e estaduais, houve uma queda na taxa de congestionamento, entre os anos de 2003 e 2008, com um leve aumento, no período de 2008 a 2011. Esses resultados acenam para uma melhora na produtividade dos tribunais, já que mesmo diante do aumento de casos novos (vide gráfico anterior), foi diagnosticada uma redução no estoque de casos pendentes.

¹⁴⁵ O relatório Justiça em Números de 2013, relativo à base de dados 2012, apresenta análise sob parâmetros diversos dos anos anteriores, o que inviabiliza a comparação. Por essa razão, os gráficos produzidos apresentam dados até o ano de 2011, apurados no Relatório de 2012. Registre-se, ainda, que nas estatísticas da Justiça Federal não estão incluídos os dados dos Tribunais Superiores.

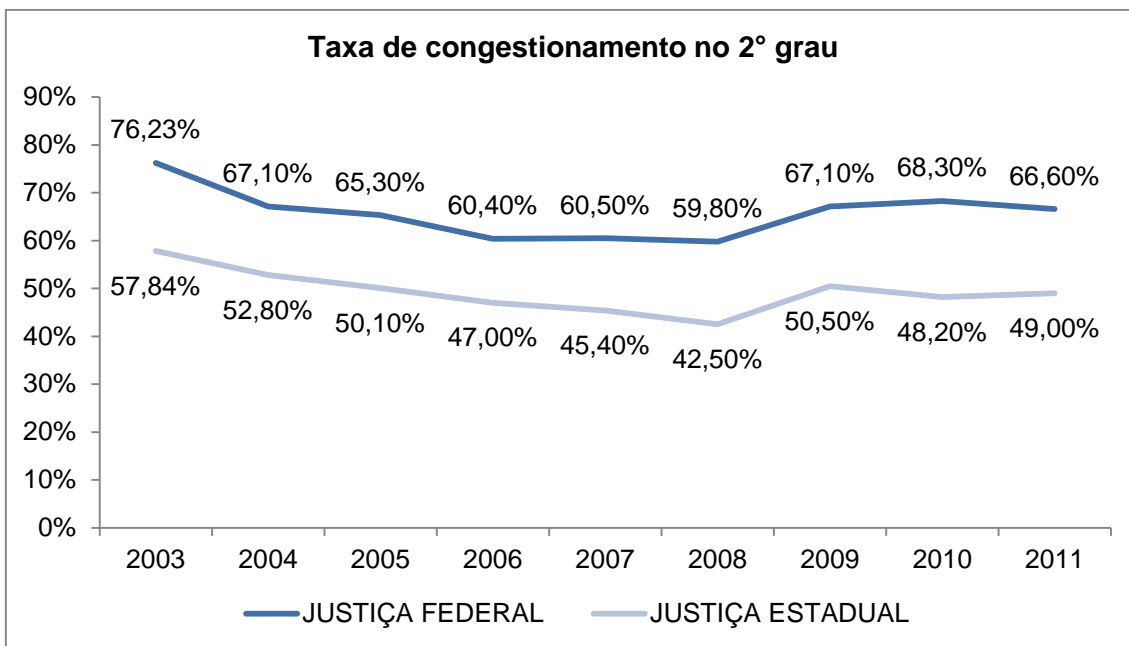


Gráfico 17 – Evolução da taxa de congestionamento nos tribunais de 2º grau

Com relação à recorribilidade externa das decisões dos tribunais de 2º grau, observou-se, no período de 2003 a 2011, uma variação pouco padronizada, com picos e vales alternados, tanto na Justiça Federal, como na Justiça Estadual. No entanto, nos tribunais de ambas as jurisdições há constatada tendência linear de aumento, embora seja sutil.

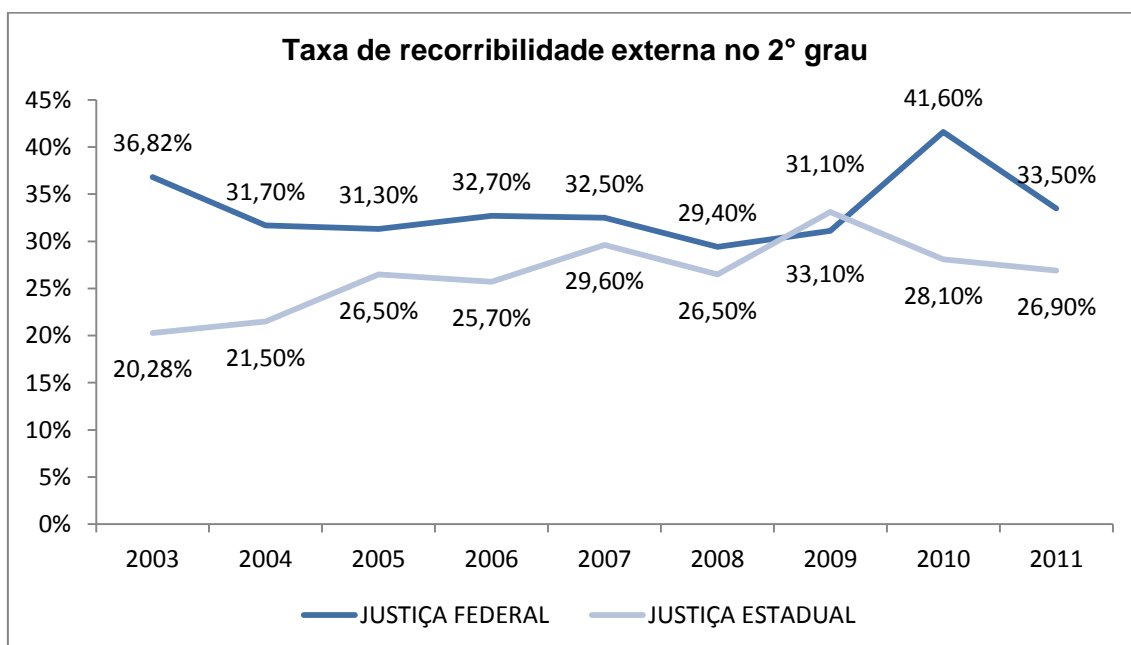


Gráfico 18 – Evolução da taxa de recorribilidade externa nos tribunais de 2º grau

No STF houve acentuado decréscimo no número de recursos distribuídos, a partir de 2006 (BRASIL, 2013), ano em que a súmula vinculante e a repercussão geral foram regulamentadas pelas Leis nº 11.417/2006 (BRASIL, 2006) e nº 11.418/2006 (BRASIL, 2006), respectivamente. Vejamos:

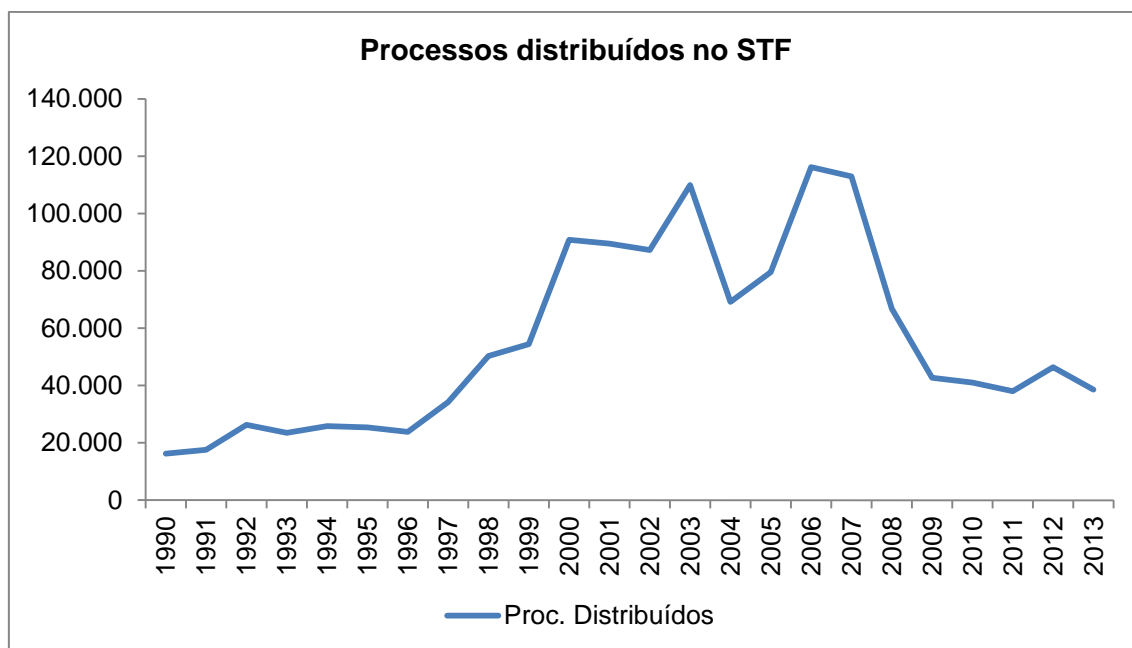


Gráfico 19 – Evolução dos processos distribuídos no STF

No STJ também houve um decréscimo no número de processos distribuídos, a partir de 2008, ano em que os recursos repetitivos foram criados pela Lei nº 11.672/2008 (BRASIL, 2008). Vejamos:

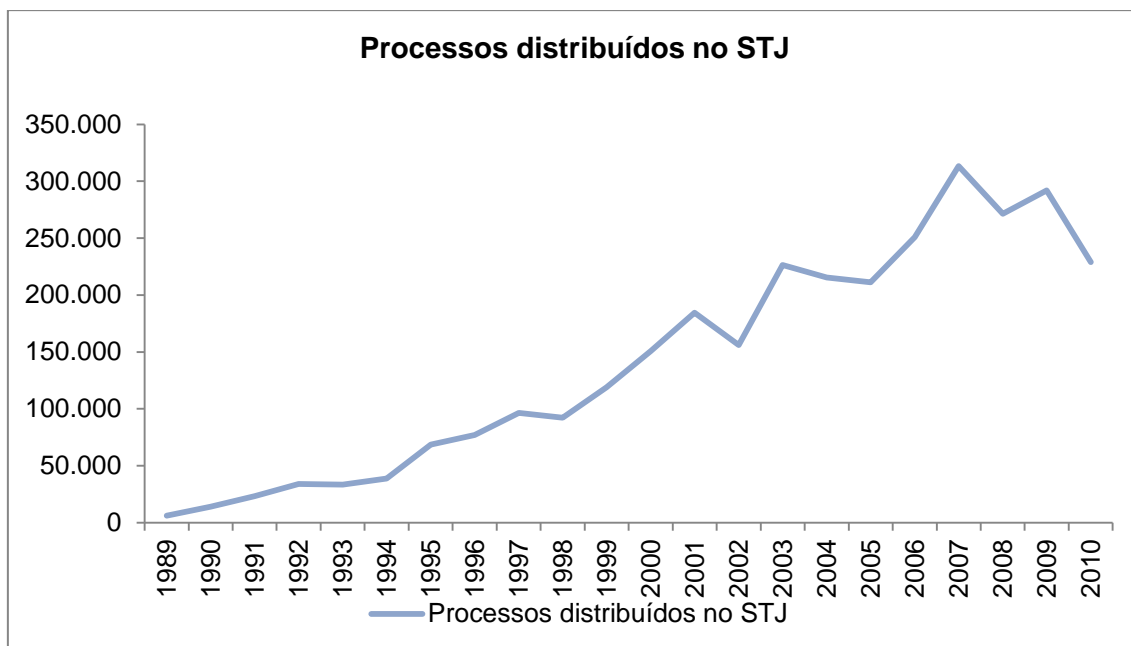


Gráfico 20 – Evolução dos processos distribuídos no STJ

A análise conjunta dos gráficos 19 e 20 sugere um impacto positivo das reformas processuais decorrentes da EC nº 45/2004 nos tribunais superiores, especialmente a repercussão geral e a súmula vinculante, no que diz respeito ao STF, e os recursos repetitivos, no que se refere ao STJ. Assim, em que pese o aumento da demanda dos cidadãos pelos serviços judiciais nos tribunais de 2º grau, essa demanda não tem alcançado os tribunais superiores na mesma intensidade. A redução da taxa de recorribilidade externa na Justiça Estadual e, ainda que em menor grau, na Justiça Federal, permite inferir que as reformas processuais provocaram um desestímulo aos recursos para os tribunais superiores.

Interessante registrar que, paralelamente ao ganho de eficiência dos tribunais superiores, houve um aumento nos investimentos para a ampliação da infraestrutura do Poder Judiciário (de primeiro e segundo graus da Justiça Federal e Estadual), como se pode observar pelos gráficos abaixo. Nota-se a evolução nas despesas, no número de magistrados e no número de servidores a cada 100 mil habitantes:

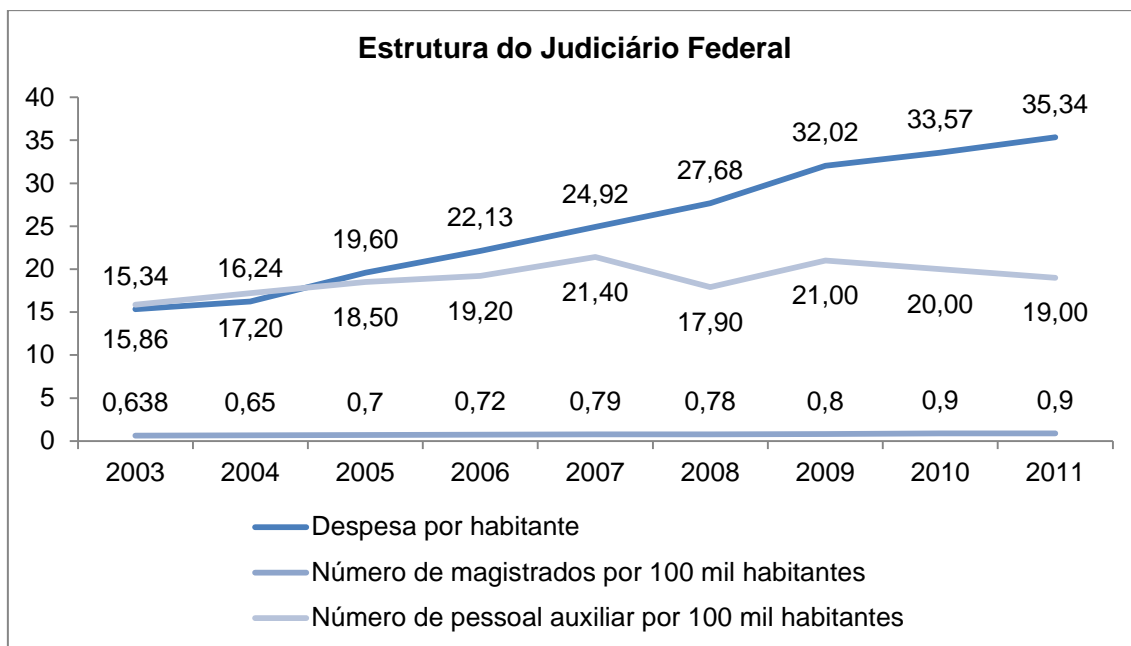


Gráfico 21 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Federal

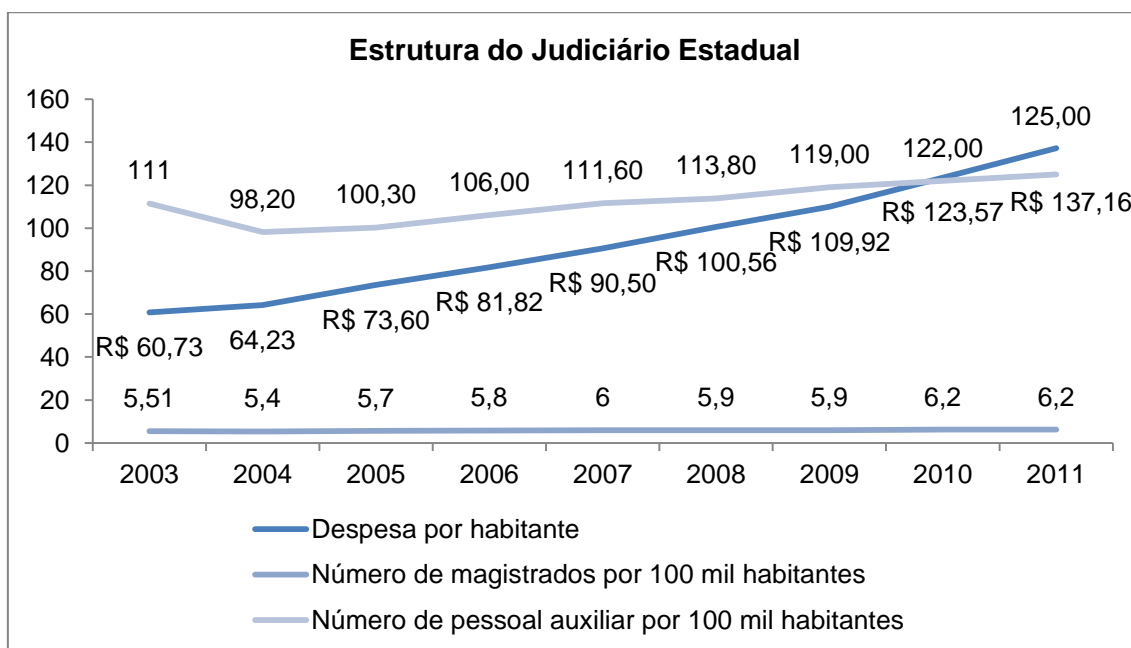


Gráfico 22 – Evolução dos investimentos na estrutura do Judiciário Estadual

Diante dessas estatísticas, não se pode negar que exista um problema de congestionamento e morosidade no Poder Judiciário brasileiro. No entanto, a série de dados apresentada demonstra que as reformas processuais implementadas nos últimos anos – com especial destaque para a repercussão geral, a súmula vinculante e os recursos repetitivos – tiveram impacto positivo nos números. É possível, portanto, concluir que o procedimento do caso

modelo, representado pelos institutos da repercussão geral (quando aplicada em recursos extraordinários múltiplos) e dos recursos repetitivos, tem significativa parcela do mérito no descongestionamento dos tribunais superiores. Diante de sua provada efetividade, essa técnica deve não só ser mantida como também aprimorada.

6.2 O Novo Código de Processo Civil

Em 30 de novembro de 2009, realizou-se a primeira reunião da Comissão de Juristas instaurada pelo Senado Federal para elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil (CPC). Foi escolhido para presidir a comissão o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luiz Fux. A comissão era composta por renomados juristas: além do ministro, a integravam Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier.

A reforma da legislação processual civil era um pleito antigo da comunidade jurídica, que argumentava que a legislação então em vigor, desde 1973, já não mais atendia à realidade processual da época. Além disso, o texto já havia sofrido cerca de 64 reformas, o que comprometia seriamente sua unidade. Portanto, naquele dia 30 de novembro de 2009 iniciava-se a tão aguardada reforma do CPC.

Quase dois anos se seguiram após a instauração da comissão de trabalho, quando, em setembro de 2011, os debates na Câmara dos Deputados sobre o projeto se iniciaram. Em maio de 2013, mais de 900 emendas já haviam sido apresentadas e 146 projetos de lei que tramitavam na Casa, apensados (MIGALHAS, 2013). Além disso, foram agregadas propostas ao projeto, oriundas da comissão revisora, composta por renomados juristas, para cujo escrutínio foi submetido o projeto. Assim, ao longo desse período, o texto sofreu consideráveis alterações (veja tabela comparativa adiante).

Em julho de 2013, a comissão especial que analisa o projeto do novo CPC aprovou a proposta (PL 8046/10 apensado ao PL 6025/05 (BRASIL, 2010)¹⁴⁶) e concluiu a votação de quatro destaques¹⁴⁷, dentre os quais ressaltamos o referente à **coletivização das demandas individuais**:

Destaques aprovados

[...]

Os deputados também aprovaram um terceiro destaque do PMDB, com o objetivo de deixar claro na proposta que as partes da ação individual serão ouvidas antes que ela seja convertida em ação coletiva. A conversão de ação individual em coletiva é uma das inovações incluídas pela Câmara no novo CPC. (SIQUEIRA, 2013, grifo do autor).

Após sucessivas retiradas de pauta, o novo CPC começou a ser votado no dia 05 de novembro de 2013, quando foi aprovada a sua parte geral. Portanto, esta parte já está consolidada e fica dependendo apenas da sanção presidencial. A votação seguirá sendo realizada por partes, na seguinte ordem: parte de processo de conhecimento (artigos 319 a 552); parte de procedimentos especiais (artigos 553 a 786); parte de execução (artigos 787 a 941); parte de recursos (artigos 942 a 1057); e parte de disposições finais e transitórias (artigos 1058 a 1085). Apesar da polêmica com relação ao fatiamento do projeto de lei, esta foi a saída para que, finalmente, ele fosse colocado em pauta.

Dentre as diversas inovações trazidas pelo projeto do novo CPC destacam-se as medidas adotadas para reduzir a carga de trabalho do Poder Judiciário. Nas atas dos debates da comissão encarregada da redação do novo texto, fica clara a preocupação com a **valorização dos precedentes**, compreendida como um importante mecanismo para descongestionar os tribunais. Nesse sentido, a questão do julgamento uniforme das demandas múltiplas (repetitivas) se mostra central, conforme se constata na exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC (BRASIL, 2010):

¹⁴⁶ No Senado Federal o anteprojeto tramitou como PLS 166/2010 e na Câmara dos Deputados tramita como PLS 8.406/2010.

¹⁴⁷ Os destaques são um instrumento regimental por meio do qual os deputados podem retirar (destacar) parte da proposição a ser votada ou uma emenda apresentada ao texto para ir a voto depois da aprovação do texto principal.

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do **regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.**

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF 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”.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

[...]

Dentre esses instrumentos, **está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações**, tanto no **juízo de primeiro grau**, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados.

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão¹⁴⁸, 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 conjunta¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Consta a seguinte nota de rodapé no texto original: “No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178).” (grifos do autor).

¹⁴⁹ Consta a seguinte nota de rodapé no texto original: “Tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo, assim explicada por RODOLFO DE CAMARGO

O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*.

O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*.

O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida.

Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. (grifo nosso)

Assim, o novo CPC consagrou o procedimento do caso modelo, mantendo-o em nosso sistema processual agora sob a epígrafe “**Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos**”, e reforçou o tratamento das demandas repetitivas com a criação do “**incidente de resolução de demandas repetitivas**”. Nos termos da proposta constante no projeto, **as demandas repetitivas serão tratadas na instância ordinária** (1º e 2º graus), por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, **e nas instâncias extraordinárias** (STF e STF), mediante o procedimento dos recursos especial e extraordinário repetitivos. Vejamos a redação dos artigos que assim dispõem, comparando a versão inicial do projeto com sua versão final:

MANCUSO: ‘Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.o, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo’ (A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380).’ (grifos do autor).

VERSÃO INICIAL	VERSÃO FINAL
PL 166/2010 – Senado Federal (Comissão Luiz Fux)	PL 8046/10 (apensado ao PL 6025/05) – Câmara dos Deputados
Art. 848. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos: I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas; II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.	Art. 511. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos: I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas; II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

O procedimento dos recursos especial e extraordinário repetitivos manteve, em geral, a mesma configuração do atual procedimento do caso modelo. As inovações consistem principalmente na inserção das normas regulamentares – previstas nas normas internas do STF e do STJ – no diploma processual. Dentre as mudanças implementadas no novo texto, destacamos as seguintes: a expressa menção da dispensa do juízo de admissibilidade do recurso pelo tribunal de origem (art. 954, *caput* do PL 166/2010 e art. 1.057, *caput* do PL 8046/10); a previsão de parâmetro para selecionar o recurso representativo (art. 1.057, §1º do PL 8046/10); a exigência de clara fixação dos pontos controvertidos que serão solucionados no julgamento do recurso representativo (art. 1.057, §3º do PL 8046/10); a extensão do efeito suspensivo aos processos em curso em 1º e 2º graus (art. 954, §§2º e 3º e art. 958 do PL 166/2010, e art. 1.057, §§4º e 6º e art. 1.061 do PL 8046/10); a possibilidade de manifestação de interessados no julgamento do recurso representativo (art. 955, §2º do PL 166/2010 e art. 1.058, §2º do PL 8046/10); e a expressa dispensa da análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos, quando o tribunal de origem for exercer o juízo de retratação (art. 957, II do PL 166/2010 e art. 1.060, II do PL 8046/10). Vejamos o inteiro teor dos dispositivos:

VERSÃO INICIAL	VERSÃO FINAL
PL 166/2010 – Senado Federal (Comissão Luiz Fux)	PL 8046/10 (apensado ao PL 6025/05) – Câmara dos Deputados
Art. 953. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.	Art. 1.056. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

	Justiça.
<p>Art. 954. Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.</p> <p>§ 1º Não adotada a providência descrita no <i>caput</i>, o relator, no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.</p> <p>§ 2º Os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator.</p> <p>§ 3º Ficam também suspensos, no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição, os recursos que versem sobre idêntica controvérsia, até a decisão do recurso representativo da controvérsia.</p>	<p>Art. 1057 Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspenso o processamento dos demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.</p> <p>§1º Considera-se recurso representativo da controvérsia aquele originado de processo em que tenha havido completa e diversificada argumentação e discussão em torno da questão objeto do incidente.</p> <p>§ 2º Não adotada a providência descrita no <i>caput</i>, o relator, no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está submetida à cognição do colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.</p> <p>§ 3º Na decisão de afetação, o relator identificará com precisão a questão a ser levada a julgamento; veda-se ao Tribunal a extensão a outros temas não identificados na referida decisão.</p> <p>§ 4º Os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a um ano, salvo decisão fundamentada do relator.</p> <p>§ 5º. Transcorrido o prazo a que se refere o § 4º, sem que tenha sido julgado o incidente nem haja decisão fundamentada do relator em outro sentido, deve ser retomada a tramitação regular dos processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição.</p> <p>§ 6º Ficam também suspensos, no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição, os recursos que versem sobre idêntica controvérsia, até a decisão dos recursos representativos da controvérsia.</p>
<p>Art. 955. O Relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, se for o caso, intimará o Ministério Público para se manifestar.</p> <p>§ 1º. Os prazos respectivos são de quinze dias e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.</p> <p>§ 2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.</p> <p>§ 3º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos</p>	<p>Art. 1.058. O relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.</p> <p>§ 1º Os prazos respectivos são de quinze dias e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.</p> <p>§ 2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.</p> <p>§ 3º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em</p>

<p>demais Ministros, o processo será incluído em pauta, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de <i>habeas corpus</i>.</p>	<p>pauta, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de <i>habeas corpus</i>.</p>
<p>Art. 956. Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.</p>	<p>Art. 1.059. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos fracionários declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário representativo da controvérsia, considerar-se-ão automaticamente não admitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.</p>
<p>Art. 957. Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem: I – não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II – serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.</p>	<p>Art. 1.060. Publicado o acórdão paradigma: I – os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II – o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo positivo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, desde que tempestivo, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior. § 1º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. § 2º Reformado o acórdão, se for o caso, o tribunal de origem decidirá as demais questões antes não decididas e que o enfrentamento se torne necessário em decorrência da reforma.</p>
<p>Art. 958. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada. <i>Parágrafo único.</i> A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.</p>	<p>Art. 1.061. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada. §1º. A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. §2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência. §3º A desistência apresentada nos termos do §1º não depende do consentimento do réu, ainda que ele tenha oferecido a contestação.</p>

Com relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a novidade é completa. O projeto do novo CPC criou um instituto sem parâmetro no diploma anterior, com o objetivo de estender o mecanismo de solução de

demandas repetitivas aos processos em curso nos 1º e 2º graus. Nesse sentido, o procedimento se aproxima bastante de sua origem alemã, que aloca o processamento do caso modelo nas instâncias ordinárias. Os seguintes pontos, relativos ao incidente, merecem destaque:

- I. O incidente deve ser instaurado quando o julgamento de casos semelhantes, em separado, apresentar risco de ofensa à **isonomia** à **segurança jurídica**. Fica, assim, expressa a regência dos postulados da igualdade e da segurança jurídica sob o procedimento;
- II. O incidente é instaurado nos tribunais de 2º grau e seus efeitos limitam-se à circunscrição da jurisdição dos tribunais;
- III. A questão controvertida terá ampla publicidade, por meio de um Cadastro Eletrônico organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- IV. Os recursos idênticos serão sobrestados. No entanto, o recorrente ou o recorrido podem requerer o prosseguimento do feito, caso demonstrem a distinção do seu caso em relação ao recurso selecionado como modelo. Da decisão de sobrestamento, caberá agravo de instrumento;
- V. O relator pode determinar a realização de audiência pública para instruir o incidente;
- VI. Pode haver participação de outros interessados (inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia) que terão o prazo comum de 15 dias para requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito;
- VII. O acórdão será vinculante para os casos sobrestados e para os casos futuros, e seu conteúdo abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida;
- VIII. A desistência ou abandono da causa não impedirá o exame do mérito do incidente. Neste caso, o Ministério Público assumirá a titularidade do recurso; e
- IX. Contra a decisão que julgar o recurso sobrestado, caberá recurso especial ou extraordinário.

Vejamos os artigos que regulamentam esse incidente, comparando a versão inicial do projeto com sua versão final:

VERSÃO INICIAL	VERSÃO FINAL
<p align="center">PL 166/2010 – Senado Federal (Comissão Luiz Fux)</p>	<p align="center">PL 8046/10 (apensado ao PL 6025/05) – Câmara dos Deputados</p>
<p>Art. 895. 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.</p> <p>§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:</p> <p>I – pelo juiz ou relator, por ofício;</p> <p>II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.</p> <p>§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.</p> <p>§ 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.</p>	<p>Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.</p> <p>§1 O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.</p> <p>§2 O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.</p> <p>§3 O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:</p> <p>I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;</p> <p>II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição.</p> <p>§4 O ofício ou a petição a que se refere o §3 será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.</p> <p>§5 A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente.</p> <p>§6 Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.</p> <p>§7 A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.</p> <p>§8 É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.</p> <p>§9 Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.</p>

<p>Art. 896. 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.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> 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.</p>	<p>Art. 989 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.</p> <p>§1 Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.</p> <p>§2 Para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.</p> <p>§3 Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.</p>
<p>Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.</p>	<p>Art. 990 Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 988.</p> <p>§1 Admitido o incidente, o relator:</p> <p>I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso;</p> <p>II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias;</p> <p>III – intimará o Ministério Público para, querendo manifestar-se no prazo de quinze dias.</p> <p>§2 A suspensão de que trata o inciso I do §1 será comunicada aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício.</p> <p>§3 Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.</p> <p>§4 O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, §9; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado. Em qualquer dos casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.</p> <p>§5 Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito.</p>

<p>Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.</p> <p>§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.</p> <p>§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.</p>	<p>Art. 991 O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.</p> <p>§1 O órgão indicado deve possuir, dentre as suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula.</p> <p>§2 Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.</p> <p>§3 A competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando ocorrer a hipótese do art. 960 no julgamento do incidente.</p>
<p>Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.</p>	<p>Art. 992 O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.</p> <p><i>Parágrafo Único</i> – Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.</p>
<p>Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no <i>caput</i>.</p>	<p>Art. 993 Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.</p>
<p>Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.</p>	<p>Art. 994 O incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo.</p> <p>§1 Feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões. Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral.</p> <p>§2 Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida</p>

	<p>inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador.</p> <p>§3 O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida.</p>
<p>Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.</p> <p>§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.</p> <p>§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.</p>	<p>Art. 995 Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região.</p> <p>§1 A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.</p> <p>§2 Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação.</p> <p>§3 O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no art. 988, §3, inciso II, poderão pleitear a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 1 a 6.</p> <p>§4 Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso.</p> <p>§5 Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.</p>
<p>Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.</p>	<p>Art. 996 O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de <i>habeas corpus</i>.</p> <p>§1 Superado o prazo previsto no <i>caput</i>, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 990 salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.</p> <p>§2 O disposto no §1 aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 997.</p>
<p>Art. 904. 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 <i>habeas corpus</i>.</p> <p>§ 1º Superado o prazo previsto no <i>caput</i>, cessa a eficácia suspensiva do incidente,</p>	<p>Art. 997 Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 988, §3, inciso II, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais</p>

<p>salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. § 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 900.</p>	<p>ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. §1 Independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no <i>caput</i>. §2 Cessa a suspensão a que se refere o <i>caput</i> se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.</p>
<p>Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. <i>Parágrafo único.</i> Na hipótese prevista no <i>caput</i>, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.</p>	<p>Art. 998 O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida. Parágrafo único – No tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão.</p>
<p>Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente. <i>Parágrafo único.</i> O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal.</p>	<p>Art. 999 Interposto recurso especial ou extraordinário, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.</p>

A doutrina, no entanto, não dispensou críticas à novidade instituída pelo incidente de resolução de demandas repetitivas. Para Dierle Nunes (2012), o incidente viabilizará claramente uma **padronização decisória preventiva**, ao permitir que, no primeiro caso que ingresse no Judiciário com potencialidade de reproduzir demandas idênticas, já se instaure o julgamento coletivo. Para o processualista há uma preocupação excessiva de eficiência quantitativa, “sem viabilizar uma padronização decisória uniformizadora que teria o condão de estabilizar o quadro interpretativo”. A seu ver, “a opção adotada ao invés de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos) promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por poucos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que puderem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia.” Portanto, alerta o autor para a importância de se questionar se esta “seria a solução mais idônea eis que potencialmente uma

solução molecular fruto de um processo coletivo, com ampla participação dos interessados e renovada aplicação do contraditório, poderia ofertar uma resposta bem mais legítima.”

Mas há quem veja com bons olhos o incidente de resolução de demandas repetitivas. Na opinião de Fredie Didier Jr., um dos juristas que compôs a comissão de revisão do novo CPC, um dos principais marcos do projeto é criar “um sistema de **força normativa dos precedentes judiciais** de modo a garantir um tratamento igualitário entre pessoas que estão em situações parecidas”. Para o jurista, “o código estrutura um sistema para que, uma vez consolidado um determinado entendimento nos tribunais superiores, esse entendimento tenha que ser seguido. Ou seja, evita decisões diferentes para situações iguais.” (MARQUES, 2013). Nesse sentido, para o autor, o incidente de resolução de demandas repetitivas é salutar.

Apesar da divergência de opiniões, é notório que a técnica do caso modelo, agora estendida para as instâncias ordinárias, teve posição de destaque no novo CPC. Ela representa um dos grandes avanços da reforma. Tem sido reverenciada pela doutrina por sua **aptidão em valorizar o precedente processual, promover isonomia, garantir a segurança jurídica e reforçar o papel dos tribunais superiores na efetivação da coerência do sistema jurídico**. Portanto, para além das preocupações originárias com a redução das estatísticas de congestionamento dos tribunais, essa técnica mostra-se definitivamente uma **conquista do nosso sistema jurídico**.

CONCLUSÃO

As obras da musa são agora, o que são para nós – belos frutos arrancados da árvore; um destino amável nô-los ofereceu, como uma jovem presenteia aqueles frutos; não existe a vida real de sua existência, não existe a árvore que os produziu, não há a terra nem os elementos que perfizeram sua substância, nem o clima que perfez sua determinação, nem a mudança das estações que dominavam o processo de seu devir. Assim, como as obras daquela arte, o destino não nos dá o mundo, nem a primavera ou o verão da vida moral em que floresceram e maduraram, mas apenas a lembrança velada daquela realidade.

Georg Hegel¹⁵⁰

O caso modelo é, como “um belo fruto arrancado da árvore”, apenas uma “lembrança velada daquela realidade” que é o caso concreto do qual se originou a decisão judicial que forma o precedente a ser aplicado aos futuros casos similares. Ainda que não carregue todas as particularidades da realidade – porque esta pode ser apenas representada, mas não integralmente reproduzida – dela não se descola.

Assim que, ao valer-se do caso modelo para decidir casos repetitivos, o julgador não pode se esquecer que, a um só tempo, aplica e cria direito. Aplicar precedentes, como a decisão do caso modelo, demanda a reconstrução histórica dos casos julgados, mas não com o compromisso de recuperar toda a sua originalidade (impossível para a nossa onisciência), e sim com a consciência de que é a temporalidade e a historicidade que conferem sentido às objetividades.

Desse modo, o processo de aplicação do direito se mostra, no atual paradigma, altamente comprometido com a valorização do precedente. É que a democracia exige a integridade do direito e esta, por sua vez, depende do respeito às leis e às decisões judiciais, as quais devem sempre ser consideradas para garantir que casos semelhantes sejam julgados igualmente.

¹⁵⁰ HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Leipzig: Hoffmeister, 1932, p. 524 apud GADAMER, 1999, p. 267.

Mas como compatibilizar a ideia de que os casos são únicos e **irrepetíveis** com o procedimento de julgamento de recursos que se pressupõem justamente **repetitivos**?

Na verdade, essa contradição é apenas aparente e decorre da concepção de que o procedimento do caso modelo consiste em uma espécie de julgamento **em massa** das demandas repetitivas, que desconsidera toda e qualquer diferença que cada demanda possa apresentar em sua individualidade. Nesse sentido, ao ver de muitos, o procedimento seria uma investida de *standardização* das decisões judiciais no Brasil, com o objetivo de descongestionar os tribunais superiores e, assim, reduzir o volume de recursos que a eles ascendem, através da simplificação da forma de julgamento.

O problema é que essa simplificação, levada ao extremo, pode gerar à **massificação** das demandas repetitivas. Tal como ocorre com o sujeito ‘massificado’ na sociedade, o jurisdicionado ‘massificado’ no processo perde, não só sua identidade como sujeito, mas também sua pertinência, enquanto sujeito público.

No entanto, somente quando os vários aspectos da realidade se apresentam, é que ela se expressa na sua forma mais fidedigna. Assim, no julgamento do caso modelo, a questão jurídica repetitiva somente se revelará, em toda a sua extensão e profundidade, se houver a **participação de todos os interessados**, ainda que de modo representativo, porque somente assim todos os ângulos da questão poderão ser debatidos. E mais: somente com a posterior análise das peculiaridades de cada caso é que, finalmente, a subjetividade de cada indivíduo poderá ser considerada, afastando o risco de sua objetivação superficial, caso a decisão alcançada no julgamento do caso representativo seja simplesmente aplicada a cada caso concreto repetitivo, sem qualquer consideração das particularidades que os individualizam.

Portanto, como técnica de procedimento, é legítima uma certa “simplificação” do julgamento das demandas, como ocorre com o procedimento do caso modelo, ao afetar, a um só caso (o representativo), a solução da questão jurídica (norma judicial geral). Mas, isso, desde que não se deixe de considerar também as individualidades dos casos, **no segundo momento cognitivo do procedimento**, quando os tribunais de origem aplicam a decisão do tribunal superior ao caso concreto. Afinal, uma Corte que julga de forma

massificada objetiva o indivíduo e transfigura-se em um órgão de dominação, reconhecido exclusivamente pelo poder que exerce, despido da legitimação democrática e, assim, impotente para inspirar confiança.

Em uma sociedade democrática, os indivíduos podem formar “massas”, mas estas estão plasmadas pela **lealdade** com que se ligam e não por laços de tradicionalismo ou poder. Não há espaço, no atual paradigma, para um procedimento de solução de demandas múltiplas **massificante**.

Com essas ideias assim organizadas e ilustradas, fica claro que o problema da técnica do caso modelo (ou de qualquer outra medida de praticidade judicante) está no abuso que se faz, na praxe forense, da abstração da norma judicial (leia-se, do precedente) criada. Ao descolá-la dos casos que as originaram, atribui-se a elas uma “liberdade” hermenêutica maior do que se possa admitir. O sentido da norma judicial depreende-se da historicidade por detrás do caso que a originou. Somente assim se pode compreender que toda decisão encerra um núcleo abstrato, ainda que se saiba irrepetível em sua inteira individualidade.

Com essa consciência, passa a ser possível estabelecer **juízos de equiparação ou diferenciação dos casos**, o que fundamentadamente ensejará a aplicação ou não do precedente. São as particularidades de fato e de direito, ademais do provimento final da decisão judicial, que estabelecem os parâmetros necessários para a realização da analogia ou do *distinguish*. Por isso é tão importante superar a cultura jurídica que se tem observado de interpretar decisões judiciais como regra legal. Não há espaço hermenêutico na norma judicial tal como há na norma legislativa. Sem a concretude do caso que ensejou a norma não se procede a uma adequada e legítima interpretação do precedente.

Assim, a técnica do caso modelo representa, ademais de uma resposta do Legislador ao problema do crescente aumento das demandas judiciais, uma forma de **valorização do precedente**. Isso porque, ao se evitar a repetitividade de recursos sobre uma mesma matéria, restringindo a manifestação dos tribunais superiores a uma ou a poucas decisões, reduz-se o risco de prolação de decisões contraditórias. Desse modo, os julgamentos posteriores a serem realizados sobre essa mesma matéria utilizarão a decisão do caso modelo

como guia. Nesse sentido, valoriza-se a decisão primeira prolatada pelo tribunal, a qual passa a constituir um precedente.

E um sistema que se pauta por precedentes é **menos complexo**. Afinal, uma das consequências da profusão de recursos é produzir decisões conflitantes e, por conseguinte, tornar o sistema processual mais complexo e menos operante. Nesse propósito, políticas de valorização do precedente judicial são desejáveis, à medida que aumentam a coerência do sistema. Através dos precedentes, as pessoas deixam de ter que prever as decisões e tornam-se capazes de expectá-las, o que robustece o **princípio da confiança derivado do princípio da segurança jurídica**.

Isso significa que uma pessoa confiante em um precedente, formado a partir de uma decisão passada, pode fazer apostas mais seguras, no presente, com um mínimo de previsibilidade, em relação ao futuro. Ou seja, pode esperar que, sendo o seu caso semelhante ao que formou o precedente, será tratada com **igualdade**. Logo, aumentando o potencial de realização das expectativas das pessoas, o sistema se torna menos complexo e apto a atuar com maior coerência.

Nesse contexto de busca pela coerência do sistema jurídico, o procedimento de solução de demandas múltiplas (leia-se: a repercussão geral e os recursos repetitivos) representa, em termos ideológicos, uma continuidade das medidas há alguns anos adotadas para valorizar os precedentes dos tribunais superiores. Por outro lado, guarda originalidade no aspecto relativo à **técnica procedimental**. Apesar de ter sido inspirado no instituto alemão chamado *Musterverfahren* (caso modelo) criado pela lei que regulamenta as demandas judiciais de responsabilidade civil no mercado de capitais alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, cuja denominação abreviada é *KapMug*), o nosso procedimento se distanciou de suas origens.

Enquanto aqui o procedimento do caso modelo foi incorporado na fase de admissão dos recursos extraordinários e especiais, na Alemanha o procedimento se instaura na fase inicial do processo. No entanto, isso não significa que a decisão sobre aplicar ou não o precedente tenha que se resumir a um mero despacho decisório, sem consistente fundamentação. Uma decisão que evidencie as razões pelas quais o julgador entende que o caso concreto se ajusta ou não ao precedente do tribunal superior é fundamental para o

convencimento do jurisdicionado e, dessa forma, para a legitimação pelo justo. Por isso, é fundamental a utilização das técnicas argumentativas como a analogia e o *distinguish*.

Além disso, uma vez que a decisão prolatada no caso modelo será aplicada aos casos repetitivos, é fundamental que todos os interessados possam participar do julgamento instaurado no tribunal superior para solução do caso destacado. Admitindo que a validade das normas depende da concordância de seus destinatários a seu conteúdo, é de se reconhecer o direito dos interessados, cujos recursos estejam sobrestados, de participarem, em ampla defesa e contraditório, do julgamento do recurso representativo. Isso porque, como o julgamento resultará em uma norma judicial com efeitos sobre todos os recursos repetitivos sobrestados, para que todos os afetados sintam-se coautores da norma, é preciso que participem do processo de sua formação.

Recordemos que a técnica do caso modelo decorreu de uma evolução das ações coletivas, cuja representatividade era questionada por consistir, muitas vezes, em uma verdadeira ficção. Foi para sanar essa falta de legitimação que se desenvolveu a técnica do caso modelo, cujo procedimento permite, ao contrário das ações coletivas, a efetiva participação dos interessados. Portanto, adotar a técnica do caso modelo sem permitir a participação dos interessados contradiz sua própria origem.

Assim, de fato, há uma inegável simplificação no procedimento de julgamento das demandas repetitivas. E isto é desejável, pois permite ao sistema jurídico lidar com a complexidade decorrente das demandas múltiplas. Por outro lado, essa simplificação incrementa, de certo modo, a cota de desconfiança no sistema, à medida que restringe as demandas individuais a um processo coletivizado e, ainda, vincula o juízo adjudicatório dos tribunais inferiores, afastando-se o risco de decisões contraditórias. Sempre que o sistema trabalha com desconfiança, deve se desenvolver controles para que a simplificação promovida não seja destrutiva. Se a simplificação é um caminho necessário para a solução das demandas repetitivas, diante da alta complexidade que elas acarretam aos sistemas processuais, então é preciso adotar mecanismos de controle; e estes só podem ser a garantia da ampla defesa e do contraditório. Esse o caminho – acreditamos – para que o processo se legitime democraticamente. **Portanto, deve ser garantida a**

participação dos envolvidos no procedimento em todos os momentos decisórios, seja na seleção dos pontos controvertidos que formarão a questão jurídica a ser analisada – e que, posteriormente, constituirá a norma judicial (resposta geral à pergunta geral) – seja na apresentação de defesas e de recursos no processo.

Diante dessas reflexões sobre o procedimento do caso modelo, **elegemos um universo para testar as hipóteses levantadas**. Escolhemos as demandas repetitivas em matéria tributária. A razão para esta escolha é que o Direito Tributário tem vocação para a repetitividade, além de estar fortemente sob a regência dos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

As demandas tributárias têm potencial de se multiplicar em larga escala. É que o Direito Tributário é aplicado em massa; impõe-se sobre todos os contribuintes indistintamente, e estes estão sempre em grande número. Além disso, as demandas tributárias têm repercussão econômica que projeta efeitos em cadeia, atingindo outras pessoas além do sujeito passivo e ativo da relação jurídico-tributária. Por essas razões, como está estatisticamente comprovado, uma parcela considerável da demanda judiciária é representada pelas lides tributárias.

Ademais, em matéria tributária o princípio da segurança jurídica ganha especial relevo; constitui uma garantia constitucional que pode ser depreendida do rol das chamadas “limitações constitucionais ao poder de tributar” (arts. 150 a 152 da CR/88 (BRASIL)). Sua efetivação implica, em Direito Tributário, o reconhecimento de princípios como a legalidade, a anualidade, a anterioridade e a espera nonagesimal. Todos esses princípios desdobrados evidenciam a intensidade com que a segurança jurídica irradia seus efeitos no Direito Tributário.

Nesse sentido, técnicas que possam contribuir para a simplificação do (complexo) sistema tributário, conferindo-lhe maior previsibilidade e certeza, são desejáveis, pois ultimam a segurança jurídica. Assim, o **procedimento do caso modelo** revela-se um importante mecanismo capaz de promover a igualdade mediante o julgamento coletivo de demandas múltiplas (como tendem a ser as demandas tributárias) e ainda de robustecer a confiança do contribuinte, ao garantir uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais em matéria tributária.

Podemos, então, aduzir as seguintes consequências da aplicação do procedimento do caso modelo em Direito Tributário:

- I. A seleção do caso representativo, somada à fixação dos pontos controvertidos a serem solucionados no seu julgamento, permite ao contribuinte conhecer antecipadamente o conteúdo sobre o qual irá versar a norma judicial, aumentando sua capacidade de planejamento tributário, ou seja, de conhecer as normas tributárias existentes para, em vista delas, organizar sua atividade econômica;
- II. O julgamento por meio de casos modelo tem potencial para ser um importante foro discursivo-democrático da questão jurídico-tributária, o que tende a aumentar o nível de qualidade da decisão que formará o precedente, além de oportunizar o consentimento do contribuinte ao tributo;
- III. A dimensão pública que os julgamentos dos tribunais superiores sobre questões repetitivas alcança, e a extensão dos efeitos da decisão proferida no caso modelo aumentam a responsabilidade do Poder Público por seus atos;
- IV. A vinculatividade da norma judicial a todas as demandas tributárias repetitivas promove a igualdade tributária, afastando a possibilidade de que contribuintes, pleiteando causas semelhantes, obtenham decisões diferentes. Consequentemente, evita-se distorções de mercado decorrentes da aplicação de normas tributárias diferentes a agentes atuando em um mesmo mercado;
- V. A vinculatividade da norma judicial produzida no caso modelo também desestimula a fúria legislativa marcadamente existente no Direito Tributário. Do mesmo modo, a extensão dos efeitos da decisão dos tribunais superiores a todas as demandas tributárias repetitivas desincentiva ações de economia tributária dos contribuintes, que sejam altamente contestáveis, haja vista a possibilidade de estas ações se tornarem um caso representativo;
- VI. Considerando que a matéria tributária encontra amplo assento constitucional e, por conseguinte, complementar-constitucional, a vinculatividade das decisões dos tribunais superiores nessa

matéria é desejável, uma vez que fortalece a base principiológica do sistema tributário;

- VII. As decisões proferidas nos casos representativos pelos tribunais superiores servem de influxo para os Poderes Legislativo e Executivo revisarem suas normas;
- VIII. O sobrestamento de todos os recursos extraordinários e especiais confere uma garantia maior aos contribuintes-jurisdicionados, uma vez que, em regra, esses recursos não estão dotados de efeitos suspensivos (art. 542, §2º do CPC (BRASIL, 1973));
- IX. O julgamento das demandas tributárias repetitivas “em bloco”, desconsiderando as particularidades dos casos, é uma prática que corrompe o sistema, produzindo efeitos negativos, uma vez que aumenta o nível de desconfiança e promove o tratamento desigual dos contribuintes, em termos materiais. Por isso, são fundamentais os juízos de equiparação (analogia) e diferenciação (*distinguish*).
- X. A restrição a expedientes recursais – como é o caso da inadmissão de recurso contra a decisão que determina o sobrestamento das demandas consideradas repetitivas – viola o direito à ampla defesa e ao contraditório, em nome da praticidade, comprometendo a missão do Poder Judiciário de fazer justiça individual. Como consequência, os contribuintes, cujas demandas tiverem sido equivocadamente afetadas ao recurso representativo, terão que aguardar a prolação do acórdão no caso modelo para terem a oportunidade de recorrer e demonstrar que os seus casos são diferentes, o que acarreta alguns prejuízos, tais como a delonga processual e o prejuízo financeiro de se manter, durante esse tempo, uma garantia ao crédito tributário discutido; e
- XI. Através da participação dos contribuintes interessados no julgamento do caso modelo, estes podem manifestar o seu consentimento ao tributo. Como o tributo nasce de ato unilateral do Estado, é o Poder Judiciário que garante ao contribuinte, em (certo) pé de igualdade com o Ente Tributante, a manifestar o seu consenso/dissenso direto sobre o tributo.

Diante de todas essas consequências, resta-nos claro que, embora **em Direito Tributário, indiscutivelmente, a lei seja aplicada em massa, e ainda que seja desejável que isto se dê do modo mais eficiente possível, jamais poderá o Poder Judiciário, em nome da praticidade tributária, desincumbir-se de sua missão.** Nesse sentido, o pragmatismo que vem sendo creditado ao procedimento do caso modelo representa um grave risco à realização da justiça individual.

A vinculatividade da decisão proferida pelos tribunais superiores no caso representativo aos recursos repetitivos não extrai fundamentos do princípio da praticidade – nem mesmo em Direito Tributário, onde tal princípio encontra importante assento –, mas sim do postulado da coerência, densificado na exigência de igualdade no julgamento de demandas repetitivas – igualdade esta que, em Direito Tributário, é princípio capital. Portanto, uma vez que a missão institucional do Poder Judiciário é a realização da justiça individual, é à luz deste princípio que as referidas leis devem ser interpretadas, ou seja, não como um comando de aplicação da lei em massa, mas justamente em sentido oposto, como técnica de garantia da igualdade material.

Claro está que, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a técnica do julgamento por meio de casos modelos é uma solução salutar. Não por outra razão o novo CPC o consagrou, mantendo-o em nosso sistema processual agora sob a epígrafe **“Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”**, e reforçou o tratamento das demandas repetitivas com a criação do **“incidente de resolução de demandas repetitivas”**. Nos termos da proposta constante no projeto, as demandas repetitivas serão tratadas na instância ordinária (1º e 2º graus), por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, e nas instâncias extraordinárias (STF e STF), mediante o procedimento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Assim, não restam dúvidas de que a técnica do caso modelo é um dos principais marcos do projeto do novo Código de Processo Civil. Ela representa um dos grandes avanços da reforma. Tem sido reverenciada pela doutrina por sua **aptidão em valorizar o precedente processual, promover isonomia, garantir a segurança jurídica e reforçar o papel dos tribunais superiores na efetivação da coerência do sistema jurídico.** Portanto, para além das

preocupações originárias com a redução das estatísticas de congestionamento dos tribunais, essa técnica mostra-se definitivamente uma **conquista do nosso sistema jurídico**.

APÊNDICES

I *KapMug* (em inglês)

Appendix 8

Germany: Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets

The Bundestag passed the following law:

ARTICLE 1

Act on Model Case Proceedings in Disputes under Capital Markets Law (Capital Markets Model Case Act — KapMuG)

Table of Contents

Part 1

Application for Establishment of a Model Case; Reference Procedures

- Section 1 Application for Establishment of a Model Case
- Section 2 Public Announcement in the Complaint Registry
- Section 3 Interruption of Proceedings
- Section 4 Reference to the Higher Regional Court
- Section 5 Precluding Effects of the Order Referring the Matter to a Higher Court of Instance

Part 2

Conducting a Model Case

- Section 6 Public Announcement of Model Case Proceedings
- Section 7 Suspension
- Section 8 Parties to the Model Case Proceedings
- Section 9 General Procedural Rules
- Section 10 Preparation of the Hearing
- Section 11 Effects of Withdrawal
- Section 12 Legal Position of Interested Parties Summoned
- Section 13 Expansion of the Subject Matter of the Model Case Proceedings
- Section 14 Model Case Ruling
- Section 15 Appeal on Points of Law

Part 3

Effect of the Model Case Ruling; Costs

- Section 16 Effect of the Model Case Ruling

Section 17	Subject Matter of the Decision on Costs in Trial Proceedings
Section 18	Violation of the Requirements to Reference of the Matter to the Higher Regional Court
Section 19	Decision concerning Costs in Appeal on Points of Law Proceedings
Section 20	Transitional Provisions

Part 1

Application for Establishment of a Model Case; Reference Procedures

Section 1

Application for Establishment of a Model Case

(1) By application for the establishment of a model case, in a proceeding at first instance, in which

1. a claim for compensation of damages due to false, misleading or omitted public capital markets information or
2. a claim to fulfilment of contract, which is based on an offer under the Securities Acquisition and Takeover Act,

is asserted, the establishment of the existence or non-existence of conditions justifying or ruling out entitlement or the clarification of legal questions may be sought (establishment objective), provided the decision in the legal dispute is contingent thereupon. Application for the establishment of a model case may be made by the plaintiff and the defendant. Public capital

markets information means information directed at a great number of investors regarding facts, circumstances and statistical as well as other company data which relate to an issuer of securities or an offeror of other investments. These shall include, in particular, information contained in

1. prospectuses under the Securities Prospectus Act,
2. sales prospectuses under the Sales Prospectus Act and the Investment Act,
3. communications of insider information within the meaning of section 15 of the Securities Trading Act,
4. presentations, overviews, lectures and information in the main collection on the state of the company, including its relationships with associated enterprises within the meaning of section 400 (1) no. 1 of the Stock Corporation Act,
5. annual financial statements, annual reports, group financial statements, group annual reports and interim reports of the issuer, and in
6. offering documents within the meaning of section 11 (1), first sentence, of the Securities Acquisition and Takeover Act.

(2) Application for the establishment of a model case shall be made with the court trying the matter and shall include indication of the establishment objective and the public capital markets information. Such application must contain information on all factual and legal circumstances (points of dispute) which serve to

justify the establishment objective, and a description of the evidence the applicant intends to use to substantiate or refute factual claims. The applicant shall substantiate that the decision on the application for the establishment of a model case may have significance for other similar cases beyond the individual dispute concerned. The respondent shall be granted opportunity to submit a written pleading on the matter.

(3) An application for the establishment of a model case pursuant to subsection (1), first sentence, shall be inadmissible if

1. a decision on the dispute which the application for the establishment of a model case is based upon is already forthcoming,
2. application for the establishment of a model case is made for the purpose of delaying proceedings,
3. the evidence described is unsuitable,
4. the applicant's reasons do not justify the filing of an application for the establishment of a model case or
5. a legal question which has been exclusively raised does not appear to need clarification.

Inadmissible applications for the establishment of a model case shall be denied by order of the court trying the matter.

Section 2

Public Announcement in the Complaint Registry

(1) The court trying the matter shall announce publicly an admissible application for the establishment

of a model case in the electronic Federal Gazette under the title "Complaint Registry pursuant to the Capital Markets Model Case Act" (Complaint Registry). A decision on public announcement shall be given by order of the court trying the matter. There shall be no possibility to appeal such order. The public announcement shall contain only the following information:

1. The complete name of the accused party and its legal representative,
2. The name of the issuer of securities or offeror of other investments to which the application for the establishment of a model case refers,
3. The name of the court trying the matter,
4. The case number at the court trying the matter,
5. The establishment objective of the application for the establishment of a model case and
6. the exact date of the public announcement in the Complaint Registry.

Applications for the establishment of a model case whose establishment objectives refer to the same subject matter (related applications), shall be listed in the Complaint Registry chronologically according to the date of their announcement. Applications for the establishment of a model case must however no longer be announced publicly in the Complaint Registry, if the conditions for the introduction of a model case pursuant to Section 4 (1), first sentence, have already been met.

(2) Access to the Complaint Registry shall be open to everyone free of charge.

(3) The court trying the matter carries the responsibility in respect of data protection for the data made public by him in the Complaint Registry, in particular for the legality of the collection of the data, the reliability of their announcement and their accuracy.

(4) The operator of the electronic Federal Gazette shall prepare in cooperation with the Federal Office Information Security a security plan for public announcements in the Complaint Registry, which shall include, in particular, the necessary technical and organizational measures pursuant to section 9 of the Federal Data Protection Act. The effectiveness of the measures shall be assessed at regular intervals in view of current technological developments.

(5) Data stored in the Complaint Registry shall be deleted in the event of denial of an application for the establishment of a model case pursuant to Section 4 (4), otherwise upon final and binding conclusion of the model case proceeding.

(6) The Federal Ministry of Justice shall be empowered to stipulate by order more precise provisions on the content and structure of the Complaint Registry, in particular with regard to entries, amendments, deletions, rights of access, data security and data protection. This shall include the formulation of provisions on the setting of dates for deletion and provisions which ensure that the public announcements

1. remain intact, complete and current,
2. can be traced to their origins at any time.

Section 3

Interruption of Proceedings

Proceedings shall be interrupted upon public announcement of the application for the establishment of a model case in the Complaint Registry.

Section 4

Reference to the Higher Regional Court

(1) The court trying the matter shall effect by order a decision of the next highest court of instance, the Higher Regional Court, on the establishment objective of related applications for the establishment of a model case (model case ruling), if

1. the first application according to date for establishment of a model case was submitted in the proceeding before the court trying the matter and
2. in at least nine other proceedings related applications for the establishment of a model case were submitted before the same or other courts within four months subsequent to its public announcement.

The order referring the matter to a higher court of instance shall be without appeal and binding for the Higher Regional Court. The order according to date of the applications for the establishment of a

model case submitted to the courts trying the matters is determined according to the date of the public announcement in the Complaint Registry.

(2) The order referring the matter to a higher court of instance shall contain:

1. The establishment objective,
2. All points of dispute being raised, to the extent that they are relevant to the decision,
3. The evidence described and
4. A brief summary of the essential content of the rights being claimed and the measures availed of in contesting or defending the matter.

(3) The court trying the matter shall publicize the issuance and the date of the order referring the matter to the higher court of instance in the Complaint Registry.

(4) If within four months after the public announcement of the respective application for the establishment of a model case the number of similar applications required for reference of the matter to the Higher Regional Court has not been submitted to the court trying the matter, such court shall deny the application and resume proceedings.

(5) If more than one Higher Regional Court has been instituted in any given Land, rulings on model cases for which the Higher Regional Courts are competent pursuant to subsection (1) may be assigned by order of the Land governments to one of the Higher Regional Courts, provided that

this serves in the interest of ensuring the consistency of the rulings. The Land governments may transfer this authority to the Land administrations of Justice. The competency of a Higher Regional Court may be established for specific districts or an entire region of several Länder by way of treaty between Länder.

Section 5

Precluding Effects of the Order Referring the Matter to a Higher Court of Instance

Upon issuance of the order referring the matter to a higher court of instance, the initiation of a further model case proceeding for the proceeding which is to be suspended pursuant to subsection (7) shall be inadmissible.

Part 2

Conducting Model Case Proceedings

Section 6

Public Announcement of Model Case Proceedings

Upon receipt of the order referring the matter to a higher court of instance, the Higher Regional Court shall publicly announce the following in the Complaint Registry:

1. The name of the model case plaintiff and his legal representative (Section 8 (1) no. 1),
2. The complete name of the model case defendant and his legal representative (§ 8 (1) no. 2),

3. The establishment objective of the model case,
4. The case number of the Higher Regional Court and
5. The content of the order referring the matter to a higher court of instance.

The Higher Regional Court shall bear the responsibility in respect of data protection pursuant to Section 2 (3).

Section 7 Suspension

(1) After the Higher Regional Court has made public announcement of the model case in the Complaint Registry, the court trying the matter shall suspend ex officio all pending proceedings or any proceedings brought prior to the handing down of a model case ruling whose decision is contingent upon the establishment to be made on the model case or the legal question to be resolved in the model case proceeding. This shall apply irrespective of whether application was made in the proceeding for the establishment of a model case. The parties shall be heard, unless they have waived their right to do so. There shall be no possibility to appeal the suspension order. The court trying the matter shall inform the Higher Regional Court conducting the proceedings without delay of the suspension of proceedings, to include the amount of the claim, if this is the subject matter of the proceedings.

Section 8 Parties to the Model Case Proceedings

(1) Parties to the model case proceedings shall include:

1. The model case plaintiff,
2. The model case defendant,
3. Interested parties summoned.

(2) The Higher Regional Court shall designate at its equitable discretion by order the model case plaintiff from among the plaintiffs at the court obtaining the model case ruling. Consideration shall be given to the following:

1. The amount of the claim, if it is the subject matter of the model case, and
2. Agreement among several plaintiffs designating a single model case plaintiff.

There shall be no contestation of such order.

(3) The plaintiffs and defendants of the remaining suspended proceedings shall be summoned to the model case proceeding. The suspension order shall serve as a summons in the model case proceeding. On the basis of the suspension order, the case trying the matter shall inform the interested parties summoned

1. that the pro rata costs of the model case shall make up part of the costs of the trial proceedings, and
2. that this shall not apply pursuant to Section 17, fourth sentence, if the complaint is withdrawn

within two weeks of the service of the order of suspension of the main proceeding.

Section 9 General Procedural Rules

(1) The applicable provisions stipulated under the Code of Civil Procedure for proceedings at the first instance before the Regional Courts shall apply *mutatis mutandis*, provided no other derogating stipulations have been agreed on. Sections 278, 348 to 350 and 379 of the Code of Civil Procedure shall not apply. Interested parties summoned must not be named in orders.

(2) Public announcement may be made in lieu of service of summonses to court hearings on interested parties. Public announcement shall be effected by entry into the Complaint Registry. There must be a span of at least four weeks between public announcement and the date of the hearing.

(3) The Federal Government and the Land governments may determine by order for their area of competency the point in time as of which electronic files are to be kept in the model case proceeding and the applicable organisational/technical basis necessary for the creation, maintenance and storage of such electronic files. The Land governments may transfer this authority by order to the Land administrations of Justice.

(4) The Federal Government and the Land governments may determine by order for their area

of competency that in model case proceedings statements are to be submitted to the court in electronic form, confirmations of receipt are to be sent in response electronically and that the parties shall be required to ensure that electronic documents may be served on them by the court. The suitable form necessary for the processing of the documents shall be stipulated by order. The Land governments may transfer this authority by order to the Land administrations of Justice.

Section 10 Preparation of the Hearing

In preparation of the hearing, the presiding judge or a member of the bench designated by him may instruct the interested parties summoned to the hearing to submit additions to the written pleadings provided by the model case plaintiff or the model case defendant, and may in particular set a deadline for the clarification of certain disputes which require further elucidation. Additions submitted in the preparatory written pleadings by the interested parties summoned shall be made available to the model case plaintiff and the model case defendant. Written pleadings of the interested parties summoned shall not be made available to any remaining interested parties. Written pleadings of the model case plaintiff and the model case defendant shall only be made available to the interested parties

summoned if they have requested this of the court in writing.

Section 11 Effects of Withdrawal

(1) Withdrawal of an application for establishment of a model case shall have no influence on the status of a model case plaintiff or a model case defendant per se.

(2) If the model case plaintiff withdraws his complaint in the course of the main model case proceedings, the court shall designate a new model case plaintiff. The same shall apply in the event of the initiation of insolvency proceedings in respect of the model case plaintiff's assets, and in the event of his death, loss of capacity to sue or to be sued, loss of legal representative, a court order subjecting estate to administration or reversionary succession, provided that the legal counsel representing the model case plaintiff has applied for the suspension of the model case proceedings. Withdrawal of the complaint by the interested parties summoned shall have no effect on the progress of the model case proceedings.

Section 12 Legal Position of Interested Parties Summoned

An interested party must engage in the model case proceeding at the stage it is in at the time he is summoned; he is entitled to avail himself of means of contestation or defense and to effectively undertake all relevant procedural acts, as long as his statements

and actions are not contrary to the statements and actions of his main party (model case plaintiff or model case defendant).

Section 13 Expansion of the Subject Matter of the Model Case Proceedings

(1) Within the framework of the establishment objective of the model case, model case plaintiffs, model case defendants and interested parties summoned may seek the establishment of additional points of dispute up to the conclusion of the model case proceedings, provided that the decision on their legal dispute is contingent thereupon and the court trying the matter considers them relevant.

(2) The expansion of the order referring the matter to a higher court of instance by the court trying the matter shall be without appeal and binding for the Higher Regional Court.

(3) The Higher Regional Court shall publicize the expanded order referring the matter to a higher court of instance in the Complaint Registry. Section 6, second sentence, shall apply *mutatis mutandis*.

Section 14 Model Case Ruling

(1) Based on an oral hearing, the Higher Regional Court shall hand down by order a model case ruling. The interested parties summoned must not be named in the heading of a model case ruling. The model case ruling shall be served on the model case

plaintiff and on the model case defendant; the interested parties summoned shall be informed thereof by informal notification. Public announcement may be made in lieu of such notification, to include the service thereof on the model case plaintiff and the model case defendant. Section 9 (2), second sentence, shall apply *mutatis mutandis*.

(2) The decision on the costs ensued as a result of conduct of model case proceedings shall remain a matter for the courts trying the matter at which proceedings were suspended.

(3) Sections 91a and 306 of the Code of Civil Procedure shall not apply to model case proceedings. If all interested parties (§ 8 (1)) do not consent to the settlement, conclusion of model case proceedings by way of settlement shall be inadmissible.

Section 15 Appeal on Points of Law

(1) The model case ruling may be appealed on points of law. The legal matter shall constantly have fundamental importance within the meaning of section 574 (2) no. 1 of the Code of Civil Procedure. The fact that the court trying the matter pursuant to Section 4 (1) has erroneously obtained a model case ruling may not serve as the basis for a complaint. All parties to the proceedings (Section 8 (1)) shall be entitled to file a complaint.

(2) The court of appeals shall notify the interested parties sum-

moned to the model case proceedings of the receipt of a complaint, provided that such complaint is admissible *per se* and was filed in the prescribed form and within the time allowed. These parties may intervene in complaint proceedings within a strict statutory period of one month as of service of such notification. Public announcement may be made in lieu of service of such notification; Section 9 (2), second sentence shall apply *mutatis mutandis*. The parties shall substantiate the intervening pleading within a period of one month. The time period shall begin running upon service of the notification of receipt of the complaint pursuant to the first sentence; section 551 (2), fifth and sixth sentences, of the Code of Civil Procedure shall apply *mutatis mutandis*. If an interested party summoned waives intervention or does not provide reasons for seeking intervention within the time period stipulated in the second sentence, then the model case proceeding before the court of appeals shall be continued without regard to him. Section 12 shall apply *mutatis mutandis* to the legal position of interested parties intervening in the complaint proceedings.

(3) If a model case plaintiff appeals the model case ruling on points of law, he shall then continue the model case proceedings at the appellate instance as the model case appellant. If the model case plaintiff withdraws his appeal on points of law, then the court of appeals shall designate pursuant

to Section 11 (2), first sentence, in conjunction with Section 8 (2a) a new model case appellant from among the interested parties summoned who have intervened in the appeal on points of law proceedings, unless these parties also waive continuance of the appeal.

(4) If appeal on points of law in respect of the model case ruling is not made by the model case plaintiff, but instead by one or more of the interested parties summoned, then that interested party summoned who is first to enter an appeal shall be designated the model case appellant by the appeals court. Subsection (2), first sentence, shall apply *mutatis mutandis* in regard to the model case plaintiff and the model case defendant.

(5) If a model case defendant enters an appeal in respect of the model case ruling, then the model case opponent to the appeal shall be the model case plaintiff determined by the Higher Regional Court. Section 574 (4), first sentence, of the Code of Civil Procedure shall apply *mutatis mutandis* to the interested parties summoned.

Part 3

Effect of the Model Case Ruling; Costs

Section 16

Effect of the Model Case Ruling

(1) The model case ruling shall be binding on the courts trying the matter, whose decisions depend on the establishment made on the

model case or the legal question to be resolved in the model case proceedings. The order shall be defined as taking final and binding effect to the extent that a ruling has been handed down in regard to the subject matter of the model case. Without prejudice to subsection (2), the model case ruling shall have effect for and against all interested parties summoned, irrespective of whether the interested party itself has expressly complained of all the points of dispute. This shall also apply if the interested party has withdrawn its complaint in the main proceedings. Main proceedings shall be recommenced upon submission of the final and binding model case ruling by a party to the model case proceedings.

(2) Upon final and binding conclusion of the model case proceeding, the interested parties summoned shall only be heard in legal disputes brought against the opposing party which assert that the main party's presentation of the case was inadequate, provided that, on account of the stage the model case proceeding was in at the time they were summoned or on account of statements and actions of the main party, the interested parties summoned were hindered from availing themselves of means of contestation or defense, or such means of contestation or defense of which they were not aware were not availed of by the main party, either intentionally or due to gross negligence.

(3) The model case ruling shall also have effect for and against the interested parties summoned, who did not intervene in the appeal on points of law proceeding.

Section 17

Subject Matter of the Decision on Costs in Trial Proceedings

The costs ensued by the model case plaintiff and the interested parties summoned on his side for model case proceedings at first instance shall comprise part of the costs of the respective trial proceeding at first instance. The costs ensued by the model case defendant and the interested parties summoned on his side for model case proceedings at first instance shall comprise part of the costs of the respective trial proceeding at first instance. The respective share in the costs shall be determined according to the ratio of the amount of the claim made by the respective plaintiff, in so far as this is the subject matter of the model case proceeding, to the total amount of the claims made in the trial proceedings by the model case plaintiff and the interested parties summoned on his side for the model case proceeding, in so far as such claims are the subject matter of the model case proceeding. A claim shall not be considered, if the complaint in the main proceeding has been withdrawn within two weeks of service of the suspension order pursuant to Section 7. Section 96 of the Code of Civil Procedure shall apply *mutatis mutandis*.

Section 18

Violation of the Requirements to Reference of the Matter to the Higher Regional Court

The judgment of one of the courts trying the matter on the merits may not be contested on the basis of the allegation that the Higher Regional Court was not the court competent for handing down a ruling on a model case or that the requirements for reference to a higher court of instance in a model case proceeding have not been met.

Section 19

Decision concerning Costs in Appeal on Points of Law Proceedings

(1) The costs ensued in the filing of an appeal on points of law by the model case plaintiff or one of the interested parties summoned on his side which was unsuccessful shall be carried, depending on the degree of their intervention, by the model case appellant and those interested parties summoned who intervened in the appeal on points of law proceedings.

(2) If the appeals court itself gives the decision on the matter, the costs ensued in bringing an appeal on points of law by one of the model case defendants or one of the interested parties summoned on his side which was successful shall be carried, depending on the degree of their intervention in the model case proceedings at first instance, by the model case plaintiff and all interested parties summoned on his side.

(3) In the event of partially successful outcomes and loss, section 92 of the Code of Civil Procedure shall apply *mutatis mutandis*.

(4) In the event that the court of appeals sets aside the model case ruling by the Higher Regional Court and remits the matter for a new decision, the Higher Regional Court shall rule at its equitable discretion on the carrying of costs in appellate proceedings simultaneously with the handing down of its ruling on the model case proceeding. In doing so, the outcome of the model case proceeding shall be taken as its basis. Section 99 (1) shall apply *mutatis mutandis*.

(5) If the model case plaintiff and the interested parties summoned on his side are ordered to pay costs ensued in the appellate proceedings, they shall reimburse court fees advanced by the model case

defendant or the interested parties summoned on his side and the attorney's fees of the model case defendant or the interested parties summoned on his side according to the respective value arising from the claims made by them in the trial proceedings which are the subject matter of the model case proceeding.

Section 20 Transitional Provisions

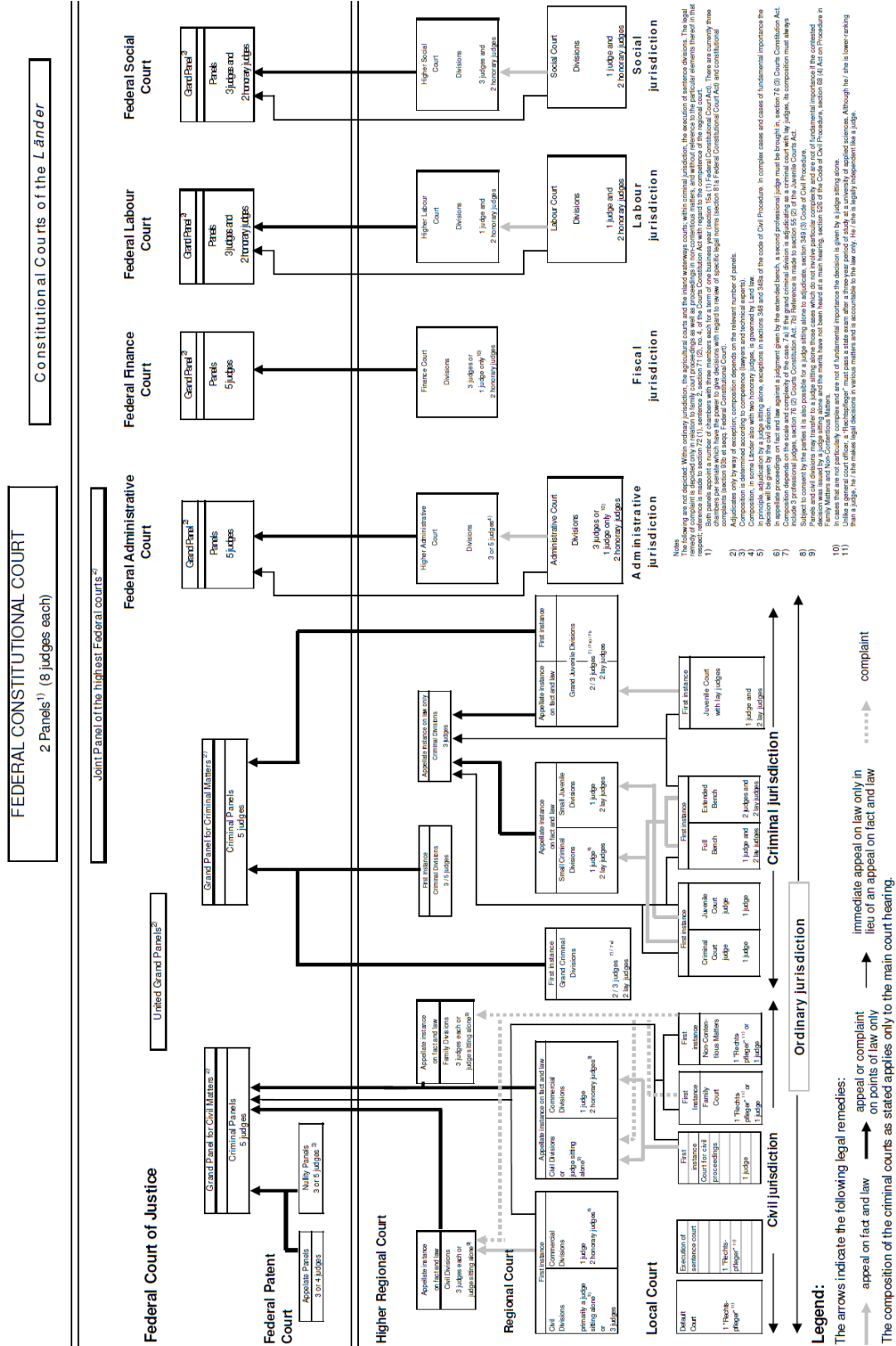
In respect of proceedings in which prior to 1 November 2010 an application for the establishment of a model case was submitted, this law and those provisions amended by Articles 2 to 8 of the Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets in the version in force prior to 1 November 2010 shall continue to apply.

II Organograma do Poder Judiciário da Alemanha

i Versão em inglês

The Courts of Law in the Federal Republic of Germany

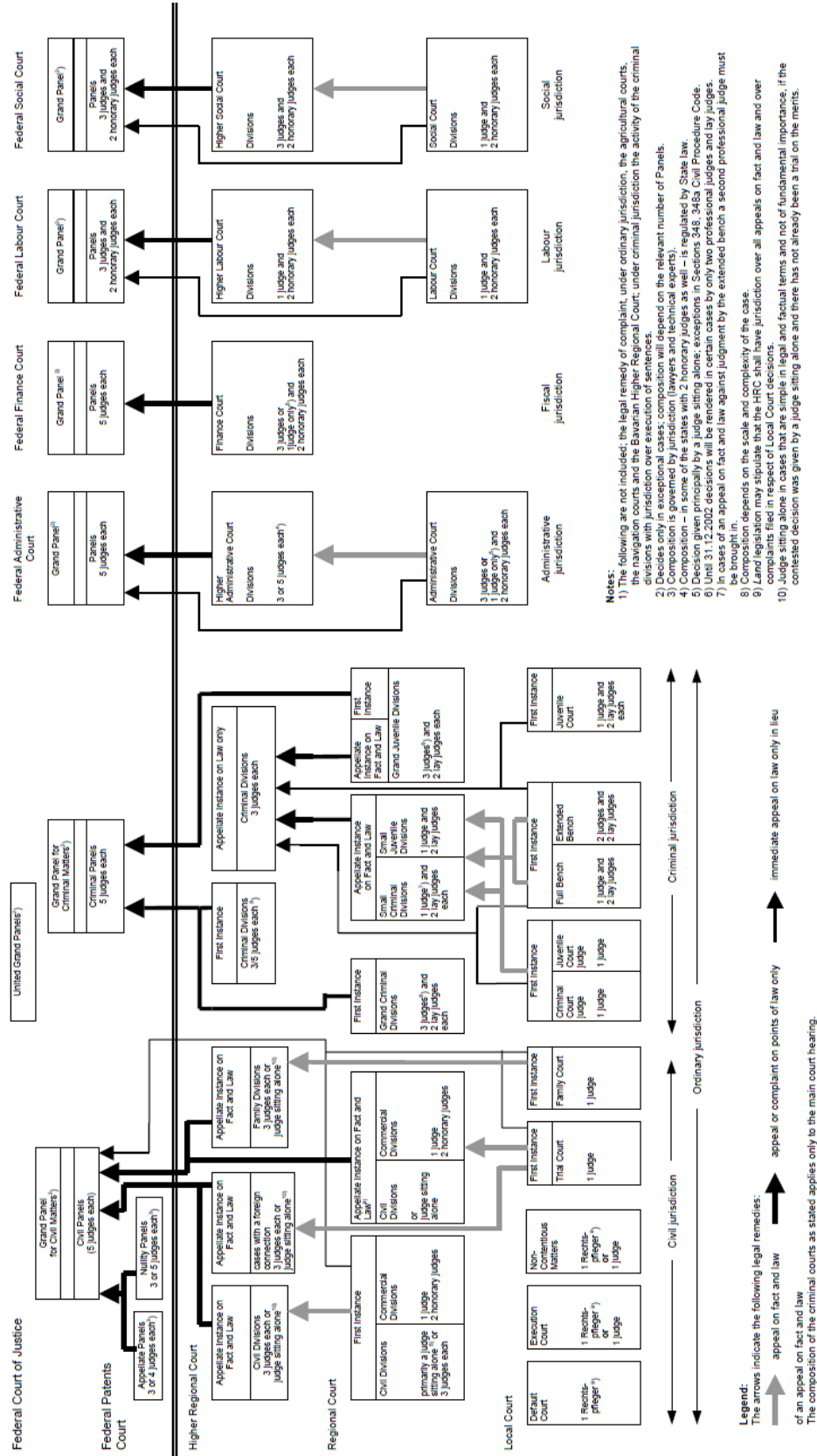
Information correct as of February 2011



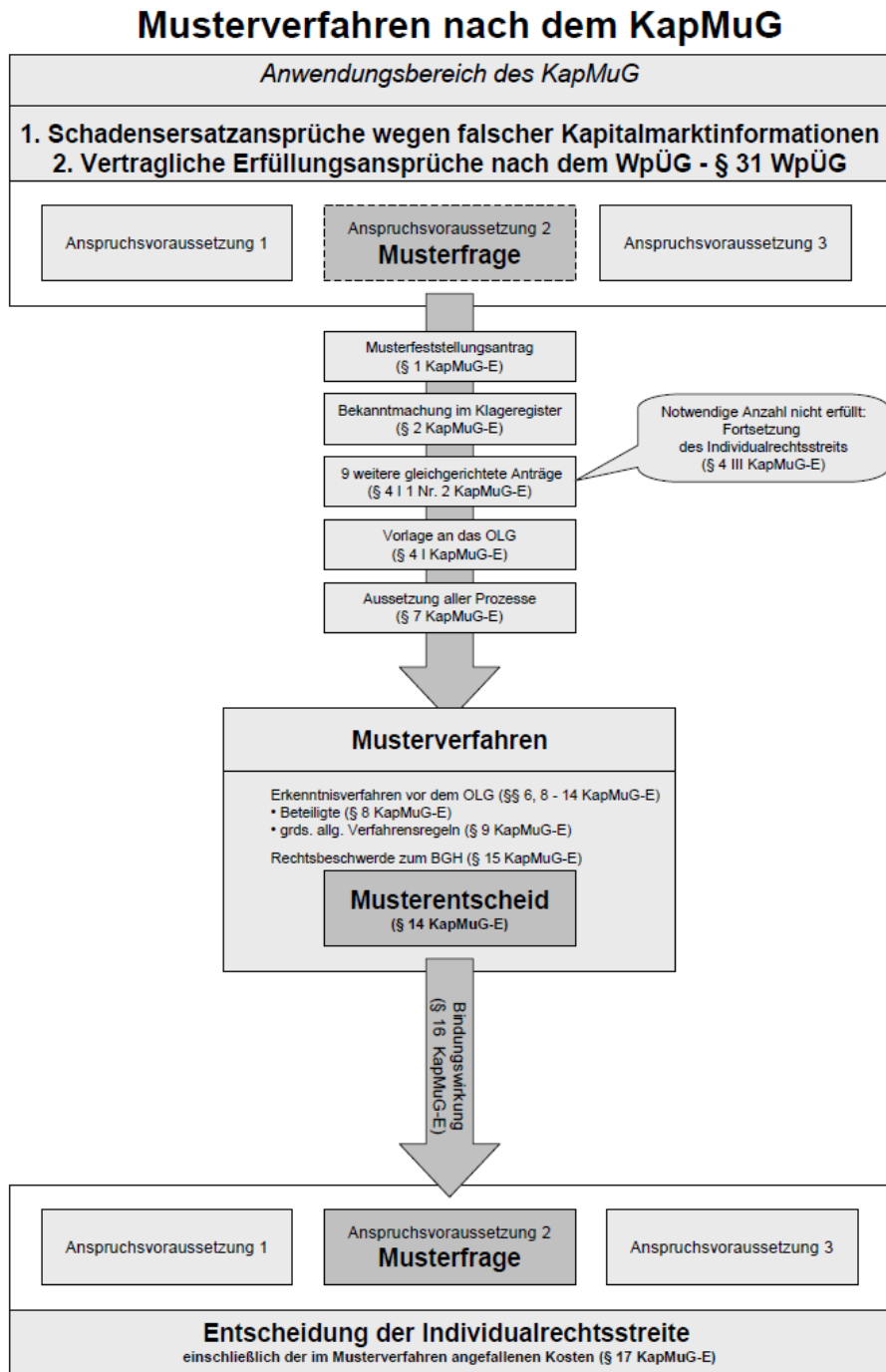
The Courts of Law in the
Federal Republic of Germany¹⁾
FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT
2 Panels (8 judges each)

Constitutional Courts of the States

Joint Panel of the highest Federal courts²⁾



III Fluxograma da *KapMuG*



BIBLIOGRAFIA

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente**. Frankfurt am Main: Fischer, 1988.

ALEMANHA. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG). **Bibliothek des Bundesgerichtshofs**, 2005. Disponível em: <<http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

ALEMANHA. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG). **Bibliothek des Bundesgerichtshofs**, 2012. Disponível em: <<http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em: 05 out. 2013.

ALEMANHA. Bundesministeriums der Justiz. **Informationen für die Presse - Entwurf eines Gesetzes zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)**. Disponível em: <<http://www.bmj.de>>. Acesso em: 01 set. 2013.

ALONSO, A. G. La responsabilidad patrimonial del estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el caso del «síndrome tóxico»: un viaje de ida y vuelta. **Actualidad Administrativa**, v. 21, II, dez. 2007.

ANDREWS, N. Multi-party proceedings in England: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law* 11/263. 2001. In CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, p. 123-146, 2007.

ANDRIGHI, F. N. Recursos Repetitivos. **Revista de Processo**, 185, jul 2010.

ARAUJO, N. M. C. D.; CAMPOS, H. S. O. Recurso Especial Repetitivo: paradigma e segurança jurídica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, 103, 2012. 363-383.

ARENDT, H. **A condição humana**. 10. ed. [S.l.]: Forense Universitária, 2007.

AUSTIN, J. **The Province of Jurisprudence Determined**. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1954.

ÁVILA, H. **Segurança jurídica. Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO NETO, J. L. L.; FIGUEIREDO, P. R. V. Impugnação contra a Decisão que determina o Sobrestamento de Recurso Repetitivo: fugindo da cama de Proscuto. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, p. 66-76, set. 2013.

BAETGE,. Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation. Germany. **Global Class Action Exchange. Country Reports. Stanford University**, 2007. Disponível em: <<http://globalclassactions.stanford.edu>>. Acesso em: 29 out. 2013.

BAHIA, A. G. M. F. **Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesses público e privado.** Curitiba: Juruá, 2009.

BALEEIRO, A. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar.** Tradução de Misabel de Abreu Machado ed. Atualiz. DERZI. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BANDEIRA, R. M. G. A Emenda Constitucional n. 45, de 2004 - O novo perfil do Poder Judiciário brasileiro. **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados,** Brasília, 2005. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1587/emenda_constitucional_bandeira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2013.

BARACHO, J. A. D. O. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, J. A. D. O. **Teoría General do Processo Constitucional. Revista Peruana de Derecho Constitucional.** [S.l.]: [s.n.], v. 01, out, 1999. 327 e ss. p.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Algumas inovações da Lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. **Temas de Direito Processual,** São Paulo, n. Sérima Série, 2001.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Súmulas, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: _____ **Temas de Direito Processual - Nona série.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTA JÚNIOR, O. A. **Transações Admnsitrativas. Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BENETI, S. A. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 34, p. 9-23, mai 2009.

BERT, P. eter Bert's Blog about Litigation, Arbitration and Mediation in Germany – Case Law, News etc. **KapMug: Legislative Process Started to Revise Capital Market Investor's Proceeding Act,** 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BERT, P. Peter Bert's Blog about Litigation, Arbitration and Mediation in Germany – Case Law, News, etc. **Class Actions in Germany: KapMug Extended Until 2020 - Modest Change of Scope,** 13 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico.** São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política.** Tradução de Camen C. VARRIALE; Gaetano LO MÔNACO, *et al.* 11. ed. [S.l.]: Universidade de Brasília, v. I, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**, 13 dez. 1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Súmula n. 5 de 13 de dezembro de 1963. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno**, 1964.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 5.869. Institui o Código de Processo Civil.**, 11 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**, 28 jun. 1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2003.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45. **Diário Oficial da União**, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Lei 11.277. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 fev. 2006.

BRASIL. Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2006.

BRASIL. Lei n. 14.418 de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 11.276. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 fev. 2006.

BRASIL. Senado Federal. Portal Atividade Legislativa. **PLC - Projeto de Lei da Câmara, nº 101 de 2005**, 18 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25034&tp=1>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Gestão e Planejamentos. Eventos.1º Encontro Nacional do Judiciário**, 25 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 11.672 de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução num. 7. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 jul. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução num. 8. **Diário de Justiça Eletrônico**, 7 ago. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.073.846. Relator Min. Luiz Fux.. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 ago. 2009.

BRASIL. **Relatório Estatístico**. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. Brasília, p. 25. 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. PL 166/2010**, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.947. Relator Min. Eros Grau. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 maio 2010. 91.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Regimento Interno (atualizado até maio de 2013). Brasília: [s.n.], 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números. Relatórios de 2003 a 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (atualizada até a EC 75 de 15.10.2013). **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 01 jul. 2013.

BRASIL, C. N. Relatório Fiscal. **Comissão de Constituição e Justiça**, 13 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56463&tp=1>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL, S. F. PLC - Projeto de Lei da Câmara, nº 101 de 2005. **Portal Atividade Legislativa**, 18 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25034&tp=1>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. D. J. Súmula n. 07, 28 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. D. J. Recurso Especial n. 1.058.114/RS. Relator: Ministra Nancy Andrichi., 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. D. J., 14 out. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=3652&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. D. J., 16 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. D. J. AgRg no REsp 1162078/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 02 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 09 out. 2013.

BRASIL, S. T. D. J. Recurso Especial n. 1.111.743/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. F. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. F. **Estatísticas do STF. RE, AI e ARE - % Distribuição**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. F. **Estatísticas do STF. RE, AI e ARE - % Distribuição**, 15 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL, S. T. F. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BULL, H. **A sociedade anárquica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUNDESRECHTANWALTSKAMMER. The Federal Lawyers' Act. Disponível em: <http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/brao_engl_090615.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

BUSTAMANTE, T. D. R. **Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, T. D. R. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, C. S. C. N. **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 65-106.

BUZAID, A. Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 11, 1968.

CARNELUTTI, F. **Direito Processual Civil e Penal**. Tradução de Júlia Jimenes Amador. Campinas: PÉritas, 2001.

CARVALHO NETTO, M. D.; SCOTTI, G. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, M. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

CARVALHO NETTO, M. D. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CLARKE, S. International Law Office. **Class Actions: A New Import into UK Litigation?**, 20 jun. 2006. Acesso em: 10 out. 2013.

COÊLHO, S. C. N. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CONSULTOR JURÍDICO. Morisidade do Judiciário. **Excesso de normas leva cidadão a procurar a Justiça**, 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Class action: an overview**, 09 ago. 2010. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/class_action>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CROSS, R. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CRUZ E TUCCI, J. R. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEL PRÁ, C. G. R. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

DERZI, M. A. M. A expectativa legítima em face da imprevisibilidade das mudanças da jurisprudência e a proteção da confiança no Direito Tributário. In: NOVOA, C. P. C. G. **Homenagem aos 50 anos do ILADT**. [S.l.]: [s.n.], 2008.

DERZI, M. A. M. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noese, 2009.

DERZI, M. D. A. M. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DERZI, M. D. A. M. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário. A separação dos poderes em jogo. In: MANEIRA, E.; TORRES, H. T. **Direito Tributário e a Constituição. Homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 599-646.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949**. Tradução de Aachen Assis Mendonça. [S.l.]: [s.n.], 2011.

DICIONÁRIO Priberam. **Vocábulo "Precedente"**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. J. C. D. Editorial 95. **Fredie Didier Jr.**, 02 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 1 nov. 2013.

DIDIER, F. Editorial 49, 23 set. 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN, R. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EMBAIXADA E CONSULADOS GERAIS DA ALEMANHA NO BRASIL. Liberdade de Imprensa. **O Supremo Tribunal Federal e a liberdade de imprensa**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/11__Presse/Journalismus__i_n__D/Liberdade__imprensa__Seite.html>. Acesso em: 2013 nov. 2013.

ESTADO DE MINAS. Tribunal de Justiça. Recurso especial em apelação cível num. 1.0024.11.229388-1/004. Relator: Almeida Melo, 27 set. 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>.

FEESS, E.; HALFMEIER, A. The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG). A European role model for increasing the efficiency of capital markets? Analysis and suggestions for reform. **Social Science Research Network**, p. 14, 30 jan. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1684528>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

FROMM, E. **O Medo à Liberdade**. Tradução de O. Alves Velho. 10. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

FUNKEN, K. "The Best of Both Worlds" - The Trend Towards Convergence of the Civil, jul 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=476461>>. Acesso em: 10 out. 2013.

GADAMER, H.-G. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução: Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIDDENS, A. **As conseqüências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GOW, D. 17,000 shareholders begin action against Deutsche Telekom. **The Guardian**, 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/business/2008/apr/09/deutschetelekom.europe>>. Acesso em: 10 out. 2013.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia - entre factidade e validade**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2012.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HILGARD, M. C.; KRAAYVANGER, J. Class actions and mass actions in Germany. **Litigation Committee Newsletter**, Londres, p. 40-41, set. 2007.

HOBBS, T. **Leviathan**. Londres: Blackwell, 1946.

HODGES, C. The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A new Framework for Collective. In: VOGENAUER, P. S. **Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law**. Oxford e Portland: Hart Publishing, v. 8, 2008.

JACOBY, M. For the Tort Bar, A New Client Base: European Investors. **The Wall Street Journal**, 02 set. 2005.

JASMIN, M. Individualismo e Despotismo: A Atualidade de Tocqueville. **Presença**, v. 16, p. 42-53, 1991.

JUSTIÇA, S. T. D. www.stj.gov.br. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

KELSEN, H. **The General Theory of the Law and State**. Tradução de A. Wedberg. Cambridge: Harvard university Press, 1946.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KORNHAUSER, W. **The politics of mass society**. Glencoe: Free Press. Glencoe, 1959.

KUHN, T. S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LUHMANN,. A constituição como aquisição evolutiva. In: _____ **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. **Il Futuro Della Costituzione**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto (tradução livre). Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, N. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoria**. Barcelona: Paidós, 1990.

LUHMANN, N. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996.

MACCORMICK, N. **Rhetoric and the Rule of Law - A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, R. D. C. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: RT, 2010.

MANCUSO, R. D. C. **Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

MARCUSE, H. **O Himem Unidimensional. Sobre a Ideologia da Sociedade Industrial Avançada**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Letra Livre, 2011.

MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2013.

MARQUES, J. Fredie Didier Jr. - Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Bahia Notícias**, 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

MIGALHAS. Parecer final do novo CPC é apresentado. **Migalhas**, 09 maio 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 14 out. 2013.

MILL, J. S. Sobre a liberdade. **Clássicos do Pensamento Político**, Petrópolis, v. 22, 1991.

MILLER,. House of Commons' Library. **The European Convention on Human Rights and the Court of Human Rights: issues and reforms**, 14 abr. 2011.

Disponível em:
<<http://www.parliament.uk/Templates/BriefingPapers/Pages/BPPdfDownload.aspx?bp-id=SN05936>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno. Resolução do Tribunal Pleno nº 03/2012**, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/regimento-interno/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial num. 1.0145.06.338657-0/003. Relator: Almeida Melo, 11 out. 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso especial em apelação cível num. 1.0024.11.004617-4/005. Relator: Almeida Melo, 27 set. 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso especial em apelação cível num. 1.0223.03.119865-6/004. Relator: Almeida Melo, Diário de Justiça Eletrônico, 27 set. 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso especial em reexame necessário num. 1.0024.10.039920-3/003. Relator: Almeida Melo, 18 out. 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2013.

MOHER, ; MORGAN, L. **Multi-Party Litigation In Germany: The KapMuG In Action**, 2008. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/x/160298/Class+Actions/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

MOREIRA, A. M. **A não-cumulatividade dos tributos**. São Paulo: Noeses, 2012.

NETTO, M. D. C.; SCOTTI, G. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEWLAND, J. M.; MOHER, L. F.; MORGAN, L. Multi-party Litigation in Germany: the KapMug in action. **Class Action. A journal devoted to class action proceedings, procedure and legislation**, Toronto, v. IV, n. 4, p. 424-428, 2008.

NUNES, D. Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. In: JAYME, F. G.; FARIA, J. C. D.; LAUAR, M. T. **Processo Civil - Novas Tendências em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 105-140.

NUNES, D. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. **Consultor Jurídico - Conjur**, 06 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

NUNES, D.; BAHIA, A. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, M. A. C. D. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, cap. 5, 2001.

ONU. A ONU e os direitos humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

ORTEGA Y GASSET, J. **A rebelião das massas**. Tradução de Herrera Filho. [S.l.]: Ridendo Castigat Moraes, 2005.

OST, F. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PORRINI, ; RAMELLO, G. B. Class action and financial markets: insights from law and economics. **Journal of Financial Economic Policy**, Bingley, v. 3, n. 2, p. 140-160, 2011.

RAATZ, I. Considerações históricas sobre as diferenças entre Common Law e Civil Law. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 159-191, 2011.

RAMELLO, G. B. Aggregate litigation and regulatory innovation: Another view of judicial. **International Review of Law and Economics**, Amsterdã, v. 32, p. 63-71, 2012.

REINO UNIDO. Ministry of Justice. **Part 19 - Parties and Group Litigation. Civil Procedure Rules**. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19>>. Acesso em: 09 set. 2010.

REZENDE, I.; CARVALHO, C. D. B. EM N. 003/MJ/CC-PR. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 15 jan. 1998. 00834-00837.

RODRIGUES NETTO, N. Análise crítica do julgamento por atacado no STJ (Lei n. 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, set 2008.

ROSENFELD, M. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RUSSEL, H. Collective Action As an Agreeable n-Prisoners' Dilemma. **Behavioral Science**, v. 16, p. 472-481, set 1971.

SANTIAGO, I. M.; BREYNER, F. M. Inaplicabilidade do artigo 739-A do Código de Processo Civil aos embargos à execução fiscal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 55, p. 63-92, jul./dez. 2009.

SANTOS, B. D. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SCOTTI, G.; CARVALHO NETTO, M. D. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SIQUEIRA, C. Fireito e Justiça. Comissão especial aprova novo Código de Processo Civil. **Câmara dos Deputados**, 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 1o out. 2013.

SOUZA, M. A. D. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2013.

STANFORD LAW SCHOOL. Company and Case Information: Deutsche Telekom AG. **Security class action clearinghouse.** Disponível em: <<http://securities.stanford.edu/1016/USD00/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

STRECK, L. L. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 5, out/dez 2008.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, L. L.; ABBOUD, G. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAIT, ; SHERWOOD, B. Class actions across the Atlantic. **Financial Times**, 16 jun. 2005.

TARUFFO, M. Precedente y Jurisprudencia. **Precedente - Revista Jurídica**, Santiago de Cali, p. 85-99, 2007. Tradução Claudia Martínez Vallecilla y Fernando.

TAVARES, R. Execução das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: menos casos repetitivos mas mais processos perante o Comité de Ministros. **Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Potugal. Notícias e Eventos.**, 11 abr. 2013. Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.4748112013411&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 08 out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2009.

THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro - Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 189, p. 9-52, nov 2010.

TORRES, H. T. Temporalidade e Segurança jurídica. irretroatividade e anterioridade Tributária. **Revista da PGFN**, v. 1, p. 45-62, 2011.

TORRES, H. T. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TRIBE, L. From environmental foundations to the constitutional structures: learning from the future of nature. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 34, 1975.

TRIBE, L. H. The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 103, 1989.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Factsheets: Pilot Judgments. **Press Unit**, out. 2013. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Rules of Court**. Strasbourg: [s.n.], 2013.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Information note issued by the Registrar. **The Pilot-Judgement Procedure**. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 out. 2013.

VALOR ECONÔMICO. Justiça não dá conta de estoque de processos. **Valor Econômico**, 24 out. 2013.

VIANNA, L. W. A judicialização das relações sociais. In: CARVALHO, M. A. R. D.; VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WITTGENSTEIN, L. V. **Tractatus Lógico-Filosófico**. Lisboa: [s.n.], 1995.