

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcos Vinicius Lipiensi

PRECEDENTES E A PRIMEIRA INSTÂNCIA

Belo Horizonte
2017

Marcos Vinicius Lipiensi

PRECEDENTES E A PRIMEIRA INSTÂNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme

Belo Horizonte
2017

L764p Lipiensi, Marcos Vinicius
Precedentes e a primeira instância / Marcos Vinicius
Lipiensi – 2017.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito processual civil – Teses 2. Processo civil – Teses
3. Precedentes judiciais – Teses 4. Decisão judicial – Brasil

I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.9(81)

Marcos Vinicius Lipienski

PRECEDENTES E A PRIMEIRA INSTÂNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (Orientador) - UFMG

Prof. Érico Andrade - UFMG

Prof. Marina Franca Santos – Dom Helder

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2017

RESUMO

O excesso de demandas repetitivas no cenário processual civil brasileiro é apontado como um dos responsáveis pela sobrecarga de trabalho das cortes e demora na prestação jurisdicional. No curso da história, várias tentativas foram feitas para solucionar esse problema, primeiro com enfoque na criação de estrutura, depois na concentração de poder nas instâncias superiores. A pretexto de adaptar o sistema de precedentes do *common law*, o novo Código de Processo Civil estabeleceu diversos mecanismos de vinculação e uniformização de jurisprudência cujo objetivo não é outro senão lidar exatamente com as demandas repetitivas, como pode ser evidenciado a partir da análise de alguns institutos novos como a possibilidade de suspensão de processos no aguardo de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Tal projeto, que passa pela centralização do poder decisório imediatamente nas mãos das instâncias superiores, prejudica sobremaneira a participação dos interessados em contraditório, bem como a atuação do juiz de primeira instância, além de fossilizar a jurisprudência e desconsiderar diferenças regionais. Pode-se atacar o mesmo problema de perspectiva diversa, por meio da valorização da atividade na primeira instância.

Palavras-chave: Precedentes. Demandas repetitivas. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Valorização da primeira instância.

ABSTRACT

The excess of repetitive litigation in Brazilian's civil procedure scenery is pointed out as one of the responsables for the overload of work in courts and delay in jurisdiction. Historically, many attempts were taken at solutioning this issue, first with emphasis on work structure, than concentrating power on superior courts. With the discourse to adapt the common law sistem of precedentes, the new civil procedure code has established various mechanisms of bindingness and uniformization of the jurisprudence, with the exclusive goal to deal with repetitive litigation, as can be seen through the analysis of some new institutes such as the possibility of suspension of processes waiting the decision of the repetitive litigation solution incidente ou special or extraordinary appeals. Such agenda, wich goes by the centralization of decisory power immediately in the hands of superior courts, harms the participation in contradictory of the interested people in a given case, as well as the behavior of the firts degree judge, besides fossilizing the jurisprudence and disregard regional differences. The same issue can be approached from a diferente perspective, one wich values the activity in courts of firts degree.

Keywords: Precedentes. Mass litigation. Mass litigation solving incident. First degree of jurisdiction appreciation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i>
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
DETRAN	Departamento Estadual de Transito
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACs	Tribunais Administrativos de Círculo
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFR	Tribunal Federal de Recursos
ZPO	Zivilprozessordnung

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRECEDENTES NO REINO UNIDO E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA..	13
3 A CONCENTRAÇÃO DE PODER NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	24
3.1 As crises do Judiciário: primeiro, o excesso de demandas	24
3.2. A outra crise do Judiciário: a judicialização da política.....	30
3.3 As soluções buscadas: das soluções nas instâncias inferiores à “objetivação” do processo.....	34
3.4 O processo coletivo	44
4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	50
4.1 O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais	50
4.2 O modelo de fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	63
4.3 O sistema de precedentes à brasileira.....	69
5 MEDIDAS DE EFETIVIDADE A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA.....	91
6 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

A industrialização e a urbanização contribuíram enormemente para a litigiosidade de massa, caracterizada por reiteradas violações idênticas de direitos dos cidadãos. No mesmo sentido, a Administração Pública ocupa lugar de destaque em função do agigantamento do Estado, que optou pela criação de diversas agências reguladoras ou semelhantes para cuidar de normatizar setores cada vez mais específicos da vida em sociedade. Seus atos, por consequência, possuem caráter de regras e afetam uma infinidade de indivíduos indistintamente. Além disso, há imensa quantidade de pessoas excluídas da fruição de direitos fundamentais, que demandam por inclusão, igualdade e direito a uma existência digna.

A litigiosidade de massa acarreta demandas repetitivas que não raro possuem idênticos conteúdo e réus, diferenciando-se somente em relação à parte lesada. Configuram quase uma linha de produção, na qual escritórios de advocacia especializam-se em replicar inúmeras petições modelo, submetidas a juízos que também já proferem decisões e sentenças padronizadas. Nesse cenário, toma lugar um diálogo de surdos, pois tanto as partes quanto o juiz já sabem o invariável destino da demanda repetitiva proposta, e o processo segue apenas um trâmite burocrático, travestido de devido processo legal.

Essa jurisdição repetitiva individual é responsável pelo congestionamento de todas as instâncias, sendo as instâncias constitucionais mais acessíveis aos litigantes habituais do que aos litigantes eventuais. Assim, prejudica-se a eficiência do Poder Judiciário no trato de processos complexos que demandam mais atenção, principalmente quando a maior cobrança dos órgãos de controle é quantitativa, exige-se produtividade, sem análise qualitativa do exercício jurisdicional.

O Poder Judiciário não é um fim em si mesmo, senão existe para solucionar os litígios dos cidadãos. Dessa forma, ao causar entraves na máquina judiciária, a litigância repetitiva prejudica os cidadãos, que não se sentem atendidos pelo Judiciário, e muitas vezes efetivamente não são, em detrimento de litigantes habituais. Já em 1996, o Banco Mundial destacava, no Documento Técnico Número 319, que tratava de avaliação e propostas de reformas para o Poder Judiciário na América Latina e no Caribe, que 74% da população Brasileira viam a administração da Justiça como regular ou satisfatória (DAKOLIAS, 1996, p. 19).

O Código de Processo Civil (CPC), destaca na exposição de motivos que um de seus objetivos é apresentar meios para se resolver o problema do congestionamento do Poder Judiciário – notadamente instâncias superiores – em razão de litigância repetitiva.

Tais meios possuem a comum característica de concentrarem o poder decisório nas instâncias superiores do Poder Judiciário. Buscam-se decisões dotadas de vinculatividade perante os juízes de instâncias inferiores de formas até mesmo prematuras, sem que, obrigatoriamente, tais questões já tenham sido suficientemente debatidas e decididas nas instâncias inferiores, notadamente na primeira instância. Evidencia-se tal característica pela ampla possibilidade de suspensão de processos em todas as instâncias enquanto aguardam julgamentos definitivos acerca de matérias recém questionadas em primeira instância, como no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A vinculação de decisões superiores e supressão de instâncias reflete sobre o juiz de primeira instância, que tem violada a sua independência funcional e transformada a sua jurisdição como de mera passagem, como uma inevitável burocracia com vistas ao real e definitivo julgamento nas cortes superiores.

Essa visão da primeira instância não se coaduna com a judicante. O juiz, responsável pela instrução e por assegurar amplo contraditório tem a sua função judicante solapada por decisões emanadas de tribunais superiores precedentemente proferidas. Nas instâncias superiores, o contraditório não se realiza com a mesma amplitude, seja pela natureza revisional dos tribunais, seja pelo regime de preclusões, seja pela ausência de condições materiais para litigar em igualdade da maioria dos cidadãos que se submetem ao Judiciário. A figura do *amicus curiae* não supre a falta dessa participação do destinatário do provimento final, uma vez que carecem de legitimidade democrática por não terem mandato para representar a cidadania perante processos repetitivos nos tribunais.

Dentre os objetos de vinculação, consta a menção a precedentes, ao lado de súmulas e jurisprudência. Com fundamento nisso, a doutrina se debate a respeito da recepção, no Brasil, do sistema de precedentes do *common law*.

O trabalho, então, em primeiro lugar, analisa o sistema de *common law* vigente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América em busca de informações a respeito de sua estrutura, sobre o que consiste na sistemática de precedentes e o que é vinculante para as instâncias inferiores. Passa, também, por identificar qual o papel das instâncias inferiores na formação do precedente.

A pesquisa se justifica porque, em análise bibliográfica prévia, suspeitamos que os tribunais superiores do *common law* não criam deliberadamente precedentes. Eles simplesmente julgam casos que lá chegaram, com o intuito de resolver apenas tais questões, e o restante da comunidade jurídica (incluídos os juízes de instâncias inferiores), em análise posterior, bem como os tribunais, mediante a análise de casos análogos, refinam os princípios

que nortearam aquela decisão anterior. Trata-se, portanto, de um sistema fluido, bem diferente e bem mais amplo do que simplesmente um mecanismo padronizador de decisões para casos absolutamente idênticos, conforme René David explica:

O direito inglês, proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra. Na medida em que faz declarações que não são estritamente necessárias para a solução do litígio, o juiz inglês fala *obiter*, emite opiniões que podem ser sempre postas em causa e discutidas, porque não constituem regras de direito. A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la em um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinal; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência; as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema do direito inglês, das disposições que o legislador editou. (DAVID, 2014, p. 408-409).

Uma perspectiva que pode auxiliar a esse respeito é aquela oriunda do movimento do realismo jurídico, com destaque nos Estados Unidos da América na década de setenta.

Importante, também, fazer uma digressão histórica a respeito das causas que orientam as alterações legislativas que impactam o Poder Judiciário. Tais razões, a nosso ver, podem ser divididas em razões de congestionamento de tribunais superiores e intromissão do Poder Judiciário de primeira instância em questões caras aos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, a evolução do processo civil passou pela criação de órgãos jurisdicionais para desafogar tribunais superiores e normas visando à efetividade do processo e caminha, atualmente, para a concentração de poder decisório nas instâncias superiores, como forma de solucionar o excesso de demandas repetitivas sem conferir poder em demasia para decisões de instâncias inferiores que influenciem o *status quo*.

A digressão histórica termina no nascedouro do Código de Processo Civil. A partir daí, é preciso analisar seu impacto em razão de outro grande fundamento seu: a efetividade da participação em dos interessados em contraditório, vista como garantia não só de informação e reação, como também de real influência na decisão tomada pelo julgador e no direito de ver as questões suscitadas pertinentes à causa respondidas. Essa participação tem, ainda, estrita relação com o resultado da atividade jurisdicional, devendo o magistrado estar atento aos fundamentos e provas apresentados pelas partes como fundamento de validade e um dos parâmetros de controle de sua atividade.

Estabelecida a premissa de efetiva participação dos interessados, discorrer-se-á a respeito das inovações que, a pretexto de agilizarem o julgamento de processos repetitivos,

diminuem o poder decisório do juiz de primeira instância e, com ele, a própria garantia de influência das partes cujos interesses estão judicializados. Por não atenderem a esse ideal de construção participada do direito, as reformas do atual Código de Processo Civil não se identificam com a sistemática de precedentes do *common law*, servindo apenas como método para agilizar julgamento de demandas.

Se assim for, apenas medidas que resulte, na boa administração de demandas repetitivas sem implicar na redução de participação dos interessados e que sejam desempenhadas prioritariamente por juízes de primeira instância independentes são constitucionalmente adequadas. Por isso, devemos propor soluções que atentem para essas circunstâncias.

Especial relevo toma o processo coletivo, que, à época em que concebido, representava anseios de solução não só de demandas de massa, como também oportunidade para resolução de questões que dificilmente seriam judicializadas, em razão da hipossuficiência dos lesados ou do baixo benefício em comparação com os custos de se litigar, em contraposição ainda à dificuldade de se reconhecer interesse para atacar a real questão de fundo causadora das lesões.

Deve-se argumentar, ainda, sobre as causas do relativo insucesso e abandono do processo coletivo, notadamente em razão de providências legislativas que buscaram lhe retirar efetividade. Por outro lado, deve-se comparar a utilidade do processo coletivo no que diz respeito à tutela de interesses individuais homogêneos com o incidente de resolução de demandas repetitivas, que se propõe, sob perspectiva individual, a atacar processos que versam exatamente sobre interesses individuais homogêneos.

Não escapam de nossa observação, também, medidas de gestão judiciária adotadas, de forma geral, no direito comparado, bem como iniciativas individuais no Brasil, e também questões referentes a estrutura e custos.

Por fim, merece atenção o surgimento, ainda que embrionário, de iniciativas de utilização de inteligência artificial no trato de questões judiciais, para auxiliar no trabalho do juiz, promotores ou advogados.

2 PRECEDENTES NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A Inglaterra possui a cultura do *common law*, fruto de longo e enraizado desenvolvimento histórico.

Losano remonta as origens do *common law* inglês à unificação política promovida por Guilherme, o Conquistador, após a dominação normanda no ano de 1066. A essa unificação político-administrativa, seguiu-se uniformização jurídica pelo *common law*. Ao redor da corte de Guilherme I formou-se uma classe homogênea de profissionais jurídicos, da qual saíram os juízes responsáveis pela formação do *common law*. Nesse sentido, Losano afirma que “o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes.” (LOSANO, 2007, p. 324-325).

Essa homogeneidade da comunidade jurídica persiste, já que não é rígida a divisão entre as carreiras de juiz e advogados, de forma que “o sistema de tradições comuns e dos conhecimentos pessoais, adquiridos nos Inns desde os anos de juventude, permeia assim todo o sistema judiciário inglês.” (LOSANO, 2007, p. 327), ao ponto de colaborar para o respeito ao sistema de precedentes e para uma abordagem essencialmente conservadora com relação a inovações perante julgados passados.

O acesso aos tribunais, vinculados ao rei, era de difícil acesso, pois dependia de uma rara concessão de *writ*, que além de tudo eram relacionados a casos específicos, para cuja ausência havia negativa de jurisdição. Esse cenário causou a injustiça em diversos litígios, o que aumentou os pedidos de recurso diretamente ao rei. Esse recurso ao rei normalmente passava pelo Chanceler, que julgava de acordo com critérios morais. Aí surgiu o julgamento com base em *equity*, independente do *common law* e que com ele conviveu até o século XIX, quando passaram a ser julgadas pelos mesmos tribunais, conforme os *Judicature Acts* de 1873-1875 (DAVID, 2014, p. 362-377). Antes, em 1852, já se havia abolido a limitação consistente na possibilidade de judicialização apenas de demandas relacionadas a específicas categorias de direito. Evidencia-se também a criação dos *Law Reports* em 1865 e *Laws of England*, para sistematização e exposição sistemática da jurisprudência e do direito inglês (DAVID, 2014, p. 378), que comportou obra de legislação que permitiu o avanço do direito, sem perder o contato com a essência jurisprudencial.

O precedente, compreendido simplesmente como o fato de uma decisão anterior de uma corte carregar uma analogia significativa com o caso posteriormente sob apreciação, na Inglaterra, segue um sistema de força vinculante relativamente rígida (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Não há nenhuma lei que estabeleça a utilização de precedentes na Inglaterra. O sistema de precedentes foi desenvolvido puramente pela metodologia do *common law*, com diversos julgamentos em que se trata da autoridade e vinculatividade dos precedentes, graus de força, exceções e método para adoção de precedentes (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

MacCormick e Summers apontam os argumentos favoráveis aos precedentes no Reino Unido: 1) a separação de poderes, no sentido de que uma decisão dos tribunais só pode ser revista pelo Poder Legislativo; 2) a possibilidade de o cidadão confiar na perenidade das decisões judiciais; 3) realização de justiça formal ao tratar casos semelhantes de forma semelhante; 4) economia ao evitar julgamento repetido de questões já decididas pela mais alta autoridade judiciária (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Dogmaticamente, a contribuição de L. A. Hart foi determinante para explicar a submissão dos juízes ao sistema de precedentes. Explica Duxbury que Hart não extrai a obrigatoriedade das regras a partir da sanção pelo seu descumprimento. A regra serve como tal para um juiz porque ele reconhece a sua validade de um ponto de vista interno, que significa satisfazer testes de identificação sobre o que conta como lei. Dizer que um juiz adota um ponto de vista interno sobre a atividade de julgar significa que ele aceita as regras aplicáveis à atividade como padrão para o seu próprio comportamento e o de outros juízes. Dessa forma, o sistema de precedentes figura como uma prática correta do ponto de vista interno, uma norma da atividade judiciária (DUXBURY, 2008). Plucknett distingue precedentes de costume a partir da quantidade de casos, pois enquanto um caso constitui um precedente, diversos casos servem como evidência de um costume (PLUCKNETT, 1956, p. 347).

As citações a precedentes por advogados e por juízes foca nos detalhes de cada um deles, tanto no que diz respeito aos fatos e circunstâncias do caso citado como nos pontos legais e doutrinários elaborados nos votos. Espera-se que os advogados apresentem argumentos acerca de precedentes favoráveis e, especialmente, desfavoráveis, e a falha em fazê-lo implica em desvio de conduta perante a corte (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Os precedentes são vinculantes às instâncias superiores. De 1898 a 1966, a *House of Lords*, corte superior do Reino Unido¹, pautou-se pela força estritamente vinculante de seus próprios precedentes, ou seja, nem ela mesma era capaz de modificar seus precedentes, segundo doutrina estabelecida no julgamento *London Street Tramways v. LCC* (1898). No entanto, para evitar a extrema rigidez de tal postura, começou a realizar diversos *distinguishes*, que se mostraram insatisfatórios. Assim, em 1966, foi editada a *Practice Statement* pelo Lord

¹ É preciso destacar que a *House of Lords* deixou de exercer função judicial em 01.08.2009, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*, por meio da *Constitutional Reform Act 2005*.

Chancellor no qual se declarou que, a partir daquela data, a *House of Lords* poderia revogar precedentes que se mostrassem insatisfatórios (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

A importância do *Practice Statement* de 1966, no entanto, foi objeto de considerações por parte de Stone, que acredita que a *House of Lords*, mesmo depois desse ato, não mudou o modo de lidar com precedentes inconvenientes ou inadequados, preferindo utilizar a técnica do *distinguishing* sem realizar *overrule* explícito. Assim, a importância seria a de tornar explícita a possibilidade de revogação de um precedente, de modo que destacar a criatividade judicial em busca de decisões mais justas, sem receio de constrangimentos conservadores (STONE, 1969).

A *Court of Appeal in England and Wales*, a partir do caso *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (1944), passou a decidir que está vinculada aos seus próprios precedentes a não ser quando eles tiverem sido criados *per incuriam*, quando houver sido implicitamente revogado por uma decisão posterior da *House of Lords* ou quando houver conflito entre dois julgamentos da *Court of Appeal*. A *Court of Criminal Appeal* admite o distanciamento de precedentes no interesse do acusado (STONE, 1969).

Apenas a *ratio decidendi* é a parte vinculante de um precedente. Os *obiter dicta*, por serem argumentações ou explicações, não vinculam. Há diversas teorias a respeito do melhor método para identificar a *ratio decidendi* de um julgamento.

Um primeiro método concebido foi o teste de Wambaugh. Segundo ele, primeiro é preciso destacar a proposição de lei. Depois, deve-se inserir uma palavra que inverta o seu significado. Se se puder presumir que a corte tivesse pensado nessa nova proposição, e se o resultado fosse o mesmo, então não há *ratio*, e sim *dicta* (CROSS; HARRIS, 1991).

Segundo a proposta de *Lord Halsbury* em *Quinn v. Leatham*, para se chegar à *ratio*, é preciso eliminar os fatos que são indisputavelmente irrelevantes como base de uma distinção legal válida entre o caso em questão e outras situações fáticas (fatos materiais e imateriais) (CROSS; HARRIS, 1991).

De acordo com Goodhart, a *ratio* seria o princípio de um caso, determinado a partir dos fatos tratados como materiais pelo juiz (CROSS; HARRIS, 1991). Essa *ratio* seria obtida por meio daqueles fatos enunciados pela corte como relevantes para o caso em julgamento juntamente com a efetiva decisão da corte (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Finalmente, MacCormick e Summers sustentam ser a *ratio decidendi* um julgamento expressa ou implicitamente proferido por um juiz suficiente para resolver uma questão de direito, o qual foi necessário para a sua justificação da decisão do caso (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

A partir do século XVII notam-se os primeiros núcleos de população inglesa nos Estados Unidos. A *common law* era pouco aplicável, em razão de se tratar de comunidades em formação, sem tradição, especialmente jurídica, apesar de haver, desde o *Calvin's Case*, julgado na Inglaterra em 1608, regra segundo a qual a *common law* deveria ser aplicada em locais de colonização recente inglesa (DAVID, 2014, p. 449).

Desenrolou-se, no século XVII, embate entre a adoção da *common law* e do direito codificado, o segundo como reação ao poder arbitrário de magistrados, e nota-se o fortalecimento da *common law* no século XVIII em face das ameaças de dominação francesa no território Norte-Americano (DAVID, 2014, p. 451).

Com a independência dos Estados Unidos da América, em 1776, muita discussão houve em torno de se adotar o direito codificado, notadamente em razão do trabalho de Bentham (1811). Prevaleceu, no entanto, a *common law*, o que David atribui ao compartilhamento do idioma inglês, a obras de excelência de certos juristas e à influência das universidades após a Guerra da Secessão (1861-1865) (DAVID, 2014, p. 453).

Nos Estados Unidos da América, há substancial diferença na estrutura da jurisdição de cada um dos 50 Estados da federação e da jurisdição federal. Os tribunais estaduais seguem precedentes de tribunais federais em interpretações de legislação federal, e menos em casos de interpretação constitucional. Por outro lado, os tribunais federais acompanham os estaduais em precedentes acerca de legislação estadual, constituição estadual e *common law* estadual (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

O papel do precedente varia de acordo com a área do Direito nos Estados Unidos da América: contratos, responsabilidade civil e propriedade são primariamente regulados por precedentes de *common law*, e há vários precedentes que interpretam leis. Além disso, precedentes interpretando leis tornam-se vinculantes para casos futuros (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Pesquisadores estadunidenses apontam diversas razões para se seguir precedentes. Melvin Eisenberg afirma que o sistema judicial deve satisfazer a três padrões: o de congruência social, de congruência sistêmica e o de estabilidade doutrinária (MACCORMICK; SUMMERS, 1997). Os dois primeiros padrões classificam-se, de acordo com Eisenberg, como modelo de dupla coerência. Seu primeiro ideal é o de que as regras que compõem a lei devem corresponder ao conjunto de regras às quais qualquer um possa chegar após sopesar todas as proposições sociais aplicáveis e fazer as melhores opções em casos de colisões, para permitir a resolução de disputas de acordo com os padrões prevalentes na sociedade. Seu segundo ideal é aquele pelo qual as regras que compõem a lei devem ser consistentes umas com as outras, de modo a

demonstrar racionalidade formal e garantir previsibilidade (EISENBERG, 1991, p. 44). O padrão de estabilidade doutrinária pode ser visto a partir de sua expressão mais significativa, o princípio de *stare decisis* (EISENBERG, 1991, p. 47). No entanto, estabilidade, certeza, isonomia e estado de Direito são os valores formais comumente associados ao sistema de precedentes (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Somente a *holding* é vinculante. Schauer explica que *holding* é algo próximo de *ratio decidendi*, mas que com ela não se confunde. Segundo ele, *holding* é a regra legal que determina o resultado de um caso, enquanto *ratio decidendi* é a base ou razão para a decisão da corte (SCHAUER, 2009). Contra, há posição no sentido de que *holding* não se confunde com regra geral: aquela seria uma solução específica para um problema específico, uma regra ou princípio seria uma generalização que pode ser derivada de uma *holding* (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

A *holding* pode ser expressa na decisão, ou pode ser apresentada por meio de linguagem baseada especificamente nos fatos. Ainda, a *holding* pode ser implícita, o que demanda o trabalho de cortes posteriores para extraí-la (MACCORMICK; SUMMERS, 1997). O precedente irá variar em intensidade se a corte estiver interpretando uma lei ou aplicando o *common law*. No primeiro caso, o precedente será formulado em termos genéricos e amplos, pois as cortes evitam interpretar criativamente as leis, ante o risco de serem acusadas de legislar (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Exceções e distinções são, muitas vezes, criadas em casos nos quais regras amplas foram estabelecidas sem a devida consideração das consequências. Por meio do *distinguishing*, muitas vezes ocorre o refinamento do propósito de precedentes originais. O *distinguishing* se dá por meio do argumento segundo o qual os fatos materiais são diferentes ou porque a razão substantiva da decisão não se aplica aos fatos em consideração (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Apresentados os contornos gerais do sistema de precedentes no Reino Unido e nos Estados Unidos, é preciso avançar sobre questões mais especificamente relacionadas ao nosso objeto de estudo.

A primeira questão diz respeito ao método de raciocínio empregado pelos juízes do *common law* e do *civil law*. Bustamante explica que considerável parte da doutrina estrangeira, baseada inclusive em manifestações da *House of Lords*, considera que o *common law* se vale de um raciocínio indutivo, utilizando-se de analogia caso a caso, enquanto o *civil law* pauta-se por procedimento dedutivo a partir da lei. Essa explicação, no entanto, serve para recolocar a discussão sobre a atividade interpretativa quando se está diante de uma regra legislada ou de

uma regra jurisprudencial. O autor afirma que, nos dois sistemas de direito, o juiz aplica regras legais e jurisprudenciais, em graus diferentes, e que as primeiras demandam uma abordagem dedutiva enquanto as segundas são apreendidas mediante indução, por analogia (BUSTAMANTE, 2012, p. 106).

Damaska acerca de uma proposta de diferença de tratamento de precedentes em *common law* e *civil law* (BUSTAMANTE, 2012, p. 107). Ele afirma que os juízes de *civil law* procuram em precedentes pronunciamentos gerais, com estrutura de regras gerais que possam ser dissociados dos fatos do processo, o que seria considerado *obiter dicta* por juízes de *common law* exatamente por esse distanciamento dos fatos concretos do caso naquilo que, segundo expressão emprestada de Montesquieu, seria uma abordagem logicamente legalista no sentido de que precedentes seriam um texto mais preciso da lei (DAMASKA, 1986, p. 33).

Bustamante, no entanto, critica a posição de Damaska por se basear na ultrapassada técnica de descobrimento da *ratio decidendi* de Goodhart. Essa técnica se baseia amplamente em fatos materiais e desconsidera a sua necessária conexão com as regras jurídicas. Finaliza afirmando que, de uma perspectiva que preze pela justificação das decisões, não há diferenças consideráveis entre os dois sistemas jurídicos, que buscam uma regra universal para solucionar um problema jurídico, já que o precedente somente poderá ser utilizado se puder dar origem a uma regra universal que atenda à igualdade formal (BUSTAMANTE, 2012, p. 111).

Cross e Harris afirmam que o raciocínio tanto quando se trata de direito legislado quando se analisa *case law* é dedutivo. O que muda é o momento de utilização desse raciocínio. Quando se está diante de direito legislado, o raciocínio dedutivo é aplicado em forma de silogismo. Quando se trata de decisão sobre *case law*, primeiro o juiz escolhe a regra relevante, e depois as conclusões são obtidas pelo raciocínio dedutivo (CROSS; HARRIS, 1991).

Ferraz, a despeito do que sustenta Bustamante, defende que entre os estilos do *civil law* e *common law*, há diferença substancial na forma de se obter preceitos universalizáveis:

Um precedente não tem a generalidade e a abstração da lei. É produto do exame de circunstâncias concretas, examinadas dentro e à luz de um contexto determinado. Ainda que dele se possam colher um ou mais preceitos universalizáveis, esses jamais poderão ser totalmente abstraídos dos elementos de fato e de direito que lhe deram fundamento. [...]

Decidir com base em precedentes requer muito mais que a busca de normas abstratas onde, em tese, os fatos concretos possam ser subsumidos. O caminho a ser percorrido, doravante, parte de fatos em particular, exige problematização, análise comparativa, uso da analogia e construção da norma aplicável a cada nova decisão, tendo por paradigmas decisões anteriores. Tais decisões foram adotadas frente a fatos específicos, e não frente a normas em abstrato. (FERRAZ, 2007, p. 422).

Segundo MacCormick e Summers, há três formas diferentes de argumentações por precedentes. A primeira delas seria o modelo da analogia particular (*model of particular analogy*), segundo a qual cada caso é tratado como um exemplo de decisão correta dados os seus fatos. A segunda é denominada pelo autor de modelo de definição de regras (*rule-stating model*), na qual uma regra é atribuída ao precedente como apropriada para julgamentos posteriores, dada a relevância da *ratio* do precedente para o caso futuro e a coincidência de fatos materiais. Por fim, pelo modelo de exemplificação de princípios (*principle-exemplified model*), o precedente evidencia algum princípio legal que pode ser relevante para casos futuros ou para o desenvolvimento do direito (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Os autores afirmam que, no Reino Unido, o segundo modelo possui certa proeminência em virtude da estrutura de precedentes estritamente vinculantes ali em vigor. Já nos Estados Unidos da América, há mais ênfase nos outros dois modelos anteriormente citados (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

De acordo com Pound, há quatro meios pelos quais uma corte de *common law* pode lidar com nova legislação: 1) pode admiti-la completamente, não só como uma regra, mas como um princípio sobre o qual argumentar. Nesse caso, a legislação é considerada uma manifestação mais atual e direta da vontade popular, que por isso deve ser considerada superior ao direito criado mediante *case law*; 2) admiti-la na mesma hierarquia de regras criadas por meio do *case law*; 3) pode se recusar a admiti-la amplamente no corpo legal e dar-lhe efeito direito, sem no entanto se valer dela por analogia, valendo então para o campo para o qual foi concebida; e 4) pode se recusar a admitir sua aplicação análoga e restringir sua aplicação apenas para casos que são por ela regidos expressamente (POUND, 1908). Cross e Harris afirmam que, no Reino Unido, o sistema está entre os dois primeiros meios há algum tempo (CROSS; HARRIS, p. 174). MacCormick, Bankowski e Miguel afirmam que, nos Estados Unidos e no Reino Unido, apesar de o precedente possuir seu próprio lugar como fonte de lei, ele está abaixo da constituição e do direito legislado (MACCORMICK; SUMMERS, 1997). O dever de obediência ao precedente é o mesmo seja ele de *case law* ou direito legislado, e nesse caso a sua função é a de fornecer glosas interpretativas (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

A segunda questão que merece maior desenvolvimento é a posição realista (*legal realist*). Schauer sustenta que os realistas acreditam que os juízes primeiro tomam a decisão para o caso concreto a partir de uma ampla gama de fatores além do direito posto, como por exemplo política, moral, economia e psicologia, e talvez até mesmo arbitrariedade, e depois buscam a fundamentação jurídica que a torne publicamente defensável. Isso seria possível por

meio da habilidade do juiz de concentrar seu foco em um ou outro aspecto do caso sob análise, considerando-se a existência de regras que se aplicam simultaneamente (SCHAUER, 1991).

Singer afirma que o realismo foi uma reação ao pensamento jurídico clássico. A era clássica foi a era do formalismo, também denominado de jurisprudência mecânica. Algumas características são: o sistema poderia ser reduzido a um número pequeno de princípios gerais; esses princípios poderiam ser rigidamente separados; esses princípios eram compostos por conceitos rígidos para gerar conclusões legais por um processo lógico e objetivo de dedução. Em contrapartida, os realistas argumentaram ser impossível extrair poucas regras de precedentes, já que seria sempre possível gerar *holdings* amplas ou restritas de casos, bem como interpretar precedentes para qualquer um dos lados de uma controvérsia. Eles também defendiam que o juiz julgasse de acordo com um profundo entendimento da realidade social, e não concordavam com uma aplicação mecânica das regras sem atenção às consequências sociais (SINGER, 1988).

Tamanaha esclarece que os realistas – cujo termo teve uma origem bastante acidental – compartilham os seguintes pontos de vista: postura cética quanto o papel de julgador, o direito como meio para fins sociais, abordagem social-científica do direito, busca por reformas do ensino jurídico e prática jurídica. Tais pontos de vista, no entanto, não são necessariamente compartilhados igualmente por todos classificados como realistas (TAMANAHA, 2009, p. 737). Ainda segundo ele, os realistas, em sua origem, argumentavam que muitas regras e princípios possuíam exceções ou regras e princípios opostos que poderiam ser invocados para obter o resultado pretendido. Os realistas possuiriam, assim, ampla liberdade no sistema de *stare decisis*, pois cada precedente poderia ser manipulado pelo julgador futuro como bem entendesse (TAMANAHA, 2009, p. 751). Ainda, os realistas acreditavam que os juízes abordavam casos por meio de grupos de situações ou tipos, que serviriam como atalhos para julgamento de casos que se amoldassem a eles, em substituição às regras.

MacCormick e Summers não enfrentam diretamente as críticas feitas pelo realismo, ao argumento de que sua enorme obra sobre estudo comparado a respeito de precedentes trata apenas da reconstrução das doutrinas prevalentes. Ele concede que o realismo jurídico realmente demonstra não haver paradigma de absoluta certeza que possa verificar a correção de cada decisão judicial. No entanto, afirma que também dá espaço entre a total certeza e a arbitrariedade para decisões guiadas por princípios, regras e precedentes que confirmam certa substância ao ideal de igualdade (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Schauer, por outro lado, argumenta que o juiz tem duas opções quando confrontado com a possibilidade de tomar uma decisão fundamentada igualmente por várias regras conflitantes:

pode decidir em fatores alheios à regras ou pode tentar reconciliar ou interpretar as regras, sem se afastar do domínio do sistema de regras. Ao final, também concede a plausibilidade das críticas realistas e se afasta da discussão (SCHAUER, 1991).

A opinião bem difundida (e aqui exemplificada pela explicação de Schauer) a respeito da ampla liberdade para decidir atribuída aos juízes por realistas jurídicos é contemporizadas por Singer, que adverte que os realistas defendiam que o raciocínio jurídico demandado por decisões judiciais vinculavam juízes substancialmente. Llewellyn, grande expoente do realismo, afirmou que, apesar de um juiz quase sempre poder construir argumentos para dois lados, ele deve fazê-lo a partir de princípios de direito existentes, de forma a conferir-lhe plausibilidade, perante a comunidade jurídica. Essa plausibilidade é determinada por consenso profissional, visões de mundo da comunidade, conteúdo substantivo e organização do direito existente. Os argumentos utilizados devem, então, ser capazes de persuadir uma audiência conservadora que representa a prática do direito (SINGER, 1988, p. 473).

Tamanaha vai ao encontro dessa opinião exposta por Singer. Ele também menciona alguns fatores de previsibilidade de decisões judiciais, conforme pensado por Llewellyn, que dizem respeito, em primeiro lugar, ao doutrinamento dos juízes, que faz com que eles aceitem determinadas técnicas doutrinárias e tentem alcançar a resposta jurídica correta. Ainda, juízes de um órgão colegiado tendem a minimizar os impactos de temperamentos individuais, além de buscarem aprovação de seus pares pelo seu comportamento adequado. Em suma, os realistas denunciaram a impossibilidade de se julgar apenas com a aplicação lógica de regras e princípios, mas não defenderam o abandono de tais premissas, e sim a necessidade de levar diversos outros fatores em consideração (TAMANAHA, 2009, p. 767).

A terceira e última questão a ser desenvolvida nesse capítulo diz respeito ao papel do juiz do caso atual na formação do precedente. Ou seja, depois de uma decisão de um tribunal que possui força cogente para a formação de um precedente, cabe analisar se essa decisão tem força por si só como precedente ou se o julgado depende da interpretação de juízes que irão analisar um caso análogo para, a partir de novas decisões, o precedente tomar seus devidos contornos.

Idealmente, a sistemática de precedentes determina que, uma vez estabelecido que um precedente se aplica ao caso em análise, a sua *ratio* deve ser observada. Ocorre que a própria *ratio* pode ser difícil de ser identificada e interpretada. A primeira dificuldade que se coloca é a de que dificilmente o juiz expressamente indica a proposição que trata como *ratio decidendi* em sua *opinion* no direito inglês (CROSS; HARRIS, 1991, p. 48). Depois, a teoria se aplica com perfeição para julgamentos singulares, e não a julgamentos colegiados. No Reino Unido,

os julgamentos colegiados são realizados por números pares de juízes, de forma que pode haver empate sobre a questão; pode ainda acontecer de não haver maioria a respeito da *ratio decidendi* (CROSS; HARRIS, 1991, p. 84).

Duxbury afirma que as decisões que geram precedentes são de primeira impressão, e que cortes futuras, mesmo que de hierarquia inferior, podem estar em melhor posição para definir o princípio em jogo e aperfeiçoar o precedente anteriormente estabelecido (DUXBURY, 2008, p. 166). Para ele, não haveria tantas oportunidades de evoluir o direito elaborado por juízes se eles fossem vinculados pelos precedentes como são pelas leis (DUXBURY, 2008, p. 23). Do modo semelhante, MacCormick informa que existe um processo no qual um julgamento simples de uma questão legal, é concretizada e elaborada em detalhes por uma série de julgamentos posteriores que lhe gravitam (MACCORNICK, 1978, p. 218).

Taruffo também destaca a possibilidade de um juiz posterior desobedecer a um precedente quando puder encontrar uma solução mais justa para o caso em análise, especialmente no direito norte-americano, onde explica ser a tônica quando o juiz posterior não concorda com o precedente:

De um lado, não é apropriado dizer que o precedente de common law é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga – como, de fato, normalmente acontece –, mas essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir. No sistema americano, a força do precedente existe, mas em um grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e por isso os juízes normalmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha. No caso contrário, o precedente vem *overruled*. (TARUFFO, 2011, p. 143).

De outro lado, embora mencione a participação da corte posterior para dar concretude ao precedente, Schauer a critica, a partir de sua concepção de precedentes como regras gerais, e atribui a determinação da regra de relevância de um precedente não a uma segunda corte, e sim da conjunção entre os fatos, a decisão anterior e a descrição dos fatos feita pela corte do precedente, que seria responsável por criar a generalização necessária para promover a força de obediência ao precedente (SCHAUER, 1991). O mesmo autor também menciona, sem concordar, com a posição cética, segundo a qual a similaridade entre o precedente e o caso

posterior é alcançado de forma livre, pois não haveria diferença entre raciocínio por analogia e outras formas de decisão judicial. O argumento seria o de que a corte iria realizar o raciocínio de analogia antes da regra de determinação da relevância, quando o correto seria o contrário, e fazer isso mascararia o fato de que a corte estaria escolhendo as regras que determinam a relevância (SHAUER, 2009).²

Em conclusão, os sistemas de precedentes de Reino Unido e Estados Unidos da América, conquanto centrados na decisão anterior, atribui grande importância ao momento posterior de interpretação e de aplicação de tais decisões por órgãos inferiores do Judiciário. Essa atenção se verifica ainda que indiretamente, no esforço de desmerecer as críticas realistas e céticas segundo as quais o juiz tem maleabilidade para direcionar a futura aplicação do precedente. Ainda, nota-se que essas decisões posteriores realizam a tarefa de refinamento dos precedentes, já que, assim como as regras, eles não podem, e normalmente não são, criados com pretensão ou possibilidade de se aplicarem a todas as possibilidades até mesmo imprevisíveis no momento de criação.

Dessa forma, o precedente desponta como mecanismo transformador da ordem jurídica, como pontua Ovídio Baptista:

O precedente, ao contrário da súmula de jurisprudência predominante, e instrumentos análogos, surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite, como ocorre no caso americano, que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário de recursos que as torna, por isso mesmo, cortes ordinárias, julgando em terceira instância questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. (SILVA, 2006, p. 259).

² Schauer diferencia precedente de analogia ao argumento de que, no primeiro, busca-se assistência para alcançar a melhor decisão, enquanto no segundo o efeito é oposto, decide-se até crendo ser uma decisão errada, se amparada por precedente. (SCHAUER, 2008).

3 A CONCENTRAÇÃO DE PODER NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 As crises do Judiciário: primeiro, o excesso de demandas

A história do Poder Judiciário brasileiro pode ser contada, em primeiro lugar, da perspectiva do objetivo de estancar o excesso de demandas, notadamente no Supremo Tribunal Federal. A crise no Supremo Tribunal Federal, por outro lado, pode ser contada como a crise do Recurso Extraordinário. Alfredo Buzaid avisa que, já em 1926, a par de notícias de preocupação com o acréscimo de trabalho no Supremo Tribunal Federal, a reforma constitucional aumentou-lhe a competência para fazer incluir, dentre as hipóteses de recurso extraordinário, nos casos de interpretação diversa de lei federal por dois ou mais tribunais ou quando houvesse controvérsia sobre questão de direito criminal ou civil internacional. Além disso, a Constituição de 1934 ampliou a competência legislativa da União e o âmbito do recurso extraordinário para admiti-lo quando a decisão contrariasse literal disposição de tratado ou de lei federal, e diminuiu a composição do Supremo Tribunal Federal de quinze para onze ministros, número que já havia sido de dezessete em 1782, e posteriormente diminuído para quinze em 1891 (BUZOID, 1960, p. 343-344).

Para Buzaid, a causa da crise era funcional:

A causa da crise é, a nosso ver, *funcional* e o sem grande responsável o legislador constituinte, que se alheou da realidade brasileira e dos seus princípios da ciência, no momento em que teve de estruturar o mais alto tribunal do país. Com efeito, ninguém desconhece que, desde 1930, o país está em contínuo progresso; aumenta o índice demográfico; cresce assustadoramente o volume de causas oriundas do surto industrial e comercial. A União intervém no domínio econômico, forma autarquias e cria numerosos institutos de previdência. A propriedade privada é condicionada ao bem comum e várias leis procuram regular-lhe a função social. Um intenso movimento de elaboração legislativa, especialmente no domínio do direito fiscal, tem dado lugar a freqüentes litígios, com arguição de inconstitucionalidade. As próprias constituições estaduais têm sido submetidas à apreciação do Supremo Tribunal por atentarem contra os princípios fundamentais do regime. A centralização legislativa, que é a nota marcante da evolução do direito público nos últimos vinte anos, culmina com a promulgação dos Códigos de Processo Civil e Penal, cuja aplicação tem sido larga fonte de recursos extraordinários, porque, ainda quando a relação jurídica controvertida derive de lei estadual ou municipal, o instrumento preordenado a obter justiça é lei federal e há sempre a possibilidade de surgir uma "questão federal". (BUZOID, 1960, p. 350).

A Constituição de 1946 recriou a Justiça Federal, anteriormente extinta pela Constituição do Estado Novo, mas apenas na segunda instância. Estava criado o Tribunal Federal de Recursos. Para reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal, foram a ele transferidas algumas competências, como por exemplo para julgamento originário de mandado

de segurança contra ato de ministro de estado e a competência recursal para causas de interesse da União e as entidades da Administração direta e indireta federal, fundações e empresas públicas da União (BRASIL, 2017a).

Essa medida foi pensada em resposta ao acúmulo de serviço no Supremo Tribunal Federal causado por atribuições inadequadas ao órgão, como a de servir como tribunal de recursos da União e julgar recursos ordinários em mandados de segurança e *habeas corpus*. Conforme explica Theotonio Negrão, o acúmulo de processos se acentuou após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, em razão de ele ter unificado a legislação processual em todo o país, causando, assim, aumento do número de recursos extraordinários (NEGRÃO, 1990, p. 239).

Na década de 60, o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal era conhecido como “a crise do Supremo”. Para tentar resolver o problema, o Supremo, em 1963, alterou seu Regimento Interno para incluir na competência do relator o poder de mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento, indicando o correspondente número da súmula (DINAMARCO, 2002, p. 223). Em 1964, tomou uma medida muito polêmica consistente no arquivamento de processos paralisados a mais de dez anos, após intimação por edital:

O Supremo Tribunal Federal adotou uma providência drástica e realística, que tem angariado acerbas críticas dos advogados, alguns dos quais já puseram em dúvida a legalidade da iniciativa. Refiro-me à emenda, que acrescentou ao Regimento Interno o art. 309-A, em 29 de maio de 1964, pelo qual se recursos extraordinários, agravos de instrumento e embargos se acharem paralisados há mais de 10 anos, publicar-se-ão editais, duas vezes, e se, após 90 dias, as partes não manifestarem interesse no feito, este será apresentado pelo Relator em mesa, para respectivo arquivamento. Raramente, os litigantes têm pedido o andamento desses recursos velhos, alguns dos quais com 20, 30 e 50 anos, e, às vezes, mais. (BALEEIRO, 1968, p. 124).

O controle concentrado de constitucionalidade foi instituído pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965, e o motivo principal de tal criação, segundo a exposição de motivos da emenda, foi o acúmulo de serviço (BRASIL, 2017b).

Ainda preocupado com o excesso de trabalho, o Supremo Tribunal Federal criou, por meio do seu regimento interno (Emenda Regimental nº 3, de junho de 1975), a arguição de relevância, mecanismo pelo qual aquela corte somente iria conhecer recurso extraordinário cujo objeto versasse sobre questão federal relevante, assim reconhecida em momento anterior pelo próprio Supremo. Tal óbice era considerado absolutamente intransponível (NEGRÃO, 1990, p. 247). Eventualmente, essa arguição foi abandonada e surgiram os requisitos do prequestionamento e da Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal: “decisão que deu

razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário por negativa de vigência à lei”.

Em 1977, a Emenda Constitucional nº 7 veiculou uma reforma do Judiciário. Ela aumentou o número de magistrados do Tribunal Federal de Recursos (TFR) para 27, criou o Conselho Nacional da Magistratura e deu ao Supremo Tribunal Federal (STF) o poder de avocar qualquer causa de todo o Judiciário brasileiro, mediante provocação do Procurador-Geral da República, após o que a causa seria julgada como se de competência originária do Supremo (BRASIL, 2017b).

A Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça, que foi instalado no ano seguinte e incorporou a estrutura e magistrados do TFR, que foi extinto. Pela Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser responsável pelo julgamento de recursos especiais, cujo objeto, de homogeneização de aplicação da lei federal, era antes englobado pelo recurso extraordinário a cargo do STF. Mitidiero afirma que, enquanto o Supremo Tribunal Federal foi concebido tendo como parâmetro a *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, a criação do Superior Tribunal de Justiça segue repartição de competências existente entre o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e o *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha) (MITIDIERO, 2014, p. 96).

Paralelamente ao acúmulo de processos, já na década de 80 era visível o movimento de facilitação do acesso dos cidadãos ao Judiciário, bem como de ampliação dos mais diversos direitos sociais. Nesse contexto, a par da já existente Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), foi editada a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que visa a tutelar uma ampla gama de direitos difusos e coletivos; dentre os expressamente mencionados, o meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordem econômica, ordem urbanística, honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e patrimônio público e social. A Constituição Federal de 1988 foi extremamente pródiga na menção aos mais diversos direitos sociais, prevendo direitos trabalhistas, de saúde, previdência e assistência social, educação, cultura e desporto, comunicação, meio ambiente, família, criança, adolescente, jovem e idoso e indígenas, além de direitos e garantias individuais de ordem material e processual.

De uma perspectiva estatística, a Constituição de 1988 fez aumentar muito o número de recursos extraordinários, em razão de ser extremamente analítica, especialmente na parte de direitos fundamentais, além daqueles que decorram de tratados internacionais:

Trata-se, como se desprende dessas definições, de uma Constituição essencialmente programática, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo inclusive antes da organização do Estado, como ocorria nos textos anteriores. A versão final, com seus 245 artigos, acrescentados de 70 nas suas disposições transitórias, resultou de quase dois anos de trabalho, muitas negociações, árdua composição de ideias, interesses divergentes e tramas políticas. Somente um texto detalhado poderia sacramentar tantas demandas e garantir formalmente a reconstrução da sociedade e do Estado, tendo por metas o desenvolvimento e a igualdade social.

Acreditava-se firmemente, como sustentam Souza e Lamounier (1990), que a Constituição deveria “passar a limpo o país”, procurando respostas para todos os problemas sociais e atendendo a todas as demandas. Com efeito, depois de um longo período de regime militar autoritário (1964-1985), amplos segmentos da sociedade perceberam a elaboração de uma nova constituição como uma oportunidade de romper com o passado. O texto era entendido como um meio para instalar uma ordem democrática, representativa e plural, que poderia estabelecer diretivas mais substanciais para o Estado, atribuindo-lhe funções redistributivas e transformadoras da realidade. (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 4-5).³

Seguiu-se à promulgação da Constituição Federal de 1988 o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Juntamente com a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor ficou conhecido como microsistema de tutela de direitos coletivos, por trazer, em seu título III, regras processuais para tutela de direitos coletivos aplicáveis de forma ampla e subsidiária a outros processos coletivos que não específicos sobre direito do consumidor.

Esses “novos direitos” e métodos de alcançá-los podem ser relacionados, ainda, com as taxas de industrialização e urbanização do país, que deixou de ser predominantemente agrário e rural principalmente a partir da década de 1930 (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 29), culminando na explosão de litigância repetitiva que configura o cenário jurídico atual.

A litigância repetitiva é aquela que mais toma a atenção quando se trata de efetividade da jurisdição. O Estado contemporâneo edita diversas normas gerais para regular incontáveis setores da vida em sociedade, diretamente ou por meio de órgão reguladores, e podem ser questionados reiteradamente, pela via incidental, pelo país. Se, de um lado, ao Estado compensa adiar a solução de litígios pelo menos até o início do próximo mandato eletivo, para ser

³ Do original: Se trata, como se desprende de esas definiciones, de una Constitución esencialmente programática, con los derechos y deberes individuales y colectivos apareciendo inclusive antes de la organización del Estado, como ocurría en los textos anteriores. La versión final, con sus 245 artículos, acrecentados por 70 en sus disposiciones transitorias, resultó de casi dos años de trabajo, muchas negociaciones, ardua composición de ideas, intereses divergentes y entramados políticos. Solamente un texto detallista podría sacramentar tantas demandas y garantizar formalmente la reconstrucción de la sociedad y del Estado, teniendo por metas el desarrollo y la igualdad social.

Se creía firmemente, como sostienen Souza y Lamounier (1990), que la Constitución debía “pasar en limpio el país”, procurando respuestas a todos los problemas sociales y atendiendo todas las demandas. En efecto, después de un largo período de régimen militar autoritario (1964-1985), amplios segmentos de la sociedad percibían la elaboración de una nueva constitución como una oportunidad de romper con el pasado. El texto era entendido como un medio para instalar un orden democrático, representativo y plural, que podría establecer directivas más substantivas para el Estado, atribuyéndole funciones redistributivas y transformadoras de la realidad.

problema de outros governantes (e dado que, devido à estabilidade monetária, não é mais rentável contar com a depreciação fundada na demora para o adimplemento), compensa às empresas privadas litigar questões habituais em matéria principalmente de direito do consumidor; primeiro, porque as condenações judiciais, notadamente em indenização por danos morais, não são significativas; segundo porque o passivo das demandas repetitivas passa a ser mensurado e consta do planejamento estratégico da atividade econômica.

Não é por outro motivo que, em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, a Administração Pública, instituições financeiras e operadoras de serviço telefônico lideraram a lista dos cem maiores litigantes do país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011). No país inteiro, o Instituto Nacional do Seguro Social é parte em 22,33% das demandas ajuizadas. Depois, a Caixa Econômica Federal, com 8.50%, seguida pela Fazenda Nacional, com 7.45% e pela União, com 6.97%. Até o décimo colocado, quatro instituições financeiras (banco do Brasil, Banco Bradesco, Banco Itaú e Banco Finasa) respondem, juntos, por 13.7% dos processos ajuizados no país. Nesse sentido, concordamos com Moraes:

As demandas repetitivas acabam indo de encontro à efetividade da tutela jurisdicional, posto [*sic*] que o número excessivo de processos abarrotam os tribunais, não existindo atualmente uma solução apropriada para esse fenômeno, gerando um campo de imunidade da atividade administrativa. Além disso, essa situação de excesso de processos em órgãos jurisdicionais distintos demanda resultados diversos, mesmo diante de situações fáticas idênticas.

[...]

As demandas repetitivas vão de encontro ao princípio de duração razoável do processo, demandam acréscimo de tempo para o julgamento, asseveram, tribunais e atingem diretamente a medula do Poder Judiciário, retirando-lhe a eficiência na prestação jurisdicional, o que tem sido considerado como violação dos Direitos Humanos pela Corte Europeia dos Direitos Humanos. (MORAES, 2012, p. 159-160).

A explosão de demandas ajuizadas após a Constituição Federal de 1988 é perceptível. Enquanto foram ajuizados 3.617.064 processos e julgados 2.411.847 no ano de 1990, tais números progrediram ano a ano e, no ano de 2002, foram ajuizados 9.764.616 e julgados 7.506.697 processos (MORAES, 2012, p. 33). Na primeira instância da Justiça Federal, no ano de 1989, foram distribuídos 234.301 processos e julgados 129.896, contra 1.272.551 distribuídos e 630.846 julgados em 2002 (MORAES, 2012, p. 39). No Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1989 foram distribuídos 6.103 processos contra 3.711 julgados, e no ano de 2002 houve 155.958 distribuídos e 171.980 julgados (com a observação de que, no número de julgados de 1996 em diante, a estatística computou também decisões em agravos regimentais e embargos de declaração). Houve, em 2003, sensível diminuição no número de processos distribuídos, para 16.493 (MORAES, 2012, p. 40). Por fim, no Supremo Tribunal Federal, em

1989, foram recebidos 14.721 processos, distribuídos 6.622, julgados (entre decisões colegiadas e monocráticas) 17.432 e publicados 1.886 julgamentos. Já no ano de 2002, foram 160.453 processos recebidos, 87.313 distribuídos, 83.097 julgados e 11.685 julgados publicados. Também no STF se verifica queda vertiginosa no recebimento de processos em 2003 – 87.186 –, muito embora a distribuição, de 109.965 processos, tenha sido superior ao número de julgamentos (107.867) e publicações (10.840) (MORAES, 2012, p. 41).

No ano de 2015, o relatório Justiça em Números 2016 demonstra que houve o ajuizamento de 18.911.657 processos perante a Justiça Estadual, 4.058.477 processos na Justiça do Trabalho, 3.662.876 na Justiça Federal, 538.313 nos Tribunais Superiores, 103.087 na Justiça Eleitoral, 4.219 na Justiça Militar Estadual e 1.658 na Auditoria Militar da União. Existem 73,9 milhões de casos pendentes no Poder Judiciário, apesar da baixa de 28,5 milhões em 2016 e surgimento de 27,3 milhões de casos novos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 43). A Justiça Estadual apresenta crescimento no número de processos pendentes desde o início da série histórica em 2009; em 2015, possuía 59 milhões de processos pendentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 97). A Justiça Federal apresentou pequeno ou nulo crescimento no número de demandas entre 2010 e 2012 (8 milhões em 2010 e 8,1 milhões em 2011 e 2012), e depois aumento significativo para 9,4 milhões em 2014. Já em 2015, apresentou queda para 9,1 milhões de processos em tramitação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 222). No Superior Tribunal de Justiça, em 2015, havia 373.534 processos em trâmite, contra 316.317 em 2011 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 352). No ano de 2016, foram distribuídos 417.659 processos no STJ, e baixados 338.144 (BRASIL, 2016). No final de 2016, o acervo do Supremo Tribunal Federal era de 57.572 processos (BRASIL, 2017c). É curioso destacar, por fim, que no ano de 2017, até 20.03.2017, o Supremo Tribunal Federal, composto por apenas 11 Ministros, recebeu 19.861 processos e julgou 18.200 processos (BRASIL, 2016).

Impressiona também a taxa de congestionamento nos tribunais do país apurada em 2016, excluídas estatísticas relacionadas ao Supremo Tribunal Federal. Conforme explicação disponível no *site* do Conselho Nacional de Justiça, “A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008). A taxa de congestionamento geral do Poder Judiciário no ano de 2016, excluído o Supremo Tribunal Federal, teve alta de 0.5 ponto percentual e atingiu 72.2% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 48).

A taxa de congestionamento se agrava se se considerar isoladamente as execuções fiscais, de difícil satisfação. Elas representam 39% dos casos pendentes e 75% das execuções no Poder Judiciário, e apresentam taxa de congestionamento de 91.9% no ano de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 63).

A par da criação do instituto da repercussão geral para recursos extraordinários (derivada da arguição de relevância, mas com critérios objetivos) existe em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 209/12, que institui critério de admissibilidade semelhante para recursos especiais: a necessidade de relevância da questão federal discutida (BRASIL, 2014).

3.2. A outra crise do Judiciário: a judicialização da política

Se, por um lado, a Constituição de 1988 aumentou de forma sem precedente o catálogo de direitos e as formas de persegui-los em juízo, por outro, tanto esse extenso catálogo de direitos quanto a forma de sistema presidencialista de governo aumentaram o protagonismo judicial.

Rodrigues e Sadek afirmam que o sistema de pesos e contrapesos entre os Poderes concebe o Judiciário com uma dimensão política importante, de realizar mediação política entre Executivo e Legislativo (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 7). Como consequência, o ativismo judicial encontra ambiente para se desenvolver plenamente, influenciado também pelo Estado de bem-estar social (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 13):

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, seguindo essas tendências, redefiniu profundamente o papel do Poder Judiciário no que se refere a sua posição e a sua identidade na organização tripartida de poderes e, conseqüentemente, ampliou seu papel político. Sua margem de atuação inclusive foi alargada com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em uma medida que não guarda proporção com os textos legais anteriores. Assistiu-se, portanto, a dois movimentos simultâneos: por um lado, a uma politização do Poder Judicial e, por outro, a uma judicialização da política. (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 13).⁴

Assistiu-se, assim a um avanço de decisões judiciais sobre campos tipicamente relegados ao domínio político:

⁴ Do original: En el caso brasileño, la Constitución de 1988, siguiendo estas tendencias, redefinió profundamente el papel del Poder Judicial en lo que se refiere a su posición y a su identidad en la organización tripartita de poderes y, conseqüentemente, amplió su papel político. Su margen de actuación inclusive fue ensanchado con la extensa constitucionalización de derechos y liberdades individuales y colectivas, en una medida que no guarda proporción con los textos legales anteriores. Se asistió, pues, a dos movimientos simultâneos: por un lado, a una politización del Poder Judicial y, por otro, a una judicialización de la política.

Se até então eram raros os casos de medidas liminares contra a Administração, depois de 1988, os juízes federais passaram a decidir sobre questões derivadas de políticas públicas, como disputas com o Sistema Financeiro de Habitação, impugnação e o Empréstimo compulsório, privatizações e muitas outras medidas do governo diretamente relacionadas com a política orçamentária e de finanças públicas. Essa intervenção não é privilégio dos Tribunais. Qualquer juiz federal de primeira instância tem a possibilidade de se pronunciar sobre matéria constitucional, assim como de acolher demandas que afetem a um órgão ou empresa pública. E isso, independentemente de sua jurisdição territorial. (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 14-15).⁵

Pontua Sadek ainda que essa dimensão política mais acentuada do Poder Judiciário provoca reações por parte de políticos, independentemente de fazerem parte de situação ou oposição, e que não é coincidência que o assunto reforma do Judiciário sempre ressurgisse concomitantemente a ciclos de decisões judiciais que afrontam o *status quo* (RODRIGUES; SADEK, 2010, p. 28).

Foi bem em um desses ciclos que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, responsável pela criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Sadek afirma que, “numa tentativa de amenizar o hibridismo do sistema de controle constitucional brasileiro, a ADC foi pensada como forma de apressar a resolução de disputas jurídicas envolvendo questões constitucionais.” (SADEK, 2010, p. 33).

A primeira ADC foi ajuizada justamente pelo Presidente da República com o Congresso Nacional para declarar constitucional a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), e foi julgada parcialmente procedente. Apesar de quase não ter sido mais utilizada, destaca-se também o julgamento da ADC nº 4, também ajuizada pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, no qual foi confirmada a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, o que tornou proibido que os juízes antecipassem tutela em face da Fazenda Pública. Essa ADC foi uma reação a decisões judiciais que, no final de 1997, estavam concedendo reajuste de 28% aos servidores públicos, em razão de aumento que os militares receberam em 1993 (SADEK, 2010, p. 36).

Outra proposta de reforma do Judiciário teve início com a Proposta de Emenda à Constituição nº 96/92, de autoria do deputado federal Hélio Bicudo (PT-SP). Essa PEC, segundo Sadek, sofreu grande influência do então deputado federal Nelson Jobim durante a

⁵ Do original: Si hasta entonces eran raros los casos de medidas preliminares contra la Administración, después de 1988, los jueces federales pasaron a decidir sobre cuestiones derivadas de políticas públicas, como disputas con el Sistema Financiero la Vivienda, impugnación del Ahorro Forzoso, privatizaciones y muchas otras medidas del gobierno directamente relacionadas con la política presupuestaria y de finanzas públicas. Esta intervención no es privilegio de los Tribunales. Cualquier juez federal de primera instancia tiene la posibilidad de pronunciarse sobre materia constitucional, así como de acoger demandas que afecten a un órgano o empresa pública. Y esto, independentemente de su jurisdicción territorial.

revisão constitucional de 1993/1994, quando ele tentou implementar vários mecanismos de concentração de poder nas instâncias superiores (SADEK, 2010, p. 3).

A PEC 96/92 voltou a ser discutida em agosto de 1995, em uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob relatoria do deputado federal Jairo Carneiro, que propôs, dentre outras coisas, súmulas vinculantes para tribunais superiores, criação do Conselho Nacional de Justiça, extinção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho e dos juízes classistas e mudanças no pagamento de precatórios. Essa comissão não avançou (SADEK, 2010, p. 4).

Quando juízes e tribunais ameaçavam conceder reajustes anuais para corrigir perdas inflacionárias, no ano de 1999, o então Senador Antônio Carlos Magalhães moveu uma cruzada contra o que dizia ser corrupção dentro do Judiciário e encampou a criação de uma comissão parlamentar de inquérito para investigar irregularidades do Judiciário. Para evitar a instalação dessa CPI e perseguições dentro dela, o então vice-presidente do STF, ministro Carlos Velloso, sugeriu a retomada das discussões sobre a reforma do Judiciário como forma de agenda positiva. Em meados de 1999, o deputado Aluysio Nunes Ferreira apresentou seu relatório sobre a PEC 96/92, na qual constavam a criação da súmula vinculante, do incidente de inconstitucionalidade e da arguição de relevância como medidas de concentração de competências (SADEK, 2010, p. 5-10).

As propostas de concentração de competência visavam especificamente fixar o controle constitucional unicamente no STF, em detrimento das demais instâncias do Judiciário. Seria um modo de abolir o duplo sistema que ainda vige no direito brasileiro, que compreende, além do controle concentrado, exercido unicamente pelo STF, o controle difuso, exercido por todos os juízes e em todas as instâncias do Poder Judiciário, que proporciona amplo e até contraditório intervencionismo no processo político (SADEK, 2010, p. 11).

Sobre a súmula vinculante – e em grande medida os demais instrumentos –, o debate, afirma Sadek, ganhou contornos de disputa entre governo e oposição. O primeiro em favor de governabilidade, e o segundo contava com a dispersão da jurisprudência para que os cidadãos pudessem impugnar de forma fragmentada políticas públicas e com o controle difuso para evitar a hegemonia do STF, órgão acusado de ser servil aos interesses dos governantes que preencheram seus quadros, notadamente num quadro político no qual sempre existem alianças majoritárias que definem os resultados de disputas parlamentares. A autora afirma, ainda, que essa litigiosidade contra políticas públicas encontra palco na Justiça Federal de primeira instância (SADEK, 2010, p. 18-19).

O incidente de inconstitucionalidade teria a mesma função da ADC. A diferença consistiria no fato de que, pelo incidente, seria possível suspender processos que se

encontravam em discussão na via difusa de controle de constitucionalidade e, após decisão do STF, a decisão sobre a matéria constitucional deveria obrigatoriamente ser reproduzida pelas instâncias inferiores. Uma primeira versão desse incidente foi sugerida por Collor ainda em 1991, quando medidas econômicas de seu governo eram impugnadas extensivamente na justiça. Nessa época, ainda contava com o mesmo nome que possuía desde o “pacote de abril” de 1977: advocatória. As propostas de Collor sequer foram apreciadas pelo Congresso Nacional, mas, na revisão constitucional de 1993-1994, Nelson Jobim defendeu o agora denominado incidente de inconstitucionalidade. Logo depois, Aluysio Nunes propôs mecanismo equivalente acerca da legislação federal, de competência do STJ. Ao final, por herdarem o ranço autoritário do regime militar, foram retiradas da reforma do Judiciário (SADEK, 2010, p. 39-42).

A PEC 96/92, por fim, promoveu o retorno da arguição de relevância para admissibilidade de recursos extraordinários, agora com critérios mais objetivos, e sob a denominação de repercussão geral das questões constitucionais (artigo 102, parágrafo terceiro da Constituição Federal).

As causas da submissão do Poder Judiciário, especialmente das instâncias inferiores, podem ser remontadas às origens coloniais do Brasil, mais precisamente de determinação, por parte da Coroa, para que os magistrados se mantivessem alheios ao convívio social, impedidos até mesmo de se casarem com brasileiras. Segundo Ovídio Baptista,

Este isolamento do magistrado – que busca distância até mesmo dos advogados da causa –, além de fortalecer o acentuado corporativismo da instituição, favorece o espírito burocrático, tão acentuadamente presente em nosso Poder Judiciário, na medida em que o juiz, por força desse isolamento social, conserva-se um “elemento da organização”, de quem se torna dependente, através de um sufocante sistema de controle administrativo e recursal. A perda de legitimidade social de nossos juizes é uma das tantas consequências do modo como o Poder Judiciário inseriu-se no poder burocrático, próprio do Estado contemporâneo. (SILVA, 2006, p. 45).

O célebre processualista pontua também que, desde o Brasil-Colônia, as universidades são objeto de fiscalização por parte do Poder. Nos tempos passados, todos os magistrados precisavam obter grau em Direito na Universidade de Coimbra, o que proporcionava forte controle sobre sua formação, além de promover homogeneidade (SILVA, 2006, p. 46).

De outro lado, por se preocupar não com a retórica, e sim com a reprodução de conceitos abstratos aos quais os futuros casos práticos podem se adequar, o método de ensino das universidades é responsável pela perpetuação de um modelo de raciocínio jurídico racionalista, de descoberta da vontade concreta da lei, e por isso mesmo de submissão ao poder político, essencialmente divorciado do direito:

A Universidade é o instrumento de que se valem os interesses que gravitam em torno do poder para manter os juristas confinados no “mundo jurídico”. Ela representa, indiscutivelmente, o fator de represamento, a impedir as inovações que possam quebrar o compromisso *paradigmático* do sistema com o racionalismo, enquanto instrumento antidemocrático de sujeição do Direito ao Poder. A radical separação entre *direito e política*, está na base dessa ideologia. (SILVA, 2006, p. 52).

3.3 As soluções buscadas: das soluções nas instâncias inferiores à “objetivação” do processo

Conforme expusemos no início desse capítulo, o excesso de demandas levou, em primeiro lugar, à preocupação com o volume de causas sem julgamento no Supremo Tribunal Federal. A solução encontrada, à época, foi a criação de órgãos de instâncias inferiores para desafogar o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, primeiro foi criado o Tribunal Federal de Recursos, depois substituído pelo Superior Tribunal de Justiça e a criação da Justiça Federal de primeira instância e respectivos tribunais regionais federais.

Seguiu-se a arguição de relevância, cujo objetivo foi o de evitar, como efetivamente evitou, o acesso ao STF de inúmeros recursos extraordinários. Hoje, o mecanismo de filtragem se chama repercussão geral do recurso extraordinário.

O Código de Processo Civil de 1973 inovou ao prever o julgamento conforme o estado do processo, fase processual na qual, a depender do caso, o juiz deveria extinguir o processo sem resolução de mérito ou julgá-lo antecipadamente, se constatado que o processo correu à revelia, se se tratasse de processo que envolvesse questões unicamente de direito ou se, contendo questões de direito e de fato, não houvesse necessidade de produção de prova em audiência. Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, não escondeu a certeza que possuía que esse procedimento iria acelerar o trâmite de processos, pois antes da reforma os processos aguardavam sem nenhuma deliberação por meses a fio, para finalmente perceber que a audiência realizada foi desnecessária.

Como medidas de aceleração do processo, ainda podem ser destacadas a criação do mecanismo de antecipação de tutela e o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer, introduzidos no CPC de 1973 pela Lei nº 8.925/94 e posteriormente ampliados pela Lei nº 10.444/02 para admitir, no caso da antecipação de tutela, a sua fungibilidade com as cautelares, aplicabilidade da tutela específica e sua concessão mediante pedido incontroverso. Já a tutela específica passou a ser admitida primeiro para obrigações de fazer e não fazer e depois para obrigações de entregar coisa (artigo 461 do CPC, incluído pela Lei nº 8.952/94 e artigo 461-A, incluído pela Lei nº 10.444/02). Tais inovações partiram da concepção de um processo civil de resultados, na expressão de Dinamarco: “Na medida do que for praticamente

possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.” (DINAMARCO, 2005, p. 127).

Ainda com Dinamarco, o artigo 461 rompeu com o dogma da intangibilidade da vontade da pessoa, que antes era responsável pela inadmissibilidade de execução específica das obrigações de não fazer, passando, então, a admitir o exercício, por parte do juiz, de pressões psicológicas sobre o condenado à obrigação (DINAMARCO, 2005, p. 312-313).

Na parte de recursos, a Lei nº 5.925/73 alterou o CPC de 1973 para abolir o efeito suspensivo de apelações que versassem sobre as matérias contidas no seu artigo 520 (homologação de divisão ou demarcação, condenação em prestação de alimentos, julgamento de liquidação de sentença, decisão de processo cautelar, improcedência de embargos à execução, rejeição liminar ou improcedência de embargos à execução, procedência do pedido de instituição de arbitragem e sentença que confirmasse antecipação dos efeitos da tutela). É preciso mencionar, ainda, os incidentes de uniformização de jurisprudência nos tribunais e, posteriormente, nos juizados especiais.

A maior inovação presente no CPC de 1973 tendente a atacar a questão das demandas de massa foi a introdução do artigo 285-A pela Lei nº 11.277/06. Ali, previa-se o que ficou usualmente denominado com improcedência liminar da demanda. Segundo a norma, o juiz de primeira instância poderia julgar totalmente improcedente uma demanda, independentemente de citação do réu, se houver somente questões de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

O instituto teve a sua constitucionalidade imediatamente questionada no Supremo Tribunal Federal pela Ordem dos Advogados do Brasil. Gajardoni afirma que esse questionamento, na verdade, escondia a preocupação com a perda de reserva de mercado por parte dos advogados, porque, como ficara previsto a dispensa de citação do réu para responder uma demanda na qual sairia vencedor, não haveria ali honorários a serem pagos aos advogados (GAJARDONI, 2006, p. 154). Seja como for, argumentou-se haver quatro inconstitucionalidades, conforme exposto por Gajardoni:

- 1) a isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde já haja entendimento consolidado pela improcedência do pedido);
- 2) a segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso - da qual terceiros não têm ciência dos argumentos e da analogia com o caso que é apresentado - torna ilegítima a atuação jurisdicional;
- 3) o direito de ação, preterido pelo súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;
- 4) o contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juízo do acerto de sua tese; e
- 5) o devido

processo legal, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo de seu começo ao fim. (GAJARDONI, 2006, p. 154-155).

Contra, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, na qualidade de *amicus curiae*, rebateu os questionamentos:

Não há violação: 1) à isonomia constitucional, pois de qualquer forma efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre juízes de varas distintas serão solucionadas pelas instâncias superiores; 2) à segurança jurídica, pois o magistrado, para aplicar o art. 285-A do CPC (LGL\1973\5), deverá demonstrar fundamentadamente a similitude do caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra a má aplicação do dispositivo; 3) ao direito constitucional de ação (na verdade petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente; 4) ao contraditório, pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido, através da prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu - pretensamente lesionado pela falta de citação – sai vencedor da ação; e 5) ao devido processo legal, pois, além da edição do art. 285-A do CPC (LGL\1973\5) ter sido precedida de regular processo legislativo, a aplicação do dispositivo, por estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)), vem ao encontro dos anseios por justiça célere, que é uma das facetas do princípio acoimado de violado (conformação da regra às aspirações sociais e proporcionalidade). (GAJARDONI, 2006, p. 155).

Parece-nos que a maior deficiência teórica do instituto de improcedência liminar da demanda é a frustração do contraditório em razão de julgamentos passados que não envolveram as mesmas partes, o que poderia ocasionar prejuízo para a análise de argumentos eventualmente novos trazidos por novos litigantes. Essa é uma crítica que se renova com maior vigor perante o incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015, principalmente porque, agora, a questão é decidida antecipadamente por instâncias superiores, e mais sobre isso será argumentado mais à frente desse texto.

No entanto, essa crítica pode ser relativizada em termos práticos, uma vez que há uma grande quantidade de demandas que são absolutamente idênticas, do começo ao fim. E tais processos são encontrados inclusive entre advogados diferentes, e muito mais ainda quando se trata do mesmo assunto litigado pelo mesmo advogado, notadamente em se tratando de réus litigantes habituais, como Instituto Nacional do Seguro Social, Caixa Econômica Federal, cadastros de proteção ao crédito, DETRAN, etc. O processamento de tais demandas obedece àquilo definido jocosamente como uma “guerra de computadores”:

Louvo-me, para tanto, no que observou com espírito o Min. Humberto Gomes de Barros, para quem, em tais casos, ocorre um "duelo de computadores". No exemplo por ele aludido, "[...] de um lado, a Caixa Econômica Federal pede se declare sua ilegitimidade passiva, nas discussões relativas ao reajuste do FGTS, de outro, o

Tribunal indefere tal pretensão. Como as causas são absolutamente iguais entre si, a Caixa Econômica limita-se a reproduzi-las a partir de matrizes arquivadas em seus computadores. Os gabinetes" - (note-se: a assessoria) - "dos relatores, por igual, acionam seus computadores e produzem votos de indeferimento. Vale dizer: os pedidos são formulados a granel e a granel indeferidos; os computadores da Caixa Econômica Federal requerem e os computadores do STJ indeferem. (ARAGÃO, 2003, p. 11).

Nada obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC de 1973 já havia reduzido o espectro de aplicabilidade do instituto em comento, quando se pronunciara no sentido de que ele só seria aplicável quando a tese de improcedência já fosse pacífica nos tribunais superiores.

Em 2006, a Lei nº 11.276 alterou o CPC de 1973 para impedir o recebimento do recurso de apelação quando a sentença estivesse de acordo com Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (artigo 518, parágrafo primeiro do CPC de 1973). Trata-se de súmula impeditiva de recursos, mecanismo que foi sugerido na reforma introduzida pela PEC 96/92 pela deputada federal Zulaiê Cobra, quando foi relatora da comissão especial da reforma, em 1999, em substituição às súmulas vinculantes (SADEK, 2010, p. 27). Também em 2006, a Lei nº 11.418 implementou a sistemática da repercussão geral no CPC, que dependeria da existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico além dos interesses da causa, e cuja recusa implicaria na inadmissibilidade de todos os outros recursos sobre idêntica demanda.

Além desses instrumentos pensados com a lógica dos processos individuais estabelecida pelo CPC de 1973, na década de 1980, em compasso com uma constituição federal que previa inúmeros mecanismos de tutela individual e também coletiva, foi erigido o microsistema de demandas coletivas, composto principalmente pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Tratava-se de iniciativa tendente a resolver casos difusos e, notadamente em nosso país, casos de direitos individuais homogêneos.

Também não se pode esquecer da criação dos Juizados Especiais, primeiro no âmbito dos Estados, com a Lei nº 9.099/95, depois Federal, com a Lei nº 10.259/01; o modelo original implementado pela Lei nº 7.244/84 (juizado especial de pequenas causas). Os juizados permitiram o acesso, pelo menos em tese, da população de baixa renda à Justiça formal, uma vez que não há, em primeira instância, pagamento de custas ou honorários, além de haver possibilidade de postular sem advogados, diretamente perante o Poder Judiciário. De outro lado, os Juizados Especiais se mostraram indubitavelmente mais dinâmicos e menos formalistas do

que o modelo processual ordinário, o que vem permitindo resultados mais satisfatórios. Acerca da tutela coletiva e dos Juizados Especiais:

Os anos que precederam a Constituinte foram marcados pela pauta de facilitação do acesso à justiça e de abertura das instituições judiciárias para a “litigiosidade latente”, assim entendida como a gama de conflitos sociais que, em razão dos obstáculos de acesso ao sistema oficial, acabam sujeitos à autotutela, ocasionando o aumento da violência nas comunidades marginalizadas. É também nesse período de ambiente de abertura política e de emergência de movimentos sociais que a reivindicação de direitos sociais, questionando a intensa desigualdade social e a exclusão da grande maioria da população quanto a direitos básicos como saúde e educação. A pauta, naquele momento, era a ampliação desses direitos e o estabelecimento de instrumentos que viabilizassem sua efetivação, de modo a superar a incapacidade do Judiciário de responder adequadamente à complexidade dos conflitos sociais então identificados.

Também nessa época foram promulgadas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, de 1984, que abriu novas portas para a entrada no sistema oficial de justiça, e a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, que estabeleceu algumas das principais bases para a tutela coletiva de direitos. O Código de Defesa do Consumidor compõe esse quadro de medidas, regulamentando os direitos dos consumidores, sua defesa em juízo e a tutela transindividual de direitos. São criados os Juizados de Pequenas Causas, posteriormente conformados como Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Federais, voltados especialmente para a absorção da já mencionada litigiosidade latente e para uma maior aproximação do cidadão do sistema de justiça. (ASPERTI, 2006, p. 234).

Não por acaso, as propostas de juizados especiais e de tutela coletiva, que possuem caráter, cada um à sua maneira, desburocratizantes, foram inspirados na experiência americana do *common law*. Dinamarco destaca o espírito de confiança no juiz e no que ele afirma, resultando na dispensa do relatório nas sentenças de juizados especiais, assim como a possibilidade, no processo coletivo, de simplificação do contraditório mediante a participação ideológica dos titulares de direito, substituídos por legitimados adequados (DINAMARCO, 2005, p. 310-313).

Ainda, merece destaque o disposto no art. 93, inciso XV da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. Ali passou a constar a obrigatoriedade da distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição. Dinamarco cita, a esse propósito, prática do regime de distribuição contida que antes ocorria nos tribunais paulistas, segundo o qual os recursos eram retidos em secretarias à espera de vazão regulada para juízes ou desembargadores, causando acúmulo de processos na distribuição, às vezes por mais de cinco anos. (DINAMARCO, 2005, p. 45).⁶

⁶ É curioso anotar que, como nossa formatura universitária ocorreu em 2008, e o ingresso no mercado de trabalho já se deu na qualidade de juiz federal no ano de 2011, causou-nos enorme espanto descobrir tal prática corriqueira a tão pouco tempo atrás.

Em paralelo e um pouco mais recentemente, cresceu a tendência de “objetivação⁷” do processo. O fenômeno pode ser rastreado até a Reclamação nº 4.335/AC, a partir da qual parte da doutrina passou a defender a equiparação do controle de constitucionalidade difuso ao concentrado (BRASIL. STF. RE nº 4.335/AC. Relator Gilmar Mendes, 2014).

Nessa reclamação, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam a mutação constitucional do art. 52, inciso X da Constituição, que afirma caber privativamente ao Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo os ministros, tanto decisões tomadas em controle difuso quanto em controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possuem a mesma força, por serem provenientes do mesmo órgão, e possuem eficácia *erga omnes* independentemente de atuação do Senado, que teria unicamente a função de dar publicidade à decisão. Ínsita à proposta de “objetivação” está a ideia de que Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não julgam lides, e sim possuem atuação objetiva (ABBOUD, 2014, p. 56-58).

Côrtes relata que os primeiros sinais dessa “objetivação” consistiram na possibilidade, autorizada pelo Supremo em caráter excepcional, de modulação de efeitos em declaração de inconstitucionalidade realizada em sede de recurso extraordinário (BRASIL. STF. RE nº 197.917/SP. Relator Maurício Corrêa, 2004), o que já havia ocorrido no RE 370.682, no qual a se argumentou merecer maior atenção a supremacia das decisões do Supremo ante a ausência de permissão legal para a modulação de efeitos em processos subjetivos (BRASIL. STF. RE nº 370.682/SC. Relator Gilmar Mendes, 2007). O articulista destaca, ainda, a abertura da causa de pedir no recurso extraordinário, a partir do RE 298.694 (BRASIL. STF. RE nº 298.694/SP. Relator Sepúlveda Pertence, 2004), quando o Supremo entendeu possível analisar, em recurso extraordinário, questões constitucionais não levantadas pelas partes (CORTÊS, 2017, p. 180). Na mesma linha, aponta a criação, por resolução (Resolução nº 12/2009 do STJ), da possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça admitir reclamação acerca de julgados de turmas recursais que contrariassem julgamentos daquela corte; atividade que depois, por outra resolução (Resolução nº 3/16 do STJ), foi transferida para os Tribunais de Justiça (CORTÊS, 2017, p. 180-182).

Digna de nota, ainda, a inovação trazida pela Lei nº 11.672/08, consistente na sistemática de julgamento de recursos repetitivos por parte do Superior Tribunal de Justiça. Ainda na vigência do CPC de 1973, o presidente de tribunal poderia escolher recursos especiais

⁷ O termo objetivação, embora nos pareça infeliz, será utilizado nesse texto porque é razoavelmente aceito na comunidade jurídica e permite a imediata referência ao fenômeno.

representativos de litigância repetitiva e encaminhá-los ao STJ para julgamento a ser futuramente aplicado a todos os demais recursos, que aguardariam nos tribunais, sobrestados.

Mitidiero afirma que existem Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, e que deve haver ambas em determinada organização judicial como forma de melhor atender a economia e a tempestividade da tutela jurisdicional. As primeiras seriam responsáveis por decisões justas, enquanto às segundas caberia promover a unidade do direito (MITIDIERO, 2014, p. 32-33). Para ele,

Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do Direito, a jurisdição é entendida como simples declaração de uma norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias do Direito. As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante. (MITIDIERO, 2014, p. 34).

A Corte Superior, assim, seria uma corte cuja missão seria o controle de legalidade, encontrar a correta interpretação da norma previamente outorgada pelo legislador, por meio de raciocínio silogístico. Afirma Mitidiero que, no modelo de Corte Superior, ela acaba tomando posição de tutela do legislador contra os juízes, por se tratar de uma corte de censura da atividade judiciária de instâncias inferiores. Tal postura, por outro lado, necessita de uma composição homogênea, e daí vem que a sua composição se dá apenas por membros da carreira judiciária, o que, por sua vez, implica em maior poder político sobre a magistratura e maior servilismo ao poder político (MITIDIERO, 2014, p. 42).

O dever de uniformizar a jurisprudência, nesse modelo, seria apenas instrumental em relação à tarefa de controle de legalidade das decisões. Não haveria, portanto, qualquer problema na existência de decisões judiciais em sentidos diversos sobre a mesma matéria, algo até desejável no sistema; o dissenso jurisprudencial colaboraria com o desenvolvimento do direito (MITIDIERO, 2014, p. 46).

Como a Corte Superior tem por fim velar pelo controle de legalidade de decisões judiciais, haveria direito subjetivo das partes de terem seus processos por ela analisados, sendo descabido, então, a criação de filtros recursais ou julgamento em bloco. Ainda, a atividade da Corte estaria adstrita aos fundamentos apontados pelas partes e, como consectário do julgamento, deve haver previsão para rescisão de julgados passados em sentido contrário ao que for definido pela Corte (MITIDIERO, 2014, p. 48-54).

As Cortes Supremas, por outro lado, poderiam ser corte de vértice da organização judiciária ou corte constitucional fora da estrutura do Poder Judiciário. Possuiria como função orientar a adequada interpretação e aplicação do direito por parte da sociedade civil e dos membros do Poder Judiciário, dando-lhe unidade. Bem por isso, destacar-se-ia seu papel político, o que recomendaria que fosse composta por membros de origens diversas, como acadêmicos, magistrados e advogados, como forma de representar o pluralismo de visões de mundo da sociedade (MITIDIERO, 2014, p. 65-68).

Como a unidade do direito a partir da sua adequada interpretação é a função da Corte Suprema, a decisão recorrida constitui apenas um meio para a finalidade declarada. Natural, portanto, que o precedente consubstanciado na interpretação tenha eficácia para além das partes do processo e possuam eficácia vinculante (MITIDIERO, 2014, p. 73).

A atividade jurisdicional da Corte Suprema partiria da distinção entre texto e norma, acolhida a potencial equivocidade dos enunciados linguísticos. Portanto, a interpretação passaria por valorações e escolhas por parte do intérprete, sendo de extrema importância a fundamentação das decisões, onde se pode avaliar a qualidade da lógica e da argumentação jurídica realizadas. As soluções jurídicas possíveis de serem encontradas antes da promoção da unidade do direito pela Corte Suprema seriam, nesse sentido, protegidas pelo sistema, de modo que, até esse momento, poderiam conviver sem qualquer problema (MITIDIERO, 2014, p. 56-80).

Estabelecidas tais premissas, Mitidiero conclui que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como Cortes Supremas em sua essência, onde prepondera a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do controle de legalidade das decisões recorridas, sem, no entanto, renunciar à tarefa de controle das decisões recorridas (MITIDIERO, 2014, p. 97), por meio das seguintes medidas:

Para tanto, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotem: (i) uma prática *justificativa* de seus julgados que seja capaz de viabilizar às partes, à sociedade civil e aos demais órgãos do Poder Judiciário tanto uma *fundamentação adequada* para consecução de um processo justo como um *precedente idôneo* para promoção da unidade do Direito; (ii) uma prática de *confrontação analógica* entre casos – na sua unidade fático-jurídica – que permita aferir o *respeito ao precedente*, a necessidade de *distinção* entre casos ou mesmo a oportunidade para *superação* de determinado entendimento consolidado; (iii) uma prática que conduza apenas ao exame de casos dotados de *repercussão geral*, incluídos aí necessariamente os casos em que os seus *precedentes foram violados* ou *ignorados* pelas Cortes de Justiça; (iv) uma prática primariamente *interpretativa* e apenas secundariamente de *controle, proativa* e voltada para o *futuro* e, portanto, para *orientação* da comunidade jurídica e da sociedade civil, que permita um *autogoverno* mais acentuado para gestão da própria *agenda* e para formação de seus precedentes; (v) uma prática que importe na efetiva *formação de*

precedentes vinculantes horizontal e verticalmente erigidos para promoção da *igualdade* e da *segurança jurídica*, com respeito à *coisa julgada* e ao *adequado desenvolvimento do sentido normativo* dos enunciados constitucionais e legislativos. Mais do que uma *reforma legislativa*, no entanto, semelhante projeto exige para sua realização uma profunda *reforma cultural*, sem a qual a nossa ordem jurídica jamais será pautada pela *igualdade*, pela *segurança* e capaz de prestar uma *tutela adequada, efetiva e tempestiva* aos direitos – *promessas que simplesmente marcam e particularizam o Estado Constitucional* – e, portanto, jamais será capaz de *inspirar mútua confiança entre as pessoas e as instituições*, sem a qual inexistem condições para o *livre exercício dos direitos*. Sem essa reforma, pré-ordenada para preservação da liberdade e para a realização da igualdade mediante a promoção da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permanecerão *reféns de um sistema desgastado* e o processo civil continuará sendo um *jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade* de seus resultados. (MITIDIERO, 2014, p. 131-132).

No mesmo sentido, Marinoni, para quem:

A decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei. Esse algo de novo se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla, exatamente porque a decisão do STJ, ao definir o sentido do direito, confere-lhe unidade, revelando o ‘direito judicial’ que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares. Note-se, portanto: a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte de atribuir sentido e unidade ao direito federal, vale dizer, de criar algo novo na ordem jurídica vinculante. (MARINONI, 2014, p. 158-159).

Esses trabalhos possuem origem que pode ser traçada até a obra de Taruffo, que defende ter diagnosticado a tendência de substituição, nos tribunais de vértice, da função tradicional de tutela da legalidade para a função de desenvolvimento da legalidade orientada para o futuro, contribuindo assim para a evolução do direito. O célebre processualista procurou estabelecer alguns critérios que uma corte suprema, nos moldes em que sustenta, deveria possuir: a) a corte deveria ter condições de selecionar os recursos a serem julgados, como forma de diminuir a carga de trabalho e com o fim de intervir apenas em questões importantes, e não necessariamente quando houver variações da jurisprudência; b) em consequência do menor número de julgamentos, haveria maior valorização e uniformidade de sua jurisprudência; c) abertura da corte à jurisprudência internacional, especialmente com relação a princípios compartilhados por diversas nações; e d) a previsão de recurso direto de constitucionalidade por parte de qualquer sujeito, de forma a tornar efetiva a tutela dos direitos em todos os casos de concreta violação (TARUFFO, 2013, p. 136-137).

Nada obstante o trabalho de fôlego e logicamente completo em si, ousamos discordar do renomado autor. Consideramos, em primeiro lugar, que as categorias de Corte Superior e Corte Suprema, embora didaticamente úteis, não são estanques e não conseguem representar a

totalidade de organizações judiciárias existentes. O exemplo pode ser, mesmo, o Supremo Tribunal Federal. Embora possua função principal, desde a sua criação, de realizar controle de legalidade (na terminologia proposta por Mitidiero), possui a indicação de seus membros realizada por elementos estranhos ao Judiciário e, hoje, compreende membros com formações e visões de mundo razoavelmente distintas, mas longe de poderem ser classificadas como homogêneas de um pensamento tipicamente judiciário.

De outro lado, é difícil também reduzir toda a atividade judicial de todos os membros de uma corte a um raciocínio tipicamente silogístico ou de lógico-argumentativo, principalmente na quadra de evolução da teoria da decisão judicial.

É verdade que Mitiero reconhece, a partir de necessárias mudanças de comportamento que defende, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não são, hoje, Cortes Supremas no sentido em que trabalha. Traduz muito bem nossa opinião os argumentos de Abboud e Streck acerca do tema:

A ideia de que a atuação do STF e do STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da CF, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os *writs* constitucionais previstos na CF 5º, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*. (ABBOUD; STRECK, 2014, p. 58).

Uma tentativa de transformação dessa magnitude, para tribunais exclusivamente voltados para julgamentos objetivos, esbarraria ainda em uma questão que julgamos tenha sido colocada por Mitidiero em outro contexto, mas que nos serve: a relutância, tanto dos tribunais superiores, quanto das partes em geral, de abrirem mão de STF e STJ como palco derradeiro acerca de toda e qualquer discussão judicial do país. Mitidiero, como destacamos, argumenta que os tribunais superiores não devem *renunciar* à tarefa de controle de legalidade dos processos que lhes são atribuídos. Os tribunais superiores, por sua vez, se valem da prerrogativa de julgar os casos que lhes despertem interesse, o que pode ser exemplificado com as conhecidas superações do óbice colocado pela Súmula nº 7 do STJ para reanálise de questões de fato em recursos especiais.

Não se trata, no ponto, de se discutir acerca da real apreciação de todos os recursos interpostos nos tribunais superiores, mas sim do poder que tais tribunais possuem, hoje, sobre decidir o que querem ou não julgar. A esse propósito, é notório o tratamento do Superior

Tribunal de Justiça à sua bem conhecida Súmula nº 7, que veda reexame de prova em recurso especial, mas que é superada pela Corte, a depender do caso concreto.

Dierle Nunes e Flávio Pedron, de outro lado, valem-se de Schauer para criticar a posição de Mitidiero por aquilo que o filósofo denomina de efeito seletivo, segundo o qual, em razão de poucas controvérsias serem efetivamente levadas ao Judiciário – principalmente às instâncias superiores –, não haveria como dizer que as decisões das Cortes Superiores poderiam ser representativas do modo pelo qual o Direito funciona (NUNES; PEDRON, 2017, p. 358). Apontam, também, que considerar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como representativas do direito nacional gera, por consequência, uma diminuição da importância dos demais tribunais e instâncias, o que poderia levar até à perda de autonomia do Direito, criando-se uma dependência dos tribunais de vértice (NUNES; PEDRON, 2017, p. 358). E arrematam:

O modelo proposto por Mitidiero e Marinoni defende, sob viés socializador e estatalista, um protagonismo judicial concentrado nas Cortes Supremas incapaz, em nossa opinião, de oferecer espaço processual deliberativo (comparticipativo) para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. Tampouco se justifica a cisão entre decisão justa e precedente judicial: a decisão judicial deve resolver o caso presente à luz da integridade do Direito, declarando os direitos que as partes efetivamente têm. Essa decisão exprime um princípio jurídico que pode (e deve) ser encontrado nos precedentes judiciais (e na Constituição e nas leis também), e constituirá um indício formal da viabilidade e da adequação constitucional de determinada orientação judicial na medida em que encerrar uma hipótese coerente daqueles princípios. (NUNES; PEDRON, 2017, p. 363).

3.4 O processo coletivo

Como explica Cappelletti, a industrialização trouxe consigo a massificação, não só no âmbito econômico, como também nas relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais. Nesse contexto, o indivíduo isolado não possui força para fazer valer o direito material assegurado, uma vez que o dano individual pode não superar sequer os custos de uma demanda individual, muito embora o dano total causado à coletividade seja enorme ou imensurável. Além disso, o causador do dano normalmente possui poder econômico ou de informação muito maior do que o dos indivíduos isoladamente considerados (CAPPELLETTI, 1993, P. 58-59).

Foram pensadas, assim, diversas técnicas que visavam à tutela coletiva de direitos, especialmente com a superação da legitimação de agir de caráter estritamente individual e ligada ao interesse direto na demanda.

Os litígios coletivos possuem origens remontadas à Inglaterra medieval do século XII, e depois sistematizada menos rudimentarmente pela *Court of Chancery* e *Bill of Peace* (GIDI,

2007, p. 42). Atualmente, os processos coletivos ingleses podem ser processados por três formas: processos por representação, ações de massa sob a *Group Litigation Order* ou por litígio consolidado. Nos processos por representação, uma parte ajuíza demanda em seu nome e de outros, e ela funciona sob o sistema de *opt-out*. As GLO – *Group Litigation Orders* devem ser previamente autorizadas pelo tribunal, que exerce administração intensa do caso e da instrução. Esse litígio funciona sob o sistema de *opt-in*, um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo como da situação de parte e as custas decorrentes de questões comuns são compartilhadas pelo grupo (ANDREWS, 2012, p. 540-554).

A primeira norma sobre *class actions* nos Estados Unidos da América data de 1842: a *Federal Equity Rule 48*, seguida, em 1912, da *Federal Equity Rule 38*. No ano de 1938, foi editado o primeiro código de processo civil federal dos Estados Unidos, batizado de *Federal Rules of Civil Procedure*, um conjunto de normas editadas pela Suprema Corte para regular o processo. A *Rule 23* passou a prever três tipos de *class actions*, divididas segundo a natureza jurídica do objeto do processo: *true class action*, que permitia representação do grupo e a coisa julgada se estendia a todos os membros, inclusive ausentes; *hybrid class action*, cuja coisa julgada vincularia apenas as partes no processo e membros o grupo relacionados a direitos de propriedade ou fundo; e *spurious class action*, que se submetia ao sistema de *opt-in*. Em 1966, a *Rule 23* foi reformada, e a *spurious class action* foi substituída pela *common question class action*, além de promover alterações nas nomenclaturas e definições utilizadas (GIDI, 2007, p. 45-58).

Na Itália, segundo Mendes, Cappelletti exerceu grande influência no tema de processos coletivos. Após decisão do Conselho de Estado no ano de 1973, que reconheceu legitimação a uma associação ambiental para impugnar um ato da província de Trento, no ano de 1974 houve o congresso de Pavia, no qual o mencionado autor se destacou por destacar a inadequação da tradicional dicotomia entre público e privado em sociedades contemporâneas marcadas por relações jurídicas de massa. Definiu ele os interesses difusos ou coletivos, pertencentes à coletividade. Para viabilizar a persecução de tais interesses em juízo, Cappelletti se preocupou primeiro com a legitimação extraordinária para demanda coletivas, que deveria ser vinculada a um interesse comunitário e não vinculada a nenhum critério prévio, e sim mediante controle judicial discricionário. O legitimado deveria, ainda, representar adequadamente o grupo. Havendo representação adequada, todos os interessados deveriam estar submetidos ao julgamento da demanda independentemente do resultado favorável. Por fim, alertava sobre a necessidade de formas mais variadas e eficazes de provimentos preventivos (MENDES, 2012, p. 95-100).

No Brasil, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), aliada às disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) formam o centro do microsistema processual coletivo brasileiro, complementado pela Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.016/09) e de diversas leis específicas, como a Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 7.913/89), Lei de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 36).

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor define três classes de interesses: difusos, que são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; coletivos, por sua vez “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e os individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Em nosso direito pátrio, não há, no âmbito da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, legitimação do indivíduo para o ajuizamento de demandas coletivas. De acordo com Mendes e Silva, isso se deve, em primeiro lugar, à influência de Cappelletti, contrário em razão da falta de equilíbrio processual da medida, em se tratando de tutela coletiva. Aduzem ainda argumentos utilizados na Alemanha, no sentido de que não haveria equilíbrio dos indivíduos com a parte ré e que os indivíduos não teriam incentivos para litigar em nome de um grupo se o dano individual representasse valor reduzido. No Brasil, argumenta-se que a legitimidade individual poderia servir ao uso político-eleitoral de demandas coletivas, a exemplo do que ocorreu com legitimidade individual concedida para a Ação Popular (MENDES; SILVA, 2014, p. 35). Seguiu-se, portanto, a influência exercida por Cappelletti.

A legitimidade para ajuizar demandas coletivas no Brasil é *ope legis*, ou seja, a lei atribuiu a determinadas pessoas o poder de representar a coletividade em juízo. Conforme o artigo quinto da Lei nº 7.347/85, estão legitimados a propor demandas coletivas o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente, a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Lamy informa que, no texto original da Lei de Ação Civil Pública, Projeto de Lei nº 3.034/84, a legitimação acompanhava o modelo norte-americano de controle judicial da representatividade adequada em cada caso concreto. No entanto, houve modificação do projeto e os legitimados passaram a contar com presunção de legitimidade adequada (LAMY, 2012, p. 169).

A coisa julgada vem disciplinada no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Ela é “I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova [...]” (BRASIL, 1990), para interesses difusos; “II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas [...]” (BRASIL, 1990), quando se tratar de interesses coletivos; e “III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de interesses individuais homogêneos,” (BRASIL, 1990).

Sobre a sistemática brasileira da coisa julgada coletiva, Grinover, Watanabe e Mullenix afirmam que:

Assim, o sistema brasileiro, afastando-se decididamente do modelo norte-americano do ‘*opt out*’ e do ‘*opt in*’ das ‘*class actions for damages*’, escolheu um critério aderente à sua própria realidade sócio-econômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação, os próprios esquemas da legitimação que não contemplam o controle do juiz sobre a “representatividade adequada” do portador em juízo dos interesses coletivos. (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 39).

O potencial alcance da tutela coletiva, conferida após realização de debate e contraditório no primeiro grau de jurisdição, é muito amplo. Mediante substituição processual por legitimados qualificados para a condução do processo, é possível, a um só tempo, alcançar a situação dos inúmeros substituídos e tratar da real questão conflituosa. Aos legitimados para a propositura de ações civis públicas foi conferido interesse para tutelar diversos interesses caros à sociedade, além, portanto, do mero interesse individual.

Significa que, mesmo ao tratar de direitos individuais homogêneos, os substitutos podem postular tutelas específicas para solucionar o problema base, mediante, por exemplo, o socorro de tutela inibitória ou de remoção do ilícito.

Não tardaram a surgir limitações à tutela coletiva. A Lei de Ação Civil Pública sofreu alteração para que a sentença coletiva passasse a valer somente no âmbito de competência territorial do tribunal ao qual pertence o juiz que proferiu a decisão. No campo específico dos direitos individuais homogêneos, que mais dizem respeito à litigiosidade repetitiva, foi

suprimida a possibilidade de tutela coletiva referente a demandas sensíveis para o maior litigante habitual brasileiro: a União. Vedada foi a possibilidade de manejo de demanda coletiva referente a tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Além disso, exige-se do Ministério Público a demonstração de interesse social a justificar a sua atuação em defesa de interesses individuais disponíveis.

Essas restrições contribuíram enormemente para diminuir o âmbito de aplicabilidade da tutela coletiva a direitos individuais homogêneos. De se registrar, também, a baixa preferência dos advogados pelo processo coletivo, uma vez que ele implica na redução de honorários advocatícios, em comparação com o ajuizamento de inúmeras demandas individuais, inclusive pela possibilidade de distribuição das demandas a juízes diversos, e não somente para aquele que julga contrariamente à tese advogada.

As dificuldades acerca dos processos coletivos foram assim enumeradas por Grinover:

[...] assim, por exemplo, dúvidas surgem sobre a natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a competência concorrente (que tem como consequência a proliferação de demandas, chegando a questão ao STJ só para resolver conflitos de competência), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a solução do problema de coexistência de ações individuais e coletivas, a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir a demanda em razão de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda. Por outro lado, é certo que o Poder Executivo tem tomado diversas iniciativas capazes de limitar a abrangência das ações coletivas; que o Poder Judiciário, como um todo, tem hesitado em relação a teses que oscilam entre a abertura e o fechamento das vias coletivas; que o juiz, via de regra, não sabe lidar e não gosta de ações coletivas, preferindo sempre a solução individual; que os legitimados subutilizam as ações coletivas, sobretudo em campos como o da saúde, em que se multiplicam e proliferam as ações individuais. E o legislador brasileiro não se tem mostrado sensível à necessidade de aperfeiçoamento do sistema. (GRINOVER, 2017, p. 213-214).

Nunes, para quem a regra de limitação da coisa julgada das demandas coletivas baseada na competência territorial é formalmente inconstitucional em razão da ausência de urgência da medida provisória que lhe deu origem e materialmente inconstitucional por causar decisões díspares e assim violar o princípio da isonomia, explica que os três elementos que delimitam a coisa julgada são as partes, a causa de pedir e o pedido, de forma que a competência não exerce sobre ela qualquer influência, servindo, apenas, como critério para repartir racionalmente o trabalho do Poder Judiciário (NUNES, 2015, p. 200-206).

Outra limitação diz respeito à fase posterior ao reconhecimento do direito no processo de conhecimento coletivo. Como já de conhecimento, os interesses individuais homogêneos são aqueles apenas acidentalmente coletivos, por compartilharem a mesma origem fática. A execução de sentença coletiva que reconheça a procedência de direito individual homogêneo, pela peculiaridade, recebe tratamento distinto, podendo ser tanto coletiva quanto individual. A sentença, nesses casos, fixa apenas a responsabilidade do demandado (*an debeat*), sem estabelecer *quantum debeat*. Os indivíduos, depois, deverão ajuizar a respectiva liquidação, devendo demonstrar o dano, a relação de causalidade e a medida do dano sofrido (ALMEIDA, 2007, p. 187). Dessa forma, a necessidade de renovação da instrução não traria benefício palpável para que os litigantes preferissem esperar o desfecho de uma demanda coletiva, ao invés de ajuizarem desde logo as suas demandas individuais.

Dinamarco, em sua mais recente edição da obra *Instituições*, afirma que é preciso, acima de tudo, que se desenvolva maior senso de responsabilidade em torno do processo coletivo, em razão de um problema cultural que vem desfigurando o instituto:

[...] os instrumentos de tutela coletiva vão sendo objeto de muitos exageros e abusos, o que lhes compromete a legitimidade social e faz temer por indesejáveis retrocessos legislativos. A experiência vem demonstrando ações coletivas promovidas sem o necessário senso de responsabilidade, indo além dos objetivos do instituto e incluindo invasão da autonomia dos Poderes do Estado e injustas humilhações a pessoas de bem. Ainda há juízes que não chegaram a um ponto aceitável de maturidade cultural a esse respeito, deixando-se envolver em inconvenientes entusiasmos e assim propiciando a exacerbação dos sadios ideais coletivizadores da tutela jurisdicional. A *eco-histeria* e a *consumo-histeria* desfiguram a imagem desses sadios institutos e técnicas de grande modernidade. (DINAMARCO, 2016, p. 433).

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais

Antes de nos aprofundarmos nas mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, de 2015, acerca do objeto de estudo, que é a discutível proposta de sistema de precedentes vinculantes, consideramos importante estabelecer premissas com relação ao contraditório no processo, como forma de ampla participação das partes como condição de legitimidade das decisões judiciais.

Fazzalari atribui grande importância ao contraditório, a ponto de inseri-lo na própria concepção de processo. Nesse sentido, processo é um procedimento no qual participam todos aqueles em cuja esfera jurídica o ato pode produzir efeitos, em contraditório e em simétrica paridade, de forma que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (FAZZALARI, 2006, p. 119-120).

Nossa Constituição Federal atual prevê a garantia do contraditório em todo processo no art. 5º, inciso LV. Conforme Dinamarco, trata-se de uma garantia de dupla destinação: primeiro, que a lei deve criar meios para participação dos litigantes no processo e que o juiz deve franquear-lhes esses meios; depois, que o juiz possui deveres relacionados à efetividade do contraditório (DINAMARCO, 2002, p 517). Ainda, a participação dos litigantes apoia-se na ideia política de que o exercício do poder só se legitima quando preparado segundo a lei (e a Constituição), com a participação dos interessados (DINAMARCO, 2005, p 234). Trata-se de decorrência do princípio democrático, considerando-se, em nosso modelo, que os juízes não são eleitos pelo povo. Alerta ele, ainda, que o contraditório se resolve na dinâmica do pedir-alegar-provar, segundo a qual o todo processo deve possuir momentos para que as partes peçam, aleguem e provem o que julgarem necessário em vista ao provimento final (DINAMARCO, 2005, p. 236).

A questão da legitimidade democrática dos juízes merece o aparte de Cappelletti, para quem tanto o Legislativo e o Judiciário possuem atividade substancialmente parecida de criação do direito, divergindo, no entanto, quanto ao modo. O Judiciário possui o que ele denomina de virtudes passivas ou de limites processuais, de natureza formal ou procedimental-estrutural, que são características essenciais do processo. Tais virtudes passivas são o impedimento para o juiz decidir caso de seu interesse, o caráter contraditório do processo e independência do juiz:

[O] que realmente faz o juiz ser juiz e um imparcial, não é sua falta criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os ‘*cases and controversies*’ e, por isso, com as *partes* de tais casos concretos, e b) a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas *fair hearing*”), [...] e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas dos ‘poderes políticos’. (CAPPELLETTI, 1993, p. 75).

A partir da doutrina de Fazzalari (2006), e em consonância com a dinâmica de satisfação da garantia do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves explica que o contraditório é formado pelo binômio informação-reação. Por informação, considera-se o dever do juiz e o direito das partes de serem informadas a respeito de cada momento em que possam intervir com o fim de contribuir para a formação do ato final. Já a reação compreende a possibilidade de as partes, devidamente informadas, poderem optar pela prática dos atos processuais. Afirma ainda que a reação não é dever, mas apenas possibilidade de participação, cuja omissão é possível, mediante a decisão de suportar os respectivos ônus. Por fim, Gonçalves destaca a igualdade simétrica que deve haver entre as partes para a efetiva satisfação da garantia do contraditório (GONÇALVES, 2012, p. 108).

Nesse cenário, o autor do ato final é um sujeito estranho aos interesses da contenda, como o juiz é um sujeito do processo, porém imparcial. Novamente com Dinamarco, a garantia do contraditório impõe ao juiz que realize atos de direção, de prova e de diálogo.

A direção do processo é exercida, primeiro, mediante o impulso oficial do procedimento. Como o processo é uma instituição estatal, apesar de se iniciar por iniciativa das partes, desenvolve-se por impulso oficial, de forma que, regra geral, ele não se paralisa por omissões das partes. Outra manifestação da direção do processo ocorre mediante a atividade de saneamento do processo (DINAMARCO, 2005, p. 241-242).

O dever de iniciativas probatórias por parte do juiz advém do modelo solidário do Estado moderno, que exige um juiz participativo. O juiz, sob esse aspecto, deve abandonar uma postura de indiferença ao perceber a omissão quanto a uma prova importante para o processo, além de também trabalhar efetivamente em prol da isonomia processual (DINAMARCO, 2005, p. 243).

Por último, outro dever decorrente da garantia do contraditório é o de diálogo com as partes. Merecem destaque, nesse ponto, a tentativa de conciliação das partes pelo juiz, a informação sobre a distribuição do ônus da prova ou sobre a necessidade de provar algum ponto melhor, ou ainda a oitiva das partes acerca de algum ponto antes de tomar decisões, na linha do art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês (o juiz não pode fundamentar sua decisão

sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações) (DINAMARCO, 2005, p. 244-245).

Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco apontam para a existência de três dimensões do contraditório: a estática, a dinâmica e a *comparticipativa*. A dimensão estática representa o direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade. A dimensão dinâmica trata da prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão. Por sua vez, a dimensão *comparticipativa* diz respeito ao direito de as partes terem analisados e considerados pelo juiz os seus argumentos, contrapondo-se ao dever do juiz de analisar todas as questões deduzidas pelas partes (JAYME; FRANCO, 2014, p. 19).

No Supremo Tribunal Federal, essa posição encontra eco no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do MS nº 24.268:

Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99). (BRASIL. STF. MS nº 24.268/MG. Relator Min. Gilmar Mendes, 2004).

Na esteira do que se argumentou acima, o novo Código de Processo Civil de 2015 sistematizou o tratamento do contraditório em alguns artigos iniciais:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

- I - à tutela provisória de urgência;
- II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
- III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

Jayme e Franco apontam, de início, que o art. 7º trata da dimensão formal do contraditório, cabendo ainda ao juiz velar pela igualdade de tratamento das partes, nos termos do art. 139, inciso I do novo Código (JAYME; FRANCO, 2014, p. 22).

Os artigos nono e décimo seguem o modelo do art. 16 do código francês anteriormente mencionado. O art. 9º trata das decisões surpresa. As decisões-surpresa são aquelas nas quais se invoca argumento não desenvolvido pelas partes ou que não foi submetido a contraditório como determinante para o julgamento de uma demanda.

Santos afirma que a Alemanha foi pioneira na proibição das decisões-surpresa, no parágrafo 278, III do *Zivilprozessordnung* (ZPO) e pela *Vereinfachungsnovelle*, de 1976. Após reforma do ZPO em 2001, a proteção contra as decisões-surpresa passou a abranger situações de fato e de direito, sendo dever dos tribunais avisar as partes sobre a existência de questões que não foram debatidas entre elas, mesmo que de conhecimento de ofício (SANTOS, 2015). Bodart (2012) informa que a Itália passou a proibir decisões-surpresa após reforma no ano de 2009 (BODART, 2012, p. 334). Mallet (2014) menciona que a proibição de decisões-surpresa existe também no *Code de procédure civile* francês, no Código de Processo Civil português de 2013, e no direito austríaco após reforma em 2002 (MALLET, 2014). Também na Itália, a Corte de Cassação, em 2001, decidiu que é nula a sentença que se funda sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 117).

Sobre o art. 10, evoca-se com certa frequência o princípio da cooperação. Ronaldo Kochem descreve as origens germânicas do princípio (KOCHEM, 2015). O primeiro a se referir ao princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*) foi Karl August Betterman, em 1972. Esse princípio estaria equidistante dos princípios dispositivo e inquisitório, num momento histórico no qual se debatia entre liberalismo e socialismo, entre individualismo e coletivismo. Com o advento do Estado de Direito Social da Lei Fundamental de Bonn, Betterman defende uma solução conciliatória entre as atividades das partes e do juiz para o esclarecimento dos fatos, na qual a colaboração do tribunal significa que ele dá início, dirige e corrige a discussão das partes.

Kochem cita Peter Gilles, que em 1977 tratou o princípio da cooperação como a fusão entre o princípio dispositivo, a verdade material e os deveres do juiz, em substituição à visão individualista e liberal sobre o processo civil. Depois, menciona Rudolf Wassermann (1978), que defendeu que as partes devem ter conhecimento prévio sobre como o juiz valora a sua causa e quais são os fatos que considera determinantes. Por fim, afirma que Bernhard Hahn (1983) concluiu que o processo civil deve ser estruturado em uma relação de colaboração que não pressupõe harmonia entre as partes. Ele também dá destaque às possibilidades de o juiz, que é

competente para julgar a causa, sanar e esclarecer elementos com a participação das partes. Por fim, critica a possibilidade de as partes restringirem a reconstrução do substrato fático no processo com fundamento no princípio do dispositivo, indo contra previsão expressa do ZPO alemão que afasta os efeitos desse princípio sempre que proporcionar distanciamento da verdade dos fatos.

Quanto ao aspecto de proibição de distanciamento da verdade dos fatos por meio de recortes voluntários das partes, é preciso atentar que o novo CPC não reproduziu o mesmo compromisso com a busca da verdade material na seção que trata do saneamento e da organização do processo: “Art. 357 [...] V. [...] 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.” (BRASIL, 2015). No entanto, considerando-se que a delimitação consensual depende de homologação pelo juiz, e que o juiz é o garante da correta aplicação da lei e da tutela efetiva dos direitos (TARUFFO, 2002, p. 119), então o limite para tais acordos deve ser a proibição de distanciamento da verdade.

Além do mais, o dever de cooperação das partes com o juiz constitui ditame do princípio da lealdade processual, que veda a prática de atos tendentes a dificultar, de qualquer forma, o desenvolver do processo, seja na instrução, seja na execução, nos termos do artigo 774, inciso V do novo Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2016, p. 47).

Em obra coletiva, Theodoro Júnior e outros afirmam que um modelo cooperativo de processo vem da ideia de comunidade de trabalho que se afasta de qualquer concepção de protagonismo. Tal modelo seria inovador por impor ao juiz os deveres de prevenção, esclarecimento, assistência das partes e consulta a elas quanto a pontos fáticos e jurídicos (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015). No entanto, parece-nos que não se pode falar em ruptura radical entre o propalado modelo e aquele vigente no CPC de 1973. Podemos fundamentar tal afirmação com diversas passagens do código revogado. O art. 125 determinava que o juiz deveria assegurar às partes igualdade de tratamento; o art. 128 limitava a atuação do juiz dentro daquilo proposto pelas partes, de forma a afastar a alegação de protagonismo; o art. 130 estabelecia ao juiz o poder-dever de determinar a produção de provas de ofício, para sanar deficiência de atuação das partes; o parágrafo único do art. 132 autorizava o juiz a mandar repetir provas já produzidas, se entendesse necessário para o esclarecimento da causa; o art. 284 mandava que o juiz determinasse a emenda à inicial quando ela possuísse vício sanável; o poder que o art. 342 conferia ao juiz para determinar a oitiva das partes; o poder do juiz de ordenar, a requerimento da parte, a exibição de livros e documentos, conforme o art. 381; o dever constante do art. 399 de requisitar documentos de repartições públicas de interesse das

partes; o poder do juiz de determinar, de ofício, a oitiva de testemunhas (art. 418); o poder do juiz de realizar inspeção judicial (art. 440).

É certo, por outro lado, que, apesar do desenvolvimento doutrinário, o juiz, de acordo com o CPC de 1973, não estava obrigado de fato a ouvir as partes antes de dar qualquer decisão por fundamento não levantado por elas (ressalvada a emenda à inicial e, posteriormente, o reconhecimento de prescrição), o que passou a ser obrigatório no novo regime processual. A diferença, no ponto, é substancial, pois antes a previsão para a oitiva era somente com relação ao reconhecimento de ofício da prescrição.

Essa, a nosso juízo, a maior novidade do CPC de 1973 para o novo CPC. Ao exigir que as partes devam ser provocadas pelo juiz antes da tomada de qualquer decisão que se valha de argumentos não apresentados pelas partes, o novo CPC caminha no sentido dos países acima citados; vedam-se as decisões surpresa. Dá-se atenção substancial à garantia constitucional do contraditório. Jayme e Franco (2014) afirmam que essa novidade é capaz de dar espaço para a possibilidade de real influência das partes no resultado do processo. Preferimos, no entanto, a expressão aperfeiçoamento da possibilidade de influência real no processo e do contraditório, porque, conquanto não houvesse, até hoje, hipótese tão clara de direito à participação, a doutrina já apontava para a necessidade de se garantir o contraditório não apenas segundo uma perspectiva formal, mas também substancial, como vimos com Dinamarco. Além disso, pode-se argumentar que o CPC de 1973, ainda que timidamente, deu abertura para tal discussão, ao exigir que o juiz abrisse prazo para o autor se manifestar sobre falhas da inicial, antes do julgamento sem resolução da demanda (art. 284). Tal discussão estava colocada em nosso direito também, de forma difusa, acerca do tema instrumentalidade.

Talvez o maior mérito das obras que divulgam o princípio da cooperação seja o de educar todos os atores do processo, mas deve-se evitar qualquer disputa por protagonismo. Com isso, queremos dizer que, tanto antes como agora, o juiz possui uma ampla gama de deveres relacionados à prestação jurisdicional, e os seus poderes são utilizados na exata medida em que lhe compete o impulso oficial do processo. As partes, por outro lado, possuem os grandes poderes de dar início à demanda e de fixar os limites, que não podem ser ultrapassados pelo juiz, além de possuírem o direito de debater e influir no convencimento do juiz. Por fim, a menos que houvesse uma significativa mudança de nosso processo para um modelo adversarial – e muito longe estamos disso, como pode provar o debate a respeito do maior dever de esclarecimento do juiz acerca dos argumentos das partes –, o destinatário da prova e de toda a instrução é o juiz, que deve proferir um julgamento fundamentado.

A participação em contraditório manifesta-se também nas situações dos artigos 190 e 191 do novo Código de Processo Civil, seja para as partes adaptarem convencionalmente o procedimento à realidade do caso (em se tratando de direitos disponíveis), seja para estabelecerem um calendário para as atividades a serem realizadas (DINAMARCO, 2017, p.244).

Em íntima relação com as alterações realizadas nos dispositivos que tratam da participação no processo, houve também significativas alterações nas regras sobre fundamentação das decisões judiciais.

O dever de fundamentação das decisões judiciais está disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal. Dinamarco afirma que a regra (por ele denominada de princípio da motivação das decisões judiciais) teve origem na ideia de conferir garantia às partes do processo de impugnação e eventual reforma de decisões incorretas e, modernamente, acresceu-se a função política, consistente em proporcionar à sociedade aferir, em cada caso concreto, a imparcialidade do juiz e a justiça das decisões (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2003, p. 68). Com vistas a dar eficácia à essa função política, o artigo ainda prevê que, ressalvadas hipóteses excepcionais, os julgamentos devem ser públicos.

Os deveres de fundamentação e de publicidade das decisões judiciais vão ao encontro do Estado Democrático pretendido pela Constituição Federal de 1988, que reconhece o poder emanado do povo, que o exerce direta ou indiretamente. No entanto, o Poder Judiciário, além de não ser formado mediante eleições populares, exerce papel contramajoritário quando afirma posições jurídicas em face do legislador, de forma que não se pode reconhecer a mesma sorte de legitimação popular de que gozam os representantes eleitos. Sob esse enfoque, Marinoni reconhece, aliada à participação em contraditório no processo, nos deveres de fundamentação e de publicidade, a legitimação da jurisdição (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 409).

Há de se atentar, no entanto, para a observação de Ovídio Baptista, que cita Hans Reichel acerca da desconfiança do poder para com a magistratura, expressada, além da instituição de recursos, na necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Tal movimento seria característico do Iluminismo, uma preocupação do novo poder legislativo, recém liberto da monarquia absolutista, de cuidar de seu poder e de limitar o arbítrio judicial: “somente nos tempos do despotismo mais sombrio imperou tanta desconfiança contra o arbítrio judicial como nos Estados constitucionais do século XIX.” (SILVA, 2006, p. 242).

A doutrina tradicional afirma que o juiz fundamenta suas decisões de acordo com o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. Por tais expressões, compreende-se que o juiz tem o dever de decidir apenas com os elementos constantes do

processo, mas a avaliação desses elementos não depende de critérios legais pré-determinados, senão de critérios críticos e racionais. Segue-se, assim, que não há arbitrariedade no livre exame de provas, porque o julgamento se vincula à apreciação do que está demonstrado nos autos (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 459-460). Essa forma de fundamentação estava consolidada no Código de Processo Civil de 1973 nos artigos 131 e 436 (CINTRA, 2003, p. 68).

O novo CPC foi extenso sobre regras para fundamentação de decisões judiciais em seu artigo 489. No entanto, parece-nos que sobreleva o caráter eminentemente pedagógico de muitas dessas regras do parágrafo primeiro. Assim são os três primeiros incisos, que não consideram fundamentada a decisão que apenas reproduzir texto legal sem relacioná-lo com o caso concreto (inciso I), que empregar conceitos jurídicos indeterminados sem qualquer esforço de argumentação (inciso II) ou que invocar motivos que se prestariam a fundamentar qualquer outra decisão (inciso III).

Quanto a esses incisos, o II encontra-se na linha de um contraditório bem desenvolvido, uma vez que a utilização indiscriminada de cláusulas gerais ou princípios, sem a devida fundamentação, poderia levar à arbitrariedade ao decidir, o que se evita ao se exigir a fundamentação adequada e relacionada ao amplo debate entre os litigantes (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 115). Já o inciso III parece querer evitar decisões absolutamente genéricas; seria um exemplo a decisão que indefere a antecipação de tutela apenas com a afirmação de que não estão satisfeitos os seus pressupostos, sem indicar por quê. Tal fundamento serviria para absolutamente qualquer decisão de antecipação de tutela. É preciso destacar, portanto, casos nos quais se discute apenas matéria de direito e que implica em decisão padronizada, como costuma acontecer em julgamento de improcedência liminar da demanda, e que tais casos não se amoldam ao vício apontado.

Os incisos V e VI do mesmo parágrafo primeiro se referem à tentativa de implementar um sistema de precedentes no Brasil. Nesse contexto, o inciso V trata da forma de fundamentar o uso de um julgamento anterior proferido por um tribunal de instância superior, enquanto o inciso VI visa introduzir as figuras do *distinguishing* e do *overruling*, típicas do sistema de precedentes.

Já o inciso IV, parágrafo segundo do art. 489 complementa as alterações produzidas acerca da participação no processo. Segundo ele, “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” (BRASIL, 2015).

No Supremo Tribunal Federal, a questão foi tratada, com repercussão geral, (BRASIL. STF. AI nº 791.292/RG. Relator Gilmar Mendes, 2010). O agravante interpôs recurso extraordinário com o argumento segundo o qual a motivação *per relationem* não atende ao requisito de fundamentação de decisão judicial conforme previsto na Constituição Federal. Esse recurso extraordinário teve o seguimento negado ante a adequação da fundamentação, nos termos da jurisprudência do STF.

Além de invocar julgamentos anteriores, o julgamento dessa questão de ordem não teve outro fundamento senão a repetição da conclusão já conhecida, nos seguintes termos: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência entende que “se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte.” (BRASIL. STJ. AgRg nº 56.745/SP. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, 1994). Em julgamento mais recente, a quarta turma decidiu que “não configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte recorrente, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.” (BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no AREsp nº 677.314/DF. Relator Ministro Raul Araújo, 2016). Nos casos citados, não há suficiente informação, no relatório, para analisar se realmente existe deficiência de fundamentação ou se há apenas inconformismo da parte recorrente com o resultado do julgamento.

Observa-se que o STF e o STJ alcançam conclusões bastante próximas com relação ao dever de fundamentação das decisões judiciais. O primeiro se utiliza de uma redação a *contrario sensu*, o que pode gerar uma divergência acerca do alcance. O STF é claro ao dizer que a fundamentação não precisa estar correta para que a decisão se considere fundamentada, e também é claro ao expressar que as questões ou provas não precisam ser necessariamente examinadas pormenorizadamente, apenas que tal exame deve ser suficiente e pode ser sucinto.

O enunciado do STF, fixado em julgamento repetitivo, deixa dúvidas, no entanto, com relação ao dever do juiz de analisar todos os argumentos lançados pelas partes, ainda que absolutamente equivocados e dissociados da análise do caso concreto. No entanto, ao se verificar os julgamentos anteriores que foram mencionados no julgamento repetitivo, é possível concluir que a intenção é afastar também a necessidade de que as razões inúteis levantadas pelas

partes sejam necessariamente analisadas, como por exemplo ocorreu no julgamento do AI 242237 AgR/GO.

Dos argumentos das partes recorrentes, em muitos dos casos citados foi possível perceber que houve realmente insuficiência de fundamentação, especialmente no AI 242237 AgR/GO. De outro lado, a devida avaliação acerca do dever de fundamentação foi muitas vezes impedida em razão de uma interpretação incorreta acerca da impossibilidade de reanálise da matéria de fato em sede de recurso extraordinário e acerca da violação reflexa à norma constitucional e direta a normas processuais.

Interpretação incorreta porque, em se tratando apenas de discussão a respeito do dever de fundamentar a decisão, a análise da matéria de fato, quando for necessária, servirá apenas para identificar a procedência do recorrente quanto à discrepância entre as suas alegações sobre esse mérito e a falta de fundamentação. Isso é uma consequência da postura do STF, se bem a compreendemos, de não reconhecer violação ao dever constitucional de fundamentação na ausência de fundamentação acerca de todos os argumentos levantados pelas partes. Se um determinado argumento é imprescindível para o julgamento, mas assim a parte não o reconhece, parece ser direito seu que essa questão seja dirimida pelo STF, já que os argumentos pertinentes devem ser enfrentados pelo julgador, ainda que sucintamente. O fiel da balança, que servirá para verificar se o argumento é realmente prescindível ou não para a solução do caso concreto, pode ser a matéria de fato. Tal matéria de fato, de acordo com o que aqui se defende, não seria, portanto, reexaminada.

O STJ, por outro lado, compreende que se enquadra dentro do dever de fundamentação aquela suficiente para decidir integralmente a controvérsia, mesmo que não se examinem todos os argumentos trazidos pelas partes.

Ao comentar sobre o inciso IV, parágrafo segundo do art. 489, Teodoro Jr. e outros se valem do direito alemão para afirmarem que as partes possuem o direito de ver seus argumentos considerados, de forma que o juiz teria o dever de tomar conhecimento desses argumentos e de considerá-los séria e detidamente. Segundo tal construção, a interpretação a ser dada ao inciso IV seria a de que os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador seriam todas aquelas entendidas como tal pelas partes (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 318). Segundo os autores, o STF, no julgamento do AI 791.292-QO-RG, decidiu que a constituição não exige fundamentação de decisões judiciais, e sim apenas motivação, que seria a exposição de motivos do juiz de maneira solipsista, como ato de autoridade que ignora um possível consenso sobre a correção da decisão e o seu controle público (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 306). No entanto, é preciso atentar que essa distinção entre fundamentação e

motivação não consta do julgado mencionado, e não compartilhamos da opinião acerca de tal distinção. Pode haver, sim, decisões bem ou mal fundamentadas, mas não deixa de ser fundamentação a exposição dos motivos que levam o julgador à determinada conclusão.

Cambi e Hellman defendem que a garantia constitucional do contraditório implica no dever do julgador de apreciar todos os argumentos levantados pelas partes, muito embora o inciso IV em análise não tenha adotado o “princípio da completude da motivação”. Explicam que o controle do convencimento sobre a questão fática se dá pela indicação dos fatos considerados provados, das provas admitidas e relevantes para o julgamento e das razões pelas quais outras provas foram rechaçadas. O juiz também deve discutir, segundo eles, os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes segundo as fontes do direito (CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 423).

Em sentido inverso, Alves defende que o inciso IV apenas referendou o que já o julgador está desobrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes após encontrar fundamento suficiente para sua decisão. Mantém, portanto, viva a posição do STF acerca do dever de fundamentação (ALVES, 2016).

Muito embora seja uma construção coerente e bem fundamentada, parece-nos que a ideia de que o dever de fundamentação das decisões judiciais engloba, desde a constituição, a obrigação de analisar todos os argumentos das partes está equivocada. Para além da fixação do posicionamento do STF, é preciso lembrar que o processo não é um fim em si mesmo, e a obtenção do resultado imodificável sem a análise de todos os fundamentos reclama a prolação imediata da decisão, sem análise das demais. A atividade pública é direcionada pela efetividade e economicidade, princípios constitucionais que devem ser lembrados juntamente com o do contraditório.

De outro lado, talvez a questão possa ser um pouco deslocada de seu centro. Bodart, por exemplo, sugere que o julgador poderia deixar de apreciar certos argumentos quando os fundamentos da decisão os repelir, por incompatibilidade lógica (BODART, 2012). No entanto, vamos além. Havendo mais de um argumento, não me parece que se revista de qualquer utilidade a análise dos demais quando um já for suficiente para a constatação da total improcedência. Seria o caso, por exemplo, de uma demanda previdenciária na qual se discute a qualidade de segurado e a incapacidade. Constatada a ausência de incapacidade ou da qualidade de segurado, não faz o menor sentido que se prolongue a sentença para analisar a outra questão. Nesse aspecto, a redação do inciso IV é certa, pois a análise da segunda questão não poderia, em tese, modificar o resultado do julgamento.

Abrem-se algumas outras questões. A primeira diz respeito à prova das alegações das partes. Muito embora um argumento possa ser dispensado quando da fundamentação do julgamento, é direito das partes produzirem provas acerca deles. Nesse ponto intermediário da instrução, em que o envolvimento do juiz significa instrução, mas não deve comprometer a sua imparcialidade, tem maior amplitude a probabilidade que todos os argumentos das partes possam influir, em tese, no resultado da demanda. Além disso, há um aspecto de ordem prática que diz respeito à completude da instrução do processo para prepará-lo para eventuais recursos. Interposta apelação de sentença que não analisou determinado argumento da parte, a constatação de equívoco por parte da instância superior não provocaria o retorno do processo para nova sentença, já que o tribunal estaria preparado para decidir o caso.

O erro, aliás, é uma nuance que não é comumente analisada quando se debate o tema da fundamentação judicial no novo CPC. Certamente casos há nos quais o juiz interrompe a análise de todos os argumentos porque considerou, erroneamente, que um deles era suficiente para a improcedência da demanda. Em casos tais, a análise dos demais argumentos não produziria resultado algum, já que partiria do pressuposto de que a demanda já seria improcedente. Não é possível afirmar que existe ausência de fundamentação nessa hipótese: ela existe, é suficiente e adequada, porém simplesmente errada. Em resposta a uma apelação, havendo completude da instrução, não caberá ao tribunal determinar a prolação de nova sentença, e sim realizar, de imediato, um novo julgamento. Essa nuance não passou despercebida pelo STF, que considera que o art. 93, IX da Constituição Federal não exige que sejam corretos os fundamentos da decisão judicial.

A análise acerca de quais argumentos podem, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, no fim, pertence ao juiz. Isso porque essa análise somente é possível após a seleção, pelo julgador, de quais argumentos são essenciais para o julgamento da demanda.

A responsabilidade das partes, por outro lado, não pode deixar de ser comentada. Se se advoga um modelo *comparticipativo* de produção de decisões judiciais, amparado pelo dever de boa-fé de todos os envolvidos no processo, pelo dever de fundamentação abrangente de todas as questões pertinentes suscitadas pelas partes, e em obediência a um regime de precedentes, então o comportamento das partes toma um relevo todo especial.

Nesse sentido, no Reino Unido, berço do sistema de precedentes amparado pela *common law*, é dever dos advogados (e não das partes) apontar quais são todos os precedentes relevantes para a demanda, especialmente aqueles que pareçam ser desfavoráveis aos seus clientes, sob penas de sanções perante a Corte (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, 1977).

Um modelo assim organizado, a par de plenamente justificado pelas regras de boa-fé que existem no novo Código de Processo Civil, seria de extrema relevância para a mais correta e completa instrução processual, o que poderia causar impacto significativo na eficiência da prestação jurisdicional e até mesmo no número de litígios judiciais existentes.

No entanto, a relação entre os argumentos expostos pelas partes e a fundamentação judicial é inexorável, sob pena de se impedir o controle da atividade judicial. Como diz Taruffo:

Não é aceitável a difundida orientação segundo a qual o juiz poderia se limitar a fazer referência às provas que confirmam sua reconstrução dos fatos. Trata-se de uma espécie de consagração do *confirmation bias*, da <tendência à confirmação>, ou <síndrome da primeira impressão>, ou seja, da inclinação de levarem-se em consideração somente os elementos que confirmam uma tese preconstituída, descuidando-se ou subvalorando-se tudo aquilo que contrasta com essa. Segundo Susan Haack essa abordagem caracteriza a *advocacy* parcial e interessada, mas é incompatível com uma pesquisa independente destinada à busca da verdade. Com efeito, para afirmar-se que uma hipótese foi confirmada por provas adequadas é necessário também explicar porque razões não devem ser consideradas confiáveis as provas que contrastam ou divergem dessas conforme dito há pouco, o fato de que o juiz tenha entendido confiável o testemunho de Tício não diz coisa alguma sobre as razões pelas quais entende não confiável o testemunho diferente ou contrastante de Caio. O silêncio sobre as provas não levadas em consideração deixa aberta a dúvida sobre o real fundamento da reconstrução dos fatos acolhida como verdadeira. Por conseguinte, *todas* as provas disponíveis para a decisão devem ser levadas em consideração expressamente, e também sua valoração deve ser adequadamente justificada. (TARUFFO, 2012, p. 276).

Não basta, no entanto, que a decisão judicial reflita o debate havido no processo, exigindo-se também que ela seja racionalmente justificada. Sob esse aspecto, o controle da atividade judicial se dá por meio da análise da justificação interna e externa das decisões. A justificação interna se dá por meio da obediência, na fundamentação das decisões judiciais, a estruturas lógicas. Kochem nos dá o exemplo segundo o qual a utilização do recurso à analogia possui estrutura lógica diferente do recurso do argumento *a contrário* (KOCHEM, 2015, p. 64).

A Justificação externa, por outro lado, decorre do fato de a atividade de interpretação ser valorativa. Como o texto normativo pode admitir diversas interpretações, em razão de vagueza, ambiguidade, complexidade, implicação entre uma norma e outra e superabilidade da norma em razão de exceções implícitas, há certa margem de discricionariedade interpretativa do intérprete. Assim, é imprescindível averiguar qual a ideologia da interpretação adotada, se estática, marcada pela estabilidade e previsibilidade, ou dinâmica, caracterizada pela adaptação do direito às necessidades sociais. Para finalizar, ainda com Kochem,

[...] a correção de uma interpretação-produto (norma criada pelo intérprete) depende da correção da justificação da interpretação-atividade, segundo uma correta utilização das diretivas primárias (diretivas interpretativas linguística, psicológica, autoritativa,

teleológica e heterônoma), das diretivas secundárias (seletivas, procedimentais e preferenciais) e informada pelas diretivas terciárias (onde entram as ideologias da interpretação) (KOCHEM, 2015, p. 67).

Cabe perguntar se seria possível que a legislação infraconstitucional poderia ampliar o dever de fundamentação previsto na Constituição Federal. Se se partir do pressuposto de processo como procedimento em contraditório, segundo Fazzalari, e a partir da ideia de contraditório e de participação das partes e do juiz no processo, concluimos que seria absolutamente legítima tal providência, uma vez que o resultado aumentaria a incidência de todos esses elementos na decisão judicial, em atendimento aos princípios básicos da Constituição.

4.2 O modelo de fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui sentenças extremamente atenciosas com todos os aspectos colocados em discussão, e seu procedimento permite a ampla participação dos interessados e amadurecimento da causa.

As suas sentenças possuem estrutura semelhante, e escolhemos para o artigo a sentença do caso Duque VS. Colômbia, de 26 de fevereiro de 2016.

Antes de tudo, a Corte somente julga os processos que lhe são encaminhados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos após uma cognição inicial, essa sim acessível aos particulares.

No caso Duque VS. Colômbia, a petição à Comissão ocorreu em 8.02.2005, sua admissibilidade ocorreu em 02.11.2011 e a submissão do caso à Corte foi em 21.10.2014. Desde que o caso foi submetido à Corte propriamente dita, passaram-se um ano e quatro meses até a sentença. No entanto, se for considerado o período desde a submissão do caso pelos particulares à Comissão até o julgamento pela Corte, já que o julgamento pela Corte sempre foi o objetivo dos particulares, passaram-se onze anos da petição até o primeiro (no caso, único) julgamento do caso. De outro lado, até mesmo por sua natureza, a Corte julga poucos processos por ano. Tudo isso a significar que a reprodução do modelo de sentença da Corte seja contrafactual no Brasil, que conta com uma sociedade extremamente judicializada, formação jurídica geralmente precária, acesso sem significativo controle de qualidade à advocacia pela OAB, Estado burocrático e protelador de suas obrigações perante os administrados, rígida cobrança por produtividade numérica dos magistrados, entre tantos fatores que influenciam na complexa

relação entre a qualidade das decisões judiciais e o tempo do processo. Nada obstante, um modelo deve ter mesmo a pretensão de ser contrafactual para poder instigar aprimoramentos.

As sentenças da Corte chamam a atenção pelo início. Por serem geralmente longas, contam com um sumário bem dividido. Após o sumário, os dois primeiros capítulos da sentença poderiam ser classificados como o relatório da sentença brasileira: tratam da introdução à causa e ao objeto da controvérsia e do procedimento perante a Corte.

Na introdução explica-se o objeto da demanda. O caso Duque VS. Colômbia trata de possível responsabilidade internacional da Colômbia pela exclusão de Ángel Alberto Duque da possibilidade de obter pensão por morte de seu companheiro, em razão de ser um relacionamento homossexual. A Comissão considerou ter havido discriminação com base na orientação sexual, e que o Estado não poderia conceder tratamento diferenciado à família homossexual. A Comissão também constatou que o Estado não havia provido um recurso efetivo frente à alegada violação de direito. Por último, considerou que, devido aos múltiplos fatores de vulnerabilidade do senhor Duque, incluindo sua orientação sexual, ser portador de HIV e sua condição econômica, ele teria sofrido violação em sua integridade pessoal. Em seguida, há relatório sobre o trâmite do caso perante a Comissão.

O capítulo II trata do procedimento perante a Corte. Nele, são resumidos os acontecimentos importantes do procedimento, como a notificação ao Estado e aos representantes da vítima, apresentação de argumentos e provas, contestação, exceções, preliminares, utilização da vítima de fundo de assistência, audiência pública, intervenção de *amici curiae*, alegações finais e deliberação da Corte.

No capítulo III, a Corte analisa a sua competência para o caso. A análise se resume a verificar se o Estado reconheceu a competência para julgamento contencioso da Corte, o que ocorreu no caso concreto.

O capítulo IV trata das denominadas exceções preliminares apresentadas pelo Estado. Num primeiro momento, registram-se as alegações do Estado, da Comissão e dos representantes da vítima. Depois, a Corte passa à deliberação de cada item. O Estado da Colômbia apresentou duas exceções preliminares, e uma terceira subsidiária. A primeira sobre a falta de esgotamento dos recursos internos acerca do reconhecimento do direito à pensão. Segundo o Estado, havia um recurso administrativo e outro judicial para buscar a proteção dos direitos violados. O senhor Duque havia peticionado à Comissão no ano de 2005, mas a jurisprudência da Colômbia se tornou favorável ao autor no ano de 2008 e se consolidou no ano de 2010. A Comissão afirmou que o Estado teve oportunidade de dar resposta à vítima quando ela ajuizou a medida de tutela, que foi indeferida, e que estava satisfeito o requisito da subsidiariedade. Também

alegou que a sentença de 2008 não era favorável ao senhor Duque, já que condicionava a prova da relação homossexual a uma declaração notarial de ambas as partes, e que o Estado não informou à Comissão sobre a sentença de 2010. Os representantes da vítima afirmaram que o Estado somente alterou suas normas no ano de 2010, oito anos após a lesão ao senhor Duque.

Em suas considerações, a Corte afirmou, primeiro, que era preciso analisar se a exceção fora apresentada no momento oportuno, que era no procedimento de admissibilidade perante a Comissão, o que ocorreu. Depois, dividiu a primeira exceção em duas partes. A primeira diz respeito ao esgotamento dos recursos internos no ano de 2005. Explicou que o senhor Duque apresentou pedido de informações sobre como proceder para obter a pensão, no que obteve a resposta de que não seria possível obtê-la em razão de a legislação não reconhecer o relacionamento homossexual para fins previdenciários. Sucedeu-se a ação de tutela na qual o senhor Duque postulou a pensão, que foi negada em duas instâncias, que informaram que havia vias processuais adequadas para lutar pelo benefício, que seriam a via contenciosa administrativa ou a interposição de recursos de reposição e apelação. Ao final, a Corte entendeu que a ação de tutela era um remédio adequado para a situação de urgência de vítima, e considerou esgotados os recursos internos por parte do senhor Duque.

A segunda parte trata do esgotamento dos recursos internos no momento da admissibilidade no ano de 2011. Nela, a Corte entendeu que cabia ao Estado informar o quadro normativo antes do juízo de admissibilidade da Comissão, particularmente a respeito da completa alteração da norma sobre pensão para casais homossexuais no ano de 2010, o que não ocorreu. Com esses fundamentos, a Corte afastou a primeira exceção.

Como segunda exceção, o Estado afirmou que os representantes da vítima não fizeram prova de que ela suspendeu o tratamento antirretroviral por falta de recursos. A Comissão apontou que isso é questão de mérito e não de admissibilidade. Os representantes, por sua vez, alegaram preclusão de matéria que deveria ter sido arguida na fase de admissibilidade. A Corte concluiu que a questão era, realmente, de mérito, e afastou a exceção.

A última exceção diz respeito à falta de esgotamento dos recursos internos sobre os direitos à vida e à integridade pessoal. O Estado alegou que a ação de tutela constitui um mecanismo judicial adequado para proteção imediata de direitos fundamentais de saúde, integridade pessoal e vida em razão de prestação irregular de serviço médico, e que se o tratamento antirretroviral do senhor Duque estava em risco de interrupção, a tutela seria adequada, e que tal pretensão estava completamente desvinculada do direito à pensão por morte. A Comissão indicou que esse tema foi tratado na ação de tutela que visava à concessão de pensão por morte com fundamento no perigo de interrupção do tratamento, que seriam lesões

conexas. Os representantes acrescentaram que o deferimento da pensão iria permitir ao senhor Duque um tratamento de maior qualidade, e, portanto, de maior expectativa de sobrevida. A Corte acolheu o argumento dos representantes de que a violação aos direitos da vida e da integridade pessoal estava vinculada ao reconhecimento da qualidade de beneficiário da pensão por morte, que lhe daria acesso ao regime contributivo, em oposição ao regime subsidiado.

O capítulo V da sentença denomina-se considerações prévias. Nele, a Corte expôs o fato de o Estado reconhecer o ilícito internacional continuado consistente na distinção, em razão de orientação sexual, para reconhecimento de dependência para benefícios previdenciários. A Corte não tratou esse reconhecimento como admissão de responsabilidade no caso em análise, uma vez que o argumento foi utilizado para sustentar que houve alteração das normas no ano de 2008, com sentença da Corte Constitucional, de modo que não haveria mais o ilícito.

O Capítulo VI versa sobre a prova. A primeira parte do capítulo descreve quais as provas colhidas pela Comissão, além de informar as que foram colhidas diretamente pela Corte. A segunda parte indica quais provas foram admitidas (no caso, todas, sem impugnação pelas partes). A terceira parte menciona a valoração da prova, que ocorrerá nos momentos processuais oportunos.

O capítulo VII passa aos fatos. Eles são divididos na seguinte ordem: a) situação de Duque e seu requerimento de pensão por morte de companheiro; b) marco legal do sistema de seguro social na Colômbia; c) ações de tutela apresentadas para solicitar o reconhecimento da pensão; e d) jurisprudência posterior da Corte Constitucional da Colômbia.

Sobre a situação da vítima, a Corte esclareceu que Duque foi diagnosticado com HIV no ano de 1997, quando começou tratamento antirretroviral, e que manteve relacionamento homossexual até o falecimento de seu companheiro no ano de 2001. Em 2002, pediu informações sobre como proceder para solicitar a pensão por morte, e obteve como resposta que a legislação não reconhece como beneficiário para pensão por morte casais homoafetivos.

Ao tratar do marco legal do seguro social, a Corte mencionou que a legislação claramente proibia a qualificação de pessoas do mesmo sexo como beneficiárias para pensão por morte. Também apontou a existência de duas classes de filiados no sistema geral de seguro social de saúde, uma em regime contributivo e outra em regime subsidiado, para pessoas sem capacidade contributiva. Houve menção aos serviços de saúde que correspondem a cada um dos regimes.

O próximo tópico lembrou que o senhor Duque ajuizou ação de tutela com o objetivo de receber a pensão por morte, e um dos argumentos é que a sua negativa impediria o tratamento contra o HIV. Seu pedido foi negado em duas instâncias. A partir de 2007 a Corte

Constitucional da Colômbia passou a admitir direitos previdenciários a casais do mesmo sexo. No ano de 2008, decidiu que possuíam direito à pensão por morte, e em 2010 decidiu que o reconhecimento de tal circunstância poderia ocorrer mesmo por fatos anteriores à sentença de 2008, e pelos mesmos meios conferidos aos casais heterossexuais (a decisão de 2008 condicionara à declaração notarial do casal).

O capítulo VIII realiza a análise de direito, denominada de fundo. Esse capítulo foi subdividido em três. O primeiro analisa o direito à igualdade ante a lei e à não discriminação; o segundo, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial; e o terceiro, à integridade pessoal e ao direito à vida.

Sobre o primeiro ponto, de igualdade perante a lei e não discriminação, a Comissão alegou que a negativa da pensão ocorreu exclusivamente pelo fato de ser um casal homossexual, e que havia um conceito estereotipado e limitado de família. Acrescentou que o Estado não demonstrou vínculo causal entre proteger a família heterossexual e a exclusão de casais homossexuais da pensão por morte. Os representantes da vítima reiteraram esses argumentos e acrescentaram que a sentença de 2008 foi um avanço significativo, mas de implementação insuficiente e problemática, e que a sentença de 2010 teve efeitos apenas para as partes. O Estado reafirmou que o ilícito cessou com a sentença de 2010 e que eventuais obrigações de reparar danos seriam protegidas por recursos internos. Em suas considerações, a Corte analisou o direito à igualdade e à não discriminação, o direito à igualdade perante a lei no caso concreto e a alegada cessação e reparação do fato ilícito internacional no caso, e concluiu haver responsabilidade do Estado por não tratar igualmente o senhor Duque com respeito à pensão por morte, mas entendeu que, em razão da evolução jurisprudencial na Colômbia, não havia violação ao dever de adotar disposições de direito interno.

Quanto às garantias judiciais e à proteção judicial, a Comissão indicou que a forma de julgamento da ação de tutela significou ausência de recurso judicial efetivo para questionar a exclusão como beneficiário de pensão por morte. Os representantes foram pelo mesmo caminho. O Estado afirmou que não havia responsabilidade internacional porque não havia elementos de direito internacional que impusessem aos juízes exercer controle de convencionalidade ou aplicar padrões internacionais de maneira favorável à vítima. A Corte, por sua vez, analisou a possibilidade de inexistência de um recurso efetivo na Colômbia para o reclame da pensão por morte e a alegada aplicação de estereótipos discriminatórios nas decisões judiciais, e concluiu que não houve violação às garantias judiciais estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A última questão de fundo diz respeito ao direito à integridade pessoal e ao direito à vida. A Comissão considerou que a exclusão de Duque do direito à pensão por morte e a negativa judicial, além do sofrimento frente à falta de previsibilidade quanto à regularidade do tratamento médico requerido afetaram a sua integridade pessoal. Os representantes afirmaram que, além do dano moral intrínseco, houve perigo de morte por causa da ausência de recursos para garantir o tratamento adequado contra o HIV. O Estado argumentou que conta com marco legal e institucional que cumpre com os níveis de garantia do direito à saúde no sistema interamericano, em especial com relação à população portadora de HIV, e que não há prova alguma de ausência de tratamento dispensado à vítima. A Corte considerou não haver provas de danos morais ou psíquicos, e reconheceu a existência de sistema de tratamento de HIV bem desenvolvido na Colômbia e decidiu não haver elementos para concluir que Duque teve uma proteção pior no regime previdenciário subsidiário do que teria no regime contributivo.

O capítulo IX dispõe sobre as reparações devidas. Nele se destaca quem é a parte lesada e relaciona as violações detectadas às reparações devidas, dentre medidas de restituição, de satisfação e de reabilitação, além de indenização compensatória por dano material e moral, além de decidir a respeito das custas e gastos do processo, bem como forma de pagamento.

O capítulo X, por fim, assemelha-se ao dispositivo de uma sentença. Cabe registrar que os dois votos dissidentes foram consignados à parte e constam do documento oficial.

Somente a sentença possui 65 páginas, que alcançam 81 se forem acrescentados os votos dissidentes. Essa é a razão pela qual os argumentos utilizados pela Corte nas questões de fundo foram resumidos.

Dentre os pontos de maior destaque estão a organização, que principia por um sumário de fácil localização, e passa pela divisão e informação a respeito de cada um dos pontos a serem analisados, o que faz com que a sentença, embora extensa, seja de fácil compreensão e nada enfadonha (o que também é ajudado pela simples, porém elegante redação). Apresenta-se a preocupação com a análise de todos os argumentos levantados pelas partes. Além disso, outro ponto de relevo é a utilização de um capítulo específico para dispor sobre a prova, reservando-se espaço para indicar sua produção, admissão e valoração. Todos esses elementos contribuem para realizar a dinâmica do processo como contraditório, conforme defendido no início do artigo.

De outro lado, é importante lembrar que a Corte possui baixa produtividade pelo tipo de jurisdição especial que realiza. Ainda, a instrução do processo possui dois momentos, um na Comissão e outro na Corte, o que auxilia no amadurecimento da questão, e o julgamento

ocorreu onze anos após a petição dos representantes da vítima, tempo mais do que suficiente para a preparação de um provimento jurisdicional.

4.3 O sistema de precedentes à brasileira⁸

Não há, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, menção direta a um sistema de precedentes. Trata-se, sim, acerca da uniformização de jurisprudência levada a cabo por tribunais superiores, visando à segurança jurídica, que restaria violada em razão de decisões contraditórias sobre demandas semelhantes:

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. (BRASIL, 2015, p. 17-18).

Luiz Guilherme Marinoni aponta os benefícios da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios. Para ele, o respeito aos precedentes (a) contribui para a segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 122-123), dentro do binômio previsibilidade (MARINONI, 2011, p. 123-124) e estabilidade (MARINONI, 2011, p. 129), (b) atende ao princípio da igualdade

⁸ Alguns trechos desse capítulo, especialmente acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas, foram originariamente publicados em artigo denominado “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o processo coletivo”, publicado no XIV Congresso do CONPEDI, no ano de 2015 (LIPIENSKY, 2015).

(MARINONI, 2011, p. 148-149), (c) assegura a coerência da ordem jurídica (MARINONI, 2011, p. 171-172), (d) garante a imparcialidade dos juízes (MARINONI, 2011, p. 175), (e) possibilitam a orientação jurídica aos cidadãos (MARINONI, 2011, p. 177), (f) define expectativas (MARINONI, 2011, p. 178-179), (g) desestimula a litigância (MARINONI, 2011, p. 181), (h) favorece acordos (MARINONI, 2011, p. 182), (g) despersonalizam as demandas e tornam as decisões mais fáceis de se aceitar (MARINONI, 2011, p. 184), (h) permite a racionalização do duplo grau de jurisdição (MARINONI, 2011, p. 186), (i) contribui à razoável duração do processo (MARINONI, 2011, p. 187), (j) promove economia de despesas (MARINONI, 2011, p. 187), (k) atribui maior eficiência ao Poder Judiciário (MARINONI, 2011, p. 189).

Na mesma linha de argumentação caminha Eduardo Cambi, que adiciona à segurança jurídica e à isonomia o efeito pragmático da adoção de um sistema de precedentes vinculantes, reclame da sociedade contemporânea por resultados rápidos:

De forma específica, no tocante à matéria defendida neste trabalho, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes atenderia aos anseios pragmáticos do mundo pós-moderno. Ora, as decisões judiciais se tornariam menos complexas com uma maior padronização dos entendimentos judiciais sobre os casos postos a julgamento; em casos que envolvessem aplicações de princípios, o magistrado não teria que, isoladamente, proceder a juízo de ponderação e analisar as possíveis colisões, simplesmente ignorando os precedentes já realizados por outros órgãos judiciais, de forma atomizada. (CAMBI, 2013, p. 227).

Ainda na época de elaboração do novo Código de Processo Civil, no ano de 2012, José Rogério Cruz e Tucci argumentou que, no Brasil, havia um modelo misto quanto à eficácia de precedentes judiciais. Precedente de eficácia persuasiva seria a jurisprudência dos tribunais, precedentes com eficácia relativamente vinculante seriam aqueles suficientes para fundamentar a decisão do julgador, como a regra do então vigente artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, que autorizava o relator a indeferir liminarmente recurso contra decisão amparada por súmula ou por jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunais superiores. Já os precedentes com eficácia vinculante seriam as súmulas do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça em controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas em incidente de processos repetitivos (TUCCI, 2012, p. 111-119).

Já tratando sobre o novo Código de Processo Civil, Dantas afirma que a comissão de juristas encarregada do anteprojeto dispensou especial atenção a disposições que fornecessem parâmetros para uniformização e manutenção da estabilidade e integridade da jurisprudência.

Segundo o autor, tal reação ocorreu em razão da divergência jurisprudencial disseminada principalmente na primeira instância de jurisdição, decorrente do surgimento moderno de leis redigidas sob formas de princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos. Por fim, demonstra que a especial preocupação, no Brasil, diz respeito ao assoberbamento dos tribunais superiores devido aos processos repetitivos advindos do amplo espectro recursal e da notória contumácia da Fazenda Pública. Assevera que os jurisdicionados não podem ter causas idênticas julgadas de forma diferente (DANTAS, 2016).

Em comum entre todos, a preocupação notadamente acentuada com o acúmulo de processos em instâncias superiores em razão de litigância repetitiva. Em resposta, procuraram fornecer, no novo Código de Processo Civil, instrumentos para lidar com essa litigância repetitiva, com a filosofia de centralização das decisões nas instâncias superiores. O mote desse movimento passou a ser a sistemática dos precedentes.

De tudo quanto exposto sobre precedentes no início de nosso texto, nota-se que a preocupação com decisões idênticas para casos idênticos é uma parte pequena do que se ocupa o sistema de precedentes em suas origens no *common law*. Por lá, a preocupação é com a integridade do direito, a atividade judicial deve se amparar naquilo anteriormente produzido, especialmente por instâncias superiores, como forma de sistematizar e aplicar, de maneira razoavelmente uniforme, a estrutura de princípios do modelo vigente. Não é por outra razão que o modelo, no *common law*, vale-se bastante do recurso de analogia, e é por isso que as razões, aliadas aos fatos, são importantes, e não apenas como forma de se delimitar o objeto já decidido, como se se tratasse do mesmo método utilizado para se determinar a identidade entre demandas (partes, causa de pedir e pedido).

No Brasil, no entanto, a vinculação dos precedentes, no novo Código de Processo Civil, à litigância repetitiva se mostra forte. Assim, no artigo 489 do novo CPC, que é o artigo que trata dos elementos essenciais da sentença, a menção aos precedentes ocorre de forma indistinta da referência à jurisprudência ou às súmulas:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** (BRASIL, 2015).

Já entre os artigos 926 a 928, que se referem à ordem dos processos nos tribunais, há a previsão sobre o que de fato vincula juízes e tribunais, bem como a forma pela qual o faz:

- Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
- § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
- § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.
- Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
- § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
- § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
- § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
- § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
- Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
 - II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
- Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015).

O legislador houve por bem determinar, aos juízes e tribunais, a obediência àquilo decidido ou disposto em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula

vinculante, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e orientação de plenário de tribunais a que pertençam.

A menção a precedentes aparece apenas uma vez, em um parágrafo de artigo cujo *caput* trata da uniformidade e estabilidade da jurisprudência, que com aqueles não se confunde. O parágrafo segundo do artigo 926 estabelece que, ao criarem súmulas, os tribunais devem observar as circunstâncias de fato dos julgamentos que levaram à sua criação, em referência aos precedentes do *common law*, alinhados à posição de Goodhart para a descoberta da *ratio decidendi*, que passa pela delimitação da situação fática do caso julgado.

Arenhart, Marinoni e Mitidiero defendem que o artigo 927 do Código de Processo Civil é desnecessário e exemplificativo, porque súmulas não são precedentes e as decisões previstas nos incisos I e III são espécies do gênero precedentes, que seriam abstrações realizadas a partir da justificação judicial, visando à unidade do direito. Bem por isso, argumentam que o artigo 489, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil determina que as aplicações de precedentes sejam antecedidas de amplo contraditório e de fundamentação analítica, como forma de se interpretar aquilo decidido na decisão que servirá como precedente (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 652-653).

No entanto, sobressai a utilização dos termos de forma intercambiável, o que se percebe inclusive pela vaga menção à forma de superação de precedentes no *common law*, com relação à necessidade, para superação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos apenas mediante fundamentação adequada e específica, em nome da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia.

De outro lado, em contraposição aos mecanismos de construção plural do direito nos países de *common law*, mediante a instrução em primeira instância, e da efetiva oportunidade do juiz de primeira instância de contribuir para a integração do direito por meio de decisões que aplicam princípios extraídos de decisões anteriores, no Brasil crescem os mecanismos autoritários de decisões imediatas em instâncias superiores. Ante o escopo de aceleração de pacificação de questões repetitivas, pulam-se as instâncias inferiores e concentra-se o poder de decisão de tribunais superiores.

Sobre o aspecto da possível aceleração de julgamentos, Barbosa Moreira já advertia em 2005 que não havia dados estatísticos acerca da demora média para julgamento de processos, nem uma previsão sobre qual seria a demora com a adoção de súmulas vinculantes ou precedentes. Ainda, o festejado professor explicou que, nos Estados Unidos, a média de duração

de um processo em primeira instância até julgamento era de dois anos, podendo atingir de três a cinco anos em algumas regiões, o que não é exatamente rápido. De outro lado, a Suprema Corte, de 1946 a 1990, repudiou expressamente 115 precedentes seus; considerando-se que apenas uma fração dos casos chega à Suprema Corte, e que menos casos ainda são julgados procedentes, é de se presumir que o efeito inibitório de ajuizamento de demandas não se verifica com a mesma intensidade que almejada para adoção em solo brasileiro (MOREIRA, 2007, p. 309).

Em alguns casos, essa proposta de centralização do poder decisório em instâncias superiores causa inclusive a inação. É o que já vinha ocorrendo no final da vigência do Código de Processo Civil, quando, por exemplo, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu, com fundamento no artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, com redação alterada pela Lei nº 11.418/2006, todos os processos judiciais em tramitação no país, em grau de recurso, que discutiam o pagamento de correção monetária dos depósitos em cadernetas de poupança afetados pelos Planos Econômicos Collor I (valores não bloqueados), Bresser e Verão (Recursos Extraordinários nº 626307 e nº 591797).

Logo depois, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Benedito Gonçalves determinou a suspensão em território nacional de todos os processos que discutam a possibilidade de a TR - Taxa Referencial ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, até que a 1ª seção do STJ julgasse recurso afetado como representativo da controvérsia (Recurso Especial nº 1.614.874). A decisão data de 16.09.2016 e o julgamento ainda não ocorreu.

No novo Código de Processo Civil, é expressa a suspensão de todos os processos pendentes em qualquer grau de jurisdição em todo o território nacional, de recursos extraordinários submetidos ao regime de repercussão geral e recursos extraordinários e especiais repetitivos:

Art. 1.023, parágrafo quinto do novo CPC: reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional

[...]

Art. 1.036, parágrafo primeiro do novo CPC: o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. (BRASIL, 2015).

O maior perigo de tais suspensões é a supressão de instância, que priva as partes que possuem litígios individuais de participarem efetivamente do processo e afastam o juiz de primeira instância da devida participação na construção do direito nacional. Foi o que aconteceu no caso da suspensão dos processos que tratavam de correção de saldos de contas de FGTS, sob relatoria do Min. Benedito Gonçalves no STJ, que ocorreu pouquíssimos meses depois do início da enxurrada de demandas repetitivas inundarem os escaninhos da Justiça Federal. É difícil dizer, nesse ponto, que a discussão jurídica chegou madura para julgamento no STJ, que deveria ter por missão pacificar esse tipo de discussão jurídica.

A mesma sistemática de suspensão de processos para julgamento imediato por instâncias superiores se repete no novel incidente de resolução de demandas repetitivas.

Segundo a exposição de motivos do anteprojeto, o incidente foi concebido com inspiração no procedimento-modelo alemão de mercado de capitais – *Musterverfahren*. Quando forem identificados processos que contenham as mesmas questões unicamente de direito, o incidente poderá ser suscitado perante o tribunal ao qual o juiz daqueles processos se subordina. Admitido o incidente, a eficácia da tese jurídica firmada abrangerá toda a jurisdição daquele tribunal, cabendo inclusive reclamação para garantir a autoridade do julgado.

Ainda de acordo com a exposição de motivos, o incidente se alicerça na visão de que a melhor forma de garantir a segurança jurídica e a celeridade processual é mediante a padronização de teses jurídicas:

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. (BRASIL, 2010, p. 19).

Algumas características que dão contorno ao incidente são (a) a previsão para prosseguimento do incidente mesmo após desistência ou abandono do processo pelo autor originário da demanda individual ou coletiva que lhe dá origem, (b) possibilidade de admissão do incidente mesmo após uma inadmissibilidade anterior, (c) ausência de custas, (d) inadmissibilidade quando houver recurso repetitivo em tribunais superiores, (e) suspensão dos processos individuais por um ano, ressalvada decisão fundamentada do relator em sentido contrário, (f) apreciação de pedidos urgentes pelo juiz dos processos individuais, (g) possibilidade de pessoas sujeitas a competência territorial diversa ingressarem no incidente e requererem o deslocamento da competência para tribunais superiores, (h) aplicação da tese jurídica fixada a todos os processos individuais ou coletivos, atuais ou vindouros, que tramitem

na área de jurisdição do tribunal, (i) previsão de recurso com efeito suspensivo, presumida a repercussão geral, e (j) a possibilidade de revisão da tese pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante provocação.

O modelo original previsto na Alemanha teve sua origem quando mais de 14.000 pessoas ajuizaram 2.200 demandas em face da empresa de telefonia Deutsche Telekom AG e o juiz declarou que a corte iria demorar mais de 15 anos para solucionar o problema se o legislador não criasse um mecanismo adequado⁹.

Grinover, Kazuo e Mullenix assim resumem o procedimento:

O procedimento é o seguinte: os procedimentos modelo podem ser iniciados por meio de uma petição de qualquer parte. A petição deve procurar obter uma decisão a respeito de questões necessárias de fato ou de direito (v.g. o fato de que uma obrigação para divulgação específica foi dada ou se houve violação de informação falsa sobre mercado aberto de capitais). Se o juízo de primeira instância admitir a petição para início de um procedimento modelo, a petição e a demanda judicial são publicadas em um registro público específico acessível pela internet. O registro público informa acerca da pendência a todos os potenciais interessados que possam querer ingressar no procedimento modelo. Se a petição para o início do procedimento modelo for aderido por ao menos nove demandantes adicionais dentro de quatro meses, o juízo de primeira instância deve dar uma decisão na qual designa as questões comuns de fato ou de direito que serão objeto do procedimento modelo. Enquanto pende o processo modelo, todas os outros litígios dependentes das questões dele são sobrestadas.

Após o início dos procedimentos modelo pelo juízo de primeira instância, eles continuam no tribunal de apelação. Esse tribunal seleciona um demandante principal. O demandante principal é responsável pela condução da demanda, todos os outros demandantes são autorizados a se juntar ao demandante principal, mas eles devem coordenar sua estratégia processual com aquela do demandante principal. O tribunal de apelação decide todas as questões de fato e de direito que foram abordadas pelo juízo de primeira instância. Finalmente, o tribunal de apelação prola uma decisão modelo que é vinculante para todos os demandantes de todos os litígios que foram sobrestados durante o procedimento modelo. Não há meios para os demandantes se excluírem do efeito vinculante do procedimento modelo e um demandante individual não pode influenciar qual demandante é apontado como demandante principal. Essa seleção do demandante principal é baseada na discricão do tribunal de apelação. (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 143).¹⁰

⁹ Um breve histórico e descrição do procedimento alemão encontra-se em (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 142-144).

¹⁰ Do original: The proceeding is as follows: The master proceedings can be initiated upon the application of any party. This application must seek a decision regarding questions of necessary facts or law (e.g. the fact whether the obligation to give an ad-hoc disclosure has been given or whether misleading public capital market information has been violated). If the court of first instance admits the application for initiation of a master proceeding, the application and the lawsuit are published in a specific public register which is accessible on the internet. The public registration gives notice of the pending proceeding to all other potential plaintiffs within who may want to join in the master proceeding. If the application for the initiation of master proceedings is joint by at least nine additional plaintiffs within four months, the court of first instance must give a decision which designates the common questions of fact or law which are subject of the following master proceedings. While the master proceeding is pending, all other disputes depending on the questions in the master proceedings are stayed.

Following the initiation of the master proceedings by the court of first instance, the proceedings are continued in the court of appeal. This court selects a master plaintiff. The master plaintiff is responsible for the conduct

A primeira semelhança com o regime brasileiro é que ele é marcadamente individual: o início do procedimento depende da adesão, no período de quatro meses, de ao menos nove demandantes. No entanto, a individualidade tem força muito maior no regime alemão, uma vez que o procedimento não pode prosseguir de ofício, se o número mínimo de interessados não ingressar no processo. Além disso, o resultado do julgamento da corte superior não vincula demandas futuras, como no modelo brasileiro de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Outro ponto de divergência é que, no modelo alemão, o objeto do incidente compreende tanto questões de fato como de direito, enquanto o brasileiro irá resolver apenas questões de direito. Tal decisão, aparentemente, foi tomada em razão da falta de competência dos tribunais brasileiros para conhecer de questões de fato, ressalvados os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais. O incidente de resolução de demandas repetitivas é apreciado, de início, nesses tribunais de segunda instância, mas existe a possibilidade de recurso para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal para homogeneização de entendimento acerca daquilo que lhes compete apreciar. Essa situação é curiosa porque no modelo de precedentes que é incorporado no ordenamento pátrio pelo novo CPC as questões de fato são especialmente importantes para a decisão a ser seguida por outras instâncias.

O Código de Processo Civil de 1973 utiliza categorias já sedimentadas no mundo jurídico quando trata do objeto de conhecimento do juiz no processo civil de conhecimento.

De acordo com a precisa lição de Dinamarco, são eles os pontos de fato ou de direito relativos à admissibilidade do julgamento do mérito e relativos ao mérito propriamente dito:

Não é indiferente o emprego dos vocábulos ponto e questão. Pontos são fundamentos, ou elementos capazes de influir em algum julgamento. Questão é o próprio ponto, quando sobre ele existe alguma dúvida; daí conceituar-se, em clássica doutrina, como *ponto controvertido de fato ou de direito* (Carnelutti). O excesso de velocidade, alegado numa demanda indenizatória, é um ponto de fato; negado esse fato pelo réu, surge uma questão de fato. A incidência de correção monetária a partir de determinado momento é um ponto de direito; impugnado o critério pelo adversário, eis uma questão de direito. (DINAMARCO, 2009, p. 36).

of the litigation, all other plaintiffs are entitled to join the master plaintiff, but they have to coordinate their litigation strategy with the master plaintiff's strategy. The court of appeal decides all questions of fact and law that have been addressed by the court of first instance. Finally, the court of appeal renders a master decision that is binding for all plaintiffs of all disputes which have been stayed during the master proceedings. There are no means for plaintiffs to opt out of the binding fact of the master decision and an individual plaintiff cannot influence which plaintiff is appointed master plaintiff. This selection of the master plaintiff is based on the discretion of the appellate court.

Os pontos são classificados em constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos.

Tais categorias, por sua vez, possuem íntima relação com a tutela jurisdicional. São determinantes para fixar o objeto de conhecimento do juiz e determinar que tipos de tutela deve ser concedida (condenatória, declaratória ou constitutiva, como trabalha a doutrina clássica, ou ainda também inibitória ou mandamental).

Inova no direito processual civil brasileiro o incidente ao anunciar que tem por fim criar tese jurídica aplicável aos processos que compartilhem idênticas questões unicamente de direito com aquele paradigma analisado pelo tribunal. Se o incidente é cabível somente quando a demanda repetitiva versa sobre questão unicamente de direito, é possível afirmar com certa segurança que a tese jurídica significa a decisão judicial acerca de determinada questão de direito. Por meio do incidente, então, a questão de direito de um processo repetitivo é levada ao conhecimento do tribunal, que irá sobre ela decidir em caráter definitivo e vinculante.

O parágrafo único do artigo 978 do novo CPC afirma que o órgão que julgar o incidente e fixar a tese jurídica também deverá julgar o processo de onde se originou o incidente. Verifica-se que o resultado do incidente não é, imediatamente, o julgamento do recurso, e sim a definição acerca do direito objetivo, matéria estranha aos órgãos jurisdicionais brasileiros segundo a Constituição.

Emerge uma diferença grande do novo Código de Processo Civil de 2015 para o código vigente de 1973: enquanto o novo Código de Processo Civil extinguiu a figura da ação declaratória incidental, o incidente de resolução de demandas repetitivas cria hipótese semelhante a ela (ação declaratória incidental), mas admissível inclusive contra o interesse de cada parte do litígio em concreto. Ao admitir o incidente sem a iniciativa das partes, o resultado será o julgamento, em caráter definitivo, de pedido não submetido ao conhecimento.

Diferentemente do que consta da regra geral do trato dos precedentes no novo Código de Processo Civil de 2015, não há previsão de instrumentos que permitam ao juiz de primeiro grau de se afastar da tese jurídica consolidada para determinada demanda repetitiva, que somente poderá ser revista pelo tribunal prolator. Duas possibilidades se abrem.

Pela primeira, a sistemática do incidente foi atenta a esse aspecto e realmente tem a finalidade de discutir e resolver, de modo imediato e definitivo, demandas repetitivas em graus superiores de jurisdição. Sustenta essa possibilidade a omissão intencional de possibilidade de afastamento do precedente pelo juiz de primeiro grau no capítulo que trata do incidente no novo Código de Processo Civil, a ampla divulgação pelo Conselho Nacional de Justiça, a ampla possibilidade de todas as pessoas com demanda idêntica ajuizada de participarem do incidente e validade da tese resultado do incidente para as presentes e futuras demandas.

Uma segunda interpretação é possível. Apesar da ausência de previsão expressa no capítulo que trata sobre o incidente, cabe ao juiz de primeiro grau se distanciar da tese jurídica pacificada no tribunal sempre que houver motivação para tanto. Nos termos do artigo 489, parágrafo primeiro do novo Código de Processo Civil, não se considerará fundamentada a sentença que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Percebe-se, nos dispositivos que tratam da sentença, exigência menos específica e, portanto, mais geral, que não trata das teses jurídicas vinculadas a questões já decididas, mas sim de fundamentos determinantes.

Num primeiro momento, a primeira interpretação possível mais se aproxima da experiência brasileira com súmulas, principalmente as vinculantes, enquanto a segunda interpretação busca conciliação com o regime de precedentes judiciais, como tenta o novo CPC. Espera-se que a segunda interpretação ganhe destaque, por estar alinhada com os propósitos de um processo civil participativo.

As maiores críticas direcionadas às súmulas, especialmente as vinculantes, argumentam que elas são genéricas e dispensam o juízo de compatibilidade com os fatos e fundamentos do caso que as origina, isto é, são independentes daquele, como regras. Por qualquer ângulo que se observe o incidente de resolução de demandas repetitivas, existe o sério perigo observado por Ladeira e Bahia da má importação de um instituto:

É nesse contexto que reside o perigo: na pressa de se implantar um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro no suposto de gerar maior eficiência, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que se ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedentes do *common law*. Há uma grande preocupação com a existência de diversidade de decisões para casos análogos, o que é relevante; no entanto, no afã de “uniformizar”, pasteuriza-se, por vezes, situações não intercambiáveis. Quer-se preservar o princípio da igualdade como identidade, mas, ignora-se que a igualdade, por vezes, também significa respeito à diferença. Isso é tanto pior quando as soluções dadas advêm de transplantes simplistas de outros sistemas sem, de um lado, avaliar-se sua aplicabilidade e utilidade por aqui e sem, de outro lado, aprofundar-se sobre sua realidade no país de origem. (LADEIRA; BAHIA, 2014, p. 291).

Castanheira Neves expõe que a fixação *a priori* de orientações da jurisdição, desapegadas dos casos concretos, caracterizaria exercício preventivo de jurisdição definido como codificação judicial, que apagaria qualquer diferença entre legislação e jurisdição. Como

tal, seria compreensível apenas em um sistema jurisdicional instituído em termos hierarquicamente autoritários e subordinantes (NEVES, 2014, p. 660).

O sistema do *common law* preocupa-se com a flexibilidade das decisões; nele, os fatos e fundamentos jurídicos são determinantes para aferir a vinculatividade de decisão aos casos futuros. Ao contrário, as razões de igualdade e celeridade indicam que a aplicação dos precedentes no Brasil ocorrerá de forma semelhante às súmulas vinculantes, em que haverá mera reprodução das decisões dos tribunais.

A má aplicação dos precedentes implica na imutabilidade do direito tal como visto nos tribunais. Também impede as partes de efetivamente contribuírem, mediante contraditório, para alcançar a decisão sobre a demanda que lhe interessa diretamente e que é exatamente a medida de legitimidade das decisões judiciais. Esse quadro é particularmente grave no caso das demandas repetitivas, uma vez que a tese do incidente vincula processos já ajuizados e futuros.

Conforme sugerido por Schmitz:

O ato de julgar obriga que se tenha uma noção de como a questão jurídica concreta tenha sido decidida até então; os acertos e os erros do passado constituem a história institucional daquele ponto específico da prática jurídica. A pesquisa por jurisprudência deve dar ao juiz o quadro dessa totalidade prática. Sendo assim, muito ao contrário do que tem ocorrido no Brasil, a decisão anterior não pode significar desde já o resultado do julgamento concreto, mas sim o verdadeiro início do raciocínio jurídico que solucionará o caso, pois precedentes são, no processo de compreensão, como experiências, e servem para reduzir o “conteúdo inesperado” do resultado da questão jurídica decidida.

[...]

Súmulas e ementas são, portanto, *starting points*. Esse ponto de partida argumentativo é a partir de onde o julgado e as partes demonstrarão seus argumentos, e com base em outros pontos de partida (outros casos semelhantes julgados anteriormente) pode ser construído o sentido normativo de um caso concreto. O importante é que a questão seja decidida de forma coerente, utilizando-se os “precedentes” como parâmetros normativos e elaborando o raciocínio jurídico escorado no que por eles foi estabelecido. (SCHMITZ, 2013, p. 226).

Então, cabe ao juiz que irá analisar novos processos avaliar se aquilo decidido anteriormente por tribunais se aplica ou não no caso atual; nesse sentido, o juiz do caso futuro é quem permite a consolidação do precedente. O precedente não nasce como tal, pois a decisão do tribunal busca apenas resolver o caso concreto no sistema de *common law*.

Ao tratar das dificuldades do sistema de precedentes, Mark Tushnet aponta três situações distintas que envolvem alguma alteração no tempo: alteração da Corte superior, revelação de problemas relacionados à inoperância do precedente e a necessidade de identidade de demandas para aplicação de precedentes. A segunda e terceira situações bem demonstram a mutabilidade do sistema de precedentes norteamericano.

A primeira diz respeito à alteração de membros de uma Corte, caso no qual podem os novos membros possuírem entendimentos diversos sobre matérias já discutidas, e manifestarem interesse em sua rediscussão.

De acordo com a segunda, explica Tushnet:

A segunda razão justificadora para a reconsideração de uma decisão preexistente para uma mesma e determinada controvérsia jurídica – vale dizer, para fazer estabelecer-se uma limitação ou mesmo o cancelamento do precedente – ocorre quando a experiência mostra que o modo de resolução da causa ditado no precedente estava equivocado. A Suprema Corte dos EUA já descreveu as várias maneiras pelas quais isso pode ocorrer. Em primeiro lugar, algumas controvérsias jurídicas são solucionadas em parte pela consideração sobre as consequências que adviriam da adoção de uma ou de outra interpretação jurídica. Quando a resolução da questão repousa, ainda que em parte, nas suas previsíveis consequências, a simples observação de quais foram efetivamente as consequências do precedente pode levar um tribunal, num momento posterior, a reconsiderar a sua resolução inicial. Algumas vezes juízes e tribunais referem-se a esse problema específico como sendo uma limitação dos precedentes que os tornariam inoperantes na prática. Além disso, há também um segundo tipo de inoperância – que mais é uma inoperância conceitual do que uma inoperância prática. A idéia é a de que toda teoria jurídica precisa integrar-se com outras doutrinas relacionadas, devendo manter, no todo, uma estrutura conceitual razoavelmente coerente. Ao decidir uma controvérsia jurídica pela primeira vez, um juiz ou tribunal poderia imaginar que a resolução a que chegou naquela causa convive bem com a doutrina que a cerca. Esta percepção pode estar errada, seja porque mal entendida no início da análise do caso a relação existente entre a decisão tomada e as teorias aplicáveis ou, então, porque a doutrina jurídica muda e evolui por razões justificadas, de tal maneira a tornar impossível aplicar o precedente em face do avanço doutrinário em relação ao tema em questão. (TUSHNET, 2014, p. 105).

A terceira situação trata de alterações de fato entre o precedente e o caso futuro. Segundo Tushnet:

O segredo da atividade de fazer a diferenciação de casos está em demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas. A questão que estou elaborando acentua que isso pode ser sempre feito, mas, com certeza, tal afirmação só pode ser sustentada pela realização de uma análise minuciosa do teor específico da regra geral, o que não é possível nesse cenário. O elemento adicional é o seguinte: afirmo aqui que os casos precedentes são sempre suscetíveis de diferenciação. Em algumas vezes, no entanto, chegar a isso é extremamente difícil. Os melhores advogados serão capazes de fazê-lo, mas advogados menos capazes – e, sobretudo, até mesmo alguns juízes – não conseguirão seguir o caminho para chegar a uma conclusão de que este caso permite diferenciação em relação ao outro que lhe é precedente. O sistema de precedente pode subsistir, possivelmente, tão só porque são muito poucos os “melhores” advogados, e é claro que esses profissionais não estão disponíveis para todos, disso resultando que o sistema de precedente pode carregar consigo preocupantes implicações no sistema de distribuição de justiça. (TUSHNET, 2014, p. 107).

No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, a questão da participação dos interessados se agrava porque há poucos e breves momentos facultados para tanto.

Conforme o artigo 983 do novo CPC, todos os interessados no julgamento terão o prazo de quinze dias para se manifestarem, após a admissão do incidente. É fácil constatar que o acesso à informação acerca da própria existência de incidentes tais será praticamente inacessível a qualquer pessoa não iniciada na burocracia judiciária, e talvez até mesmo a pessoas diretamente envolvidas com essa lida.

E de nada ou muito pouco adianta haver a previsão do artigo 979 de mais ampla publicidade e divulgação da instauração do incidente, já que por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Em um país como o Brasil, no qual o acesso à informação é precário, definir mais ampla divulgação e publicidade como cadastro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça não passa de uma medida burocrática e de aparência.

No julgamento do incidente, a participação dos interessados é ainda mais exígua: o artigo 984 estabelece o prazo comum de trinta minutos, mediante cadastro com dois dias de antecedência, para que todos os interessados possíveis, presentes e futuros, de uma tese com o potencial de afetar todo o território nacional, manifestem-se.

A má utilização do IRDR pode impedir a fixação de teses jurídicas com pretensão de formar precedentes. Cabral aponta dois vetores para a seleção da causa piloto:

O primeiro é a amplitude do contraditório. Sempre que houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente, deve-se rever ou corrigir a seleção do processo-teste.

O segundo vetor de interpretação para a escolha da causa-piloto é a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Isso porque, de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente. Assim, o próprio contraditório no incidente pode ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperiente, por exemplo. (CABRAL, 2014, p. 231).

Em resumo, a amplitude do contraditório implica na escolha de causa com maior quantidade, qualidade e diversidade de argumentos. A pluralidade e representatividade dos sujeitos busca diminuir as condições de desigualdade de participação das partes do processo originário e terceiros intervenientes no IRDR.

As últimas considerações fornecem subsídio para outra crítica, que diz respeito ao relacionamento truncado entre demandas coletivas e o IRDR. Ao cidadão não é possível ajuizar demanda coletiva, direito que pertence aos substitutos processuais legitimados pela lei. No entanto, o IRDR pode ser suscitado por qualquer parte de demanda individual, e a tese a ser fixada irá definir o resultado de inúmeros processos individuais e coletivos. Existe o perigo bem

concreto de que a demanda na qual suscitado o incidente não seja a melhor causa modelo, por se tratar de autor hipossuficiente. E esse autor hipossuficiente, muitas vezes mal representado, irá ter mais possibilidade de participação que outros interessados, como os legitimados a ajuizar demandas coletivas que possuem finalidades macro.

O problema de representação adequada se potencializa quando se constata que os efeitos dos julgamentos desfavoráveis em demandas coletivas e no IRDR são diferentes. Na demanda coletiva, o julgamento possui um regime todo peculiar. De acordo com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de direitos difusos, a coisa julgada será *erga omnes*, ressalvada a improcedência por falta de provas, quando será possível nova demanda com prova nova. Se a matéria envolver direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada será *ultra partes*, ressalvada novamente a improcedência por insuficiência de provas. Já no caso de demandas cujo objeto sejam direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido.

As demandas individuais homogêneas são aquelas que, por sua natureza, mais se identificam com o IRDR, por envolver interesses de natureza divisível e objeto determinado. O julgamento das demandas coletivas será aproveitável apenas se favorável aos demandantes. De outro lado, a decisão do IRDR será final para a questão de direito que compõe a demanda coletiva, independentemente de quem aproveite o resultado.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que a proibição de litigar novamente a questão já decidida, prevista no incidente de resolução de demandas repetitivas, lembra o denominado *collateral estoppel* do direito norte-americano, que possui função de garantir a autoridade das decisões à semelhança da coisa julgada do modelo do *civil law*, mas nesse modelo de *estoppel* os terceiros a quem a decisão não beneficia conservam o direito de propor suas demandas sem qualquer limitação (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 604-606).

Além do mais, conforme o artigo 986 do Código de Processo Civil, aos indivíduos não é dado suscitar a revisão da tese jurídica, que somente pode ocorrer de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

A relação do incidente de resolução de demandas repetitivas também não se concilia com a jurisdição constitucional em outro aspecto, o do controle de constitucionalidade. Não só o Supremo Tribunal Federal, senão também os tribunais de segunda instância e os juízes de primeira instância possuem o dever e o poder de realizar controle de constitucionalidade. No Supremo Tribunal Federal, esse controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso, enquanto nas demais instâncias o controle é sempre difuso. No segundo modo, o

reconhecimento da inconstitucionalidade da norma no caso concreto não a extirpa do mundo jurídico.

Admitir que decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso forme precedente com relação à inconstitucionalidade da norma significa alijar o juiz de primeiro grau de seu dever constitucional de realizar esse mesmo controle. Pontua Jayme:

A independência dos integrantes do Poder Judiciário brasileiro é mais abrangente do que a outorgada aos magistrados das jurisdições ordinárias dos países que possuem uma Jurisdição Constitucional. No modelo europeu, por existir o controle concentrado e exclusivo de constitucionalidade, como se faz, por exemplo, na Itália, a independência dos magistrados, em relação aos demais poderes, significa subordinação apenas à lei. Esta garantia, contudo, não seria suficiente ao juiz brasileiro. Sendo detentor de competência para exercer o controle difuso de constitucionalidade, ele se coloca acima da lei. Sujeita-se apenas à Constituição. O juiz tem absoluta liberdade para decidir e para interpretar a lei. Ele não está sequer sujeito à lei, como diz a Constituição italiana, pois, pode deixar de aplicá-la quando a entender inconstitucional. [...]. Por esta razão, são-lhe conferidas garantias de independência e, em contrapartida, exige-se que os julgamentos devam ser técnicos e imparciais. (JAYME, 2000, p. 80).

Para resolver esse impasse, Cunha e Reis propõem que as decisões tomadas em controle concreto de inconstitucionalidade devam sempre ser realizadas com observância da cláusula de reserva de plenário, para formar presunção do posicionamento da corte como em controle abstrato:

É imperiosa, então, a adequada compreensão da valência do direito jurisprudencial. Nesses termos, vê-se que afigura-se [sic] impossível cindir interpretação do texto da lei e aplicação (concreta) de seu conteúdo. Por isso é que sugerimos o distanciamento da decretação abstrata de inconstitucionalidade de todas as demais repercussões – por nós consideradas interpretativas e para as quais a cláusula de reserva de plenário se desonera pelo prisma (equivocado) de ter havido ali controle estrito de constitucionalidade e se obriga sob o viés da uniformidade decisória emanada dos tribunais superiores. Em outras palavras: é necessário pensar a cláusula de reserva de plenário como um mecanismo a endossar o regime dos precedentes obrigatórios, cuja vigência perdura hermeneuticamente, acomodando espaços de distinção e desenvolvimento autônomo do próprio direito. (CUNHA, 2014, p. 288).

O Superior Tribunal de Justiça admitiu, em 21.06.2017, seu primeiro incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR nº 7 – PR, Min, Paulo de Tarso Sanseverino), e fornece mais elementos para discussão. O incidente trata da legalidade da Resolução nº 543/2015 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) acerca da obrigatoriedade da inclusão de aulas em Simulador de Direção Veicular para os candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

A primeira questão que se coloca é a de que o STJ determinou a suspensão de todos os processos no país inteiro que tratem dessa matéria sem, no entanto, estar, ainda, apto a julgar o incidente. Isso porque a decisão ocorreu em razão de pedido da União de suspensão em razão de incidente instaurado e ainda não julgado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Tal decisão causa estranheza porque o art. 982, inciso I do CPC concede ao relator do incidente, no respectivo tribunal, o poder para suspender processos que tramitem no seu âmbito de jurisdição. Já o parágrafo terceiro desse mesmo artigo estabelece que qualquer dos legitimados para a instauração do incidente pode solicitar aos tribunais competentes para conhecer recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre incidente já instaurado.

A análise desse artigo em sua inteireza, bem como em conjunto com regras comezinhas de competência permitem concluir que a suspensão de processos de todo território nacional cuja questão está submetida a incidente de resolução de demandas repetitivas por parte de tribunais superiores somente pode ocorrer quando efetivamente houver a interposição de recurso extraordinário ou especial contra julgamento do incidente por tribunal. Isso porque, na ausência desses recursos, os tribunais superiores simplesmente não são competentes para o julgamento da questão, há apenas expectativa de que o julgamento do tribunal venha a ser impugnado.

De outro lado, a extensão da suspensão determinada por tribunal de segunda instância no âmbito de Estado ou região (conforme se tratar de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal) acaba por esvaziar o já mencionado inciso I do art. 982 do CPC, que estabelece a suspensão apenas no âmbito de jurisdição do tribunal.

Outra questão que se coloca com a decisão do IRDR-7 pelo STJ é o fato de que houve a determinação de que os processos fossem suspensos apenas quando estiverem conclusos para julgamento na primeira instância. Por mais que não se concorde com o instituto, percebe-se que a solução adotada visa a diminuir a sobrecarga de trabalho derivada de processos repetitivos apenas nos tribunais de segunda instância e tribunais superiores, a despeito de a parte mais trabalhosa do processo ser justamente a instrução, que ocorre na primeira instância.

Além do mais, a decisão do STJ não guarda coerência dentro do próprio CPC. Dentre as possibilidades limitadas para a improcedência liminar do pedido, encontra-se o julgamento de acordo com *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência* (art. 332, inciso III). Não há sentido, portanto, de se determinar a completa instrução da causa em primeira instância, ainda mais quando se pode vislumbrar que, sem competência para essa decisão, pode ter ainda decidido de forma substancialmente diversa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A possibilidade de análise de tutela de urgência por parte dos juízes onde tramitam os processos suspensos igualmente esvazia essa suspensão. Se o incidente de resolução de demandas repetitivas é cabível somente para processos que tratem unicamente de questão de direito, e questão idêntica, a decisão de tutela de urgência irá abarcar todo o objeto do incidente. Por se tratar de decisão de urgência, inclusive explicitamente excluída da suspensão, caberá recurso a ser analisado por tribunais. Dessa forma, a suspensão acaba impactando apenas a remessa de apelações aos tribunais de segunda instância.

O mesmo perfil autoritário e centralizador do incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser encontrado no também inovador incidente de assunção de competência, regulado no artigo 947 do novo Código de Processo Civil. Esse incidente, no entanto, não traz as mesmas dificuldades de participação relacionadas ao incidente de resolução de demandas repetitivas porque, apesar do nome sugestivo, não há supressão de instância, mas apenas a alteração de julgamento de competência de tribunais do órgão fracionário para o colegiado. Como exposto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, por sua vez, implica em paralisação de processos em instâncias inferiores sem sequer o julgamento, por tempo indeterminado.

O incidente de assunção de competência compartilha com o incidente de resolução de demandas repetitivas o caráter de aceleração de julgamento definitivo a ser obrigatoriamente acompanhado pelas instâncias inferiores. De resto, é conveniente lembrar que esse mecanismo já estava presente no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 555, parágrafo primeiro, apenas sem a previsão de efeito vinculante para aquilo decidido no incidente (incluído pela Lei nº 10.352/2001), bem como nos regimentos internos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Ainda na linha de centralização do poder decisório nas instâncias superiores, houve alteração do instituto da improcedência liminar da demanda. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a improcedência liminar da demanda estava prevista no artigo 285-A. Como já explicamos, para a aplicação da improcedência liminar da demanda, antes mesmo da citação do réu, era preciso que a demanda tratasse unicamente de questões de direito e já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos no juízo.

O Superior Tribunal de Justiça já estava impondo uma grande limitação de caráter centralizador à improcedência liminar da demanda ao passar a exigir, para a sua aplicação, e em interpretação *contra legem*, que o mecanismo do artigo 285-A do revogado Código de Processo Civil somente poderia ser aplicado se ficasse demonstrada a obediência da sentença liminar de improcedência à jurisprudência dos tribunais superiores.

A “improcedência liminar do pedido” foi a nomenclatura do renovado instituto no novo Código de Processo Civil de 2015, cuja redação, no artigo 332, é a seguinte:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
 I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
 II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
 § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.
 § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.
 § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.
 § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015a).

Verifica-se que o novo Código de Processo Civil encampou a limitação jurisprudencial construída pelo Superior Tribunal de Justiça, e passou a admitir a improcedência liminar da demanda apenas quando ela for ao encontro do decidido em súmulas de Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou de tribunais de segunda instância (apesar de o inciso IV se referir apenas a tribunais de justiça), acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.

A remodelação da improcedência liminar foi coerente com aquilo que o novo Código, no artigo 927, determina como de obediência obrigatória por parte de instâncias inferiores, ainda que parcialmente, pois olvidou-se das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes e orientação do plenário ou órgão especial aos quais vinculados. Ora, se a tônica é de cega obediência às decisões do artigo 927, não faz sentido que, nos casos omissos no artigo 332 a instrução seja necessária, se já se sabe que a improcedência será inexorável.

Ainda, parece-nos haver incompatibilidade do parágrafo primeiro do artigo 332 com uma das regras centrais do novo Código de Processo Civil, de ampla participação dos interessados em contraditório. Como se sabe, um dos motes do novo Código é o de vedar as denominadas decisões surpresa, e já no final da vigência do Código de Processo Civil de 1973 era expressamente vedado ao juiz reconhecer prescrição de ofício. Agora, há possibilidade

expressa de reconhecimento de ofício de prescrição, nada obstante a regra geral de oportunidade prévia para manifestação das partes.

Pode-se argumentar que a exigência de participação dos interessados resume-se à prévia oitiva da parte autora, já que ainda não houve a citação. Ocorre que não nos parece que essa oitiva seja suficiente para efetivar a garantia do contraditório. Ora, já é pacífico que o processo não serve apenas ao autor, mas também ao réu, que tem igual interesse no julgamento da demanda, apenas em vetor inverso ao do autor. Com a oportunidade de manifestação para o autor, pode ocorrer de o juiz dar-lhe razão e deixar de reconhecer a prescrição, e determinar a citação do réu. Esse réu, por outro lado, poderia ter argumentos razoáveis acerca da prejudicial de mérito, mas ele nunca poderá expô-los porque a questão já foi decidida.

Todos os mecanismos acima citados demonstram que há forte tendência de centralização do poder decisório unicamente nas instâncias superiores, a pretexto de aceleração de julgamentos, de efetividade. Com isso, o juiz de primeira instância está cada vez mais castrado em sua independência funcional e impedido, de fato, de exercer qualquer protagonismo judicial, reservado apenas às instâncias superiores.

A única reminiscência de poder do juiz de primeira instância para atuar concretamente na vida dos jurisdicionados passa a ser a concessão de liminares, que possuem a tendência de se perpetuarem, dada a demora para julgamentos em instâncias recursais e a excessiva delonga de processos em virtude de infundáveis recursos. Ainda assim, tais liminares são mais eficazes em pequenos casos individuais, já que, para demandas que envolvem interesses mais qualificados, existe a idiossincrásica suspensão de liminar da Lei nº 8.437/1992, por meio da qual “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, todas hipóteses cuja vagueza bem demonstram a que serve a medida de impugnação.

A força das liminares também se sustenta, agora, pela indefinição de processos causados pela suspensão indefinida de processos individuais, alguns até sem julgamento em primeira instância, em razão das regras centralizadoras de competências das quais falamos, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas ou a dinâmica de julgamento de recursos repetitivos no âmbito de tribunais superiores.

A primeira instância fica reconhecida, assim, como mera instância de passagem, etapa burocrática a ser cumprida o mais rapidamente possível pelas partes em direção ao verdadeiro

juízo, realizado em instâncias superiores, e não raro no Supremo Tribunal Federal, ante a imprevisibilidade do tempo necessário para que julguem todos os casos submetidos à sistemática de recursos repetitivos cuja solução se encontra suspensa pelo país. Chega-se ao estado de simplesmente não dizer o direito em nenhuma instância, como solução para a flutuação de jurisprudência.

Assim, o espaço de discussão, de participação dos interessados, de contraditório e convencimento judicial, deixa de ser a primeira instância. Só que, a nosso juízo, a primeira instância é o espaço adequado de manifestação das partes em contraditório, em razão da facilidade de acesso, de senso de comunidade e atenção às peculiaridades locais que só existe ali. Perde-se a oportunidade de reconhecimento de diferenças regionais, homogêneas pelos tribunais superiores, de jurisdição nacional. De outro lado, nos tribunais superiores é vedada a rediscussão acerca de provas sobre fatos, o que muito limita o âmbito de discussão.

A centralização de todo o poder decisório nas instâncias superiores transmite a poucos ministros toda a prerrogativa de interpretar e realizar o direito em todo o país, como já mencionado no corpo desse trabalho. Devido ao modo de recrutamento dos integrantes dos tribunais superiores e do tipo de parte da jurisdição neles realizada, sobeja o perfil político das decisões, em detrimento do perfil eminentemente técnico das decisões das instâncias inferiores. Com isso, as decisões tanto podem agradar à população, como o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, quanto podem ser extremamente desprovidas de nexos com a realidade, como a separação das sanções previstas no parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal (“nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”).

Principalmente no Supremo Tribunal Federal, os julgamentos evidenciam o comportamento individualista de seus integrantes e tendentes àquilo denunciado pelo realismo judiciário desenvolvido no direito norte-americano. Pode-se citar, nesse sentido, a necessidade de novo julgamento acerca da possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, poucos meses depois do primeiro julgamento favorável pelo pleno do tribunal. E apesar da confirmação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ainda há ministros que insistem em ignorá-lo em decisões monocráticas, o que também vai de encontro à noção mais rudimentar de precedentes.

Mais uma vez nos socorremos de Barbosa Moreira, que vê com muita preocupação a adoção de instrumentos centralizadores de decisões judiciais:

Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência. A chamada “súmula vinculante”, em si, não se afigura muito perigosa por esse ângulo, graças às prudentes limitações que a Emenda nº 45 estabeleceu ao introduzir o art. 103-A no texto constitucional. O mesmo não se poderá dizer, entretanto, da denominada “súmula impeditiva de recurso”, em qualquer dos formatos cogitados, nem de outras inovações já consagradas em leis, ou previstas em projetos de reforma do estatuto processual, que nos ameaçam com uma espécie, nada promissora, de “imobilismo” jurisprudencial. Os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas, ao nosso ver, não exorcizam suficientemente o risco, dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas.

Restaria a questão – a que só em termos esquemáticos, para não dizer perfunctórios, nos é dado aludir aqui – de saber em que medida é *razoavelmente desejável* que um órgão superior fixe o entendimento a ser adotado de maneira uniforme pelos outros órgãos judiciais na aplicação deste ou daquele texto legal. De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço a porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados - como “bons costumes”, “conduta desonrosa”, “elevado valor” e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso. (MOREIRA, 2007, p. 311-312).

5 MEDIDAS DE EFETIVIDADE A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA

Conforme afirmamos anteriormente, a finalidade de se adotar ditos precedentes no direito brasileiro não é outra coisa senão a conhecida tentativa de vincular instâncias inferiores às decisões proferidas em instâncias superiores como forma de se acelerar o julgamento de demandas idênticas e aliviar a sobrecarga de processos repetidos nos tribunais.

Ocorre que a dinâmica adotada pelo novo Código de Processo Civil desvaloriza a atividade do juiz de primeira instância quase ao ponto de relegá-la à inutilidade, transformando-se então em mera instância de passagem na qual não há espaço nem interesse para participação dos jurisdicionados.

Se o objetivo das disposições que determinam a vinculação dos juízes de primeira instância às decisões de instâncias superiores é apenas o de garantir que se adote a mesma decisão de maneira uniforme, parece haver uma grave violação da independência jurisdicional da primeira instância e da garantia do contraditório em troca de um resultado modesto. É possível, assim, apontar outras soluções que, ao invés de concentrar de forma quase absoluta os poderes decisórios nas instâncias superiores, caminhe em sentido contrário, de valorizar e tornar efetivas as decisões de primeira instância.

A primeira observação, nesse sentido, é a de que o novo Código de Processo Civil parece ter abandonado qualquer tentativa de estímulo ao processo coletivo. O Código de Processo Civil de 2015 é um estatuto da tutela jurisdicional individual, assim como era o Código de Processo Civil de 1973, e ele nada dispõe sobre processos coletivos (DINAMARCO, 2016, p. 93).

Na linha do desestímulo às demandas coletivas está o veto ao incidente de coletivização de demandas aprovado no novo CPC:

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo."

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado. (BRASIL, 2015a).

Essas foram as razões do veto:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. (BRASIL, 2015b)

Independentemente do veto, verifica-se que o incidente já nasceria expressamente proibido para a tutela de direitos individuais homogêneos, o que indica que os mecanismos escolhidos para essa tutela foram de caráter individual, como o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O processo coletivo permitiria, a nosso juízo, que questões de litigância repetitiva relacionadas a direitos individuais homogêneos fossem solucionadas a partir da primeira instância e de forma geral e isonômica perante todos os interessados. Mais que isso, permitiria que se atacasse a real violação de direito existente, com a consequente inibição ou remoção do ilícito.

É nesse sentido que apenas a fixação de teses em instâncias superiores não é suficiente, porque voltada estritamente para cada caso individual a ser demandado (ou com demanda em andamento); cada indivíduo busca apenas a reparação para o seu caso particular, e não a solução da violação geral e muitas vezes de legitimidade ativa pouco clara.

E não há ganho em celeridade ao se utilizar de instrumentos de caráter centralizadores como o incidente de resolução de demandas repetitivas. Em primeiro lugar, haverá suspensão de processos por tempo indeterminado até o julgamento final do incidente (ou até mesmo

recursos repetitivos), o que por si só já configura um questionável quadro de pura negativa de jurisdição.

Depois, a decisão, seja em incidente de resolução de demandas repetitivas, seja em recursos repetitivos, não dispensa as instâncias inferiores de analisarem todos os processos, um a um, em busca de reconhecer que aquela decisão se aplica aos inúmeros casos postos em julgamento. Nesse particular, a dinâmica não difere daquela estabelecida para a liquidação e execução de sentenças coletivas a respeito de direitos individuais homogêneos, que exigem a comprovação do dano e nexo de causalidade reconhecidos no processo de conhecimento.

A melhor eficiência do processo coletivo, no entanto, não passa ao largo de reformas de normas expressamente limitadoras do seu âmbito de incidência, como aquela do parágrafo único do artigo primeiro da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela medida provisória nº 2.180-35/2001, que proibiu ações civis públicas “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, em clara restrição à tutela de direitos individuais homogêneos. Ainda, conforme anteriormente mencionado, a boa utilização de demandas coletivas é antes uma questão que exige cultura própria e deliberada intenção de evitar abusos.

Essa limitação, no entanto, não prescinde de outra discussão, ligada à autonomia individual. No Brasil, há poucos legitimados para o ajuizamento de demandas coletivas, e o indivíduo não é um deles. Assim, o ajuizamento de demandas que tratem de interesses individuais homogêneos pode ir contra o interesse de determinados indivíduos, que nada pode contra esse desencadear de atos.

O argumento procede ao menos no que diz respeito a tutela inibitória ou mandamental, já que implica na proibição de determinada conduta geral por parte do demandado. Sob o aspecto de direito à indenização, o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor exige o ingresso na demanda dos indivíduos interessados, bem como para a execução.

Perde um pouco de força, no entanto, se se atentar para o fato de que a limitação da medida provisória nº 2.180-35/2001 trata apenas de fundos de natureza institucional, ou seja, de interesse do Poder Público. Antes da autonomia do indivíduo, pode-se perceber em tal dispositivo o interesse de proteger decisões políticas em detrimento de judiciais.

Da perspectiva do direito comparado, em Portugal, que goza de jurisdição administrativa especial, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em seu artigo 48, trata dos processos de massa com a seguinte redação, de acordo com trabalho de Vânia Cardoso André de Moraes:

Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda, que, respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais. (MORAES, 2012, p. 121).

Verifica-se que, apesar de guardar certa semelhança com o modelo do incidente de resolução de demandas repetitivas, em Portugal optou-se por atribuir o julgamento da causa ao juiz de primeira instância.

Na Espanha, por outro lado, há a previsão de extensão dos efeitos da sentença a quem não for parte no processo, exigindo-se, para tanto, que se trate de situações idênticas, exista competência territorial do juiz e que a solicitação da extensão ocorra no prazo de um ano da última notificação a quem for parte no processo (MORAES, 2012, p. 135). Parece-nos que o regramento não foge muito daquilo previsto para processos coletivos que tratem de interesses individuais homogêneos no Brasil.

Outro aspecto que merece atenção quando se trata de efetividade, principalmente de decisões de instâncias inferiores, é a previsão de efeito suspensivo de recursos. De acordo com Barbosa Moreira, há uma série de razões das mais diversificadas para explicar a interposição de recursos, que incluem a sincera convicção de erro do órgão *a quo*, desejo de ganhar tempo, pressão para fazer acordo, orgulho do advogado ou animosidade perante o patrono da parte adversa; as razões para interpor recursos deveriam, segundo ele (e o acompanhamos), ser objeto de estudos interdisciplinares, como o que foi promovido pelo Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha em 1984 (MOREIRA, 2005, p. 238).

Ao discorrer sobre o Código de Processo Civil de 1973, Barbosa Moreira afirma que houve respeito à tradição de se manter como regra o efeito suspensivo para a apelação, enumerando-se taxativamente as exceções, o que foi repetido no Código de Processo Civil de 2015, no artigo. 1.012, parágrafo primeiro. Para ele, seria aconselhável aumentar o elenco de hipóteses de apelações desprovidas de efeito suspensivo ou até mesmo inverter a regra, em nome da valorização do julgamento de primeira instância. O trecho merece transcrição, em razão da insubstituível didática:

De lege ferenda, parece aconselhável ampliar o elenco das hipóteses de apelação sem efeito suspensivo, ou até – com certas cautelas – inverter a regra, tornando excepcional a suspensividade. Tal seria capaz de contribuir para desestimular a interposição pelo réu vencido, com intuito meramente protelatório, harmonizando-se aliás com a

propensão moderna à valorização do julgamento de primeiro grau. O interesse do litigante derrotado estaria suficientemente protegido pelo caráter provisório que teria e eventual execução, com as restrições características (art. 588). Com providência alternativa, pode cogitar-se de atribuir ao juiz, à semelhança do que faz mais de um ordenamento estrangeiro, competência para imprimir à sentença efeito executivo imediato, mesmo fora dos casos expressos, ou, inversamente, adotada a regra da não suspensividade, autorizar o órgão judicial a dar efeito suspensivo ao recurso, quando necessário para evitar dano irreparável (assim, v.g., a Lei nº 8.069, art. 215, a Lei nº 9.099, art. 43, e, quanto ao relator, a Lei nº 9.139, no parágrafo único que acrescentou ao art. 558). Certo que tudo isso deveria ser precedido de pesquisa destinada a verificar a quantidade de apelações providas, a fim de permitir uma avaliação objetiva da relação custo/benefício (cf., *infra*, a parte final do comentário nº 259); e também acompanhar-se de medidas tendentes ao aprimoramento da atividade jurisdicional de primeira instância, em ordem a justificar maior confiança na correção dos seus pronunciamentos. (MOREIRA, 2005, p. 469).

Sobre a apelação, o renomado professor explica ainda que há tendência no sentido de se valorizar a atividade do juiz de primeira instância. Assim, nos ordenamentos do *common law* às vezes se atribui caráter rescindente ao julgamento do recurso, que tem como consequência a devolução do conhecimento ao juízo *a quo*, mesmo em erro de julgamento. Assim também a limitação ao conhecimento apenas de questões de direito, devendo os tribunais de segunda instância se ater aos fatos assentados pelo juízo *a quo*, como ocorre em Portugal (Código de Processo Civil, art. 712, nº 1), Alemanha, desde 2001 (ZPO, novo parágrafo 529, 1ª alínea, nº 1), e nos ordenamentos anglo-saxônicos (MOREIRA, 2005, p. 410-411).

Uma alternativa às sugestões de Barbosa Moreira seria, ainda, excluir o efeito suspensivo da apelação quando se tratar de demandas que envolvam direitos que possam ser reconduzidos à classe de individuais homogêneos, notadamente em face da administração pública e de prestadores de serviços como estabelecimentos bancários e empresas de telefonia. Tal alternativa não iria longe ao ponto de romper com a tradição do efeito suspensivo da apelação no direito brasileiro e iria de encontro à vontade de dar celeridade à resolução de demandas repetitivas.

Apesar de não haver estudos a respeito da resistência contra o fim do efeito suspensivo como regra geral para a apelação, não se pode desconsiderar a hipótese segundo a qual há desconfiança quanto à capacidade do juiz de primeira instância, de forma que somente tribunais teriam a prudência necessária para julgar casos adequadamente. Nesse sentido, a execução, mesmo provisória, seria invariavelmente gravosa, porque haveria ínsita a ideia de que a probabilidade maior seria de reforma da sentença.

Ovídio Baptista é bem mais contundente em sua crítica ao sistema recursal, responsável por retirar a legitimidade da jurisdição de primeira instância, sufocada “com uma infernal cadeia

recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório.” (SILVA, 2006, p. 240).

Essa ideologia é mais uma expressão do componente autoritário da cultura jurídica da modernidade, incapaz de lidar com a *diferença*, com a riqueza do individual e, conseqüentemente, com os casos concretos; é o testemunho de que nos conservamos fiéis a Savigny, praticando a recomendação que ele nos dera de fugir das complexidades da vida real, para ocultar-nos nas certezas das figuras geométricas, cujas verdades, sendo universais e eternas, podem ser normatizadas, ao passo que o caso concreto – que é a matéria-prima com que laboram os práticos –, como fenômeno histórico, portanto individual, não se submete às regras, às normatizações esquemáticas, que é o princípio sob a qual as instituições processuais foram plasmadas. A separação entre *direito e fato*, pressupostos de alguns recursos – mais do que isso, princípio estruturante do sistema –, é outro testemunho dessa matriz epistemológica. Direito enquanto norma, direito capaz de ser normatizado, direito que renuncia, ou aspira renunciar, às especificidades do “caso”. (SILVA, 2006, p. 240).

Nada há, no entanto, que reforce tais premissas. Os juízes de primeira instância são recrutados por meio de concurso público, que deveria servir como filtro de capacidade, e tanto ele como o ensino jurídico universitário podem ser remodelados para suprir eventuais deficiências. De outro lado, o acesso aos tribunais, desde a segunda instância, possui uma conotação acentuadamente política ao invés de principalmente meritória, ressalvado o acesso por antiguidade, que é um critério objetivo, porém, aleatório e igualmente desvinculado do mérito.

A tentativa de se justificar maior prudência nos julgamentos em tribunais, em razão da colegialidade, também não se sustenta em virtude de um fenômeno advindo do excesso de processos nos tribunais. A colegialidade, segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, com escoro em Nicolò Trocker, tem como objetivo ampliar o debate:

O diálogo no processo – seja com as partes, seja com [sic] entre os próprios julgadores – necessariamente “amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconceituosas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. Daí a razão pela qual os recursos são regidos pela regra da colegialidade [...] (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 524).

Nota-se que os membros de órgãos colegiados acompanham o relator muitas vezes de maneira indiscriminada, com o intuito de poupar trabalho e em confiança do que foi analisado pelo colega. Relata-se, inclusive, que a tendência a se evitar divergências nos tribunais de segunda instância se acentuou, a fim de se evitar a convocação de novos julgadores para prosseguimento do julgamento, em razão da inovação para julgamentos não unânimes de apelações, nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2016:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura acompanham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Na França, e muito embora por lá exista o denominado sistema de jurisdição dual, dotada de jurisdição administrativa, a execução contra a administração pública é satisfativa mesmo na pendência de recurso de apelação. Cantoario menciona que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece o direito à execução das decisões judiciais como integrante da garantia do devido processo legal, o que por sua vez implica na obrigação da administração de cumprir o julgamento. Ademais, afirma que a jurisprudência francesa reconhece a existência do dever de colaboração da administração nas causas em que ela é parte (CANTOARIO, 2016, p. 434-435).

A jurisdição administrativa como jurisdição especial, aliás, foi adotada também em Portugal, que conta com organização judiciária administrativa própria, denominada de Organização Judiciária Administrativa, composto por Supremo Tribunal Administrativo (STA), Tribunal Central Administrativo (TCA) e Tribunais Administrativos de Círculo (TACs), com seu particular Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA). Vânia Cardos André de Moraes explica que o Tribunal Central Administrativo foi criado para descongestionar o Supremo Tribunal Administrativo e exerce a competência para julgar contencioso administrativo (MORAES, 2012, p. 119-120).

A estrutura de trabalho também possui seu impacto na qualidade e celeridade do trabalho. A qualidade das instalações dos fóruns varia muito de cidade para cidade. Enquanto, principalmente nas capitais, há prédios adequados, principalmente no interior repetem-se casos

de prédios improvisados para a Justiça, até mesmo em casas adaptadas, o que gera problemas de espaço físico e de bem-estar.

Além disso, chama a atenção o fato de que, a despeito de se caminhar para a completa virtualização de processos, há lugares nos quais, por medida de economia de dinheiro, aumentou-se o número de técnicos e diminuiu-se o número de analistas das varas. Isso aconteceu, recentemente, na Justiça Federal. No entanto, à medida que o trabalho se virtualiza, desnecessária se torna a figura do técnico judiciário, pois as suas atividades precípua são substituídas por simples movimentações em caixas virtuais, acessíveis a qualquer um e desprovidas de qualquer demora ou complexidade. Dessa maneira, o bom rendimento da vara passa a depender de iniciativas individuais dos técnicos judiciários de adquirirem formação jurídica para realizarem atividades de analistas judiciários, sob pena de ociosidade.

Existem lugares, também, que vivenciam déficit regular de servidores. É comum a requisição de servidores capacitados de varas situadas em cidades pouco agradáveis, e que não raro possuem grande acervo processual, bem como a lotação provisória sem remoção em virtude de reconhecimento administrativo ou judicial de diversas situações, dentre as quais acompanhamento de cônjuge e tratamento de saúde. Em casos tais, o quadro fica incompleto por tempo indeterminado até a redistribuição do quadro de servidores, para possibilitar a lotação da vaga que, de fato, encontra-se ociosa.

Outra situação que é inadequada é aquela segundo a qual todas as varas possuem número idêntico de juízes e servidores, independentemente da maior ou menor necessidade do serviço. Tal organização contraria a lógica pois relega parte da força de trabalho à ociosidade enquanto sobrecarrega outra parcela, em prejuízo dos jurisdicionados. Para resolver esse problema, seria possível à administração realizar revisões periódicas dos quadros de servidores de cada vara de acordo com a necessidade do serviço, realizando alterações nos quadros e até mesmo remoção por interesse do serviço para servidores. Ressalva-se a impossibilidade de remoção de ofício de magistrados em razão da garantia constitucional da inamovibilidade.

Deve-se observar, também, a grande quantidade de tempo desperdiçada por juízes na execução de tarefas administrativas. Segundo relatório do Banco Mundial acerca do Poder Judiciário na América Latina e no Caribe, em 1996 constatou-se que os juízes, que não necessariamente possuem treinamento ou aptidões administrativas, gastam até 70% do seu tempo com questões administrativas (DAKOLIAS, 1996, p. 11).

Nos últimos anos essa tendência se agravou em razão da implementação de inúmeros acessos diretos a sistemas informatizados de terceiros, quase sempre atribuição exclusiva do juiz. Inserem-se nesse quadro os sistemas BACENJUD (para bloqueio de ativos financeiros),

RENAJUD (restrições veiculares), INFOJUD (informações fiscais), e até mesmo SERASAJUD (manutenção e retirada de indivíduos de cadastros de restrição ao crédito comercial).

Sob o pretexto de desburocratizar o trâmite de ofícios entre o Poder Judiciário e os órgãos relacionados às tarefas mencionadas, houve a substituição das tarefas administrativas desses órgãos pelo juiz, com incremento indisfarçável de atividade não vinculada diretamente ao ofício judicante, bem como aumento de gasto com papel e impressão de documentos, especialmente em razão das volumosas informações fiscais.

As questões acima elencadas acerca da estrutura e pessoal do Poder Judiciário dependem, no entanto, da efetiva independência orçamentária. Nada obstante conste da Constituição Federal que ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (art. 99), as propostas orçamentárias dos tribunais devem ser elaboradas conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (parágrafo primeiro), e o Poder Executivo tem o poder de realizar ajustes nessas propostas orçamentárias (parágrafo quarto). É evidente que a autonomia consagrada no *caput* do art. 99 da Constituição Federal sofre sérias limitações ante o Poder Executivo – e porque não também ante o Poder Legislativo, que ao fim e cabo é quem aprova a Lei Orçamentária Anual. O corte das propostas orçamentárias encaminhadas por tribunais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive é uma tendência que se verifica reiteradamente nos últimos anos, cause de severas restrições na prestação jurisdicional.

Não é por outra razão que, já em 1996, o Bando Mundial apresentava como um óbice à efetividade do Judiciário tanto a falta de autonomia orçamentária do Judiciário quanto a má alocação dos recursos dentro do Poder Judiciário e má administração em razão de falta de pessoal qualificado no trato do assunto (DAKOLIAS, 1996, p. 34-35).

A má distribuição do orçamento impacta com maior violência a primeira instância. Atento a esse fenômeno, o Conselho Nacional de Justiça mantém, desde 2013, a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição. Destacam-se a Resolução nº 195/2014, que dispõe sobre a distribuição de orçamento nos órgãos do Poder Judiciário, e a Resolução nº 219/2016, que trata da distribuição de servidores, de cargos de confiança e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeira e segunda instância.

A administração das varas merece igual atenção ao se tratar de eficiência da prestação jurisdicional. Sob esse enfoque, há interessante obra de Haddad e Pedrosa, no qual abordam o tema de maneira específica a partir da experiência concreta de Haddad como juiz federal da vara da Subseção Judiciária de Montes Claros/MG, onde se adotou um denominado modelo de gestão. As atividades de um modelo de gestão se repetem ao longo do tempo em ciclos, dos

quais o mais comum é o PDCA, que significa planejar (*plan*), executar o planejado (*do*), avaliar os resultados (*check*) e realizar os ajustes necessários com vistas ao objetivo (*act*) (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 57).

O próximo passo foi definir a estrutura do modelo de gestão, quando se convencionou distribuir o trabalho dos servidores por tarefas e por tipo de procedimento, conforme o rito a que submetidos os processos (penal, cível, juizado especial e execuções fiscais) (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 58), ao que se seguiu a implementação de táticas pontuais, como organização de escaninhos, postergação de decisões liminares para a sentença e sua priorização e unificação de gabinetes dos dois juízes da vara, titular e substituto; bem como o estabelecimento de rotinas como bacenjud imediato, elaboração de despacho-mandado, maior atenção na preparação de audiências criminais (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 62-82).

Mencionou-se, também, a necessidade de acompanhamento de rotinas por meio de indicadores, que devem ser adequados às metas e objetivos propostos no modelo de gestão, de forma a dar suporte às decisões gerenciais a serem tomadas. Essas metas, por sua vez, devem ser mensuráveis, atingíveis, relevantes e temporais (sistema denominado de SMART, em inglês) (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 105-116).

A respeito da razoável duração do processo, foram estabelecidos prazos para conclusão de cada tipo de processo, com fundamento na soma dos prazos processuais previstos para cada rito, acrescido do prazo de 20 dias para eventual emenda à inicial. Estabelecidos os prazos, a sua observância se deu mediante a utilização de um programa de computador denominado de CTPJ (Controle do Trâmite de Processos Judiciais), que controla os processos ao longo do tempo desde o ajuizamento (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 119-142). Outro método de controle aplicado foi o denominado método GUT (Gravidade, Urgência e Tendência), que se utiliza os três índices para estabelecer quais os processos que devem ter prioridade na vara (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 145).

Por fim, Haddad e Pedrosa atribuem importância à gestão de pessoas, por meio do estímulo ao envolvimento e autoestima dos servidores, desenvolvimento de competências mediante um estilo adequado de liderança e motivação (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 177-195). O trabalho dos dois autores é interessante porque o modelo de valorização dos juízes, praticamente inexistente dado o modelo de promoção, não estimula práticas de gestão, confinadas a iniciativas individuais e pontuais, mas cuja implementação pode significar ganhos de eficiência sem aumento de gastos.

No direito norte-americano, a gestão de processos teve início que pode ser datado da década de 70, com ganho de importância nas décadas de 80 e 90 em meio a críticas de

congestionamento judiciário. Segundo Silva, a lei (*Civil Justice Reform Act*, de 1990), confere poderes aos tribunais para criarem programas de gerenciamentos adequados às suas realidades. Destaca-se o contato do juiz com o processo em seu início, especialmente em audiência preliminar, que permite exercício de contraditório substancial e agendamento de atos e resolução de questões prejudiciais. Também há forte estímulo à adoção de mecanismos de resolução alternativa de conflitos, e alguns tribunais exigem comprovante dessa tentativa como condição da ação (SILVA, 2010, p. 38-39).

No Reino Unido, o gerenciamento de processos encontra-se no contexto da ampla reforma levada a cabo por um inédito Código de Processo Civil – *Civil Procedure Rules* CPR), de 1999, que teve como proposição a mudança de foco do caráter adversarial para a organização e condução dos processos para o juiz. A lei prevê três tipos de procedimentos, a depender do valor e complexidade das causas, e estipula prazos para a conclusão dos processos mais simples ou fixação de cronograma para a resolução do conflito, nos casos mais complexos (SILVA, 2010, p. 45). Nas palavras de Andrews:

A gestão de processos tem três funções principais: encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível [...]; evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente, conforme exigido pelo “Objetivo Preponderante”, CRP, Seção I. Este aspecto da Seção I exige que o tribunal e as partes levem em conta haver ações que disputam o mesmo espaço e outros litigantes que também pretendem obter acesso aos juízes, cuja disponibilidade de “espaço” para julgamento demonstra bem o quanto são escassas as efetivas possibilidades dos tribunais. (ANDREWS, 2012, p. 140).

Silva aponta que, após a implementação dos sistemas de gerenciamento nos Estados Unidos e Reino Unido, houve pesquisas sobre os resultados, nos quais se constatou diminuição pequena do tempo de processos em relação ao aumento dos custos, principalmente em razão da maior carga de trabalho de advogados e juízes (SILVA, 2010, p. 49-52).

Ainda no direito inglês, o sistema CPR introduziu um conjunto de protocolos pré-litígio, cujo objetivo é promover a troca eficiente de informações entre as partes, inclusive para a promoção de acordo ou ao menos para estabelecer bases para um processo mais eficiente. No contexto dos protocolos pré-litígio encontra-se a *disclosure*, regra segundo a qual cada uma das partes deve exhibir e permitir a inspeção de: “documentos em que pretende apoiar seus argumentos, neles depositando sua confiança; ou aqueles que afetam negativamente sua causa ou, positivamente, a da outra parte” (SILVA, 2010, p. 203-295), cuja omissão é sancionada com aumento de custas processuais.

Os procedimentos pré-litígio, especialmente a *disclosure*, merecem especial atenção para a obtenção de um comportamento leal entre as partes, como almeja o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo sexto e artigo setenta e sete; este último praticamente repetiu a regra do Código anterior e não contempla, ao menos expressamente, o dever de lealdade com relação aos documentos e provas de interesse da parte contrária.

Mais do que isso, o acesso, pelo menos às provas que diminuem a percepção de sucesso da demanda, são positivas para a celebração de acordos, segundo a teoria dos jogos. Isso porque o valor esperado ao final do processo diverge em relação a cada uma das partes em função de informações privadas ou assimétricas. Assim, a troca de informações entre as partes permite que se firmem bases sólidas para a realização de acordos e, conseqüentemente, diminuição do congestionamento judiciário (COOTER; ULEN, 2010, p. 423).

Estudos de teoria dos jogos também demonstram que o sistema de custas judiciais segundo o qual o perdedor paga tudo causa penalização da firmeza durante as negociações, porque quanto mais uma parte exige, maior a probabilidade de precisar pagar os custos do litígio da outra (COOTER; ULEN, 2010, p. 441).

Outro ponto que vem recebendo destaque é a possibilidade de utilização de inteligência artificial no meio jurídico. É o caso, por exemplo, de um estudo conduzido pela University College London e universidades de Sheffield e Pennsylvania, no qual uma inteligência artificial conseguiu prever vereditos da Convenção Europeia de Direitos Humanos com precisão de 79% (WAKEFIELD, 2016). Uma outra notícia informa acerca da criação de um algoritmo capaz de aumentar o acerto de concessões de liberdades provisórias (*pretrial release*) (JUNG, 2017), e já existe inteligência artificial em uso no Estado de Nova York responsável por gerar avaliações a respeito de risco de violência ou reincidência para utilização por parte dos juízes (LIPTAK, 2017). Nesse particular, questiona-se a validade do uso de tais estimativas, considerando-se que somente o proprietário dos direitos autorais do *software* sabe os algoritmos responsáveis pelo resultado do programa.

Na área cível, uma plataforma denominada LawGeex é capaz de analisar a adequação de contratos ao direito, bem como informa quais cláusulas estão faltando e quais merecem revisão, tudo em uma média de uma hora após a disponibilização (*upload*) do contrato pelo interessado. O proprietário da empresa afirma que se trata de um programa que visa a auxiliar advogados com tarefas burocráticas (KOHN, 2017).

Se a utilização da inteligência artificial ainda está em sua infância, no Brasil ainda está mais rudimentar. Sua utilização em terras brasileiras concentra-se realmente em atividades burocráticas, como o caso do escritório de Bauru que utiliza programas para fazer o recebimento

e cadastro de novas demandas, juntar petições em processos, elaborar guias para pagamento de custas, enviá-las aos clientes e conferir o pagamento. Também auxiliam fornecendo rápido mecanismo de reprodução de razões para processos repetitivos, nos quais cabe ao advogado apenas marcar quais os argumentos desejam que constem dos processos (CARDOSO; VASCONCELLOS, 2016).

A mesma aplicação rudimentar se verifica no Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, que adotou o programa Assistente Digital do Promotor, que auxilia na busca por jurisprudência adequada para os casos analisados pelos promotores (MINISTÉRIO..., 2017).

Apesar de a utilização de inteligência artificial ser uma tendência em expansão, no Brasil ainda é algo bastante remoto, especialmente no serviço público, notadamente em razão de custos para implementação e falta de competência administrativa. É difícil apostar, em curto prazo, em utilização de inteligência artificial produzida por empresas privadas se até mesmo a virtualização dos processos não é uma realidade comum em todas os Estados e nem mesmo na Justiça Federal, e quando não há sequer prédios adequados para instalações de varas em muitas cidades do interior do país.

Não se pode deixar de mencionar que as medidas tomadas no âmbito judicial tendentes a resolver o problema das demandas repetitivas são apenas reativas. É difícil vislumbrar alteração do cenário enquanto for economicamente viável e não houver atribuição de responsabilidade para atividades ilícitas reiteradas, seja no âmbito da administração pública, seja no seio da iniciativa privada. Sobressai o papel de controle das agências reguladoras e do administrador público em geral de evitar ou cessar as ilicitudes tão logo reconhecidas pelo Poder Judiciário. Acerca do assunto, o parágrafo segundo do art. 985 §2º do CPC, que trata de incidente de resolução de demandas repetitivas, é didático ao mencionar que

Art. 985. [...] §2º se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. (BRASIL, 2015a).

6 CONCLUSÃO

No Reino Unido, o sistema de precedentes é visto de maneira positiva, pois respeita a separação de poderes, no sentido de que uma decisão dos tribunais só pode ser revista pelo Poder Legislativo, implica na possibilidade de o cidadão confiar na perseverança das decisões judiciais, respeita a justiça formal de tratar casos semelhantes de forma semelhante e favorece à economia ao evitar julgamento repetido de questões já decididas pela mais alta autoridade judiciária.

Não há nenhuma regra explícita que determina o respeito aos precedentes no Reino Unido. Esse respeito se dá do ponto de vista interno da atividade judicial, que significa que ele aceita as regras aplicáveis à atividade como padrão para o seu próprio comportamento e o de outros juízes. Dessa forma, o sistema de precedentes figura como uma prática correta do ponto de vista interno, uma norma da atividade judiciária.

Os precedentes eram absolutamente vinculantes até mesmo à antiga maior corte do Reino Unido, a *House of Lords*, até o ano de 1966, quando o *Practice Statement* estabeleceu que seria possível à Corte Suprema se afastar de precedentes anteriores quando se demonstrarem inconvenientes ou inadequados. Apesar disso, a prática preferida naquela corte foi a de tratar casos tais indiretamente, por meio de *distinguishes*.

Apenas a *ratio decidendi* é a parte vinculante de um precedente, não argumentações ou explicações, que são *obiter dicta*. MacCormick e Summers sugerem que *ratio decidendi* é um julgamento expressa ou implicitamente proferido por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito, o qual foi necessário para a sua justificação da decisão do caso (MACCORMICK; SUMMERS, 1997).

Nos Estados Unidos da América, pode haver substancial diferença na estrutura da jurisdição em cada um dos 50 Estados da federação; além disso, há a jurisdição federal. Os tribunais estaduais seguem precedentes de tribunais federais em interpretações de legislação federal, e menos em casos de interpretação constitucional. Por outro lado, os tribunais federais acompanham os estaduais em precedentes acerca de legislação estadual, constituição estadual e *common law* estadual.

O papel do precedente varia de acordo com a área do Direito nos Estados Unidos da América: contratos, responsabilidade civil e propriedade são primariamente regulados por precedentes de *common law*, e há vários precedentes que interpretam leis. Nas áreas nas quais há leis, elas são o ponto principal de análise, e as leis prevalecem sobre quaisquer precedentes conflitantes (e a constituição prevalece sobre leis e *case law*).

Naquele país, costuma-se referir que o que vincula em um precedente é a sua *holding*. Diferente de *ratio decidendi*, a *holding* seria uma generalização de uma regra encontrada para um caso específico.

Há divergência teórica sobre a forma de raciocínio utilizado nos sistemas de *common law* e *civil law*. Enquanto grande parte da doutrina afirma que o *common law* se vale de raciocínio indutivo e o *civil law* de raciocínio dedutivo, há também posição no sentido de que ambos se valem da mesma forma de raciocínio, de busca de regra geral para o caso concreto. Ainda, há posição no sentido com a qual concordamos de que, em ambos, o raciocínio é dedutivo, e a diferença existente é no momento de utilização desse raciocínio. Quando se está diante de direito legislado, o raciocínio dedutivo é aplicado em forma de silogismo. Quando se trata de decisão sobre *case law*, primeiro o juiz escolhe a regra relevante, e depois as conclusões são obtidas pelo raciocínio dedutivo.

Segundo a percepção do realismo jurídico, movimento que teve espaço nos anos 70 nos Estados Unidos da América, muitas regras e princípios possuíam exceções ou regras e princípios opostos que poderiam ser invocados para obter o resultado pretendido, o que conduziria a ampla liberdade no sistema de *stare decisis*, pois cada precedente poderia ser manipulado pelo julgador futuro como bem entendesse. Tal visão é contemporizada pelo argumento segundo o qual o juiz deve decidir a partir de princípios de direito existentes, de forma a conferir-lhe plausibilidade, perante a comunidade jurídica, mesmo que se afaste de precedentes. Nas obras pesquisadas, não encontramos contrapontos incisivos contra as advertências realistas sobre o manejo de precedentes.

Precedentes não são criados pensando em aplicação futura, são meramente regras universalizáveis, princípios gerais que podem ser extraídos de julgamentos de casos concretos. Isso significa que precedentes, como pensados no Reino Unido e Estados Unidos da América, dependem em grande medida de interpretações posteriores por parte de novos julgadores, inclusive de instâncias inferiores. A eles cabe, também, refinar as regras gerais lançadas em decisões entendidas como precedentes.

As reformas envolvendo o Poder Judiciário envolvem ou o excesso de demandas, principalmente nas instâncias superiores, ou tentativas de conter o ativismo judiciário, sempre que incomoda o Poder Executivo ou o Legislativo. As alterações visando a resolver o excesso de demandas passaram principalmente pela criação de órgãos jurisdicionais e filtros recursais. De outro lado, aquelas que visavam ao ativismo judiciário tiveram conotação autoritária, de vinculação das instâncias inferiores às decisões proferidas nas instâncias superiores.

De objetivação denomina-se o fenômeno segundo o qual as decisões exaradas por instâncias superiores possuem a qualidade de irradiarem obrigatoriedade automaticamente perante todo o ordenamento jurídico. Argumenta-se, inclusive, que está em curso uma transformação do propósito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para Cortes Supremas, cuja principal missão seria a de criar normas para pacificação da interpretação do Direito. Posicionamo-nos contra tal pensamento, em razão de entendermos que o Direito não ganha vida somente nas instâncias superiores. Muito antes pelo contrário, é inviável atribuir a poucas pessoas que detêm a qualidade de ministros de tribunais superiores a prerrogativa e a missão de definir o Direito para um país de estatura continental como o Brasil, em prejuízo da participação efetiva dos interessados nos casos concretos, mediante seus advogados, bem como das demais instâncias do Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil brasileiro adotou uma postura que exige a mais ampla participação em contraditório efetivo dos interessados no processo, como garantia inclusive de influência na produção do resultado judiciário. Há também expressa previsão de vedação às denominadas decisões-surpresa, em semelhança com o que ocorre na França e na Alemanha. O princípio da colaboração no processo civil difere, no Brasil, de suas origens germânicas, onde significou rompimento com a ideologia liberal e assunção de postura mais ativa por parte do juiz, que passou a deter poderes para sanar e esclarecer elementos com a participação das partes, bem como dever das partes de não se afastarem da verdade dos fatos. Pode-se dizer que não houve ruptura radical com o modelo de participação existente no Código de Processo Civil de 1973, e sim o seu aprimoramento.

Houve também mudanças no trato da fundamentação das decisões judiciais, que passou a contar com expressas vedações e direcionamentos. Sobressai o caráter eminentemente pedagógico da medida, que visa a atacar situações nas quais se constatavam evidentes defeitos de fundamentação mesmo sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (fundamentações genéricas, mediante emprego de texto legal sem vinculação ao caso concreto, utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou fundamentação capaz de servir a qualquer caso – e não somente a casos idênticos), mas cuja ocorrência derivada da má prática, mesmo que indesejável, não se pode negar naqueles tempos e nem mesmo com as alterações legislativas.

A vinculação dos fundamentos da decisão aos argumentos e elementos de prova do processo permite impedir a tendência à confirmação das primeiras impressões do juiz. Além disso, a decisão judicial deve se sujeitar a critérios de justificação interna e externa.

Sugere-se como modelo de decisões judiciais bem fundamentadas as sentenças proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são extremamente atenciosas com todos os aspectos colocados em discussão, e seu procedimento permite ampla participação dos interessados e amadurecimento da causa. De outro lado, é difícil visualizar sua ampla adoção no Brasil, considerados diversos fatores. O primeiro deles o tempo do processo, já que a instrução ocorreu em dois momentos, primeiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e depois na Corte propriamente dita, e levou 11 anos até ser efetivamente julgado. Esse prazo é excessivo se pensado para a jurisdição ordinária de qualquer país que pretenda ter um Poder Judiciário efetivo. Depois, o Brasil conta com uma sociedade extremamente judicializada, devido, entre outros aspectos, a um Estado burocrático que voluntariamente protela o cumprimento de suas obrigações, formação jurídica geralmente precária e fraco controle de qualidade no ingresso da carreira advocatícia, além de cobrança por produtividade numérica por parte dos magistrados.

Desde o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a ideia de precedentes não está vinculada às raízes do *common law*, e sim com a proclamada necessidade de se diminuir o número de processos repetitivos e dar-lhes tratamento uniforme. O Código de Processo Civil de 2015, tão individualista quanto seu antecessor, optou por criar mecanismos de vinculação das instâncias inferiores às decisões de instâncias superiores, bem como de jurisdição imediata por parte das instâncias superiores.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil determinou que os juízes e tribunais reproduzam, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A concentração de poder de julgar nas instâncias superiores, bem como a supressão de instância, verifica-se nos mecanismos criados para suspensão de julgamentos em instâncias inferiores no aguardo de julgamento vinculante por instâncias superiores. Assim, no novo Código de Processo Civil, é expressa a suspensão de todos os processos pendentes em qualquer grau de jurisdição em todo o território nacional, de recursos extraordinários submetidos ao regime de repercussão geral e recursos extraordinários e especiais repetitivos.

O mesmo ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas, que, além do mais, oferece poucas oportunidades de participação dos interessados, especialmente se se considerar

que a tese fixada ao final não pode ser alterada mediante a provocação de cidadãos, senão somente de ofício ou mediante provocação do Ministério Público e Defensoria Pública. Na mesma tendência centralizadora, a improcedência liminar da demanda foi alterada para ser cabível somente quando repetir decisões de instâncias superiores, sendo vedado julgar liminarmente uma demanda improcedente a partir de outras decisões prolatadas pelo mesmo juízo.

Verifica-se que o novo Código de Processo Civil possui, na verdade, tendência centralizadora de poder nas instâncias superiores. Tal sem mostra inadequado ante um processo que se pretenda verdadeiramente participativo e democrático, pois deposita toda a confiança da tarefa de interpretação e criação do direito aos integrantes de tribunais superiores. Como a seleção de membros de tribunais superiores envolve critérios muito mais políticos do que jurídicos, esse aspecto acaba transportado para o âmbito dos julgamentos. Não se pode esquecer ainda da advertência realista no sentido de que os julgadores podem lançar mão de artifícios para fugir de precedentes, e nos tribunais superiores essa tendência é marcante, como exemplifica a recalcitrância de Ministros do Supremo Tribunal Federal vencidos de admitirem a execução da pena após condenação criminal em segunda instância.

A centralização de poder nas instâncias superiores inutiliza o juiz de primeira instância, castrado em sua independência funcional, e o exclui da possibilidade de contribuir para a realização do direito, limitando-se a sua utilidade apenas no poder de conceder ou negar liminares em casos simples, alheios ao controle mediante suspensão de liminar. Além disso, a primeira instância perde importância como local adequado para o debate e participação dos interessados nos resultados de seus próprios processos, o que dificilmente vai se concretizar nas instâncias superiores, devido à dificuldade de se alterar entendimentos ali consolidados em virtude da carga de trabalho, no que concerne a processos repetitivos.

Com vistas unicamente a solucionar demandas repetitivas, é possível tomar medidas eficientes que respeitem e valorizem a atividade na primeira instância de jurisdição.

A primeira solução adequada a esse parâmetro seria a revalorização do processo coletivo. Ele possui vantagem sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas porque não implica na suspensão indeterminada de processos aguardando julgamento definitivo. Além disso, existe ganho de participação dos interessados no convencimento judicial e há a possibilidade de se atacar a verdadeira causa do dano, ao invés de apenas gerar reparações individuais que podem ser, no mais das vezes, insignificantes, o que não geraria estímulo para a cessação das práticas ilegais subjacentes. Por outro lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas não apresenta ganhos em face do processo coletivo, porque após a fixação

da tese jurídica, ela deveria ser aplicada, em análise individual, a todos os processos individuais relacionados, o que não difere da liquidação e execução previstas para processos coletivos acerca de interesses individuais homogêneos.

Essa solução, no entanto, passa pela reformulação do processo coletivo. Primeiro, houve limitações impostas primeiro pela jurisprudência, depois pela lei, com o intuito de se limitar a abrangência do processo coletivo, especialmente com relação a interesses individuais homogêneos e sobre o âmbito de validade dos julgamentos. Depois, até a mais respeitada doutrina menciona a ocorrência de mau uso do processo coletivo de maneira sensacionalista, principalmente em relação ao meio-ambiente e direito do consumidor, o que demandaria verdadeira mudança cultural acerca do instituto.

O direito comparado pode também auxiliar. Em Portugal e na Espanha, por exemplo, há mecanismos parecidos com o incidente de resolução de demandas repetitivas e com o processo coletivo relacionados a interesses individuais homogêneos, respectivamente, cujo processamento ocorre na primeira instância.

Outra solução pensada é o fim do efeito suspensivo da apelação, em nítida atitude de valorização do juiz de primeira instância. Isso seria viável se se respeitasse garantias de execução provisória. Uma alternativa seria, ainda, excluir o efeito suspensivo da apelação quando se tratar de demandas que envolvam direitos que possam ser reconduzidos à classe de individuais homogêneos, notadamente em face da administração pública e de prestadores de serviços como estabelecimentos bancários e empresas de telefonia.

O fim do efeito suspensivo ainda seria justificável segundo a tendência que se observa de membros de órgãos colegiados limitarem-se a seguir indiscriminadamente os votos dos relatores, anulando, por consequência, os supostos benefícios do princípio da colegialidade. Há relatos que essa tendência aumentou como forma de escapar da necessidade de se convocar mais julgadores para continuar no julgamento de apelações decididas de forma não unânimes.

Uma possibilidade para agilizar julgamentos em um país no qual o Estado é o maior litigante poderia ser, também, a criação de um sistema de jurisdição administrativa, como ocorre, com suas respectivas nuances, na França e em Portugal.

A administração judiciária também tem seu impacto no trabalho da primeira instância. Há medidas que podem e dever ser tomadas desde aquelas que possuem custo considerável quanto aquelas que passam apenas por medidas de gestão. Dentre aquelas que geram custos, merece destaque a falta de estrutura do Poder Judiciário no interior, que goza muitas vezes de sedes em prédios ou casas (mal) adaptados. Em meio à crescente virtualização do processo, há tribunais que diminuíram o número de analistas e aumentaram o de técnicos, sem conhecimento

específico em Direito, que pode levar à ociosidade em razão do fim das atividades típicas da carreira, dependentes de processos físicos.

Tanto nos Estados Unidos como no Reino Unido, medidas de gestão foram aplicadas que incluíram maior atividade de cognição no início do processo, até mesmo com a obrigação de apresentar documentos importantes para a outra parte e necessidade de adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos. Tais medidas ampliaram os custos dos processos em razão do aumento da carga de trabalho de juízes e advogados, mas apresentaram aumento de eficiência.

A teoria dos jogos prevê que a obrigatoriedade de apresentação de documentos de interesse da outra parte, especialmente os negativos, aumenta as chances de acordo no início ou até mesmo antes do processo, pois elimina perspectivas erroneamente positivas acerca de um julgamento favorável, causada pela insuficiência de informações. Essa análise econômica do Direito também afirma que o aumento do custo do processo inibe comportamento muito agressivo e relutante na mesa de negociações e pode contribuir efetivamente para acordo.

Verifica-se o crescimento da utilização de inteligência artificial no manejo de questões jurídicas. Há menção de programas que ajudam juízes, no Estados Unidos, a estabelecer o perfil do réu criminal em vista da possibilidade de soltura ou manutenção de prisão, bem como programa que realiza revisão de contratos em pequeno prazo e fornece ainda informações a respeito de cláusulas ilegais ou sobre a ausência de cláusulas importantes. No caso específico do Direito Penal, questiona-se a validade de se utilizar conclusões fornecidas por *softwares* cujos critérios são sigilosos, protegidos por direitos autorais das empresas que os fabricam.

O uso de inteligência artificial, no entanto, ainda é embrionário, especialmente no Brasil, em que alguns programas auxiliam advogados e Ministério Público apenas na seleção de jurisprudência e de trechos de argumentações para casos repetitivos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Geroges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo v. 41, n. 253, p. 57-108, mar. 2016.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de. Estatística judiciária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 9-18, abr./jun. 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 233-255, jan. 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo: a efetividade constitucional e o projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 333-345, mar. 2012.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A crise do Supremo**: congestionamento. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo. Acesso em 09 mar. 2017b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A justiça federal de 1946**. Brasília: STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes>. Acesso em: 07 mar. 2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 56.745/SP. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 16/11/1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental Nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 677.314/DF. Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 04/02/2016. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Nasce o Recurso Especial**. Brasília: STJ, 2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Nasce-o-Recurso-Especial>. Acesso em 21 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2016**. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acervo processual**. Brasília: STF, 2017c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervostf.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.267/MG. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 03/05/2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268/MG. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 05/02/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 set. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem AI nº 791.292/RG. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 23/06/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 ago. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 197.917/SP. Relator Maurício Corrêa, julgado em: 06/06/2002. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 298.694/SP. Relator Sepúlveda Pertence, julgado em: 06/08/2003. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 370.682/SC. Relator Gilmar Mendes, julgado em: 25/06/2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Gilmar Mendes, julgado em: 20/03/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 400, de 03 de abril de 1964. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 maio 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=400.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulmas>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZUID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1960. (Aula inaugural).

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 215, p. 207-246, jan. 2013.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Notas sobre a execução contra a fazenda pública no direito francês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 429-466, dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Maurício; VASCONCELLOS, Marcos de. Com robôs, escritório atua em mais de 360 mil processos com 420 advogados. **Revista Consultor Jurídico**, 5 mar. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/robos-escritorio-atua-360-mil-processos-420-advogados>>. Acesso em: 04 maio 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Taxa de congestionamento**. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Duque VS. Colômbia**: Sentença de 26 de Febrero de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A consolidação da “objetivação” no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 265, p. 179-189, mar. 2017.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english Law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. (e-book).

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Maurício Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 263-292, set. 2014.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma. Washington: Banco Mundial, 1996. (Documento Técnico, 319). Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2014/12/WTP319-portuguese.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 323/344, dez. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. (e-book).

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. São Paulo: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 265, p. 419-444, mar. 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 141, p. 150-179, nov. 2006.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 265, p. 213-218, mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís A. Capanema. **Administração judicial aplicada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 39, n. 227, p. 335-339, jan. 2014.

JUNG, Jongbin *et al.* Creating simple rules for complex decisions. **Harvard Business Review**, 19 Apr. 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/04/creating-simple-rules-for-complex-decisions?utm_campaign=hbr&utm_source=facebook&utm_medium=social>. Acesso em: 04 maio 2017.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 59-83, jun. 2015.

KOHN, Alice. **An AI law firm wants to ‘automate the entire legal world’**. Futurism, 2017. Disponível em: <<https://futurism.com/an-ai-law-firm-wants-to-automate-the-entire-legal-world/>>. Acesso em: 04 maio 2017.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 167-190, abr. 2012.

LIPIENSKI, Marcos Vinicius. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o processo coletivo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFMG/ FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 24, 2015, Belo Horizonte. **Acesso à justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/8xr5f0t5/N40L7klQM9262jke.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

LIPTAK, Adam. Sent to prison by a software program's secret algorithms. **New York Times**, 1 May 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html?_r=0>. Acesso em: 04 maio 2017.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 1997. (e-book).

MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 43-64, abr. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 220, p. 33-47, nov. 2014.

MINISTÉRIO Público começa a usar inteligência artificial para acusar. **Revista Consultor Jurídico**, 28 abr. 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-abr-28/mp-comeca-usar-inteligencia-artificial-elaborar-acusacoes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 04 maio 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJF, 2012. (Série Monografias do CEJ, n. 14).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: volume 5: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

NEGRÃO, Theotônio. O novo recurso extraordinário: perspectivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 79, n. 656, p. 239-249, 1990.

NUNES, Bruno José Silva. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quintaud. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 335-396, jan. 2017.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5. ed. Clark: The Lawbook Exchange, 1956.

POUND, Roscoe. Common law and legislation. **Harvard Law Review**, v. 21, n. 6, p. 383-407, Apr. 1908.

RIBEIRO, Douglas dos Santos. O caráter individualista do novo CPC e o alívio do setor produtivo. **Mígalhas**, 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218188,71043-O+carater+individualista+do+novo+CPC+e+o+alivio+do+setor+produtivo>>. Acesso em: 02 maio 2017.

RODRIGUES, Leôncio Martins; SADEK, Maria Tereza Aina. **El Brasil de Lula**: deputados y magistrados. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/ctdh3/pdf/rodrigues-9788579820359.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 425-435, abr. 2015.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1991. (e-book).

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. (e-book).

SCHAUER, Frederick. Why precedent in law (and elsewhere) is not tottaly (or even substantially) about analogy. **Perspectives on Psychological Science**, v. 3, n. 6, p. 454-460, Nov. 2008. Disponível em <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/schauer-2008-analogy.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 350-382, dez. 2013.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SINGER, Joseph William. Legal realism now [comments]. **California Law Review**, v. 76, n. 2, p. 465-544, Mar. 1988.
- STONE, Julius. 1966 and all that! Loosing the chains of precedent. **Columbia Law Review**, v. 69, n. 7, p. 1162-1202, Nov. 1969.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding legal realism. **Texas Law Review**, v. 87, n. 4, p. 731-785, Mar. 2009.
- TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas: aspectos gerais. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. **Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos**, Madrid, v. 7, n. 11, p. 99-124, jan./dez. 2002.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 99-109, abr. 2014.
- WAKEFIELD, Jane. AI predicts outcome of human rights cases. **BBC News**, 23 Oct. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-37727387>>. Acesso em: 04 maio 2017.