

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Lílian Regina Ioti Henrique Gaspar

Previsibilidade do Direito no Sistema Processual Civil Brasileiro:

Enfoque na Técnica de Julgamento dos

Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Lílian Regina Ioti Henrique Gaspar

Previsibilidade do Direito no Sistema Processual Civil Brasileiro:

Enfoque na Técnica de Julgamento dos

Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador _____

2º Examinador _____

3º Examinador _____

Ao meu pai, Cícero Henrique, e à minha mãe, Sidney Ioti Henrique, pela minha formação e pelo amor incondicional.

Ao meu irmão, Márcio Alexandre Ioti Henrique, pelo incentivo, ao ser um exemplo a ser seguido.

Ao meu amado marido, André Marcelo Gaspar, pela extrema paciência e pelo incansável auxílio em todos os momentos dedicados a este trabalho.

Os meus agradecimentos ao Professor Doutor João Batista Lopes, que além de sua orientação, proporcionou-me grandes lições não apenas em Direito.

Agradeço, também, à Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, pela amizade e parceria desenvolvida nos últimos anos.

RESUMO

Tanto os sistemas jurisdicionais de *Common Law*, quanto as jurisdições de *Civil Law*, tem por objetivo o resguardo da segurança jurídica e da isonomia, tendo em vista que tais princípios são essenciais para a garantia de uma sociedade justa e igualitária.

O presente trabalho demonstrará a importância da previsibilidade do direito para o estabelecimento de um Estado fundado nesses preceitos.

Nesse sentido, ganham relevância os Tribunais de Cúpula, na medida em que são eles os responsáveis por conceder unidade ao direito, unidade esta que pode ser alcançada por meio do estabelecimento de precedentes, que devem ser seguidos pelos tribunais hierarquicamente inferiores.

Assim, a ideia de que o Judiciário é órgão que atua, tão somente, na resolução dos conflitos individuais é obsoleta e não mais condiz com a noção de sistema, que deve imperar em qualquer ordenamento jurídico. Com efeito, é com base nas posições adotadas pelo Poder Judiciário que os cidadãos devem pautar suas condutas.

Portanto, para que o sistema jurisdicional seja efetivo e consiga proporcionar segurança jurídica e isonomia aos cidadãos, deve haver mecanismos capazes de conferir força obrigatória aos precedentes judiciais.

Diante disso, será, então, enfocada a técnica de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelas Leis 11.418 de 2006 e 11.472 de 2008, por meio dos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, como forma de demonstrar a sua capacidade de assegurar previsibilidade ao direito, ao conceder unidade à sua interpretação, possibilitando que casos idênticos recebam a mesma solução do Judiciário.

Dentro dessa ótica será desenvolvido este trabalho, que, de uma maneira crítica, tentará forçar uma maior reflexão acerca dos institutos envolvidos.

Palavras-Chaves: Previsibilidade do Direito – Precedentes Judiciais – *Common Law* – *Civil Law* – Tribunais Superiores – Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos

ABSTRACT

Both the Common Law legal systems and the Civil Law jurisdictions, aims to guard legal certainty and equality, given that these principles are essential to ensuring a fair and equitable society.

This paper will demonstrate the importance of predictability for the establishment of a state founded on these principles.

In this sense, become relevant the Supreme Courts, to the extent that they are responsible for giving unit to the law, that can be achieved through the establishment of precedents, to be followed by hierarchically lower courts.

Thus, the idea that the judiciary is the body that acts, alone, in the resolution of individual disputes is obsolete and no longer consistent with the notion of system that must prevail in any legal system. It is based on the positions adopted by the judiciary that citizens should guide their conduct.

Therefore, for the judicial system to be effective and can provide legal certainty and equality for citizens, there must be mechanisms to confer binding to judicial precedents.

Given this, will then be focused the technique of repetitive extraordinary and special appeals trial, introduced in our legal system by the Acts 11.418 passed in 2006 and 11.472 passed in 2008, through the articles 543-B and 543-C of the Civil Procedure Code, as a way to demonstrate their ability to provide predictability to the law, by giving unity to its interpretation, enabling identical cases receive the same solution of the judiciary.

Within this perspective this work, which, in a critical way, try to force a larger reflection on the institutes involved will be developed.

Key Words: Predictability of Law - Judicial Precedent - Common Law - Civil Law - Superior Courts - Repetitive Extraordinary and Special Appeals

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introdução | 10 |
| | |
| Capítulo I | |
| Estado e Processo | |
| 1.1. Estado Democrático de Direito..... | 16 |
| 1.2. República e Federação Brasileiras..... | 20 |
| 1.3. Constitucionalização do Processo Civil..... | 24 |
| 1.4. Coletivização do Processo. | 36 |
| | |
| Capítulo II | |
| Estabilidade e Evolução do Direito | |
| 2.1. A Estabilidade e a Previsibilidade do Direito | 40 |
| 2.2. A Adaptabilidade do Direito | 48 |
| 2.3. O Equilíbrio entre Previsibilidade e Adaptabilidade do Direito..... | 53 |
| 2.4. Sistema de Precedentes e Ativismo Judicial | 58 |
| | |
| Capítulo III | |
| Sistemas Jurisdicionais de <i>Common Law</i> e de <i>Civil Law</i>: Breves Apontamentos | |
| 3.1. O Precedente no Sistema Jurisdicional de <i>Common Law</i> | 64 |
| 3.2. O Juízo de Cassação no Sistema Jurisdicional de <i>Civil Law</i> | 71 |
| | |
| Capítulo IV | |
| Recursos Excepcionais Repetitivos | |
| 4.1. Considerações Iniciais..... | 78 |
| 4.2. Função dos Tribunais Superiores..... | 82 |
| 4.3. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário..... | 85 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.4. Técnica de Julgamento de Recursos Excepcionais Repetitivos: arts. 543-B e 543-C | 94 |
| 4.4.1. Requisitos | 100 |
| 4.4.1.1. Multiplicidade de Recursos | 100 |
| 4.4.1.2. Idêntica Controvérsia ou Idêntica Questão de Direito..... | 103 |
| 4.4.2. Polêmicas Doutrinárias e Jurisprudenciais Relevantes..... | 112 |
| 4.4.2.1. Recurso Afetado | 112 |
| 4.4.2.2. Suspensão dos demais Recursos Extraordinários e Especiais | 118 |
| 4.4.2.3. Questões de Ordem Suscitadas no Julgamento dos Recursos Especiais 1063343/RS e 1087108/MS..... | 122 |
| 4.4.2.3.1. Pedido de Desistência | 124 |
| 4.4.2.3.2. Falta de Requisitos de Admissibilidade no Recurso Selecionado..... | 126 |
| 4.4.2.3.3. Contradição..... | 127 |
| 4.4.2.4. Julgamento de Teses Jurídicas? | 128 |
| 4.4.2.5. Eficácia Vinculante das Decisões? | 131 |
| 4.4.3. Superação de Precedente Vinculante no âmbito da Repercussão Geral e dos Recursos Especiais Repetitivos | 135 |
| 4.4.4. Finalidades da Técnica de Julgamento de Recursos Excepcionais Repetitivos..... | 139 |
| 4.5. Projeto do Novo Código de Processo Civil: Brevíssimas Considerações | 140 |
| Conclusão | 143 |
| Referências Bibliográficas | 151 |

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por tema central a análise da previsibilidade do direito no sistema processual civil brasileiro, sob o enfoque da técnica de julgamento de recursos repetitivos, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil.

Trata-se de assunto de extrema importância na atualidade, máxime em um país cujo sistema jurídico sofre as danosas consequências da – indesejável, mas abundante – divergência jurisprudencial.

O exame da temática proposta será iniciado, no primeiro capítulo, com uma abordagem sobre Estado e Processo. Nesta oportunidade, faremos uma breve apresentação dos aspectos basilares de um Estado Democrático de Direito, para, então, demonstrar que o Brasil, recentemente, após ter enfrentado períodos monárquico absolutista e ditatoriais, passou a adotar esse modelo de organização estatal, positivando na Constituição Federal diversos valores que lhe são ínsitos. O enfoque será dado no princípio da segurança jurídica, que impõe ao Estado o dever de adotar medidas que visem o estabelecimento de mecanismos que assegurem a previsibilidade do direito.

Em seguida, tratar-se-á da adoção, pelo Brasil, do regime republicano, bem como da forma federativa de Estado, a fim de demonstrar que em uma federação deve haver um órgão de cúpula com a missão de dar uniformidade de entendimento ao direito federal, permitindo que os diversos órgãos jurisdicionais apliquem o direito positivo de uma mesma maneira, com vistas à garantia da segurança jurídica.

O tópico seguinte será dedicado ao fenômeno da constitucionalização do processo civil. Um breve esboço histórico da natureza jurídica do processo nos levará de uma ideia de confusão com procedimento e com o próprio direito material conflituoso, para uma ideia de que processo seria uma relação jurídica autônoma, distinta das demais relações jurídicas de direito material, e, mais atualmente, um instrumento de solução de conflitos, cujas bases estão previstas na ordem constitucional e que tem por objetivo a realização dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e do interesse público. Nesse sentido, demonstrar-se-á que o Direito deve ser estudado sob o enfoque constitucional. Será visto que é a

Constituição Federal que dá os alicerces do processo, enquanto que as leis processuais infraconstitucionais buscam realizar esses valores constitucionais. Assim, se dentre os valores processuais previstos na Constituição está a função dos Tribunais Superiores de uniformizar a interpretação do Direito, cabe à lei processual prever institutos que viabilizem o cumprimento desse objetivo. Nesse contexto, surge o julgamento de recursos repetitivos como uma técnica eficaz para se atingir esse objetivo.

Finalizaremos o primeiro capítulo analisando outro fenômeno contemporâneo: a coletivização do processo. Com isso, pretende-se demonstrar que a visão individualista concedida ao processo não se mostra mais eficiente para solucionar casos que se repetem no Judiciário.

O segundo capítulo tratará da estabilidade, bem como da evolução do Direito. Será visto que, para que se atinja a almejada estabilidade ou previsibilidade do Direito, de forma a proporcionar segurança jurídica e tratamento isonômico dos jurisdicionados, deve haver mecanismos e/ou técnicas eficazes de uniformização da sua interpretação. No entanto, ao mesmo tempo, não se pode perder de vista a necessidade que o Direito tem de evoluir, de adaptar-se conforme as mudanças na sociedade. A fim de estabelecer um equilíbrio entre essa função do Direito, de gerar previsibilidade, com a adaptabilidade social que lhe é inerente, apresentaremos o precedente como técnica eficiente para se alcançar tal mister. Nesse ponto será, inclusive, exposto que o precedente encontra-se inserido no conceito de sistema jurídico, como elemento fundamental integrante e interpretativo do Direito. Dessa forma, atualmente, o Direito deve ser visto na sua concepção de sistema e não como apenas um conjunto de leis desprovidas de interpretação.

Traçado esse raciocínio, passaremos a discorrer sobre a ideia de sistema de precedentes, de modo a identificar quais seriam os limites da atuação do juiz na interpretação do direito. Em outras palavras, teria o magistrado ampla liberdade para criar o Direito com base em elementos do sistema jurídico? A resposta a essa indagação dependerá de prévia análise da questão jurídica submetida ao órgão jurisdicional. Verificar-se-á que o sistema jurídico é composto por dois tipos de ambientes decisórios: os frouxos e os rígidos. Aqueles permitirão um maior ativismo judicial, de modo a conceder ao julgador certa liberdade para criar o Direito, na

medida em que a solução da questão jurídica controvertida não está clara na lei. Estes – os rígidos –, por sua vez, limitarão a atividade criativa do magistrado, pois as questões jurídicas a eles inerentes encontram-se bem definidas ou delineadas na lei. Não se quer, com isso, dizer que o juiz é legislador. No entanto, pelo fato de o precedente atualmente ser visto como parte integrante do Direito, dada a sua noção de sistema, haverá, sim, por parte do magistrado, verdadeira criação de Direito para os casos em que a lei isoladamente considerada não é capaz, por si só, de dar solução à situação de direito em análise.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo do Direito Comparado. Nele trataremos de alguns aspectos do sistema jurisdicional de *Common Law*, bem como do sistema jurisdicional de *Civil Law*, que se mostram importantes para o desenvolvimento desta dissertação. Nesse sentido, faremos uma breve análise do funcionamento do sistema de precedentes em países que adotam o *Common Law*, traçando as semelhanças e as diferenças com o sistema de precedentes em países de *Civil Law*. Em seguida, trataremos do chamado juízo de cassação, adotado por diversos países que seguem o *Civil Law*.

A técnica de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos será estudada no quarto capítulo desta dissertação.

Antes de tratarmos especificamente dos procedimentos referentes à aludida técnica, no entanto, recordaremos a função dos Tribunais Superiores e exporemos a crescente conscientização do legislador originário, bem como do legislador infraconstitucional, em adotar o precedente judicial como instrumento capaz de dar efetividade à missão das Cortes Superiores, ao promoverem a uniformidade, a segurança jurídica e a isonomia. Dentre os instrumentos que passaram a integrar o nosso ordenamento jurídico com a finalidade de gerar uniformidade do Direito e, conseqüentemente, segurança e isonomia aos jurisdicionados, destacaremos o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, tendo em vista que o art. 543-B diz respeito a procedimento diferenciado de análise da repercussão geral, na hipótese de haver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Feitas essas considerações relevantes para o estudo da técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, passaremos, então, a analisar os

arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, examinando todo o procedimento que lhe diz respeito. Em seguida, passaremos a analisar mais detidamente quais são os requisitos para que essa técnica possa ser utilizada. Será demonstrada a necessidade de coexistirem duas condições: a) multiplicidade de recursos, e b) idêntica controvérsia ou idêntica questão de direito. O exame deste segundo requisito exigirá uma maior reflexão, na medida em que demandará a discussão sobre a diferenciação de questão de fato e questão de direito, bem como sobre a necessidade de a situação fática, objeto de subsunção à norma jurídica, dever estar estabilizada.

Ultrapassada essa etapa, a dissertação mencionará as principais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao tema.

Uma primeira abordagem dirá respeito ao recurso afetado. Neste ponto, será demonstrada a necessidade de se fazer uma seleção de extrema qualidade, a fim de que todos ou, ao menos, os melhores argumentos veiculados nos recursos repetitivos possam chegar para julgamento nos Tribunais Superiores. Firmaremos posição no sentido de que não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tampouco ao devido processo legal, o fato de os argumentos veiculados nos recursos sobrestados não serem apreciados pelos Tribunais Superiores. A uma, porque, como se disse, a seleção do recurso que será efetivamente julgado deve ser a melhor possível. A duas, porque, ainda que o recurso afetado não aborde a argumentação de alguns recursos sobrestados, a técnica é representativa, assim como o é o regime democrático no nosso país.

Outra discussão doutrinária que será tratada é a da suspensão dos recursos nos tribunais locais. Veremos que, embora haja importantes entendimentos em contrário, não se justifica a suspensão de eventuais execuções provisórias de acórdãos de segundo grau, impugnados por meio dos recursos especiais paralisados, de modo que a analisada suspensão deve afetar, tão somente, a tramitação dos recursos extraordinários ou especiais que não foram selecionados para julgamento, respectivamente, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. Tal suspensão deve ser, pois, tratada de maneira restritiva.

Passaremos, então, a examinar duas polêmicas jurisprudenciais relacionadas à técnica de julgamento de recursos repetitivos: as questões de ordem suscitadas no

juízo dos recursos especiais 1063343/RS e 1087108/MS. A primeira delas diz respeito ao pedido de desistência formulado pelo recorrente quando já iniciado o procedimento de julgamento de recurso especial na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, e a segunda refere-se à possibilidade de se julgar o recurso especial afetado, mesmo diante da falta de requisitos de admissibilidade. Verificaremos que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo indeferimento do pedido de desistência recursal, sob o argumento de que o julgamento do recurso afetado passa a ser de interesse da coletividade. Por outro lado, a mesma Corte proferiu decisão no sentido de que não se mostra possível julgar o recurso especial afetado, se a ele faltar requisitos de admissibilidade. Diante disso, será firmada opinião no sentido de que tais decisões, além de equivocadas, são contraditórias pelos argumentos apresentados em suas fundamentações: se o interesse coletivo justifica o indeferimento do pedido de desistência recursal, deveria também justificar a possibilidade do julgamento do recurso afetado que não preenche todos os requisitos de admissibilidade.

A questão referente ao juízo de revisão, tradicionalmente exercido pelos Tribunais Superiores, também será objeto de estudo no presente trabalho, para que seja possível entender que tal juízo sofreu grande mitigação com a introdução da técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos em nosso ordenamento jurídico, já que, nestes casos, é inegável que as Cortes Superiores exercem, na verdade, juízo de cassação e reenvio, típico das Cortes de Cassação Francesa e Italiana. Além disso, justificar-se-á ser absolutamente possível o exercício do juízo de cassação e reenvio, tendo em vista a tão em voga objetivação do recurso extraordinário. Com isso, adotaremos posicionamento no sentido de que tal consequência da adoção da técnica de julgamento de recursos repetitivos não traz qualquer problema para o nosso sistema jurídico. Pelo contrário, está-se apenas procurando otimizar e dar eficiência aos julgamentos, sem usurpar a competência dos Tribunais Superiores.

Ainda no que diz respeito às polêmicas relevantes sobre o tema desenvolvido nesta dissertação, será analisado o efeito das decisões proferidas em julgamento de recurso repetitivo. Será visto que referidas decisões vinculam os casos sobrestados. No entanto, será investigado se essa vinculação também atinge casos futuros ou

mesmo casos ainda em tramitação perante juízos inferiores, citando-se, para isso, recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (RCL 10.252/MG), no qual se decidiu pela cassação da decisão impugnada, determinando-se a observância da tese fixada anteriormente pela Corte, em caso semelhante. Nesse sentido, será lançado entendimento segundo o qual, embora o sistema vigente não imponha, expressamente, o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de recursos repetitivos, essa eficácia seria bem-vinda diante da ideia de um sistema de precedentes.

Caminhando-se para as conclusões, passaremos, então, a analisar as finalidades da técnica de julgamento de recursos repetitivos. Neste tópico, que já adiantará muitas das conclusões desta pesquisa, demonstraremos que referida técnica promove inegável racionalização da atuação do judiciário, ao conferir maior celeridade e eficácia no encaminhamento das questões constitucionais e federais infraconstitucionais para julgamento nas Cortes Superiores, mostrando-se altamente capaz de conceder previsibilidade ao Direito, na medida em que promove a isonomia de tratamento de questões idênticas. Demonstrar-se-á, igualmente, que essa técnica não inviabiliza ou restringe a capacidade de adaptação do Direito às modificações da sociedade.

Por fim, mencionaremos que o Novo Código de Processo Civil pretende introduzir em nosso ordenamento jurídico técnica similar à estudada, no primeiro e segundo graus de jurisdição, o que demonstra a inequívoca necessidade de se trilhar o caminho da previsibilidade do direito.

Percebe-se que o tema abordado nesta dissertação é bastante árduo, não sendo possível esgotar todos os questionamentos possíveis acerca do assunto.

No entanto, os principais pontos polêmicos e que são de interesse dos operadores do direito serão devidamente abordados, permitindo que seja realizada uma reflexão profunda sobre os institutos jurídicos analisados, inclusive, podendo se verificar o entendimento jurisprudencial sobre o assunto e oferecendo meios de se indagar do acerto ou não dos julgamentos realizados pelos Tribunais do país.

Em linhas gerais, serão esses os assuntos tratados nesta dissertação, conforme se verificará a partir do capítulo primeiro.

CAPÍTULO I

ESTADO E PROCESSO

1.1. Estado Democrático de Direito

Para o correto entendimento do sistema processual civil brasileiro, no que diz respeito à previsibilidade do direito e a sua atual configuração no ordenamento jurídico pátrio, há que se analisar, em um primeiro momento, o conceito de Estado Democrático de Direito¹, por ser esta a forma de Estado adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1^o².

Costuma-se dizer que Estado Democrático de Direito é aquele cujo funcionamento é determinado e regulado pela lei, emanada do povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos. Pensamos, no entanto, que a característica mais relevante de um Estado Democrático de Direito envolve o reconhecimento e a valorização dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo, bem como a busca por uma sociedade igualitária e garantidora daqueles preceitos vistos como basilares.

Com efeito, restringir o conceito de Estado Democrático de Direito à ideia de subordinação à lei mostra-se insuficiente para definir este modelo de organização estatal. É que, a bem da verdade, todo Estado moderno, incluindo aqueles tidos por totalitários, atuam de acordo com as leis³. A concepção democrática do Estado de Direito, nesse sentido, exige não só o império das leis, mas também um comportamento estatal garantidor dos direitos individuais e, ao mesmo tempo, de promoção de programas sociais visando a realização do valor “igualdade”, a

¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra: “A expressão “Estado Democrático de Direito” foi cunhada pelo espanhol Elías Díaz que a empregou no livro Estado de derecho y sociedad democrática, com o significado de Estado de transição para o socialismo. Está ela no art. 1^o da Constituição brasileira de 1988, como sinal da intenção, a final não concretizada, de alguns constituintes” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65).

² “Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2^a ed. 3^a tiragem. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 120.

exemplo daqueles cujo objetivo é universalizar o acesso à saúde, à educação e à justiça.

Tal constatação é feita, inclusive, por Dalmo de Abreu Dallari⁴, que assim sustenta:

“A idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”.

Diante desse contexto, quando se fala em Estado Democrático de Direito, pensa-se no estabelecimento, pelo Estado, de uma proteção jurídica às liberdades individuais, estas formadas pelos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, bem como na atuação estatal com vistas à promoção da igualdade jurídica.

Pois bem. Uma vez estabelecidos os principais contornos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, cumpre analisar como este modelo de organização estatal se desenvolveu em âmbito nacional.

O primeiro fato histórico que merece destaque acerca desse tema, no Brasil, foi o fim do Estado monárquico absolutista, com a proclamação da República em 1889 e, mais especificamente, com o advento da primeira Constituição republicana, em 1891.

Como bem lembra Paulo Bonavides⁵, o advento da República, no Brasil, representou a instituição de um novo Estado constitucional *“que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade”*.

Releva notar, portanto, que já a partir da nova ordem constitucional, implantada com a Carta Política de 1891, o Estado brasileiro passou a incorporar

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 1995. p. 123.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 365.

valores democráticos, relacionados ao estabelecimento de um sistema de garantias fundamentais.

No entanto, nesse primeiro momento histórico republicano brasileiro, os valores democráticos que ganharam importância na nova ordem constitucional revelavam a prevalência dos ideais liberais *individualistas*, de primazia das garantias *individuais*, a exemplo daquelas que vigiam nos Estados Unidos da América. Nessa fase, o Estado assumia, na maioria das vezes, uma posição de não intervenção nas relações sociais, limitando-se a abster-se da prática de atos capazes de violar os direitos e garantias individuais.

Somente com a promulgação da Constituição de 1934, editada sob um contexto histórico ditatorial que teve vigência entre 1930 e 1934, é que o ideal democrático vigente no Brasil incorporou aspectos de cunho social, de modo que o Estado passou a ser destinatário de obrigações positivas, objetivando a concretização dos direitos sociais. Sobre o assunto, Paulo Bonavides⁶ assim discorre:

“Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descuidado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.”

A Constituição de 1988, por sua vez, é a que conferiu a atual configuração do Estado Democrático de Direito, hoje em vigor no nosso país. Nela, os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, ganharam especial relevo, a ponto de virem disciplinados antes mesmo da própria organização do Estado.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 366.

A atual ordem constitucional foi além de simplesmente reconhecer a existência de direitos individuais e sociais básicos: a Constituição de 1988 consagra o princípio da solidariedade ou fraternidade, impondo não só ao Estado, mas a toda a sociedade, o dever de realizar os valores, os fundamentos e os objetivos da república.

Tal desígnio se extrai a partir do próprio preâmbulo da Constituição, que se mostra bastante elucidativo:

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

Como visto, o Estado Democrático de Direito impõe não só a garantia do amplo exercício dos direitos individuais básicos, mas também a atuação estatal no sentido de adotar medidas positivas de realização dos valores consagrados constitucionalmente⁷.

Nesse contexto, no que se refere ao tema de interesse deste trabalho, pode-se afirmar que a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito implica dizer que o agente público deve pautar a sua conduta de maneira que não gere insegurança jurídica aos indivíduos. Assim, a atuação estatal deve, sempre, estar pautada no respeito estrito à lei, bem como à interpretação a ela conferida pelos tribunais. Da mesma forma, é dever do Estado promover a efetivação da segurança

⁷ Ao tratar do tema “Direitos e Garantias” José Afonso da Silva faz a seguinte e necessária distinção: “As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou – no caso de violação – a reintegração dos direitos fundamentais” (SILVA. José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63).

jurídica, por meio da adoção de medidas que visem o estabelecimento de mecanismos que assegurem a previsibilidade do direito.

1.2. República e Federação Brasileiras

Como já ventilado anteriormente, em 1889, o Brasil adotou o regime republicano, bem como a forma federativa de Estado, o que veio a ser reproduzido na Constituição de 1891 e em todas as outras que a ela sucederam.

O rompimento com a Monarquia, inspirada nos modelos constitucionais europeus da França e da Inglaterra do século XIX⁸, então vigente no país, deu-se por forte influência norte-americana. Com efeito, foi a Constituição dos Estados Unidos de 1787 que criou o *federalismo* como forma de Estado “*caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa*”⁹.

No entanto, como bem explica José Afonso da Silva¹⁰, a adoção do federalismo, no Brasil, deu-se de maneira inversa àquele que se estabeleceu nos Estados Unidos:

“Partimos do unitarismo para a forma federativa, num processo inverso ao das federações americanas e suíça; estas formaram-se da união de Estados soberanos, os quais conferiram, à União, parte de sua competência. No caso do Brasil, o contrário se deu, isto é, o Poder central, único, foi que transferiu, às comunidades regionais, a parcela de poder que, depois, vieram a possuir, constituindo-se em Estados autônomos.”

⁸ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 361.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 101.

¹⁰ *Idem*. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 5.

Vê-se, pois, que enquanto nos Estados Unidos o federalismo estabeleceu-se por meio da transferência de parcela do poder dos Estados federados à União, no Brasil, ao contrário, ocorreu a *descentralização*¹¹ do poder da União, fazendo surgir os Estados autônomos.

Importa notar, também, que a federação brasileira foi, a bem da verdade, estabelecida em decorrência da adoção do regime republicano. É que, segundo lições de Geraldo Ataliba¹², somente a forma federativa de Estado é capaz de conferir concretude ao regime republicano:

“Tal como fixado o regime republicano, entre nós, a federação é uma forma necessária de sua realização: a autonomia dos Estados surge, já em 1891, como forma de expressão das exigências republicanas, entre nós.”

Ainda segundo Geraldo Ataliba¹³, os princípios – da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas – que regem o regime republicano e que, portanto, devem ser realizados pelo federalismo, visam, em última análise, resguardar a segurança jurídica, pretendida em um Estado Democrático de Direito:

“Três princípios devem ser considerados como fulcro em torno do qual se ergue o edifício das instituições republicanas, no direito positivo brasileiro, operando como suas premissas básicas. Ao mesmo tempo, ele é serviente dos valores neles encerrados, no contexto de uma relação indissociável de recíproca vocação. São, com igual importância, os princípios da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas, expandidos em clima no qual se asseguram a certeza e segurança do Direito. Tal é o grau de evidência da transcendência desses princípios, que facilmente se verifica estarem na base da república. Bem se vê que todos eles têm

¹¹ “Descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro”. (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 57)

¹² ATALIBA, Geraldo. *op. cit.*, p. 43.

¹³ *Idem ibidem.*, p. 119 e 120.

como ponto de partida a noção de representatividade, baseada na teoria da soberania popular.

Deveras, a simples consideração destes princípios e sua importância na contextura do nosso sistema constitucional – que prescreve como funciona a república, no Brasil – já demonstra a proposta institucional do Estado de Direito que nossos constituintes republicanos tradicionalmente quiseram adotar.”

Pois bem. Se o regime republicano possui como basilares os princípios da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas, voltados à garantia da segurança jurídica, o Estado brasileiro deve, à evidência, ser estruturado de modo a proporcionar aos indivíduos o efetivo alcance deste valor.

Diante disso, questão que se coloca é: como garantir a segurança jurídica em uma federação, em que a autonomia dos Estados gera a possibilidade de aplicação desigual da lei, tendo em vista a independência de cada um deles na interpretação das normas jurídicas?

Ora, como se viu, o federalismo, no Brasil, foi instituído por meio da transferência de parcela do Poder central aos Estados-membros, que adquiriram plena autonomia de atuação. No campo jurídico, portanto, os Estados ganharam autonomia para interpretar a lei federal. Com isso, criou-se a possibilidade de uma mesma lei federal ser interpretada de maneira diferente pelos diversos tribunais locais. Essa independência conferida aos Estados-membros parece, entretanto, contrariar a garantia da segurança jurídica.

Com efeito, somente a unidade de interpretação do Direito é capaz de gerar certeza e segurança aos indivíduos. Em outras palavras, a segurança jurídica só será alcançada se os diversos tribunais locais derem à lei federal a mesma interpretação. A uniformização da interpretação dada ao direito federal, nesse sentido, é fundamental para a garantia da segurança jurídica. A esse respeito, sustenta Geraldo Ataliba¹⁴:

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.*, p. 184.

“O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.”

De fato, visa o direito positivo conferir certeza às normas jurídicas. E essa certeza só será concretizada se as normas jurídicas puderem ser aplicadas de maneira uniforme por todos os órgãos do Poder Judiciário.

É por isso que, em uma federação, como é o caso do Brasil, deve haver um órgão de cúpula com a missão de dar uniformidade de entendimento ao direito federal. Essa estrutura permite que os diversos órgãos jurisdicionais apliquem o direito positivo de maneira uniforme, com vistas à garantia da segurança jurídica. José Afonso da Silva¹⁵, ao tratar desse assunto, esclarece:

“Mesmo nos Estados unitários, onde os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa do Direito é única, existe aquele órgão de cúpula e, geralmente, um recurso processual com que se cumpre a missão de interpretar e aplicar uniformemente o Direito escrito. Corte de Cassação na Itália, na França e na Espanha e os respectivos recursos de cassação; Corte de Revisão e Recurso de revisão na Alemanha.

Nos Estados de forma federativa, a necessidade de uma Corte Suprema e de um Recurso com tais finalidades é, ainda, muito maior do que nos Estados unitários, em vista da duplicidade de órgãos jurisdicionais e de fontes normativas do Direito: União federal e Estados-membros.”

O Estado brasileiro, nesse contexto, possui dois órgãos de cúpula: O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Ambos tem por função

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário... op. cit.*, p. 4.

revelar o verdadeiro significado do direito positivo. A diferença reside, apenas, no fato de que o primeiro realiza a interpretação das normas constitucionais e o segundo, a interpretação das normas federais.

Conclui-se, assim, que, em uma federação, a autonomia dos Estados não pode comprometer a certeza e a segurança do direito, de modo que a estrutura do Poder Judiciário brasileiro permite que os ideais republicanos sejam, de fato, alcançados.

Tal constatação é de extrema importância para o presente trabalho, pois demonstra que, em uma federação, as decisões judiciais devem ser previsíveis. Ora, a previsibilidade das decisões judiciais evidencia a unidade do direito positivo, e, conseqüentemente, a segurança jurídica, valor este buscado não só pelo Estado Democrático de Direito, mas também pela República, em sua forma federativa.

Havendo uniformidade de entendimento acerca de um determinado preceito jurídico e, pois, decisões semelhantes para os casos em que houver a incidência daquela regra, aos jurisdicionados é conferida a possibilidade de confiar no Poder Judiciário, dado que a eles é garantida uma atuação jurisdicional que rejeite as decisões surpresas. Tratando-se de casos semelhantes, deve haver aplicação isonômica da lei, de modo que o posicionamento judicial acerca da questão jurídica neles envolvida deve ser previamente conhecido pelos jurisdicionados.

1.3. Constitucionalização do Processo Civil

Durante muito tempo, aceitou-se a idéia de que processo se confundia com procedimento e com o próprio direito material conflituoso¹⁶.

¹⁶ *“Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, “direito adjetivo”, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza*

Oskar Von Bülow¹⁷, no entanto, em seus estudos datados de 1868, já anunciava que o conceito unilateral de “procedimento” dado à palavra “processo” – por influência da jurisprudência romana da Idade Média –, se mostra bastante insuficiente. Igualmente, afirmava que o direito processual civil se distingue de outras relações jurídicas pelo fato de ser contínuo, isto é, pelo fato de se desenvolver gradativamente, entre o tribunal e as partes – configurando, portanto, uma relação de direito público –, diversamente das demais que se encontram totalmente concluídas.

Segundo a teoria de Oskar Von Bülow, portanto, o direito processual civil estabelece um vínculo – para o qual se dá o nome de relação jurídica processual – entre as partes e o tribunal, por meio de direitos e obrigações recíprocos. Nesse sentido, enquanto o tribunal se compromete a decidir e realizar o direito deduzido em juízo, as partes assumem a obrigação de colaborar com esta atividade jurisdicional e de se submeter aos seus resultados.

A doutrina tradicional, baseando-se nos preceitos de Bülow, vê, pois, o processo como uma relação jurídica autônoma, distinta das demais relações jurídicas de direito material, em virtude, basicamente, de seus sujeitos, de seu objeto e dos chamados pressupostos processuais.

A ideia de processo como relação jurídica processual, entretanto, embora seja ainda bastante difundida entre os doutrinadores, também já não é a que mais convence.

Como bem ensina João Batista Lopes¹⁸, “*o processo contemporâneo está impregnado de função social, na medida em que não objetiva, sic et simpliciter, fazer incidir a legislação vigente, mas tem por escopo a tutela efetiva dos direitos*”.

Portanto, atualmente, o processo é visto não como mera relação jurídica, mas sim como um instrumento de solução de conflitos, cujas bases estão previstas na

jurídica do processo” (CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 42).

¹⁷ BÜLOW, Oscar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2ª ed. tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

¹⁸ LOPES, João Batista. “*Natureza Jurídica do Processo e Conceito de Tutela Jurisdicional*”. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.) *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil – passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 505.

ordem constitucional¹⁹ e que tem por objetivo a realização dos valores inerentes ao Estado *Democrático* de Direito²⁰ e do interesse público²¹.

Sobre o tema, vale destacar a lição de Cândido Rangel Dinamarco²², que assim sustenta:

“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. A evolução do sistema de garantias constitucionais dos princípios do processo e da organização judiciária, a partir do conhecido art. 39 da Magna Charta Libertatum (João-Sem-Terra, 1215) e através dos aprimoramentos creditados às Constituições, bill of rights, tribunais e doutrinadores, vai caminhando nos tempos atuais para a conscientização generalizada entre os usuários dos mecanismos processuais.”

¹⁹ Cassio Scarpinella Bueno defende que o processo é, na verdade, método inafastável de atuação do Estado: “(...) com os olhos voltados à Constituição Federal de 1988, que se mostra absolutamente indispensável compreender que “processo” é, para o ordenamento jurídico vigente no Brasil de hoje, método inafastável de atuação do Estado, atuação no sentido de produzir um determinado ato, de externar, perante os destinatários imediatos do ato e os mediatos (toda a sociedade), a vontade, do Estado, vontade esta que, diferentemente do que se dá no campo do direito privado, não é livre, mas total e completamente regulada. Diferentemente da vontade regida pelo direito privado, a vontade no campo do direito público, a vontade do Estado, portanto, é toda ela vinculada ao atingimento de finalidades públicas” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 421).

²⁰ A participação das partes no processo, que na teoria de Bülow se justifica por se tratar, o processo, de uma relação jurídica, na teoria moderna, à luz do modelo constitucional do processo civil, se justifica em decorrência do modelo de Estado adotado – Estado *Democrático* de Direito –, o qual exige ampla participação e colaboração dos interessados (partes do processo e terceiros intervenientes).

²¹ “De algum tempo para cá, o processo deixou de ser visto apenas sob o prisma da organização dos atos processuais em seqüência, passando a ser observado principalmente sob seu aspecto teleológico, ou seja, em razão dos fins que lhe são próprios, especialmente quanto à função de resolver aquela parcela do conflito de interesses submetida ao Poder Judiciário pelo autor da ação. Do ponto de vista político, o processo é visto como instrumento de que dispõem o Estado e as partes para buscar solução pacificadora dos conflitos, servindo de meio, portanto, para a realização de objetivos afeiçoados ao Estado de Direito” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, volume 1, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 155/156).

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

Essa nova concepção dada ao processo está fortemente ligada à ideia de “modelo constitucional do processo” – propagada por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, na obra *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim: Giappichelli, 1990)²³ – e de “constitucionalização do processo civil”. Ambas as expressões querem demonstrar que, na atualidade, a análise do Direito Processual Civil deve ser feita a partir do Direito Constitucional²⁴. Referem-se, pois, a um método de estudo que, conforme bem sustenta João Batista Lopes²⁵, “*tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal*”.

Não há como discordar da conclusão expressada pelo mencionado autor. De fato, tem-se na Constituição Federal o ponto de partida do estudo do processo, pois é nela que se encontram previstas as garantias mínimas e indispensáveis que devem ser por ele observadas – a começar pela própria garantia da inafastabilidade da jurisdição. Ao mesmo tempo, não há dúvida de que o processo encontra seu destino também na Carta Constitucional. É que, como visto, o processo não é apenas um instrumento de realização do direito daquele que se socorre do Poder Judiciário, mas também um instrumento de solução de conflitos com vistas a realizar os valores inerentes ao regime democrático e o interesse público. Em outras palavras, deve o processo não só respeitar as garantias mínimas previstas na Constituição, mas também efetivamente concretizá-las no mundo dos fatos.

Esse raciocínio nos permite concluir, outrossim, que o processo, como instrumento de tutela do direito material e de realização do interesse público, está,

²³ Ao tratar da necessidade de se harmonizar as leis ordinárias com a Constituição Federal, a exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil faz referência a essa obra como inspiradora da expressão “modelo constitucional do processo”, concluindo que, hoje, “o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais” (Nota 9 da *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*).

²⁴ Como bem aponta Daniel Francisco Mitidiero, “há na doutrina contemporânea um diálogo constante entre o direito processual civil e o direito constitucional, a ponto de muitos autores falarem, de um lado, em uma teoria processual da Constituição e, de outro, surpreendendo o tema por um ângulo diverso de visão, em uma teoria constitucional do processo, como desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de atuação do processo civil” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39).

²⁵ LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo nº 116. Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

necessariamente, sujeito à tutela e à disciplina jurídica definidas pela Constituição Federal.

Eduardo J. Couture²⁶ faz importantes ponderações sobre essa temática:

“El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido.

Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, em su intención, una garantía de justicia; pero em otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar.

Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal.

La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales.

El problema consiste em la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que “las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios”, se cumple de una manera meramente formal y externa. El proceso sancionado por el legislador viola otras garantías de la misma Constitución.”

A citada lição de Eduardo J. Couture mostra-se bastante elucidativa e revela grande pertinência com o assunto ora abordado, já que também demonstra a necessidade de se enxergar o processo com os olhos voltados à Constituição.

Segundo esse autor, o processo é, por essência, instrumento de tutela do direito material. Mas, conforme sustenta, muitas vezes, as normas processuais

²⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Delpalma, 1997. p. 148.

mostram-se ineficazes para que o processo atinja o seu objetivo. Daí, para ele, a necessidade de haver uma “lei tutelar das leis tutelares”, de modo a assegurar que o direito não sucumba diante do processo. Nesse contexto, conclui o referido autor, desponta a Constituição Federal como responsável pela disciplina jurídica do processo: é ela que tutela o processo, para que este, por sua vez, possa tutelar o direito material de maneira eficaz.

Importante frisar, neste ponto, a necessidade de o processo atender àquele núcleo mínimo de garantias previstas na Constituição, como condição *sine qua non* para que se possa prestar uma tutela jurisdicional adequada, justa e efetiva.

A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de Comoglio, Ferri e Taruffo²⁷, para quem as garantias constitucionais formam um modelo base de processo, que permite defini-lo como bom, correto ou justo. Segundo eles, são essas garantias, relacionadas ao processo, que, no seu conjunto, permitem concluir que o Estado confere aos indivíduos não apenas um direito genérico ao processo, mas sim a um processo qualificado como justo.

Forçoso concluir, diante de todo o exposto, que o processo possui inegável natureza jurídica de instituição constitucional.

Conforme lições de Olavo de Oliveira Neto e de Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁸, estaremos diante de uma instituição se restarem preenchidos os

²⁷ “Se si vuole che tali garanzie possano esplicitare un’incidenza innovativa e concreta sulla realtà <<vivente>> del processo, esse vanno concepite in termini dinamici (e non già, staticamente, in termini descrittivi di una realtà preconstituita, da riclassificare o da risistemare a posteriori). Se dunque è vero che il <<processo>> incorpora ed attua un metodo istituzionale di risoluzione dei conflitti sociali, come tale disciplinato da leggi dello Stato, ne deriva che le garanzie costituzionali, ad esso relative, non si limitano a rafforzare dall’esterno una mera <<riserva legislativa>> per la regolamentazione di quel metodo, ma dall’interno impongono a quest’ultimo, ed alla sua disciplina, alcune condizioni minime di legalità e di correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase (o momento nevralgico) del processo.

Ciò equivale a riconoscere che siffatte garanzie – se concepite, appunto, nell’ottica individuale di chi ne fruisce – concorrono a realizzare non già un generico diritto al processo, bensì un diritto al <<giusto>> processo (o, in altre parole, il diritto ad un processo che trae da una specifica qualificazione attributiva la propria identità). Esse, pertanto, non possono più risolversi in diritti statici (al pari dei più ampi diritti di libertà individuali), ma – per effetto di quegli indispensabili aggettivi (<<equo>> e <<giusto>>) – vanno intese come garanzie minime <<di mezzi e di risultato>>, poiché assicurano non solo la sufficienza quantitativa minima dei <<mezzi processuali>>, ma anche un <<risultato>> modale (o qualitativo) costante.” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2ª ed. Itália: Il Mulino, 1998. p. 59.)

²⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. “O processo como instituição constitucional”. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto

seguintes requisitos: “a) ser um modelo moldado pela lei, que deve apresentar sua estrutura essencial; b) possuir caráter permanente; c) apresentar-se como imprescindível para a obtenção de determinado desiderato”.

Após estabelecerem essas premissas básicas para a existência de uma instituição, assim concluem os referidos autores:

“No primeiro aspecto se observa que a Constituição da República, como se viu, apresenta um rol de princípios que visam moldar a estrutura do processo. (...)

Não bastasse a obrigatoriedade de respeito aos princípios que dão perfil ao Modelo Constitucional do Processo, este ainda deve observar a estrutura das regras constitucionais, os princípios informativos do processo civil, os princípios específicos de cada tema e as regras infraconstitucionais que moldam a prática do ato processual.

(...)

O mesmo se dá quanto ao segundo requisito. Embora existam as formas alternativas de solução de conflitos, o processo é um fenômeno permanente, integrando o cotidiano de todas as sociedades e existindo desde épocas mais remotas, como demonstra a história do Direito. Não há qualquer indício de que no futuro irá desaparecer, já que apenas se cogita em digitalizá-lo, o que seria o fim apenas dos autos, mas não do fenômeno processo.

Por fim, o processo também atende ao terceiro requisito, pois é um veículo imprescindível para a obtenção da tutela jurisdicional, mormente tendo em vista que os princípios do contraditório e da ampla defesa tornam inviável um processo instantâneo.”

De fato, vimos que o processo não só está sujeito à tutela e à disciplina jurídica definidas pela Constituição Federal, como também tem por finalidade atender às garantias nela previstas, para que, ao final, possa ser prestada uma

tutela jurisdicional adequada, justa e efetiva. Restam, portanto, realmente preenchidos todos os requisitos caracterizadores de uma instituição, para que possamos afirmar ser esta a natureza jurídica do processo.

Pois bem. Feitas essas considerações, há que se dizer que não é de hoje que o tema relativo à constitucionalização do processo civil ocupa lugar de destaque nos bancos acadêmicos. Trata-se, em verdade, de uma antiga novidade²⁹.

Conforme relata Joan Picó I Junoy³⁰, já após a Segunda Guerra Mundial, se produziu na Europa, principalmente naqueles países que tiveram regimes totalitários, o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa – os quais abrangem, inclusive, a tutela das garantias mínimas do processo judicial –, a fim de evitar que o legislador os violasse. Segundo o mesmo autor, a Constituição era o instrumento adequado para instaurar uma nova ordem política e social, dando uma resposta rápida para as preocupantes questões surgidas no pós-guerra. É o que se extrai do seguinte trecho de sua obra:

“Tras La Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución – como destaca Trocker – aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del

²⁹ “Sobreleva notar que a denominada constitucionalização do processo não é fenômeno novo, bastando conferir-se o que escreveram sobre o ponto Cappelletti e Couture, entre outros. O primeiro discorre sobre a constitucionalização das garantias, assinalando que, além do óbvio valor político e ideal, elas assumem também um significado jurídico; o segundo mostra que a proclamação programática de princípios de direito processual foi considerada necessária nas Constituições do século XX no conjunto dos direitos da pessoa humana” (LOPES, João Batista. “Natureza Jurídica do Processo e Conceito de Tutela Jurisdicional”. *op. cit.*, p. 508).

³⁰ JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 3ª reimpresión, 2002. JMB, 1997. p. 17 e 18.

momento histórico de la post-guerra. Y dentro de este orden – advierte Fiz Zamudio – la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos Del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.”

O fenômeno de constitucionalização das garantias processuais, descrito por Joan Picó I Junoy como decorrente das preocupações da sociedade no momento pós-segunda guerra mundial, revela, na verdade, conteúdo dogmático, ou seja, reflete os anseios da sociedade num determinado momento histórico. É compreensível que, após a segunda guerra mundial, período caracterizado pela existência de regimes autoritários e reiterada violação aos direitos e garantias fundamentais, houvesse preocupação da sociedade em assegurar, via constitucionalização, o respeito a estes dogmas.

Foi esse mesmo espírito que, no Brasil, influenciou os constituintes de 1988 na redação do título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, já que vínhamos de um longo período de ditadura e arbitrariedade. Aliás, tal preocupação fez, inclusive, com que restasse expressamente consignado, no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

Como bem aponta Nelson Nery Junior³¹ ao tratar do processo civil brasileiro, *“era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava”*.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, houve uma mudança de paradigma, com reflexo sobre o novo comportamento do Estado-juiz no processo.

A partir de referida Carta Magna, passou-se a entender que o processo não poderia mais ser visto de maneira dissociada da ordem constitucional. Isto porque,

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

esta constitui a “*base fundamental para o direito do País*”³². O estudo do direito processual civil brasileiro passou, pois, a basear-se nos novos paradigmas valorativos informadores do Estado Democrático de Direito.

Assim, como bem ensina Nelson Nery Junior³³, passou-se a entender que “*o interprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema*”.

Tal conduta demonstra que, no ordenamento jurídico brasileiro, o processo começou a ser visto como instrumento constitucional de solução de conflitos, com vistas à realização dos valores democráticos e, por consequência, do interesse público.

De fato, o direito constitucional nunca esteve tão no centro das relações jurídicas como atualmente, influenciando sobremaneira os demais ramos do direito.

Especificamente com relação ao processo civil brasileiro, há que se dizer que essa mudança de paradigma mostrou-se bastante salutar, uma vez que ocasionou diversas reformas que trouxeram maior celeridade e efetividade ao processo, princípios estes que estão atualmente arraigados na legislação processual pátria, com vistas à devida prestação jurisdicional³⁴.

O estudo do processo civil à luz da Constituição Federal também gerou uma maior preocupação dos operadores do direito com as garantias constitucionais, consubstanciadas nos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da fundamentação das decisões, da lealdade

³² *Idem ibidem*. p. 20.

³³ *Idem ibidem*. p. 20.

³⁴ Uma das reformas influenciadas pela teoria do modelo constitucional do processo foi aquela perpetrada pela Lei nº 11.232/2005. Tal lei introduziu no Código de Processo Civil alterações na execução de sentença, ao criar o chamado cumprimento de sentença. Trouxe, com isso, inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que transformou esta espécie de execução – que antes era promovida por meio de processo autônomo – em mera prolongação da fase cognitiva, tornando também este processo sincrético.

Sem dúvida, esse sincretismo processual, que faz com que “declaração” ande junto com “execução”, vai ao encontro dos ditames modernos do processo civil, que deve ser visto, sempre, à luz da Constituição Federal.

Com efeito, no chamado processo civil constitucional, tão em voga atualmente, não basta que o direito seja reconhecido em juízo; este reconhecimento deve ser efetivamente concretizado.

processual, da isonomia, da segurança jurídica, da economia processual e do duplo grau de jurisdição.

Realmente, na atualidade, tendo em vista o resguardo pela Constituição Federal de todos os direitos fundamentais acima mencionados, não há como se interpretar as normas processuais de maneira isolada. Na verdade, devem elas ser entendidas dentro desse contexto constitucional, o qual deve sempre imperar em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. A Constituição aparece, assim, como fonte de valores e o processo, por seu turno, busca adequar e conciliar os seus resultados com estes valores.

Esse contexto revela a necessidade de harmonização das normas processuais com a ordem constitucional.

Ao tratar do fenômeno da constitucionalização do processo civil, João Batista Lopes³⁵ argumenta que *“não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”*. Aliás, Comoglio, Ferri e Taruffo³⁶, já alertavam que aquele modelo base de processo, definido pela constituição, por se tratar de um modelo mínimo, tem o seu conteúdo aberto a formas de integração variadas, racionalização ou especificação, que o legislador ordinário – respeitando as garantias mínimas – é sempre livre para atuar.

De fato, para a necessária evolução do processo civil, há que se harmonizar os princípios constitucionais e processuais para que se atinja a adequada e efetiva tutela jurisdicional³⁷.

³⁵ LOPES, João Batista. *Efetividade... op. cit.*, 2004. p. 30.

³⁶ *“Ma poichè si tratta di un modello minimo – i cui insopprimibili elementi fanno sì che, solo con il loro simultaneo concorso, la giurisdizione ed il processo, anche in Italia, possiamo realmente definirsi tali – i suoi contenuti non vanno mai considerati come esaustivi (o tantomeno esclusivi). Si tratta, invece, di un modello aperto alle forme di variabile integrazione, razionalizzazione o specificazione, che il legislatore ordinario – nel rispetto del minimum garantito – è sempre libero di attuare, recorrendo anche a principi processual pur privi (in esso) di um diretto riscontro.”* (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *op.cit.*, p. 59.)

³⁷ Como ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini *“(...) é de se situar a efetividade como a realização prática, real, dos fins a que o processo se propõe. De certo modo, é nesta premissa que se assenta o conteúdo da “efetividade do processo”: o cumprimento das finalidades que ele promete alcançar. Falar, então, em “efetividade do processo” importa em confrontar os ideais buscados pelo sistema processual – ideais que irão variar no tempo e no espaço – com os resultados alcançados. (...) Assim, falar na “efetividade do processo” implica previamente estabelecer o que queremos obter do sistema processual, para só então podermos aferir com que grau de intensidade estes objetivos foram*

Demonstrando essa necessidade, o Projeto do Novo Código de Processo Civil também deixa claro que o processo, atualmente, deve ser estudado à luz da Constituição Federal, sem, no entanto, desprezar as regras processuais civis. A exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é clara nesse sentido de que o processo deve ser eficiente, satisfativo e garantidor dos princípios constitucionais:

“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.”³⁸

*atingidos. O processo moderno promete a pacificação com justiça dos conflitos sociais; será efetivo, portanto, o processo que chegue o mais perto possível do cumprimento desta promessa” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. Tese. USP. São Paulo. p. 38 e 39).*

³⁸ *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.*

Como se pode ver, a sistemática que se avizinha pretende refletir fortemente a ideia de que as normas processuais devem manter absoluta sincronia com as normas constitucionais, de modo a atender ao modelo constitucional do processo e, em última análise, reconhecer que processo é um verdadeiro método institucional de solução de conflitos, fundado em bases constitucionais e democráticas, e cujo escopo é a realização e satisfação do interesse público.

Cabe apontar, por fim, que a finalidade última desse fenômeno de constitucionalização das garantias processuais é alcançar a verdadeira justiça, como bem lembra Joan Picó I Junoy³⁹:

“La finalidad última de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (...).”

1.4. Coletivização do Processo

Outro fenômeno que merece destaque no presente trabalho é o da coletivização do processo, ocorrido a partir do século XX.

Sabe-se que, com a Revolução Industrial, passou-se da manufatura à produção em série, fato que fez surgir uma sociedade capitalista de massa.

Essa nova configuração social desencadeou uma inegável mudança também no campo jurídico: o processo, antes com contornos fortemente individuais, ganhou traços coletivos, em decorrência do aumento da litigiosidade no campo do consumo.

O Estado liberal, de matiz eminentemente individualista, surgido a partir dos ideais difundidos durante a Revolução Francesa, proporcionou as bases para o nascimento de um processo civil também de viés individualista. Afinal, um sistema jurídico fundado essencialmente na noção de direito subjetivo, demandava a estruturação de um instrumento de tutela que lhe fosse adequado, ou seja, voltado à realização dos valores liberais então vigentes.

³⁹ JUNOY, Joan Picó I. *op.cit.*, p. 21.

Referido modelo, no entanto, não se sustentou.

Com efeito, em razão do reconhecimento de direitos de cunho social, por meio dos quais o Estado passou a ser destinatário de obrigações positivas, cujo objetivo é a proteção de direitos relacionados à busca pelo bem comum, e, mais que isso, com o surgimento de ideais como solidariedade e fraternidade, e a massificação das relações jurídicas, a tutela jurisdicional passou a demandar reformas ou adequações técnicas que viabilizassem a proteção desses novos direitos. Percebeu-se, assim, que a tutela jurisdicional voltada ao interesse puramente individualista já não era suficiente para solucionar todos os conflitos que surgiam na sociedade.

Viu-se que os conflitos de interesse que se avolumavam perante as cortes e tribunais, muitas vezes, envolviam questões jurídicas semelhantes, não só porque decorriam de um mesmo fato ou relação jurídica, mas também porque envolviam direitos e garantias sociais que antes não eram outorgadas ao indivíduo.

Verificou-se, ainda, que, além da semelhança em torno do objeto das múltiplas demandas, era também possível constatar a existência de uma identidade na titularidade do interesse discutido. Com efeito, notou-se que o objeto das demandas podia ser atribuído a uma categoria ou classe de pessoas, que tivessem, entre si, elementos identificadores comuns.

Essas constatações permitiram, assim, a criação e o desenvolvimento de mecanismos capazes de viabilizar a tutela eficiente dessa pluralidade de conflitos de interesse.

No Brasil, o grande marco que viabilizou a tutela concreta e eficiente dos direitos das pessoas coletivamente consideradas foi a edição da Lei nº 8078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor e implementou alterações na Lei nº 7347 de 1985 (Lei de Ação Civil Pública), criando o que se pode chamar microssistema de tutela coletiva.

Esse microssistema, formado pela integração da Lei de Ação Civil Pública com as normas processuais inseridas no Código de Defesa do Consumidor, viabiliza a tutela dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, outorgando a determinadas pessoas, entes e órgãos, a legitimidade para promover

as ações judiciais pertinentes. Tais direitos encontram-se definidos no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰.

Releva destacar, ainda, que a viabilização da tutela das pessoas coletivamente consideradas contribui para se imprimir uniformidade na solução dos conflitos, contribuindo para a realização da isonomia, bem como da segurança jurídica.

A experiência judicial, no entanto, mostrou que a viabilização da tutela de direitos coletivos nos moldes acima mencionados não foi suficiente para concretizar, na plenitude, os valores constitucionais relacionados ao acesso à uma ordem jurídica justa, à segurança jurídica, à isonomia e à duração razoável do processo. Inúmeros fatores atuam, até hoje, como elementos que dificultam não só a utilização desses mecanismos processuais, como também a sua eficácia. Exemplificativamente, podemos citar a sistemática adotada na fixação dos honorários advocatícios devidos nas ações coletivas. Muitas vezes, é mais interessante aos causídicos manejar diversas ações individuais ao invés de uma única ação coletiva, pois, com a pluralidade de demandas individuais, potencializa-se a perspectiva de perceber maior verba honorária. Verifica-se, também, grande resistência por parte dos próprios magistrados em processar demandas de cunho coletivo, diante da complexidade que a matéria pode envolver e das complicações relacionadas à coisa julgada e à execução da decisão coletiva.

É dentro desse contexto que, mais recentemente, foram introduzidas novas técnicas, em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de solucionar casos semelhantes da mesma maneira, sem a necessidade da utilização das ações coletivas. Tratam-se das sistemáticas implementadas pelas Leis nº 11.418, de 2006

⁴⁰ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

e 11.672, de 2008, que acresceram, respectivamente, os arts. 543-B e 543-C, ao Código de Processo Civil. Referidos dispositivos tratam do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, cuja disciplina jurídica será abordada no presente trabalho.

Grosso modo, viabilizado estará o caminho do julgamento de recursos excepcionais repetitivos sempre que existirem múltiplos recursos extraordinários ou especiais, envolvendo idêntica questão de direito. Uma vez constatada essa multiplicidade, poderão ser selecionados um ou alguns recursos, representativos da controvérsia, sobrestando-se os demais, até que aqueles sejam julgados pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja solução deverá ser aplicada a todos os casos suspensos.

Essas novas técnicas, a nosso ver, vem se mostrando eficientes e adequadas, na medida em que permitem uma prestação jurisdicional com maior economia de recursos e atos processuais e, além disso, evitam decisões conflitantes, uniformizando os entendimentos acerca de questões jurídicas idênticas, e imprimindo, ao mesmo tempo, segurança jurídica.

No decorrer deste trabalho, demonstrar-se-á, portanto, que essas técnicas, ao tratarem de forma isonômica casos que envolvem idêntica controvérsia, asseguraram a unidade e a previsibilidade do direito.

CAPÍTULO II

ESTABILIDADE E EVOLUÇÃO DO DIREITO

2.1. A Estabilidade e a Previsibilidade do Direito

Nas palavras de Geraldo Ataliba⁴¹, “o Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança”.

De fato. A ordem jurídica deve garantir aos cidadãos “um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: segurança”⁴². Portanto, como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni⁴³, com fundamento nas lições de Massimo Corsale, “um ordenamento incapaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não merece sequer a qualificação de jurídico”.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica é um direito individual básico, fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito. No Brasil, encontra-se previsto no art. 5º da Constituição Federal, sendo tutelado pelo mesmo dispositivo legal, em diversas oportunidades⁴⁴.

Segundo lições de Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁵, trata-se a *segurança*, tomada no sentido de *previsibilidade*, “de um fenômeno que produz tranquilidade e serenidade no espírito das pessoas”. Assim, conforme ensinamentos de Geraldo Ataliba⁴⁶, “seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.”

⁴¹ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.*, p. 184.

⁴² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 13.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. Revista dos Tribunais. 2013. São Paulo. p. 170.

⁴⁴ O princípio da legalidade (inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal), o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição Federal), são exemplos de tutela da segurança jurídica, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2.ed. São Paulo. RT, 2008, p. 58.

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.*, p. 184.

Com base nessas doutrinas, é possível afirmar que, segurança jurídica envolve, em síntese, o dever que o Estado tem de assegurar ao indivíduo o conhecimento, de antemão, de quais serão as exatas conseqüências jurídicas dos seus atos. *“O cidadão, como destinatário dos atos legislativos, jurisdicionais e executivos, tem o direito de conhecer previamente a regulamentação jurídica das situações fáticas a que pode estar sujeito”*⁴⁷, a fim de que surpresas, capazes de lhe gerar intranquilidade, sejam evitadas.

Um ordenamento que, pelo contrário, transmita insegurança aos cidadãos, surpreendendo-o a cada ato praticado, produz incertezas perniciosas ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a segurança jurídica, no âmbito do Poder Judiciário, deve materializar-se por meio da estabilidade e da uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais acerca das questões jurídicas que lhe são submetidas. Para que seja devidamente garantida a segurança jurídica, impossível conceber um ordenamento inconstante no que diz respeito aos posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário sobre casos iguais, em um mesmo período histórico.

A divergência jurisprudencial, fenômeno que assola o Judiciário de nosso país⁴⁸, ofende gravemente, portanto, o princípio da segurança jurídica e, além disso, estimula a litigiosidade.

⁴⁷ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 160.

⁴⁸ *“No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas.*

Estas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isto ocorre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *“Precedentes e evolução do direito”*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 37). No mesmo sentido, as lições e Tiago Asfor Rocha Lima: *“Não é raro, no Brasil, que um tribunal de segundo grau interprete e aplique um dispositivo de lei federal de maneira diversa da que foi conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo em matéria infraconstitucional, mesmo estando a matéria pacificada no âmbito da Corte superior. Também não é tão incomum como deveria ser que um determinado tribunal, uma dada turma julgadora ou um julgador não se vincule sequer às próprias decisões anteriores. Essa falta de coerência extrema e interna dos tribunais, além de atentar contra a segurança jurídica, a isonomia entre os jurisdicionados e a previsibilidade das decisões, prejudica sobremaneira a imagem do Judiciário, levando-o ao descrédito junto à sociedade”* (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.* p. 134-135).

Ora, é fácil perceber que quando casos semelhantes recebem soluções divergentes, “a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão”⁴⁹. Essa situação paradoxal, ao invés de indicar à sociedade qual deve ser o único sentido ou interpretação possível acerca de determinada norma, faz com que mesmo aqueles que eventualmente não tenham buscado o Poder Judiciário para fazer valer sua pretensão, sintam-se autorizados e até mesmo estimulados a assim proceder. Afinal, em um cenário em que imperam a *imprevisibilidade* e a *desigualdade* do direito, as chances de sucesso ou fracasso da tese jurídica defendida se equivalem.

É evidente que em se tratando de teses jurídicas novas, fundadas em alterações legislativas recentes, haverá, durante um determinado período de tempo, muitos debates e divergências jurisprudenciais. Tais controvérsias, no entanto, são naturais⁵⁰ e normalmente ocorrem na instância ordinária de julgamento, ou seja, perante os juízos de primeiro e de segundo grau de jurisdição.

Mostra-se, por outro lado, preocupante quando tal divergência jurisprudencial ultrapassa a instância ordinária e se mantém ativa no âmbito interno dos Tribunais Superiores, cujo escopo é exatamente a uniformização do direito⁵¹. Isto porque, esse quadro prorroga indefinidamente o período de maturação das divergências, que

⁴⁹ DANTAS, Bruno. *Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais*. Editora JC, Rio de Janeiro, 11/01/2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/01/4587/>> Acesso em: 15 jun. 2013.

⁵⁰ A esse respeito, importante transcrever as lições de Tiago Asfor Rocha Lima: “Não se pode pretender que várias demandas sobre o mesmo assunto e em trâmite ainda em primeiro grau recebam o mesmo resultado jurisdicional. Além de inexistir efeitos vinculantes nas decisões de primeira instância, se assim ocorresse, haveria prejuízo ao jurisdicionado, pois a uniformidade de questões que ainda não restaram plenamente debatidas, com oportunidade de manifestação de órgão colegiado e exame de fundamentos distintos dos litigantes, certamente culminaria em julgamentos precipitados, açodados e mais suscetíveis a cometer injustiças” (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 138).

⁵¹ Nesse sentido, bem anota Tiago Asfor Rocha Lima: “A imprevisibilidade, pois, é fator de desconfiança e de instabilidade e no Direito julgado se manifesta pela falta de uniformidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos diferentes órgãos jurisdicionais. Mais grave são os casos em que a imprevisibilidade afeta negativamente o próprio sistema, porquanto demonstra uma fraqueza interna do Judiciário e que o desautoriza perante a sociedade, tais como: divergência jurisprudencial interna em um tribunal, ou seja, quando um órgão menos qualificado da corte não respeita decisão de outro órgão mais qualificado da mesma corte; ou quando um juízo inferior profere decisão discrepante do entendimento sumulado ou pacificado pelo juízo ad quem” (*Idem ibidem*. p. 165).

nunca atingirão a tão desejada uniformidade. E, como bem leciona Natacha Nascimento Gomes Tostes⁵²:

“(...) a partir de um certo tempo impõe-se, para a manutenção da estabilidade da ordem jurídica, que seja guardado um nexo de coerência entre as decisões judiciais sobre a mesma fattispecie, sob pena de, conforme já assinalado, estar-se fazendo o Judiciário servir de instrumento de criação de conflitos, e não de pacificador das relações sociais”.

É importante que se destaque, igualmente, que nem mesmo a quantidade de divergências hoje verificadas em primeiro e segundo grau de jurisdição mostra-se saudável. Porém, esse fenômeno se dá diante dos mais variados posicionamentos manifestados pelos diversos órgãos colegiados das Cortes Superiores, o que, em última análise, evidencia a ineficiência do controle de legalidade por elas exercido. Ora, o jurisdicionado não pode ser surpreendido, principalmente se estiver litigando já no âmbito dos Tribunais Superiores, que são os responsáveis, no nosso ordenamento jurídico, pela uniformização da interpretação da lei federal (no caso do Superior Tribunal de Justiça), e da constituição (no caso do Supremo Tribunal Federal), em todo o território nacional.

Portanto, deve-se garantir a todos os brasileiros o conhecimento prévio acerca das linhas gerais do entendimento das Cortes Superiores. O Judiciário não é uma casa de apostas⁵³ para que cada decisão judicial, seja ela monocrática ou colegiada, cause surpresa ao jurisdicionado⁵⁴.

⁵² TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização de Jurisprudência*. Revista de Processo. Out./Dez. 2001, v. 104, p. 195.

⁵³ Ao tratar desse assunto, Eduardo Cambi assim leciona: *“A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”* (CAMBI, Eduardo. *“Jurisprudência lotérica”*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, nº 786, p. 108 e s., abr. 2001).

⁵⁴ Como bem conclui Bruno Dantas: *“Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral”* (DANTAS, Bruno. *op. cit.*).

Não se pode permitir que a sociedade fique à mercê do subjetivismo de cada um dos julgadores, sem que estes se curvem ao entendimento pacificado pelo órgão imediatamente superior. Os juízes devem ter a consciência de que fazem parte de um sistema e que, portanto, não podem invocar a sua independência para conceder tratamento diferenciado a situações jurídicas idênticas. Como bem aponta Tiago Asfor Rocha Lima⁵⁵, contrariar entendimentos dos órgãos jurisdicionais superiores, *“além de revelar ato de rebeldia judicial, implica procrastinação indevida da demanda e produz uma indevida expectativa de êxito ao jurisdicionado ocasional e temporariamente vencedor”*. Nesse passo, não há dúvidas de que questões idênticas devem ser decididas da mesma maneira, pelo Poder Judiciário, a fim de que reste garantida a necessária segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito⁵⁶.

Ao tratar do assunto, Cândido Rangel Dinamarco⁵⁷ afirma:

“Toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança nas pessoas e nos grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado.”

⁵⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 142.

⁵⁶ *“A conexão do estado de direito com a liberdade é bastante clara. A liberdade, como foi dito, é um complexo de direitos e deveres definidos por instituições. As várias liberdades especificam coisas que podemos fazer, pelo que, quando a natureza da liberdade o exige, os outros têm o dever de não interferir. Mas se for violado o princípio de que não há ofensa sem lei, por exemplo, quando as leis são vagas e imprecisas, o que temos liberdade de fazer fica igualmente vago e impreciso. Os limites de nossa liberdade são incertos. E na medida em que isso acontece, o exercício da liberdade fica limitada por um temor razoável. O mesmo tipo de consequências decorre se casos semelhantes não são tratados de maneira semelhante, se o processo judicial não tem a honestidade indispensável, se a lei não reconhece a impossibilidade de adimplemento como defesa, e assim por diante. O princípio da legalidade tem, então, um fundamento firme na decisão consensual de pessoas racionais que querem estabelecer para si mesmas o grau máximo de liberdade igual. Para terem confiança na posse e no exercício dessas liberdades, os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada geralmente querem que o estado de direito seja mantido”* (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Martins Fontes. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. p. 262).

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno vol. 2*. São Paulo: Malheiros, p. 1145.

Outro aspecto que merece análise em se tratando de estabilidade e previsibilidade do direito envolve a efetivação do princípio da igualdade jurídica, consagrado no texto constitucional como garantia fundamental, no *caput*, de seu art. 5º.

É inegável que quando situações semelhantes recebem tratamento idêntico do Poder Judiciário, promove-se não só a segurança jurídica como também a igualdade ou isonomia perante a lei. Com efeito, será fixada apenas uma tese jurídica para regular um mesmo tipo de situação, a qual será aplicada a todos, indistintamente, viabilizando o tratamento isonômico dos cidadãos.

Sabe-se que o princípio da isonomia ou igualdade jurídica também é basilar em um Estado Democrático de Direito e garante que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*.

Esse princípio é dirigido não só aos legisladores, que, ao elaborarem as leis, devem prezar por normas “neutras”, como também aos Poderes Executivo e Judiciário, que, ao aplicarem as leis, devem agir de maneira impessoal, sem beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, de forma indevida.

Importante ressaltar, no entanto, que assim como todos os demais princípios jurídicos, o da isonomia também comporta relativização. Isso se dá quando a situação concreta exigir aplicação de regime jurídico diverso. Em outras palavras, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Ruy Barbosa⁵⁸ bem demonstrou tal raciocínio:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

⁵⁸ BARBOSA, Ruy. *“Oração aos moços”*. In AGUILAR, José. *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro. 1960. p. 685.

Assim, é inegável que situações idênticas merecem soluções iguais, mas desde que inexista qualquer causa autorizadora de aplicação de regra jurídica diversa⁵⁹. O fator “tempo”, v.g., possibilita a ocorrência dessa circunstância.

Exemplificativamente, lembremos da união estável. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal dispõe que *“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*. Recentemente, em 05/05/2011, no entanto, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Entendeu-se que já era tempo de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Tal decisão foi proferida com fundamento nos princípios fundamentais da ordem jurídica, bem como nos direitos fundamentais do indivíduo. Com base no art. 3º, IV, da Constituição Federal, que veda qualquer discriminação em virtude de origem, raça, sexo, cor e idade, decidiu-se que, salvo disposição em contrário, o sexo das pessoas não pode justificar uma desigualdade jurídica, e, portanto, qualquer depreciação da união estável homoafetiva ofende gravemente referido dispositivo constitucional.

Trata-se de exemplo emblemático, pois demonstra, claramente, que, diante da evolução da sociedade, em um dado momento histórico, passou-se a entender que a situação fática que caracteriza a união estável independe do sexo das pessoas envolvidas. Assim, a união entre um casal do mesmo sexo que, antes de 2011, constituía fato que autorizava a aplicação de regra jurídica diversa daquela que regulava a união entre um homem e uma mulher, com o passar do tempo,

⁵⁹ Sobre o assunto, Tiago Asfor Rocha Lima lembra: *“Ilustrativamente, tem-se o caso da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. A princípio e por muito tempo, a interrupção da gravidez nesses casos implicaria prática de crime tipificado no Código Penal. É muito provável, porém, que, após o julgamento da ADPF nº 54-8/DF, o STF reconheça a inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP, que impeça a operação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Ter-se-á, neste caso, uma mesma situação fática recebendo entendimentos pretorianos teoricamente contraditórios, porém em diferentes momentos históricos. Iguamente possível que hipóteses fáticas semelhantes sejam tratadas juridicamente de maneira diversa, por força tão somente de peculiaridades regionais. A diversidade cultural brasileira pode sim justificar uma situação dessa estirpe”* (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 146).

passou a ganhar o mesmo reconhecimento perante a lei, de modo que, hoje, lhe são garantidos os mesmos direitos.

Feitas essas considerações, fica claro, pois, não ser suficiente que o jurisdicionado tenha ciência das leis ou dos princípios previstos na Constituição. A interpretação e aplicação das normas positivadas no ordenamento jurídico também devem, necessariamente, ser por ele conhecidas. Daí a necessidade de que o Judiciário emane previsibilidade na sua atuação judicante, isto é, no momento em que apresenta a solução ao caso a ele submetido. Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰, *“pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais”*.

No entanto, um sistema jurídico deve não só imprimir segurança e estabilidade do ponto de vista material, mas também na atuação dos mecanismos de tutela do direito, ou seja, na seara processual. De nada adiantaria um direito estável, se não houvesse instrumentos capazes de materializá-lo.

Assim, para que se atinja a almejada estabilidade ou previsibilidade do Direito, de forma a proporcionar segurança jurídica e tratamento isonômico dos jurisdicionados, deve haver mecanismos e/ou técnicas eficazes de uniformização da sua interpretação.

Atento a essa necessidade, o ordenamento jurídico brasileiro vem, há algum tempo, sofrendo modificações, por meio da introdução de instrumentos com a nítida função de conceder unidade ao Direito.

Com efeito, podemos citar, dentre outros, os seguintes: repercussão geral no recurso extraordinário, súmulas vinculantes, julgamento *prima facie* de ação idêntica, súmula impeditiva de recurso e recursos repetitivos. Estes últimos constituem o objeto da presente pesquisa.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em 20 jun. de 2013.

2.2. A Adaptabilidade do Direito

Se por um lado o Direito deve ser previsível, a fim de que os princípios da segurança jurídica e da igualdade sejam observados, por outro, não se pode perder de vista a necessidade que o Direito tem de evoluir, de adaptar-se conforme as mudanças na sociedade.

Sabe-se que os valores morais são construídos histórica e socialmente, de modo que nem sempre um instituto é tratado da mesma maneira em diferentes momentos históricos.

Voltando ao exemplo da união estável, é fácil perceber que novas circunstâncias sociais exigem adequação das regras jurídicas que regulam uma determinada situação.

Durante muito tempo, a família foi compreendida como sendo uma entidade envolvendo, necessariamente, um homem e uma mulher. Assim, prevalecia o entendimento no sentido de que a união estável somente poderia ser reconhecida se estabelecida entre um homem e uma mulher. No entanto, diante de uma sociedade com um número considerável de casais homossexuais, não poderia mais o Judiciário negar tutela jurisdicional a uniões que, calcadas no afeto, adquirem feição de família. *“As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos”*⁶¹. Diante disso, a diversidade de sexos passou, então, a não ser mais fator relevante para a configuração da entidade familiar, tendo cedido lugar ao sentimento de amor.

Vê-se, assim, que, no caso da união estável, houve uma mudança de paradigmas na sociedade, que ensejou alterações na interpretação jurídica de um fato⁶² e de uma norma constitucional. Com isso, passou-se a garantir a igualdade de

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.

⁶² *“Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade e ensejar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar*

direitos entre os cidadãos enquadrados naquela situação, sem quaisquer distinções de sexo.

O mesmo ocorreu com a descriminalização do adultério, como bem lembra Rodolfo de Camargo Mancuso⁶³, ao tratar do assunto:

“(...) considere-se, por exemplo, a descriminalização da conduta de adultério, tradicionalmente considerada antissocial, ofensiva á honra e violadora dos deveres matrimoniais, mas que, como o passar do tempo, foi perdendo aderência em face dos novos valores e interesses surgidos numa sociedade civil massificada e globalizada, que pouco ou nada tem a ver com aquela existente ao tempo da edição do vetusto Código Penal”.

Os exemplos relativos à união estável e ao adultério, inegavelmente, demonstram que o Direito não pode “fechar os olhos” para a realidade social.

“Nesse contexto, a estabilidade significa que, por mais que mudem as instituições, elas ainda permanecem justas ou aproximadamente justas, na medida em que são feitos ajustes em vista das novas circunstâncias sociais”⁶⁴.

Importante notar, entretanto, que, embora a evolução do Direito seja necessária, deve ela ocorrer de uma forma natural, sem que aconteçam alterações repentinas na interpretação jurídica dos fatos e das normas que os regulam. Isto porque, as mudanças sociais nunca ocorrem inesperadamente; ao contrário, levam muito tempo para se sedimentar. Nesse mesmo sentido, as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁵:

“A sociedade é um organismo vivo, e, como acontece com os organismos vivos, as mudanças pelas quais passa, ocorrem

uma solução que não se afaste de um resultado justo” (DIAS, Maria Berenice. *“Família homoafetiva”*. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. nº 10 (jan./jun. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008).

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª ed. Revista dos Tribunais: 2010. p. 157-158.

⁶⁴ RAWLS, John. *op. cit.*, p. 262.

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *“Precedentes e evolução do direito”*. *op. cit.*, p. 15.

lentamente. Não há alterações sociais bruscas. Portanto, já que o direito muda quando precisa adaptar-se, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, em situações de normal desenvolvimento.”

Assim, nada justifica a quantidade de divergência jurisprudencial existente entre os Tribunais brasileiros, em um mesmo momento histórico.

De fato, não se pode falar em unidade do direito em um ordenamento jurídico descomprometido com o respeito às decisões proferidas pelos tribunais que têm por competência a interpretação do direito constitucional e do direito infraconstitucional federal.

O desrespeito aos precedentes dos tribunais superiores causa grande desarmonia ao sistema jurídico, pois, a um só tempo, provoca desigualdade, insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional de má qualidade. Com efeito, se cada juiz ou cada tribunal puder interpretar a lei ou a Constituição de acordo com as suas próprias convicções – sem seguir os parâmetros estabelecidos pelas cortes superiores –, nenhuma previsibilidade será garantida aos jurisdicionados, de modo que casos semelhantes, que mereceriam tratamento isonômico, poderão ter soluções diferentes. Essa imprevisibilidade, por sua vez, além de acarretar inegável incerteza jurídica, evidencia absoluta falta de racionalidade na atuação do Poder Judiciário, na medida em que as decisões, proferidas pelos 1º e 2º graus de jurisdição, em desacordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, serão, ao final, revertidas, por meio de recursos endereçados a estas cortes, não sem, antes, ter havido grande desperdício de tempo de toda a máquina judiciária. E a morosidade torna a justiça ineficiente, comprometendo, sobremaneira, todo o sistema jurídico, que se transforma, ao contrário, em um ambiente propício à ocorrência de injustiças.

Esse panorama de desrespeito às decisões dos tribunais superiores, com todas as suas indesejáveis conseqüências, estabeleceu-se, ao longo dos anos, no nosso ordenamento jurídico. Constantemente, deparamo-nos com os juízos, de primeira e segunda instâncias, deixando de aplicar aos casos concretos, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sem

nenhuma justificativa plausível. O mesmo ocorre, também com bastante frequência, com os próprios tribunais superiores: estas cortes, muitas vezes, não observam aquilo que por elas mesmas já foi pacificado⁶⁶!

Assim, por certo, se, ilustrativamente, o entendimento a respeito de uma determinada matéria é sumulado por um tribunal superior, é esse mesmo entendimento que deve ser aplicado em casos futuros, a serem julgados por este tribunal ou pelos 2º e 1º graus de jurisdição. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já sumulou o entendimento de que *“não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”*⁶⁷. Portanto, nas causas em que se discute se sobre a indenização por danos morais incide ou não imposto de renda, o entendimento a ser aplicado, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelos 2º e 1º graus de jurisdição, deve ser o mesmo revelado pelo enunciado da súmula mencionada. Da mesma forma, se a súmula for editada por um tribunal local ou regional, os julgamentos futuros deste mesmo tribunal e do juízo de primeira instância a ele vinculado, devem ser pautados naquele entendimento fixado pelo enunciado sumular.

Ora, é simplesmente o que se espera do sistema jurídico nacional!

A estrutura conferida, pela Constituição Federal, ao nosso Poder Judiciário, não deixa dúvidas de que as posições majoritárias adotadas por um determinado tribunal devem servir como parâmetro para este mesmo tribunal e para as demais instâncias, em casos futuros. Não fosse verdadeira essa assertiva, razão não haveria para a existência, em nosso sistema jurídico, de tribunais superiores, investidos da função de conceder unidade ao direito objetivo.

⁶⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier lembra-se de três exemplos bastante emblemáticos sobre divergência jurisprudencial nos Tribunais Superiores, em exíguos períodos de tempo: 1) cobrança da COFINS das sociedades civis de prestação de serviços profissionais (caso que demonstrou que o jurisdicionado não pode confiar no precedente do STJ, pois poderá ser modificado pelo STF); 2) impossibilidade de incidência de ICMS sobre serviços de habilitação de telefonia (caso em que houve alteração brusca do entendimento do STF com relação ao juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários); 3) decisão do STF a respeito da aquisição de insumos isentos ou submetidos à alíquota zero (primeiro firmou entendimento que geraria direito ao crédito, para fins de apuração do IPI; anos depois, O STF reconsiderou sua posição e decidiu pela impossibilidade do creditamento) – (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *“Precedentes e evolução do direito”*. Op. cit., p. 37).

⁶⁷ Súmula 498, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012.

É bem verdade que não se pode negar que, muitas vezes, uma mesma norma jurídica comporta mais de uma interpretação⁶⁸, seja pela linguagem nela utilizada, seja pela sua complexidade⁶⁹. No entanto, impossível conceber que em um dado momento histórico haja inúmeros posicionamentos sobre uma determinada questão jurídica.

A divergência jurisprudencial só é admissível quando o Poder Judiciário estiver diante de caso novo, nunca antes enfrentado, ou nos momentos de transição, durante a necessária evolução do direito. Nestas hipóteses, afastar-se do precedente é tarefa obrigatória do julgador, para que seja alcançada a verdadeira justiça⁷⁰.

⁶⁸ Ao tratar do assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso faz importante apontamento: “As precedentes considerações permitem induzir que a divergência jurisprudencial é uma resultante das dificuldades imanentes à tarefa interpretativa, constituindo-se numa ocorrência previsível e inevitável, tanto assim que a própria lei processual prevê recursos fundados em dissídio pretoriano, seja no interior de um mesmo órgão fracionário de Tribunal (embargos infringentes – CPC, art. 530), seja entre frações de um mesmo Tribunal (embargos de divergência no STF e STJ – CPC, art. 546), seja entre Tribunais diversos (revista trabalhista – CLT, art. 896; recurso especial ao STJ – alínea c do art. 105, III, da CF). Sem falar nos incidentes que visam, conforme o caso, prevenir o dissídio anunciado ou superar aquele já deflagrado: CPC, art. 120 e § único; art. 481 e § único; art. 476; § 1º do art. 555. Tirando o caso da súmula vinculante do STF, cuja violação ou aplicação indevida levam à cassação do julgado (CF, art. 103-A e § 3º; Lei 11.417/2006, art. 7º), no mais, de ordinário, a só divergência entre a tese albergada numa decisão e a sufragada numa súmula ou jurisprudência predominante não é, de per si, causa de nulidade ou cassação do julgado; mas pode dar-se que em casos extremos a interpretação se mostre de tal modo desarrazoada ou delirante que venha a se configurar uma afronta direta à lei (exegese contra legem), ensejando ação rescisória (CPC, art. 485, V: decisão que viola “literal disposição de lei”). Ainda assim, o próprio sistema atenua esse contexto, dispondo a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p. 162).

⁶⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso bem demonstra esse problema: “É, pois, compreensível que as normas se prestem a divergências interpretativas, sob os vários prismas em que elas podem ser examinadas: seu alcance (compreensão/extensão de seu conteúdo); sua formulação verbal (interpretação gramatical); sua vigência temporal e espacial; ou ainda sua eficácia real ou social, ou seja, saber se a norma ainda é efetivamente impositiva, ou se o seu poder coercitivo já se desvaneceu, defasado por relevantes alterações sobrevindas aos fatos, comportamentos e interesses que existiam ao tempo de sua edição” (*Idem ibidem*. p. 157).

⁷⁰ Neil Duxbury, citado por Teresa Arruda Alvim Wambier, confessa que: “Algumas vezes, apontar-se para um precedente era obviamente uma forma de ser justo. Mas em outras vezes, eu tinha a certeza de que era o caminho do covarde ou uma desculpa para a inércia”. No original: “Sometimes pointing to a precedent was a clearly way of trying to be fair. But at other times I was sure it was the coward’s way out or an excuse for inertia” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, 2008, do prefácio, IX apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15).

Mais adiante, passaremos a analisar a questão referente à liberdade judicial no que diz respeito a essa conduta.

2.3. O Equilíbrio entre Previsibilidade e Adaptabilidade do Direito

Viu-se que os princípios da segurança jurídica e da igualdade somente estarão resguardados se o Direito for estável, previsível, de modo que o tratamento díspar concedido a casos idênticos deve ser evitado. Além disso, mesmo nas hipóteses em que a contradição entre decisões judiciais proferidas em casos semelhantes é inevitável, mostra-se fundamental que, em um dado momento, a diversidade jurisprudencial acabe, a fim de que a interpretação do direito se estabilize e se torne uniforme.

Ao mesmo tempo, observou-se que o Direito não pode ser estanque ou imóvel; pelo contrário, deve evoluir conforme os ditames sociais.

Essas constatações parecem conflitantes, se estudadas isoladamente. Analisadas conjuntamente, entretanto, verifica-se ser possível estabelecer um equilíbrio entre elas, tornando-as compatíveis. E um dos mecanismos capazes de estabelecer esse equilíbrio é o chamado *precedente judicial*.

O precedente mostra-se um instrumento eficiente na compatibilização entre a previsibilidade e a adaptabilidade do Direito, uma vez que tem a capacidade de refletir os valores sociais em um determinado momento histórico. Trata-se de um mecanismo que permite, pois, uma saudável evolução do Direito, de maneira lenta e gradual, garantindo a unidade de seu entendimento⁷¹.

Importante notar, antes de tudo, que *precedente* não se confunde com *jurisprudência*. Com efeito, enquanto o precedente caracteriza-se por ser “*uma*

⁷¹ Segundo Thiago Asfor Rocha Lima, mostra-se indispensável o alcance da estabilidade do Direito, por meio de instrumentos tais como o precedente judicial: “A existência harmônica de uma tese jurídica no ordenamento não depende apenas da maneira pela qual ela se consolida. Mais do que isso, é imprescindível a existência de técnicas capazes de acomodá-las, ou melhor, de reinterpretá-las, seja ante novos argumentos dantes não apreciados, seja em razão de mudanças sociais que imponham uma nova postura do Judiciário. Isso tudo precisa ser muito bem compreendido a fim de que se alcance a desejável estabilidade do sistema, sem, contudo, que ocorra a sua estagnação” (LIMA, Thiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 56).

decisão relativa a um caso particular”, a jurisprudência caracteriza-se por ser *uma pluralidade* de decisões relativas a vários e diversos casos concretos⁷².

Pois bem. Quando se pensa em precedente, logo se relaciona este conceito ao *common law*, sistema jurídico fundado no precedente como fonte do Direito. O precedente, no entanto, que interessa à presente pesquisa, em que pese ter inspiração no sistema do *common law*, com ele não se confunde. É que, no *civil law*, o precedente judicial funciona como um método de integração e complementação do Direito, cujas fontes são, na sua essência, normas escritas. Em outras palavras, enquanto no *civil law* o precedente tem natureza eminentemente interpretativa do texto legal, servindo para orientar futuros julgamentos, no *common law* o precedente não é entendido apenas como norte interpretativo para os casos futuros, mas também como fonte criadora do direito. Nesse mesmo sentido são as lições de Evaristo Aragão Santos⁷³:

“(...) em nosso ordenamento (assim como de modo geral nos ordenamentos de civil law) o precedente judicial conta com natureza eminentemente interpretativa. Isto é, representa, como regra, a interpretação e aplicação da lei por parte de determinado órgão judicial. Deve servir, por isso, como orientação de como a mesma regra jurídica deverá ser interpretada quando esse ou outro órgão judicial se depare com situação semelhante no futuro. Digo mais: serve até para o próprio cidadão ter para si qual seria a interpretação mais adequada para determinado dispositivo de lei e, com isso, pautar sua conduta individual.

Isso difere substancialmente da realidade vivenciada no common law. Embora, lá, um precedente interpretativo também se torne obrigatório na interpretação desse mesmo dispositivo em casos futuros, admite-se o precedente como fonte criadora do direito em caráter, digamos, ex novo”.

⁷² TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo. Vol. 199. Set/2011, p. 142.

⁷³ SANTOS. Evaristo Aragão. “*Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137-138.

Portanto, a teoria dos precedentes deve ser pensada, em nosso ordenamento, de acordo com os nossos valores e interesses, ou seja, de acordo com a nossa realidade e o nosso sistema jurídico.

Com efeito, atualmente, as técnicas adotadas na elaboração das leis exigem do operador do direito um comportamento ativo. É muito comum a utilização de termos e expressões que demandam interpretação, transferindo-se ao intérprete o encargo de estabelecer o verdadeiro alcance da norma, as hipóteses em que ela não se aplica, enfim, a investigação da verdadeira vontade do legislador. Esse comportamento exigido do operador do direito, invariavelmente, dará margem a inúmeros debates, já que, havendo diferentes percepções acerca de um mesmo tema, diversas serão as interpretações conferidas a uma mesma norma.

Referidos debates são salutares no regime democrático, em que é direito fundamental a livre manifestação do pensamento. Além disso, a apresentação fundamentada de diversos argumentos, pontos de vista e perspectivas acerca de uma mesma questão jurídica, permite ao julgador escolher pela melhor solução para o caso concreto. Mas, de nada adianta viabilizar-se o amplo debate acerca de temas jurídicos, se não houver mecanismos capazes de, em determinado momento, sedimentar a posição majoritariamente aceita e que deverá prevalecer inclusive como orientação a ser aplicada a casos futuros, de modo a conceder segurança e estabilidade às relações jurídicas.

Essa missão de uniformizar os entendimentos e conceder previsibilidade ao direito, no sistema jurídico brasileiro, é dos Tribunais Superiores. E o precedente é o instrumento de que se valem para cumprir esse mister.

Assim, é evidente que, atualmente, o Judiciário não pode mais ser visto apenas como órgão que atua na resolução dos conflitos individuais; deve ser entendido, também, como órgão que atua na formação de pautas de conduta. É que, ao fazer a subsunção dos fatos ao direito, *“o Judiciário, a um só tempo, entrega a prestação jurisdicional para as partes envolvidas, mas, em alguma medida, também concretiza para toda a sociedade uma regra de conduta”*⁷⁴. Referida regra de

⁷⁴ SANTOS. Evaristo Aragão. *op. cit.*, p. 134.

conduta é fruto de amplo debate democrático e espelha os valores vigentes na sociedade, à época de sua formação.

Releva notar, ainda, que no momento da elaboração da decisão, o juiz deve não só se preocupar com a solução do caso *sub judice*, mas, também, com a possibilidade de que seu entendimento seja tomado como referência ou parâmetro para casos futuros. Conforme lições de Evaristo Aragão Santos⁷⁵, essa visão *prospectiva* é baseada justamente no fato de que a sua decisão será um precedente judicial ou, no mínimo, contribuirá para a sua formação:

“Mais do que dar uma resposta para o litígio formado entre autor e réu, a decisão judicial (e volto a insistir nesse ponto), tem reflexos para além do processo no qual é proferida. Se é indissociável que seus efeitos diretos dirigem-se às partes do processo, também não é menos verdadeiro que, uma vez lançada, a decisão também se destina para a sociedade. Vale dizer, para o meio-ambiente social que circunda o sistema jurídico.

Esses reflexos (que na falta de melhor definição podem ser rotulados de indiretos) se espalham no ambiente social e se prolongam no tempo. A decisão de hoje, portanto, pode influenciar ou servir de guia para juízes no futuro. A decisão de hoje, como lembra Frederick Schauer, é o precedente de amanhã. Portanto, decidir exige a consciência de que essa decisão ou será o precedente judicial propriamente dito no futuro, ou certamente contribuirá para a sua formação.”

Diante disso, possível concluir que o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, capaz de solucionar não só este caso específico, mas também os casos sucessivos, de modo que a decisão sobre o caso precedente seja *universalizável*⁷⁶.

⁷⁵ *Idem ibidem*, p. 180.

⁷⁶ É o que ensina Michele Taruffo: “O precedente fornece uma regra (*universalizável*, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 142).

Note-se que o processo de formação do precedente judicial reflete a ideia básica de aplicação do ordenamento jurídico como sistema normativo dinâmico, teoria difundida por Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Segundo expõe o mencionado doutrinador, o ordenamento não é apenas um conjunto de regras ou normas sem qualquer relação umas com as outras. Para que se possa adjetivar esse conjunto de regras como um “ordenamento” ou como um “sistema”, é preciso que elas integrem um *repertório* composto por elementos normativos (as normas em si) e não normativos (tais como fatos e valores). Além disso, esse repertório deverá, também, estar organizado e estruturado por meio de um conjunto de regras que disciplinam a relação existente entre os elementos do repertório. O ordenamento como sistema, portanto, é dotado de um *repertório* e de uma *estrutura*⁷⁷.

É por isso que o juiz, ao decidir o caso concreto, não se limita a aplicar a norma de maneira estanque e descontextualizada dos demais elementos que integram o repertório jurídico do sistema. Deve o julgador, ao contrário, resolver o conflito que lhe foi submetido com base no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, considerando o ordenamento composto pela norma devidamente interpretada, integrada e sistematizada dentro do contexto social, histórico e jurídico vigente, garantindo-se, com isso, a realização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia⁷⁸.

⁷⁷ Esse raciocínio é assim estruturado por Tércio Sampaio Ferraz Junior: “Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não-normativos (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superior, outras inferiores, estamos pensando na sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Estas regras não são norma jurídicas nem são elementos não-normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da lex superior (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da lex posterior (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou o da lex specialis (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente)” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 2ªed. Atlas. São Paulo, 1996, p. 175).

⁷⁸ Acerca do assunto, há que se transcrever, novamente, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior: “O sistema de que falamos nesse passo tem, ademais, caráter dinâmico. O termo sistema dinâmico provém de Kelsen e, em oposição ao estático (...), capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é

Não há dúvidas, portanto, de que o precedente, como instrumento capaz de gerar estabilidade e previsibilidade, insere-se no conceito de sistema jurídico, como elemento fundamental integrante e interpretativo do Direito.

2.4. Sistema de Precedentes e Ativismo Judicial

Inicialmente, cumpre destacar ser falsa a ideia, comumente difundida, de que a adoção de um sistema de precedentes concede ao direito jurisprudencial mais valor do que à lei.

Com efeito, o precedente como fonte autônoma do direito é afeto aos países de origem anglo-saxônica, que adotam o sistema do *common law*. Para os países em que vigora o sistema do *civil law*, o precedente exerce papel apenas *complementar*, de sistematização, interpretação e integração da legislação posta, ficando plenamente mantido o valor fundamental do direito legislado, ou seja, a lei como fonte primária do direito.

Pois bem. Feita essa importante colocação, cabe analisar quais seriam os exatos limites da atuação do magistrado na formação do precedente judicial, já que, se por um lado esse sistema confere ao juiz liberdade para exercer criatividade no estabelecimento do alcance e do objetivo da norma jurídica, por outro, essa liberdade não é absoluta, encontrando limites dentro do ramo de direito material a ser aplicado ao caso concreto, bem como na própria formação do precedente judicial. O limite estabelecido pelo direito material é imposto pelas respectivas normas e pelos respectivos princípios que o informam. Já o limite estabelecido pela

*apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos. É preciso dizer, como vimos, se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la no conjunto e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a ideia de sistema permite traçar estes contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.*, p. 177).*

formação do precedente judicial dá-se a partir do momento em que um determinado entendimento se sedimenta, passando a servir de parâmetro para decisões futuras.

É nesse contexto que envolve a formação do precedente e os limites da atuação do magistrado, que surge a noção de ativismo judicial. Esta expressão, tomada por muitos como uma deficiência do sistema jurídico, reflete, na verdade, a postura que o julgador deve adotar ao se deparar com situações que exigem o preenchimento de lacunas, omissões, conceitos vagos ou indeterminados, enfim, quando, ao solucionar os conflitos de interesse que lhe são submetidos, a lei, na sua literalidade, não se mostrar suficiente⁷⁹.

Questão que se coloca, na esteira desse raciocínio, envolve o repertório a partir do qual o magistrado deverá extrair os elementos necessários para realizar a interpretação e integração da norma jurídica a ser aplicada, de modo a estabelecer o seu significado e limites de abrangência. Não há dúvidas de que o juízo exercido pelo magistrado adotará, como parâmetro, os valores e anseios da sociedade, vigentes ao tempo da prolação da decisão.

Especificamente com relação aos limites da atuação do juiz na formação dos precedentes, já mencionamos que não há liberdade ampla: os limites da criatividade judicial dependem do ramo do direito material que está sendo discutido no processo. Daí pedirmos vênias para utilizar o critério proposto por Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁰, que identifica dois diferentes *ambientes decisoriais* (o rígido e o frouxo), nos quais devem ser inseridos os diversos ramos de direito material, com base nos *princípios basilares* que lhe são próprios.

⁷⁹ Na visão de Maria Elizabeth de Castro Lopes: “De modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em temas políticos (por exemplo, a quem pertence o mandato parlamentar?) ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado (por exemplo, para permitir que o juiz determine provas de ofício). Em oposição ao ativismo, fala-se em garantismo, no sentido de respeitar as garantias dos jurisdicionados e sua participação igualitária no processo. (...).

O que importa, porém, em termos objetivos, é que a polêmica ativismo x garantismo envolve discussão sobre o papel do juiz na atividade jurisdicional e a liberdade de que goza no exercício de suas funções” (CASTRO LOPES, Maria Elizabeth. *Ativismo Judicial e o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Ano 37. Vol. 205 – março/2012, p. 302).

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “*Precedentes e evolução do direito*”. *op. cit.*, p. 52-57.

Os ambientes decisoriais tidos como rígidos são aqueles em que a solução dada pelo magistrado ao caso concreto está adstrita, de forma preponderante, à literalidade da norma e aos princípios informadores do respectivo ramo do direito. Nesse ambiente decisoriais, não há espaço para criatividade judicial, de modo que a evolução do direito se dá mediante alteração da própria lei.

Já nos ambientes decisoriais tidos como frouxos ou flácidos, a jurisprudência exerce papel relevante na definição do alcance da norma jurídica, refletindo, em última análise, as alterações da sociedade.

A título ilustrativo, podemos dizer que o ramo do direito tributário é exemplo de ambiente decisoriais rígido e que o ramo do direito de família constitui modelo de ambiente decisoriais frouxo. Com efeito, não é possível imaginar que um juiz tenha muita margem de criatividade ao apreciar um caso envolvendo questão de direito tributário, pois as normas e princípios inerentes a este ramo do direito são criados de modo a abarcar todos os elementos e circunstâncias da sua incidência, sendo, portanto, poucas as lacunas e os conceitos que devem ser formados a partir da interpretação do julgador. O mesmo não ocorre quando se está diante de normas de direito de família, as quais são extremamente sensíveis às mudanças e aos novos comportamentos adotados pela sociedade.

Tomando, novamente, como exemplo, a questão referente à união estável entre pessoas do mesmo sexo, percebemos claramente o que acaba de ser dito: por tratar-se de um ambiente decisoriais frouxo, em que há espaço para interpretação e integração de inúmeros valores e princípios legais e constitucionais, o Judiciário encontrou liberdade para conceder nova interpretação a norma constitucional, diante dos reclamos e da realidade fática da sociedade. Note-se, inclusive, que neste exemplo específico, o precedente estabelecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal não se deu apenas diante da necessidade de se conferir nova interpretação à norma jurídica, em razão das alterações manifestadas pela sociedade; deu-se, também, diante da inércia do Poder Legislativo, que, mesmo em face do clamor social, que, no caso, era expressivo, se manteve inerte.

Percebe-se, portanto, que o Judiciário deve adotar postura ativa e complementar⁸¹ em relação à atuação do legislador, postura esta que deve ser tida como válida, necessária e prestigiada, tendo em vista que os juízes, *“não raras vezes, são levados a decidir questões não positivadas no ordenamento ou sob as quais a legislação está totalmente ultrapassada, não sendo mais condizente com o novo momento vivido pela sociedade etc.”*⁸².

No entanto, é importante frisar que o ativismo judicial de que estamos tratando só se justifica quando exercido para interpretação inicial da norma jurídica, ou, diante de circunstâncias de instabilidade social, para modificação dos precedentes até então vigentes, não podendo ser praticado para justificar subjetivismos. Quer-se, com isso, dizer que uma vez finalizado o processo de formação do precedente, também acaba a liberdade criativa do juiz. Como já dito anteriormente, este é o limite imposto ao magistrado por força da formação do precedente judicial, pois *“a consolidação, ainda que em âmbito regional, do posicionamento majoritário no Judiciário, pelo próprio Judiciário, a respeito daquele determinado tema”*⁸³ deve prevalecer em casos futuros, não podendo o julgador negar a sua aplicação.

Pode o magistrado, no entanto, ultrapassar o limite do precedente caso entenda que o caso sob análise não guarda identidade suficiente para a aplicação do precedente. No entanto, uma vez firmado o precedente, não pode o juiz ir contra o entendimento consolidado pelo próprio Judiciário, do qual é parte integrante. Até porque, todos os integrantes do Judiciário (advogados, juízes e toda a sociedade por eles representada) participam do sistema de formação do precedente. Diante disso, admitir-se que, em um Estado Democrático de Direito, prevaleça a decisão pessoal de um magistrado, contrariando o entendimento consolidado pela maioria, demonstra carga de arbitrariedade, o que nega a democracia.

⁸¹ Com isso, afasta-se a ideia de que o sistema de precedentes ofenderia o princípio da separação dos poderes. Ora, se a função do Poder Judiciário é complementar à atuação do Poder Legislativo, por óbvio que a este cabe a criação da norma e àquele somente a sua sistematização, interpretação e integração, a fim de se definir o seu verdadeiro alcance.

⁸² LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.* p. 64.

⁸³ SANTOS. Evaristo Aragão. *op. cit.*, p. 191.

Nesse sentido, fica claro que o juiz deve se preocupar não só com a formação do precedente, mas, também, com a sua aplicação. Esse raciocínio é muito bem desenvolvido por Evaristo Aragão Santos⁸⁴, que assim leciona:

“A dinâmica do sistema não permite que o juiz atue o tempo todo apenas formando precedentes. A partir de determinado momento, cabe-lhe aplicar o precedente formado. Não que nesse momento também não esteja também com os olhos voltados para o futuro (pois respeitar o precedente é também propiciar a harmonia e coerência do sistema jurídico no futuro), mas seu ponto de concentração está aí voltado para passado, para aquilo que lá se consolidou e assim ainda deve ser mantido como maneira de se preservar a estabilidade e alguma previsibilidade a eventos idênticos no futuro”.

É importante notar, inclusive, que o fato de o julgador ter que aplicar o precedente formado, a partir de determinado momento, ao contrário do que muitos defendem, não enfraquece a magistratura, mas sim a fortalece. Há que se ter em mente que o Judiciário ocupa o centro de todo o sistema jurídico, devendo ser visto como uma instituição social, formadora de regras de conduta, tendo em vista que toda decisão judicial surte efeitos para fora do processo, influenciando, diretamente, o meio social. Portanto, formando-se precedentes, a litigiosidade sobre a questão pacificada será desestimulada, pois já se saberá a posição do Judiciário a respeito de determinada questão jurídica, o que acaba por promover a composição espontânea dos litígios. E essa unidade conferida ao direito pelo precedente fortalece a magistratura, diante do aumento de sua credibilidade perante a sociedade.

É bom que se diga que o fato de o juiz não estar livre para adotar seu entendimento pessoal, quando já existe um precedente sobre determinada matéria, não ofende o princípio da independência do Judiciário. É que ao adotar o precedente, o magistrado evita a arbitrariedade e prestigia o entendimento

⁸⁴ *Idem ibidem*, p. 191.

consolidado sobre determinada questão, promovendo a previsibilidade do direito, bem como a segurança jurídica e a isonomia.

Conclui-se, assim, mostrar-se salutar a adoção de um sistema de precedentes, em que haverá, por parte do magistrado, verdadeira criação de Direito para os casos em que a lei isoladamente considerada não é capaz, por si só, de dar solução à situação de direito em análise.

Não se quer com isso dizer que o magistrado, ao criar o direito no processo de formação do precedente judicial, teria liberdade para atuar como verdadeiro legislador originário, utilizando, como substrato, as suas experiências subjetivas. O direito criado nesse processo, conforme já mencionamos, envolve apenas a integração e a interpretação de normas jurídicas preexistentes, as quais fazem parte do sistema jurídico.

CAPÍTULO III

SISTEMAS JURISDICIONAIS DE *COMMON LAW* E DE *CIVIL LAW*: BREVES APONTAMENTOS

3.1. O Precedente no Sistema Jurisdicional de *Common Law*

Como já ventilado, mostra-se desejável que casos semelhantes sejam decididos da mesma maneira. Diante dessa premissa, em quase todas as jurisdições, o juiz tende a decidir um caso de forma similar ao que foi decidido por outro juiz em um caso análogo anterior. No entanto, a força dessa tendência pode variar, de maneira que, enquanto em algumas jurisdições ela se mostra apenas persuasiva, em outras, ela se mostra obrigatória⁸⁵.

Na Inglaterra, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que vigora o sistema jurisdicional do *civil law*, a doutrina do precedente tem forte natureza coercitiva, sendo os juízes obrigados a seguir o que já foi decidido, a não ser que apresentem boas razões para não agirem dessa maneira⁸⁶. É por essa razão que o “*Common Law* é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes”⁸⁷.

Essa doutrina baseia-se no chamado *case-law*, ou seja, em “regras e princípios declarados e postos em prática pelo juiz ao tomar uma decisão. Em um sistema baseado no *case-law*, um juiz, em um caso subsequente, deve levar em consideração estas questões, que, ao contrário do que ocorre em outros sistemas

⁸⁵ Essa é, inclusive, a ideia desenvolvida por Rupert Cross e J. W. Harris: “*It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike. This is enough to account for the fact that, in almost every jurisdiction, a judge tends to decide a case in the same way as that in which a similar case has been decided by another judge. The strength of this tendency varies greatly. It may be little more than an inclination to do as others have done before, or it may be the outcome of a positive obligation to follow a previous decision in the absence of justification from departing from it*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 3).

⁸⁶ Os mesmos autores assim lecionam: “*The peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature. English judges are sometimes obliged to follow a previous case although they have what would otherwise be good reasons for not doing so*” (*Idem ibidem*, p. 3).

⁸⁷ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96-97.

jurisdicionais, não são simples materiais que *podem* vir a ser considerado em sua decisão. Nesse sentido, o fato de a Inglaterra ser um sistema baseado no *case-law* significa dizer que as decisões tomadas pelos juízes em casos específicos constituem um precedente”⁸⁸. É dizer, ainda que se esteja diante de caso com valor meramente persuasivo, devem os juízes adotar os fundamentos nele utilizados, em sua nova decisão. Trata-se de uma questão que está arraigada na cultura inglesa.

Assim como a lei, o precedente também deve ser interpretado, para que possa ser aplicado. Somente se as regras que constam de precedentes forem devidamente identificadas e compreendidas é que poderão servir de paradigmas. Assim, necessário se faz distinguir, na decisão, a *ratio decidendi* da *obiter dictum*.

Essa discussão muito se assemelha com aquela que temos em relação à parte da sentença que transita em julgado: enquanto nós precisamos saber o que fica acobertado pelo manto da coisa julgada, os ingleses precisam saber qual é exatamente a parcela da decisão vinculante para os casos subsequentes.

Para a presente pesquisa basta mencionar que “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri”⁸⁹. Em outras palavras, *ratio decidendi* é a proposição jurídica considerada necessária para a decisão (núcleo do precedente)⁹⁰. “*Constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto*”⁹¹, sendo essa regra de direito que vincula os julgamentos futuros. Ainda

⁸⁸ No original: “*Case-law consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions. In a system based on case-law, a judge in a subsequent case must have regard to these matters; they are not, as in some other legal system, merely material which he may take into consideration in coming to his decision. The fact that English law is largely a system of case-law means that the judge’s decision in a particular case constitutes a precedent*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *op. cit.*, p. 3-4).

⁸⁹ No original: “*The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *op. cit.*, p. 72).

⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, nº 172, p.131, jun-2009.

⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

nas lições de Michele Taruffo⁹², *ratio decidendi* é “a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso”.

Já *obiter dictum*, segundo esse mesmo autor⁹³, constitui “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”. José Rogério Cruz e Tucci⁹⁴, por sua vez, conceitua *obiter dictum* como sendo a “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”. Em razão disso, ou seja, por constituir meras razões descritivas dos direitos e deveres envolvidos na demanda, possui a *obiter dictum* força meramente persuasiva. No entanto, por fazer parte de um processo explanatório que levará à decisão final, muitos juízes, mesmo entendendo não ter ele o mesmo valor de um precedente com força obrigatória, sentem-se obrigados a seguir o mesmo raciocínio.

Como se vê, as regras do precedente dependem da prática das cortes, que são estruturadas de maneira hierarquizada⁹⁵. Esta hierarquia determina que toda corte siga as decisões da corte hierarquicamente superior, bem como que as cortes de apelação sigam as suas próprias decisões. Quer-se, com isso, dizer que “o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que a profere”⁹⁶. Assim, normalmente “o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos hierarquicamente inferiores (eficácia externa)”⁹⁷, não sendo possível que uma corte inferior vincule a superior⁹⁸.

⁹² TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 145.

⁹³ *Idem ibidem*. p. 145.

⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 177.

⁹⁵ Na Inglaterra, temos, no topo do Poder Judiciário, a chamada *House of Lords* ou *Supreme Court*, seguida, em ordem decrescente de hierarquia, pela *Court of Appeal*, pela *High Court*, pelas *Crown Courts*, pelas *County Courts* e pelas *Magistrates Courts*.

⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 170.

⁹⁷ *Idem ibidem*, p. 170.

⁹⁸ José Rogério Cruz e Tucci, bem explica como se dá a vinculação entre as Cortes Inglesas: “No Reino Unido, pois, todo precedente judicial da *House of Lords*, de natureza colegiada ou monocrática, reveste-se de força vinculante no âmbito das cortes inferiores, ou seja, a *Court of Appeal*, a *High Court*, as *Crown Courts*, as *County Courts* e as *Magistrates Courts*, todas evidentemente dotadas de competência recursal e originária especificamente definidas.

Esse efeito vinculante das decisões, chamado na doutrina inglesa de teoria do *stare decisis*, consolidou-se, naquele país, na segunda metade do século XIX, com o caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, no qual ficou estabelecido que a *House of Lords* (órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido, na época⁹⁹) estaria vinculada às suas próprias decisões, assim como as cortes inferiores¹⁰⁰.

Alguns anos depois, em 1898, a teoria do *stare decisis* foi definitivamente reconhecida com o caso *London Tramways Company v. London County Council*,

Com a mesma força obrigatória, os julgados da Court of Appeal vinculam, em casos análogos, as suas decisões futuras e aquelas dos tribunais de grau menos elevado” (Idem ibidem. p. 170-171). Complementando esse raciocínio, Neil Andrews aponta: “Apenas a High Court (...) e a mais alta instância dos tribunais, a Court Of Appeal, a Supreme Court (...) e o Privy Council têm poder para estabelecer decisões com força vinculante. (...). Existe uma hierarquia de precedentes nessa pirâmide de tribunais. Assim, as decisões da Supreme Court são vinculantes para todos os tribunais inferiores, incluindo a Court of Appeal. As decisões da Court of Appeal não são vinculantes para a Supreme Court, que é superior na hierarquia. A decisão da Court of Appeal é vinculante não só para tribunais inferiores (como a High Court ou as county courts), mas também para a própria Court of Appeal. Existem por certo algumas exceções. Uma decisão da High Court não é vinculante em relação à Court of Appeal, nem no que tange à Supreme Court, mas vincula as county courts” (ANDREWS, Neil. op. cit., p. 97-98). Nota-se, portanto, que na Inglaterra as decisões das cortes intermediárias tem força vinculante, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde somente a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (órgão máximo do Poder Judiciário) possui, expressamente, força vinculante vertical.

⁹⁹ Até outubro de 2009, a *House of Lords* constituía a mais alta Corte de Apelação do Reino Unido. Naquela data, no entanto, a *Supreme Court* assumiu as funções judiciais da Câmara dos Lordes.

Além de executar funções legislativas, a Câmara dos Lordes mantinha até 1 de outubro de 2009 alguns poderes judiciais: ela era a mais alta corte de apelação para a maioria dos processos no Reino Unido. Estas funções judiciais não eram executadas por toda a câmara, mas por um grupo de membros com experiência legal conhecidos como Lordes da Lei (*Law Lords*).

O ato da reforma constitucional 2005 transferiu as funções judiciais dos lordes à Corte Suprema do Reino Unido.

Hoje, portanto, a Suprema Corte do Reino Unido é o tribunal supremo em todas as matérias em Direito Inglês. É o tribunal de última instância e a mais alta corte de apelação no Reino Unido.

Segundo Neil Andrews, “a principal razão da extinção do Appellate Committee da House of Lords foi a visível necessidade de se eliminarem os três níveis de responsabilidade do Lord Chancellor, a chamada ‘união universal’ da Constituição Britânica, pois este combinava o status de Ministro (com reponsabilidade ministerial sobre o órgão governamental do Executivo, o Departamento de Estado, por muito tempo conhecido por Gabinete do Lord Chancellor, depois renomeado como Departamento de Assuntos Constitucionais, e agora chamado de Ministério da Justiça) com o de porta-voz da House of Lords, de forma a ter Poder Legislativo, e, no terceiro nível, com sua atuação como juiz que julgava os recursos interpostos na House of Lords ou perante o Privy Council” (ANDREWS, Neil. op. cit., p. 77).

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. op. cit., p. 21.

que reiterou a obrigatoriedade de a *House of Lords* se vincular às suas próprias decisões, bem como a sua eficácia vinculativa externa para as cortes inferiores¹⁰¹.

Tal regra foi estabelecida com o intuito de gerar certeza e definitividade às regras gerais de direito. Ora, se a *House of Lords* não seguisse seus próprios precedentes, as cortes inferiores não saberiam qual das decisões deveria ser seguida no caso posterior e os advogados também não saberiam orientar seus clientes, o que geraria uma grande insegurança jurídica¹⁰².

É bom que se diga, entretanto, que a *House of Lords*, antes mesmo de ter decidido que estaria vinculada aos seus próprios precedentes, já havia reconhecido, em 1852, que detinha um poder para corrigir eventuais erros ou injustiças que porventura tivesse cometido¹⁰³, a fim de garantir a evolução e a integridade do direito. Trata-se do chamado *overruling*. O reconhecimento de referido poder deu-se porque “não se pode esquecer que seguir uma decisão errada inevitavelmente produz uma justiça falha”¹⁰⁴. Embora os litigantes esperem que casos semelhantes sejam decididos de maneira igual, há casos em que, em decorrência dos fatos, não é possível seguir o precedente, e há casos em que este deve ser suplantado.

Foi em 1966 que a *House of Lords* exerceu, pela primeira vez, a faculdade de rever orientação emitida no passado (*overruling*), com a proclamação do *Pactice Statement of Judicial Precedent*¹⁰⁵. Tal resolução reconheceu que uma aderência muito forte à teoria dos precedentes vinculantes poderia gerar injustiças em casos particulares, bem como barrar a evolução do direito, tendo estabelecido que a *House of Lords* pode modificar uma decisão anterior quando parecer correto e justo proceder dessa maneira¹⁰⁶.

¹⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 161; MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo 209, 172, p. 182.

¹⁰² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *op. cit.*, p. 103.

¹⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁴ No original: “(...) *it should not be forgotten that there is a sense in which a court’s failure to follow one of its past decisions inevitably produces a failure of justice*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *op. cit.*, p. 103).

¹⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁶ É o que ensinam Rupert Cross e J. W. Harris: “*Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while*

Nota-se, assim, que as regras do direito inglês podem se alterar ao longo do tempo, necessitando modificações no sistema, de modo que os juízes precisam expressar a visão das regras tradicionais, mas modificar a decisão quando parecer correto, a fim de cristalizar uma nova regra particular ou de exceção¹⁰⁷. Essas alterações podem ocorrer por meio das seguintes técnicas, que permitem essa flexibilidade na teoria do *stare decisis*: *distinguishing* e *overruling*.

O *distinguishing* é um método de interpretação do precedente, consistente em verificar “se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”¹⁰⁸. Essa verificação ocorre por meio da contraposição dos elementos fáticos da *ratio decidendi* do precedente paradigma com os elementos fáticos postos diante do juiz.

O *overruling*, por sua vez, é outra técnica utilizada pelo sistema do *common law* para adaptar, corrigir ou flexibilizar o direito. Por meio dele, declara-se que houve superação do precedente, criando-se nova regra para os casos subsequentes, de modo que a regra anterior é revogada e perde todo o seu caráter vinculante.

Feitas essas considerações, é bom que se diga que “o direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas”¹⁰⁹. No entanto, na medida em que essas leis precisam ser interpretadas, também esse exercício interpretativo gera precedentes vinculantes. Nesse sentido, atualmente, grande parte da jurisprudência é formada de precedentes interpretativos da lei¹¹⁰. Portanto, “a profusão de leis não

treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *op. cit.*, p. 104).

¹⁰⁷ “Whenever a judge is faced with some debatable feature of the rules, he may express a view as to what the tradition requires, having regard to past instances reported in the cases and his conception of the underlying purpose of the rule in question. Such a pronouncement, if it subsequently meets with general approval by other judges, may have the effect of crystallizing a particular rule or exception” (*Idem ibidem*, p. 106).

¹⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 174.

¹⁰⁹ ANDREWS, Neil. *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁰ Nesse sentido: “For present times, at least, the caveat must be added that, even in the countries of the ‘common law’, pure case law is quite rare. Much case law now takes the form of glosses upon statute law” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric of the Rule of law*, Oxford University Press, 2005, p. 144).

*exclui a necessidade de um sistema de precedentes*¹¹¹. É por isso que “o sistema de precedentes continua sendo a base do direito inglês”¹¹².

Diante de todo o exposto, possível perceber que a teoria do *stare decisis* considera o precedente como fonte primária do direito, que deve, portanto, vincular as decisões posteriores.

Com isso, o sistema do *stare decisis*, da Inglaterra, pretende evitar o subjetivismo, inerente ao agir humano¹¹³, gerando à população uniformidade, estabilidade, consistência e previsibilidade. Pela prática de obediência aos precedentes, os cidadãos tem a possibilidade de adequar as suas condutas ao que dizem decisões, não sendo surpreendidos por um julgamento nunca antes imaginado. Tal sistemática, como se vê, garante a almejada previsibilidade, alcançada pela uniformidade, pela estabilidade e pela consistência das decisões judiciais, o que acaba gerando o respeito à igualdade, princípio basilar do sistema de precedentes vinculantes.

Note-se, no entanto, que, se por um lado essa teoria impõe aos juízes a obrigatoriedade de seguir decisões anteriores, por outro, permite que o magistrado interprete a *ratio decidendi* do precedente, a fim de verificar a sua aplicabilidade ao caso sob julgamento, podendo dele afastar-se, se assim for necessário para se realizar a devida justiça. Nesse sentido, embora muito se fale em vinculação do precedente no *common law*, essa a ideia não pode ser generalizada, pois, na verdade, o juiz não deve se ater, em todo e qualquer caso, ao precedente, podendo utilizar-se das regras do *distinguishing* e do *overruling*, se entender conveniente para formar uma solução mais justa ao caso que deve decidir.

Percebe-se, assim, que o *common law* resguarda, historicamente, a estabilidade e a uniformidade, admitindo, ao mesmo passo, a flexibilidade indispensável à evolução do direito¹¹⁴.

Nessa medida, possível afirmar que o *common law* busca atingir os mesmos valores almejados pelo sistema jurisdicional de *civil law*, por meio de semelhante técnica. A diferença entre os dois sistemas reside, apenas, no fato de que enquanto

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições...* op. cit., p. 185.

¹¹² ANDREWS, Neil. op. cit., p. 98.

¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. op. cit., p. 41.

¹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., p. 172.

naquele o precedente é visto como fonte primária do direito, neste a lei é que tem essa mesma função. No entanto, tanto o precedente, quanto a lei precisam ser interpretados para poderem ser aplicados ao caso concreto. Vê-se, portanto, que a interpretação da *ratio decidendi* guarda grande semelhança com a interpretação da lei, feita pelos juízes do *civil law*.

Diante disso, conclui-se que, hoje, seja no sistema jurisdicional de *common law*, seja em sistema jurisdicional de *civil law*, deve-se entender que é o *direito* que vincula o juiz e não a letra da lei ou o precedente em si mesmo considerado. “É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, deste conjunto, emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir”¹¹⁵.

3.2. O Juízo de Cassação no Sistema Jurisdicional de *Civil Law*

O estudo comparado aqui proposto justifica-se em razão da semelhança existente entre o modelo das Cortes de Cassação de tradição europeia – especialmente a italiana – e o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no que diz respeito ao exercício do controle de legalidade das decisões no âmbito do sistema jurisdicional de *civil law*.

Antes de tratarmos das mencionadas semelhanças, contudo, necessário se faz traçar um breve panorama histórico acerca da origem das Cortes de Cassação.

A ideia de controle de legalidade das decisões judiciais surgiu no contexto da Revolução Francesa, momento histórico marcado pela migração do regime absolutista para um novo modelo fundado no império da lei como vontade geral, e pelo princípio da separação dos poderes. O ideal revolucionário suplantou uma fase em que a lei era vista como “o reflexo da vontade arbitrária e egoísta do monarca irresponsável”¹¹⁶ e fez surgir outra em que a lei passou a “ser concebida pelos representantes do povo soberano, habitantes do Parlamento, constituindo, assim, a expressão da ‘vontade geral’”¹¹⁷.

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. *op. cit.*, p. 26-27.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte...* *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁷ *Idem ibidem*. p. 25.

Nesse novo modelo, portanto, era necessário estabelecer meios capazes de assegurar a inviolabilidade da ordem jurídica, a fim de fazer imperar a vontade geral. Assim, os revolucionários entendiam que a atividade do julgador deveria limitar-se à aplicação mecânica da lei, sendo-lhe vedado interpretá-la. Para que fosse evitado qualquer tipo de arbitrariedade por parte daqueles que detinham o poder, somente o Legislativo é que possuía legitimidade para dizer qual era o sentido da lei¹¹⁸.

Diante disso, surge a Corte de Cassação como órgão autônomo e desvinculado de qualquer dos três poderes do Estado, com a função de garantir a tutela da lei e do seu sentido, ou, em outras palavras, como “*órgão responsável pela manutenção da separação dos Poderes e da supremacia da lei*”¹¹⁹.

Note-se que, por se tratar, no início, de órgão desvinculado do Poder Judiciário, a Corte de Cassação tinha atuação restrita: cassar a decisão violadora da ordem jurídica e reenviar a causa, ao Poder Judiciário, para novo julgamento, com observância da interpretação por ela fixada.

Com o passar do tempo, percebeu-se que as Cortes de Cassação deveriam integrar o Poder Judiciário, tendo em vista que não era possível suprimir totalmente a possibilidade de o juiz conferir a sua interpretação à lei, pois tal juízo era necessário para dar solução aos casos concretos que lhe eram submetidos¹²⁰.

¹¹⁸ “A proibição de o juiz interpretar a lei se funda na desconfiança nos juízes, advinda do ancien régime, período em que os corpos judiciais travaram batalha com o monarca, negando e distorcendo a lei por ele elaborada.

No período monárquico existia uma grande pluralidade de fontes, procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja etc. Os juízes eram odiados não apenas pelo soberano, mas também pelo povo, que lhes acusava de manipular a lei, sob o disfarce de interpretá-la, apenas para favorecer seus protegidos e obter vantagens escusas. Portanto, era preciso destruir o direito antigo, dar unidade ao direito mediante a lei e com igual intensidade evitar sua distorção.

Os revolucionários pretenderam impedir o juiz de interpretar a lei e, na mesma dimensão, conceberam o Tribunal de Cassação, destinado a cassar qualquer pronúncia judicial que não se limitasse a descrever o texto exato da lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte...* op. cit., p. 30). Nesse mesmo sentido, as lições de Eros Roberto Grau: “Cícero afirmava, no *De legibus* (III, I) [s/d:t.IV], que o magistrado é a lei falante; a lei, o magistrado mudo. O Judiciário, no quadro da separação dos Poderes, seria apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; não é mudo, mas apenas pronuncia o que foi dito pelo legislador. Toda a sua ação se esgota na subsunção. Isso conduziu, no extremo, à proibição de interpretar. Porque a interpretação fazia parte dos poderes do Legislativo, incumbia ao juiz, em caso de dúvida, recorrer ao legislador (isto é, ao rei) – aí a solução do référé législatif e da Corte de Cassação [cf. Grau 2009: Apêndice II] (GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 44).

¹¹⁹ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 51.

¹²⁰ “A ideia de proibir a interpretação da lei não se realizou e nem poderia. Logo após o Decreto de 1790, que instituiu o Tribunal de Cassação, já se percebia a impossibilidade prática de isso realmente acontecer.

O référé facultativo, ao conferir ao juiz a obrigação de solicitar a intervenção do Legislativo em caso de obscuridade da lei, acabou gerando uma situação curiosa. Os juízes utilizaram essa faculdade em

Diante disso, na França, a Corte de Cassação passou a pertencer ao Poder Judiciário, assumindo função de Suprema Corte de Justiça, sem, no entanto, se preocupar, em princípio, com a garantia da uniformidade da interpretação da lei¹²¹. A sua função continuou sendo, apenas, cassar a decisão violadora da ordem jurídica e reenviar a causa a um tribunal de segunda instância, para que fosse realizado novo e amplo julgamento, com aplicação da tese fixada pela Corte de Cassação e avaliação das peculiaridades do caso concreto¹²².

Já a Corte de Cassação italiana, surgida a partir da experiência do Tribunal de Cassação francês, demonstrou, desde sua origem, grande preocupação com a necessidade de unificar a interpretação da lei. É por essa razão que, neste trabalho, será dado enfoque ao modelo italiano, visto ser o que mais se identifica com o nosso Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, por determinação constitucional (art. 105, III), esta Corte Superior brasileira também tem por função *interpretar a lei federal*, bem como *uniformizar o seu entendimento*.

Pois bem. A Corte Suprema de Cassação italiana, colocada no topo do sistema recursal, com sede em Roma e jurisdição sobre todo o território sob soberania do Estado, tem por atribuição: (1) assegurar a exata observância e interpretação uniforme da lei; (2) garantir a unidade do direito nacional; e (3) zelar

demasia, o que não apenas sobrecarregou o corpo legislativo como atrasou o andamento dos processos. Por isso, os référés foram crescentemente rejeitados pelo Legislativo e o Tribunal de Cassação, na mesma dimensão, passou a cassar por 'excesso de poder' as decisões que se abstinham de julgar sob o argumento de obscuridade de lei. O resultado foi realmente surpreendente, já que o juiz era proibido de interpretar a lei e, ao mesmo tempo, as suas decisões eram anuladas quando não a interpretavam.

Não muito tempo foi necessário, em verdade, para perceber a impossibilidade de proibir o juiz de interpretar a lei e para desfazer o trauma do juiz como inimigo do Estado. O Código de Napoleão deixou de lado o référé facultativo, atribuindo ao juiz um dever de interpretar a lei para resolver os casos conflitivos. Interessante perceber que, proibindo-se o juiz de recusar solução aos casos, conferiu-se-lhe o dever de interpretar a lei. Frisou-se claramente que o juiz não poderia deixar de julgar sob a desculpa de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei" (MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte... op. cit., p. 43-44).

¹²¹ *"Os revolucionários não só não viam necessidade de os juízes elaborarem jurisprudência, como temiam que a sua construção pudesse dar-lhes poder; a jurisprudência e assim qualquer ideia de uniformidade da interpretação da lei eram desprezados.*

A Cassação não foi concebida para ser Suprema Corte nem para compor o Poder Judiciário. Foi pensada para ser órgão autônomo, capaz de fazer uma ligação entre o Judiciário e o Legislativo, evitando a agressão dos juízes ao legislador e dando a esse a oportunidade de realizar a interpretação autêntica" (Idem ibidem. p. 241).

¹²² *"Como informa Panzarola, na tradição das Cortes de Cassação européias, o tribunal anulando a decisão não julga, mas promove o reenvio da causa a outro órgão jurisdicional que promoverá a aplicação da tese jurídica exposta pela Corte em face das peculiaridades do caso" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. Revista de Processo nº 177. RT, 2009. p. 14).*

pelo respeito aos limites das diversas jurisdições e regular os conflitos de competência e atribuição¹²³.

Como se pode ver, a Suprema Corte de Cassação italiana desempenha função não apenas nomofilática¹²⁴, ou seja, de tutela da lei ou de controle da legalidade das decisões judiciais, mas também de unificação da sua interpretação. Andrea Proto Pisani destaca que essa função nomofilática assegura que a lei material e processual, que cada juiz é chamado a aplicar, seja interpretada com exatidão e de modo uniforme em todo território nacional¹²⁵.

Pisani ressalta, ainda, que à Corte de Cassação cabe resolver não apenas o conflito individual retratado no recurso de cassação, mas buscar a exata interpretação da lei, aplicável a uma série infinita de casos. Nesse sentido, “*se a jurisprudência é definida como a interpretação judiciária da lei, a Corte de cassação é colocada como Corte reguladora da jurisprudência*”¹²⁶.

A função nomofilática da Corte de Cassação, portanto, ainda segundo a lição de Andrea Proto Pisani, é distinta da sua função de garantir o interesse subjetivo daquele que manejou o recurso de cassação, que se beneficiará ou não da decisão final. Segundo ressalta o autor, o recurso de cassação não consiste em instrumento disponibilizado à parte apenas para controle da justiça e validade da decisão impugnada. Sua finalidade é, antes disso, de garantia objetiva, isto é, seu escopo último transcende a tutela do interesse subjetivo da parte, na causa singular¹²⁷. O interesse maior buscado é a unificação da jurisprudência¹²⁸.

¹²³ É o que se extrai do art. 65 da “*legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario*”, de 30 de janeiro de 1941, nº 12: “*65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione. La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio dello Stato e su ogni altro territorio soggetto alla sua sovranità.*”

¹²⁴ Francisco Cláudio de Almeida Santos explica a etimologia da expressão “função nomofilática”: “*Nomofilaquia*, em italiano, palavra derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phylássa*, que significam, respectivamente, lei e guarda, em vernáculo” (ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio de. *Recurso especial. Visão Geral. In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no STJ*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 94).

¹²⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore – Napoli, 2006. p. 506.

¹²⁶ *Idem ibidem*. p. 506.

¹²⁷ Algumas disposições do Código de Processo Civil Italiano, tais como o dispositivo legal que exige intervenção do Ministério Público em todas as causas perante a Corte de Cassação, demonstram que o interesse principal em jogo não é o privado, buscando a eliminação de decisão injusta ou inválida, mas sim o público, quanto à exata interpretação da lei.

¹²⁸ *Idem ibidem*. p. 506.

Diante dessas considerações, é possível observar que o caráter nomofilático da Corte de Cassação italiana mostra-se eficaz na garantia do princípio da segurança jurídica, pois tem por papel uniformizar a interpretação do direito, que passa a ser aplicado com o mesmo sentido a todos os casos concretos. Essa uniformidade é atingida pelo fato de que a Corte de Cassação apenas anula o julgamento irregular proferido pelo tribunal prolator da decisão, não realizando o rejuízo da causa. O exame do mérito do recurso de cassação somente será realizado em casos específicos e quando não houver necessidade de posteriores análises dos fatos. Trata-se, assim, de uma Corte que julga apenas tese de direito, de modo que os fatos específicos da causa não são, sequer, analisados.

Conforme leciona Andrea Proto Pisani, a uniformização do direito, alcançada por meio do recurso de cassação, atende ao princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, na medida em que, esta passa a ser interpretada de maneira uniforme pelos juízes¹²⁹. Segundo afirma, o escopo da Corte de Cassação é, portanto, um escopo de caráter constitucional, uma vez que implementa a garantia da paridade de tratamento; uma função qualitativamente diversa daquela do juízo de mérito, posto que busca formar o direito a ser aplicado não só à controvérsia daquele processo, mas também às futuras. Ressalta, ainda, o autor, que o recurso de cassação assegura que, dentre as diversas interpretações acerca da mesma lei, uma prevaleça sobre as demais e se imponha pela autoridade e prestígio do órgão que a adota. Nesse caso, a Corte, ao decidir o recurso, ao preferir sua decisão, fixa a interpretação destinada a ter “*valor persuasivo e exemplar*”, bem como uma “*eficácia didática*” perante todos os demais juízes¹³⁰.

Vê-se, assim, que os princípios estabelecidos pela Corte de Cassação italiana não são obrigatórios ou vinculantes para os tribunais inferiores, sendo considerados, apenas, um importante precedente. No entanto, é importante que se diga, que, muitas vezes, é a própria Corte de cassação que desrespeita os seus precedentes. Como bem argumenta Pisani, a frequência com a qual a Corte de Cassação contradiz seus próprios precedentes estimula a parte a recorrer, na esperança de obter um entendimento diferente daquele já consolidado. E essa alternância de entendimento gera novos recursos, num círculo vicioso difícil de ser rompido¹³¹. Este

¹²⁹ *Idem ibidem*. p. 506.

¹³⁰ *Idem ibidem*. p. 506-507.

¹³¹ *Idem ibidem*. p. 506-507.

cenário tem levado a Corte de Cassação italiana a sofrer, atualmente, uma grave crise decorrente da excessiva carga de trabalho a ela submetida, de modo que, como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, “*não consegue realizar as funções de uma Corte Suprema*”¹³².

Como se pode perceber, inúmeras são as semelhanças da Corte de Cassação italiana, com o nosso Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a existência de um órgão jurisdicional cuja função primordial é de natureza nomofilática. É ao Superior Tribunal de Justiça que cabe o papel de guardião da unidade hermenêutica da legislação federal, exercendo esse mister por meio do chamado Recurso Especial.

Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça, ao que se pode perceber, tem na sua atividade grande influência da ideia de tutela de interesses subjetivos, quando, na verdade, deveria inspirar-se na disciplina da Corte de Cassação italiana, privilegiando a tutela do interesse público que existe por trás dos recursos especiais. Interesse esse que envolve, nos dizeres de Andrea Proto Pisani, a regulação da jurisprudência.

Verificamos, de mais a mais, que o Superior Tribunal de Justiça, inclusive porque se presta demasiadamente à tutela de interesses individuais, padece dos mesmos problemas enfrentados pela Suprema Corte de cassação italiana. A utilização indevida da via especial, como se fosse uma terceira instância, aliada à fragilidade dos entendimentos dessa Corte, que, assim como na italiana, também são frequentemente contrariados, implica numa verdadeira avalanche de recursos.

Como alento a essa situação crítica que enfrenta o Superior Tribunal de Justiça, o legislador houve por bem promover recente alteração no Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 11.672/08, que incluiu o artigo 543-C, permitindo julgamento conjunto sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Segundo dispõe o referido dispositivo legal, uma vez identificada a referida multiplicidade de recursos, cabe ao presidente do tribunal de origem admitir um deles ou mais de um, representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte...* op. cit., p. 54.

o pronunciamento definitivo deste Tribunal Superior (§ 1º). Além disso, caso não seja adotada tal providência, prevê a norma que o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida (§ 2º).

A sistemática introduzida pelo artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veio reforçar, como já deveria ter feito o legislador, o caráter nomofilático do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que determina, em seus §§ 4º e 5º, a possibilidade de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, bem como do Ministério Público. Também destaca o caráter nomofilático do Superior Tribunal de Justiça a disposição segundo a qual o recurso representativo da controvérsia deve ser julgado com preferência sobre os demais feitos (§ 6º) e, principalmente, a previsão do § 7º, segundo o qual *“publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”*.

O caráter nomofilático do Superior Tribunal de Justiça fica ainda mais evidenciado quando analisamos a sistemática do julgamento por amostragem, previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil. Embora o Superior Tribunal de Justiça rejulgue a causa a ele submetida – ao contrário do que ocorre na Corte de Cassação, que apenas cassa a decisão irregular proferida pelo tribunal inferior –, o chamado julgamento por amostragem consiste no rejulgamento, tão somente, dos recursos selecionados, de modo que aos que ficaram sobrestados na origem será aplicada a tese de direito fixada pelo Tribunal Superior.

A seguir, passaremos a tratar dessa nova modalidade recursal, introduzida em nosso ordenamento jurídico não só pela Lei nº 11.672/08, mas também pela Lei nº 11.418/06.

CAPÍTULO IV

RECURSOS EXCEPCIONAIS REPETITIVOS

4.1. Considerações Iniciais

Engana-se quem pensa que o sistema jurídico brasileiro atual não se coaduna com a previsibilidade do direito e, em última análise, das próprias decisões judiciais¹³³.

Pelo fato de o Brasil ter adotado a forma federativa de Estado, inspirado no modelo norte americano, a necessidade de se obter uma unidade de interpretação do Direito é manifesta.

Com efeito, o federalismo, ao transferir parcela do Poder central aos Estados-membros, acaba possibilitando que uma mesma lei federal seja interpretada de maneira diferente pelos diversos tribunais locais.

Assim, para que se garanta a segurança jurídica, de fundamental importância se mostra a uniformização da inteligência dada ao direito federal.

É por isso que ousamos dizer que, no Brasil, a preocupação com a previsibilidade do direito data de 1891, ano em que houve a promulgação da primeira Constituição republicana, com a conseqüente adoção da forma federativa de Estado¹³⁴.

¹³³ Há quem sustente que o sistema jurídico brasileiro não se compatibiliza com uma prestação jurisdicional previsível ou uniforme. Segundo os defensores dessa doutrina, o princípio do livre convencimento motivado – adotado pelo nosso Código de Processo Civil, em seu art. 131 –, ao conferir liberdade ao juiz na apreciação das provas, bem como na interpretação das leis, impede que a jurisprudência dominante dos tribunais superiores influencie na formação de sua convicção. Para essa corrente doutrinária, portanto, cada juiz deve decidir com base, única e exclusivamente, nas leis, que devem ser interpretadas livremente, apenas pelo próprio julgador. Entendemos, no entanto, que *“essa liberdade não pode ser levada às últimas conseqüências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem **isonomicamente** os jurisdicionados”* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law?*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>

Acesso em: 15 ago. 2013).

¹³⁴ Como bem relata José Afonso da Silva, *“a Federação brasileira estabeleceu-se com a Constituição de 1981 como um imperativo histórico-cultural do povo brasileiro, condicionada ainda pela grande extensão e diversidade do território nacional.”* (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário... op. cit.*, p. 5).

Nesse momento da história constitucional do país, o problema da divergência jurisprudencial decorria essencialmente do nosso modelo federativo de Estado, que concedeu apenas a um órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal – a tarefa de dar uniformidade à interpretação do direito positivo¹³⁵. Naquela época, embora as normas fossem rigorosamente elaboradas, com a utilização de conceitos taxativos, concretos, *“o que se via era todos os tribunais dos Estados federados, além dos tribunais federais, interpretando os mesmos diplomas legais, e, em não raros casos, completamente alheios à jurisprudência firmada pelo STF”*¹³⁶.

Hoje, a questão da divergência jurisprudencial intensificou-se no Brasil pelo fato de o legislador ter passado a adotar nova técnica de redação das normas, ao fazer uso dos chamados “conceitos indeterminados”, no momento de elaboração das leis¹³⁷.

Percebeu-se que o uso de termos precisos ou determinados para a elaboração de normas jurídicas restringia a sua aplicação ao caso concreto. Já, com a utilização de conceitos vagos ou indeterminados, consegue-se obter uma abrangência significativa de casos que podem ser atingidos pela norma.

Ao tratar desse assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier¹³⁸ esclarece:

¹³⁵ Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que foi criado o Superior Tribunal de Justiça, com a missão de uniformizar a interpretação da legislação federal. Até então, era ao Supremo Tribunal Federal que competia zelar não só pela legislação constitucional, como também pela legislação infraconstitucional.

¹³⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 54.

¹³⁷ Ao analisar a “linguagem dos textos legais”, José Carlos Barbosa Moreira, explica de maneira cristalina: *“É óbvio que o legislador, ao redigir normas, não emprega unicamente palavras e expressões de cunho técnico-jurídico, nem se preocupa em definir todas as noções de que se serve. Ele espera ser entendido na medida em que confia na existência de um acervo de conhecimentos comum à generalidade das pessoas que terão de lidar com as normas: ao falar, por exemplo, em “preço”, em “consentimento”, em “animal”, em “edifício”, parte do pressuposto de que são geralmente conhecidos, e por isso dispensam explicação, os conceitos expressos em tais vocábulos; apenas quando pretende atribuir-lhes, para fins específicos, significação mais ampla ou mais restrita do que a vulgar, é que cuida de lançar definições.*

*A questão assumirá importância particular caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção, - quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato -, o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir “os espaços em branco”. A doutrina costuma falar, ao propósito, em “conceitos juridicamente indeterminados” (unbestimmte Rechtsbegriffe).” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de experiência e conceitos indeterminados*. Revista Forense, nº 261, jan.-mar. 1996, p. 14-15).*

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 49.

“A indeterminação de um conceito não pode ser tida como uma imperfeição das línguas, pois às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos. A opção do legislador por esta forma de expressão tem, nos casos em que é adequada, muito mais vantagens, que desvantagens. A riqueza e a variedade de casos que poderão ser atingidos pela norma, jamais seriam abrangidos por um dispositivo redigido nos moldes das codificações oitocentistas, em que o legislador se sentia onisciente em relação à realidade.”

Ao possibilitar um maior campo de incidência da regra jurídica, o conceito indeterminado, via de consequência, garante máxima durabilidade do direito positivo. Com isso queremos dizer que não será qualquer mudança cultural ou social que fará com que a norma jurídica seja alterada ou retirada do sistema, mas somente aquelas alterações que, de fato, representem ruptura com o conceito anteriormente estabelecido. O conceito indeterminado, portanto, permite que o sistema jurídico não perca sua atualidade com facilidade.

Por outro lado, a utilização de conceitos vagos na redação das regras jurídicas implica no exercício de interpretação por parte do Poder Judiciário. Como bem aponta Teresa Arruda Alvim Wambier¹³⁹, *“interpretar um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação de uma norma posta, ou de um princípio jurídico, que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação”*.

É evidente, então, que quanto mais o legislador fizer uso de conceitos indeterminados para elaborar as regras jurídicas, maior será a tarefa interpretativa exercida pelos órgãos judiciais. Essa constatação foi feita por José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁰, ainda na década de 70:

“Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis

¹³⁹ *Idem ibidem*. p. 49.

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *“As bases do direito processual civil”*. In Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10.

condições econômicas, políticas, culturais – cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas –, abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração das hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem o ‘quadro’ a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as novas concepções dominantes no ambiente histórico e social. Cresce de freqüência o uso das ‘cláusulas gerais’, dos standards jurídicos, dos conceitos indeterminados; e em igual medida aumenta o vulto da tarefa do órgão judicial, chamado a assentar, caso por caso, por exemplo, se são ‘contrários à moral e aos bons costumes’ os atos em razão dos quais se quer privar o pai do pátrio poder (Cód. Civil, art. 395, III); ou se o locatário cumpriu a obrigação de tratar a coisa alugada ‘com o mesmo cuidado como se sua fosse’ (Cód. Civil, art. 1.192, I, fine); ou se o ato praticado pelo mandatário exorbitou da ‘administração ordinária’ e por isso dependia de concessão de poderes expressos e especiais no instrumento do mandato (Cód. Civil, art. 1.295, § 1º); ou se o litigante não podia ‘razoavelmente desconhecer’ a falta de fundamento da pretensão ou da defesa deduzida, para que se haja de afirmar a sua responsabilidade por dano processual (Cód. Proc. Civil, art. 17, I); etc.”

Diante desse contexto, pelo fato de, no Brasil, ter aumentado significativamente o número de conceitos indeterminados em sua legislação, ganhou maior relevo a necessidade de se padronizar a interpretação do direito escrito. Por isso, o sistema jurídico vigente prevê, tanto no primeiro grau de jurisdição, quanto nos Tribunais locais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, instrumentos processuais capazes de conceder uniformidade de entendimento à lei federal e, conseqüentemente, previsibilidade ao direito, com vistas ao resguardo da segurança jurídica.

Adiante, trataremos especificamente de um desses institutos, qual seja, o julgamento de recursos excepcionais repetitivos, que, a nosso ver, vem se mostrando muito eficiente na tarefa de conferir unidade ao direito nacional.

4.2. Função dos Tribunais Superiores

Como tribunal de cúpula, investido da guarda da Constituição, compete, em suma, ao Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário interposto contra acórdão proferido em única ou última instância, garantir a supremacia dos dispositivos constitucionais, bem como “*controlar a validade das leis em face da Constituição*”^{141, 142}.

Nesse contexto, o papel do Supremo Tribunal Federal, na interpretação das normas constitucionais, deve ser visto como essencial para a garantia da força normativa da Constituição.

Assim, para que seja alcançada a necessária uniformidade de interpretação da Constituição em todo o território nacional, garantindo-se a eficácia da Lei Maior e, portanto, a segurança jurídica, o entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, às normas constitucionais, deve ser observado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, hierarquicamente inferiores. Nesse sentido, habilmente sustenta Luiz Guilherme Marinoni¹⁴³:

“Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário op. cit.*, p. 17.

¹⁴² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª edição. Revista dos Tribunais. 2011. São Paulo. p. 461.

e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.”

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado ao Superior Tribunal de Justiça.

Ora, o art. 105, III, da Constituição Federal, estabelece que *“compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”*.

Esse papel de *interpretar a lei federal*, bem como de *uniformizar o seu entendimento*, conferido pela Constituição Federal de 1988 ao Superior Tribunal de Justiça, faz com que suas decisões devam ser seguidas por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Tal entendimento é decorrência natural da ideia de respeito ao direito, existente em um Estado Democrático de Direito, cuja efetividade depende da existência de um tribunal superior que emane *segurança jurídica* por meio de suas decisões e, conseqüentemente, gere *previsibilidade*, ao esclarecer como determinada lei federal deve ser interpretada¹⁴⁴. O respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores, nesse sentido, é imposto pela estrutura conferida ao nosso Poder Judiciário, como bem observa Tiago Asfor Rocha Lima¹⁴⁵:

“É impensável que o legislador constituinte tenha estruturado o Judiciário em forma hierárquica e piramidal se não fosse para que os

¹⁴⁴ Como bem ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, a *segurança jurídica*, entendida no sentido de *previsibilidade*, consubstancia-se em um “fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas”. Assim, segundo ela, o Direito deve dar ao jurisdicionado a segurança de ter “certas expectativas a respeito de determinados resultados”. Feitas essas considerações, essa mesma autora chama a atenção “para o quanto significa para a população mediantemente culta estar ciente de que a orientação do STJ e do STF seria neste ou naquele sentido em determinados assuntos”, lembrando que “mesmo em se tratando de casos isolados, a sociedade intui que esse dado gera segurança, no sentido de previsibilidade, desempenhando função importante na orientação de condutas” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial... op. cit.*, p. 58 e 59).

¹⁴⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p.307.

órgãos de base respeitassem e valorizassem as orientações advindas das instâncias teoricamente mais qualificadas e com legitimidade para exercer o papel uniformizador perante a Nação.”

Justamente por atuarem como instâncias pacificadoras e uniformizadoras do direito contitucional e do direito federal, é que, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem ser vistos como um “terceiro grau de jurisdição”. Bem por isso, a estas Cortes não cabe, no julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, analisar questões de fato, mas tão somente questões de direito.

Por essa mesma razão, ou seja, por não se tratarem de Cortes ordinárias, mas sim de Tribunais cujas decisões devem ser vistas como paradigmáticas para os demais órgãos do Poder Judiciário, é que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça não podem ser encaminhados todos e quaisquer recursos. Entendimento diverso acarretaria a inegável sobrecarga desses órgãos jurisdicionais superiores, comprometendo a função uniformizadora que lhes compete, bem como a qualidade das decisões por eles proferidas.

A despeito disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tivemos, como visto, a valorização de direitos e garantias individuais, dentre os quais se destaca o acesso à justiça. Os indivíduos passaram não só a ter consciência de seus direitos, como também dos instrumentos e mecanismos colocados à sua disposição, com o objetivo de realizá-los. Instalou-se, assim, diante da avalanche de ações que passaram a ser ajuizadas, uma situação de abarrotamento do Poder Judiciário, cujas consequências foram sentidas não só pelos primeiro e segundo graus de jurisdição, mas também pelos Tribunais Superiores.

A fim de combater esse indesejável quadro, foram, então, implementadas alterações no Código de Processo Civil, para a introdução de novos instrumentos em nosso ordenamento jurídico, os quais, ao lado dos que já existiam, passaram a formar um sistema de normas com vistas a conferir estabilidade e isonomia às relações jurídicas.

Nesse sentido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, podemos citar os seguintes instrumentos processuais, capazes de conceder previsibilidade às decisões emanadas dessa Corte Suprema: Recurso Extraordinário, Ação Direita de Inconstitucionalidade, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Embargos de

Divergência em Recurso Extraordinário, Súmulas de Jurisprudência e Súmulas Vinculantes.

Já, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os instrumentos processuais que atuam como mecanismos para a concessão de previsibilidade às suas decisões são: Embargos de Divergência em Recurso Especial, Súmulas de Jurisprudência e Recursos Repetitivos.

Tais institutos, ao promoverem a uniformização e a consequente previsibilidade do direito, conferem, com bastante intensidade, segurança jurídica aos jurisdicionados.

4.3. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que deu início à chamada *Reforma do Judiciário*, introduziu, no nosso ordenamento jurídico, o instituto da *repercussão geral no recurso extraordinário*¹⁴⁶, por meio do § 3º, acrescentado ao art. 102 da Constituição Federal, que assim dispõe:

¹⁴⁶ Trata-se de instituto bastante semelhante à chamada “arguição de relevância da questão federal”, que vigia em nosso sistema jurídico até a promulgação da Constituição de 1988. Nesse sentido, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier: “*Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto.*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 45). Seguindo entendimento similar, sustenta Bruno Dantas: “*Embora se diga, não sem boa doze de razão, que a arguição de relevância foi o antecedente histórico nacional da repercussão geral, é necessário consignar que essa semelhança se deve muito mais às linhas gerais do instituto do que a aspectos propriamente dogmáticos. É que, na realidade, sob a égide da relevância, as questões constitucionais eram necessariamente admitidas no embasamento do RE, e a restrição aplicava-se única e exclusivamente no plano do direito federal infraconstitucional.*

Assim, a rigor, para que a semelhança vislumbrada ultrapassasse o plano metodológico, atingindo a barreira dogmática, a repercussão geral deveria referir ao REsp – este sim relacionado hodiernamente à legislação federal infraconstitucional -, e não propriamente ao RE, pois no regime revogado as questões constitucionais eram presumidamente dotadas de relevância.” (DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 263). Diversamente sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “*Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a priori incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.*

Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de “relevância”, aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida. Quanto ao

“Art. 102. (...)”

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

Um pouco mais tarde, a Lei nº 11.418, de 20 de dezembro de 2006, por meio da inserção dos arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, passou a regulamentar o assunto, dispondo que *“para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”*¹⁴⁷. A matéria também passou a ser disciplinada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – com a nova redação, dada pela Emenda Regimental nº 21/2007, aos arts. 321 a 329 –, que, igualmente, estabelece: *“para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”*¹⁴⁸.

Desses dispositivos extrai-se que, para que se verifique a repercussão geral da controvérsia constitucional¹⁴⁹, dois elementos devem coexistir: *relevância* e

formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, tem evidentemente de ser examinada em sessão pública, com julgamento motivado (art. 93, IX, da CF).” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo. p. 30 e 31).

¹⁴⁷ Art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil.

¹⁴⁸ Art. 322, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁹ Entendemos que o legislador constitucional deveria ter estabelecido a repercussão geral não só para as questões constitucionais, mas também para as infraconstitucionais a serem julgadas em recurso especial. Nesse sentido, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier: *“É surpreendente, todavia, que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante. Desconhecemos as razões que podem ter levado a que se chegasse a esse resultado final na redação da Emenda Constitucional 45/2004, embora seja de se supor que a exclusão do STJ do sistema de repercussão geral esteja ligada à inexorabilidade do exercício de uma certa função “controladora”, pelo STJ, em relação aos Tribunais de segundo grau de jurisdição.*

Mas o fato é que somente as questões constitucionais que tenham repercussão geral é que hoje, em face da letra da CF, poderão ser objeto de exame do STF ao julgar recurso extraordinário.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 43 e 44).

*transcendência*¹⁵⁰.¹⁵¹ É dizer, não basta que a questão constitucional seja relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico; deve, além disso, transcender o interesse das partes do processo. *“Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional”*¹⁵².

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁵³, ao analisar o § 1º, do art. 543-A, do Código de Processo Civil, adota esse mesmo entendimento:

“(...) um tema jurídico, uma vez prequestionado e submetido ao STF por meio de recurso extraordinário, apresentará repercussão geral quando sua resolução for além do interesse direto e imediato das partes, assim transcendendo-o, para alcançar, em maior ou menor dimensão ou intensidade, um expressivo segmento da coletividade (v.g., oferta gratuita de medicação, pela rede pública de saúde, aos HIV soro-positivos pobres); ou um dado setor produtivo (v.g., proibição de exportação de carne por suspeita de febre aftosa); ou mesmo, a inteira coletividade (v.g. comercialização de produto geneticamente modificado; interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo).”

O instituto da repercussão geral é exemplo, portanto, do que hoje se chama *objetivação do recurso extraordinário*, tema sobre o qual discorre o Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu na Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376.852:

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo. p. 19.

¹⁵¹ Diversamente defende Bruno Dantas: *“Em nossa opinião, a interpretação que deve prevalecer do mencionado § 1º do art. 543-A do CPC é de que a relevância da questão debatida deve servir de parâmetro subsidiário nos casos em que o grupo social relevante for uma minoria, ou quando se estiver diante de dano regional ou local.*

Essa concepção nos faz tomar posição diametralmente oposta à de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que sustentam ser a repercussão geral composta pelo binômio transcendência-relevância” (DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 262).

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 33.

¹⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *“Recurso Extraordinário e Recurso Especial”*. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no Processo Civil*. 10ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo. p. 211 e 212.

“Esse novo modelo legal, traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.

Importante notar que, como bem aponta Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵⁴, o art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, “não definiu, de modo individualizado, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal”. Essa técnica de elaboração legislativa em que há a utilização de conceitos vagos, como se viu, justifica-se por permitir que o maior número possível de situações seja atingido pela norma, garantindo, assim, um ordenamento jurídico adaptável à evolução da sociedade, e, em última análise, atualizado por maiores períodos de tempo.

Tendo em vista essa opção legislativa, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir quais matérias, de ordem econômica, política, social ou jurídica, apresentam repercussão geral. Releva destacar, neste ponto, que, por força do que estabelece o art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, é de competência exclusiva desta Corte Constitucional a apreciação da repercussão geral, não podendo os Tribunais locais realizar qualquer juízo a esse respeito¹⁵⁵. Arlete Inês Aurelli¹⁵⁶ esclarece, sobre esse assunto, que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, antes

¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁵ Manoel Lauro Volkmer de Castilho faz pertinente observação sobre essa competência para apreciação da repercussão geral, nas hipóteses em que se estiver diante do procedimento diferenciado para julgamento de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia: “A lei admite, nada obstante, que os tribunais de origem selecionem, dentre recursos idênticos, um ou mais representativos da espécie, sobrestando os demais, até o julgamento pelo STF da repercussão geral, com isso de algum modo evitando o enorme afluxo de recursos quando forem casos iguais. Essa autorização legal, curiosamente, restitui (com possível inconstitucionalidade) aos juízes presidente ou vice-presidente do tribunal a quo alguma sorte de deliberação acerca da repercussão geral uma vez que, para selecionar um de vários idênticos, exercita juízo deliberativo de repercussão geral.” (CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *Recurso extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante*. Revista de Processo nº 151. RT, 2007. p. 114).

¹⁵⁶ AURELLI, Arlete Inês. *Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário*. Revista de Processo nº 151. RT, 2007. p. 141.

feito inteira e provisoriamente – já que o Supremo Tribunal Federal realizava novo juízo de admissibilidade – pelo Tribunal *a quo*, passou a ser bipartido:

“No sistema atual a presença de repercussão geral será analisada pelo próprio STF. Assim, o juízo de admissibilidade é bipartido: haverá o juízo de admissibilidade realizado prévia e provisoriamente pelo Tribunal a quo sobre os requisitos gerais de admissibilidade e demais requisitos específicos, bem como o juízo de admissibilidade diferido a ser realizado pelo STF sobre a repercussão geral. A apreciação desse requisito é afeta exclusivamente ao STF, não podendo o Tribunal de origem sobre ela se manifestar.”

A título de exemplo, a Corte Constitucional vem entendendo que possuem repercussão geral e, portanto, viabilizam o julgamento do recurso extraordinário, temas como:

- Fixação de alíquota progressiva para o imposto sobre transmissão causa *mortis* e doação (Tema: 21 - Leading Case: RE 562045 - Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).
- Vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo (Tema: 25 - Leading Case: RE 565714 - Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA).
- Poder de investigação do Ministério Público (Tema: 184 - Leading Case: RE 593727 - Relator: MIN. CEZAR PELUSO).
- Incidência do ISS sobre locação de bens móveis (Tema: 212 - Leading Case: RE 626706 Relator: MIN. GILMAR MENDES).
- Exigência da prévia aprovação no exame da OAB para exercício da advocacia (Tema: 241 - Leading Case: RE 603583 - Relator: MIN. MARCO AURÉLIO).
- Reserva de vagas em vestibular de universidade estadual para egressos de escolas de ensino médio da respectiva unidade federativa (Tema: 474 - Leading Case: RE 614873 - Relator: MIN. MARCO AURÉLIO).

- Revisão de Súmula Vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente (Tema: 477 - Leading Case: RE 638239 - Relator: MIN. LUIZ FUX).
- Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA (Tema: 500 - Leading Case: RE 657718 - Relator: MIN. MARCO AURÉLIO).
- Cobrança de mensalidade em curso de pós-graduação lato sensu por instituição pública de ensino (Tema: 535 - Leading Case: RE 597854 - Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).
- Estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público (Tema: 646 - Leading Case: ARE 678112 - Relator: MIN. LUIZ FUX).
- Competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais transnacionais (Tema: 648 - Leading Case: ARE 737977 - Relator: MIN. LUIZ FUX).

Pelos casos selecionados, possível perceber que, de fato, as questões constitucionais consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como possuidoras de repercussão geral, vão além do interesse das partes do processo, beneficiando toda a sociedade, quando a elas for conferida uniformidade de interpretação.

Convém destacar que a transcendência da questão constitucional não deve ser medida pelo âmbito de sua abrangência territorial. Quer-se, com isso, dizer, que a transcendência pode existir não só em assuntos de interesse nacional, mas também em matérias que importem, apenas, a uma determinada região ou localidade. Com efeito, os danos de âmbito regional e local são interesses metaindividuais e, pois, transcendentais. Assim, entendemos ser possível o julgamento de recurso extraordinário que veicule interesses metaindividuais de âmbito regional ou local, seguindo o que sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁵⁷:

“O fato de a repercussão ter de ser geral não há de significar, necessariamente, que ela fique jungida aos temas de âmbito nacional, bastando observar, de um lado, que os interesses

¹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *“Recurso Extraordinário e Recurso Especial”*. op. cit., p. 215.

metaindividuais (portanto, transcendentais!) compreendem, também, os danos de âmbito regional e local (Lei 8.078/90, art. 93 e incisos c/c art. 81, parágrafo único e incisos), e, de outro lado, é possível o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental junto ao STF, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (CF, art. 102, § 1º, Lei 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I).”

Feitas essas considerações, cabe apontar ter surgido, então, um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário¹⁵⁸, que deve ser demonstrado em sua preliminar¹⁵⁹, já que, “*não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao Supremo Tribunal Federal*”¹⁶⁰. Com efeito, dispõe o art. 543-A, do Código de Processo Civil que “*o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral*”. Assim, tem-se que “*a existência da repercussão geral se constitui requisito de admissibilidade do recurso extraordinário uma vez que, na falta dela, o recurso não será conhecido pelo Tribunal Superior*”¹⁶¹.

José Miguel Garcia Medina¹⁶² explica que a admissibilidade do recurso especial, após o advento da Lei nº 11.418/2006, passou a depender da existência de uma questão constitucional *qualificada*, não se mostrando suficiente que na decisão recorrida haja uma questão constitucional pura e simples, isto é, para a

¹⁵⁸ É a posição de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2.ed. São Paulo. RT, 2008, p. 52. Em sentido contrário, sustenta Bruno Dantas: “*A natureza jurídica do instituto da repercussão geral, segundo nos parece, é de pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário, de modo que, embora dotado de peculiaridades, se insere no juízo de admissibilidade desse recurso.*” (DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 227 e 228).

¹⁵⁹ É o que preceitua o art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil. A respeito da necessidade de se demonstrar a repercussão geral em preliminar do recurso, bem como da competência para a sua apreciação, sustenta Manoel Lauro Volkmer de Castilho: “*Do mesmo modo, a exigência da demonstração na repercussão geral como preliminar do recurso extraordinário e a exclusividade de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal parecem indicar que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem não pode mais conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário enquanto não formalmente admitido pelo tribunal ad quem pois isso implicaria em afirmação implícita da repercussão geral o que lhes é vedado.*” (CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. *Op. cit.*, p. 114).

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 33.

¹⁶¹ AURELLI, Arlete Inês. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 121.

admissibilidade do recurso especial, hoje, é necessária a existência de uma questão constitucional que apresente repercussão geral, transcendência:

“Tendo em vista a exigência de demonstração de repercussão geral, afirmamos que a questão constitucional, para que o recurso extraordinário seja conhecido, deve ser qualificada. Assim, não basta a existência de questão constitucional na decisão recorrida; além disso, exige-se que tal questão ofereça repercussão geral, para que o recurso extraordinário seja admissível. Diversa, como também observamos, é a exigência relativa ao recurso especial, já que, neste caso, basta a presença de questão federal na decisão recorrida, não importando se tal questão repercute apenas na esfera jurídica das partes ou se oferece repercussão geral. Não basta, assim, que haja prequestionamento, para que o recurso extraordinário seja admitido. É imprescindível que a questão constitucional prequestionada ostente repercussão geral.”

De acordo com o § 3º, do art. 543-A, do Código de Processo Civil, também *“haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”*. Trata-se, nas palavras de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶³, da *“repercussão geral jurídica”*, já que independe da demonstração da transcendência da controvérsia. Segundo eles, o § 3º em análise estabelece que *“a repercussão geral está in re ipsa”*, ao impor a observância das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Fácil perceber que a *repercussão geral jurídica* promove a uniformidade de interpretação da Constituição em todo o território nacional, ao estabelecer, em última análise, que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, hierarquicamente inferiores.

Nesse sentido, concordamos com a posição adotada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁶⁴:

¹⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. Revista dos Tribunais. 2008. São Paulo. p. 228.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 38-39.

“Nossa legislação refere que, independentemente da demonstração da relevância econômica, social, política ou jurídica para além das partes da questão debatida, haverá repercussão geral sempre que o recurso atacar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 3º, do CPC). O desiderato evidente aí está em prestigiar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está, nessa senda, na observância das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da mais adequada interpretação constitucional. O fito de perseguir a unidade do Direito via compatibilização vertical das decisões faz-se aqui evidente.”

De se notar que a uniformidade não é só obtida quando se está diante da repercussão geral jurídica. Nos casos em que cabe ao Supremo Tribunal Federal apontar quais as questões que apresentam repercussão geral, a uniformidade também é atingida. Com efeito, a jurisprudência criada a partir da interpretação da questão constitucional, *“terá mais visibilidade, podendo, então, exercer de modo mais firme sua função paradigmática”*¹⁶⁵, de modo a promover a unidade do direito constitucional.

Produzir a uniformidade de entendimento do direito constitucional em todo o território nacional é uma das características principais do instituto da repercussão geral e a que merece destaque neste trabalho, já que é a unidade do direito que garante a igualdade e que concede previsibilidade às decisões judiciais.

Não podemos deixar de apontar, no entanto, que a adoção do instituto da repercussão geral contribui, igualmente, para a celeridade processual, ao servir como verdadeiro *filtro* das questões constitucionais que poderão ser decididas em recurso extraordinário, aliviando a excessiva carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Essa filtragem, inclusive, gera outro resultado bem positivo: uma *“jurisdição de melhor qualidade”*¹⁶⁶, ao reconduzir o Supremo Tribunal Federal *“à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza*

¹⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial...* op. cit., p. 44.

¹⁶⁶ *Idem ibidem*. p. 44.

e a uniformidade de sua interpretação –, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação”¹⁶⁷.

Em resumo, adotamos o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁶⁸, que, ao analisar o instituto da repercussão geral, afirmam:

“Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade jurisdicional, sobre, consoante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.”

4.4. Técnica de Julgamento de Recursos Excepcionais Repetitivos: arts. 543-B e 543-C

A Lei nº 11.418/2006 não só regulamentou a já estudada repercussão geral, mas também estabeleceu, com a introdução do art. 543-B no Código de Processo Civil, procedimento diferenciado para a análise de referido instituto: nas hipóteses em que houver *multiplicidade de recursos* com fundamento em *idêntica controvérsia*, o Supremo Tribunal Federal decidirá uma única vez sobre a existência ou não de repercussão geral.

Com isso, pretendeu o legislador impedir a chegada, ao Supremo Tribunal Federal, de um sem número de recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional.

O procedimento adotado pela Lei nº 11.418/2006 inicia-se com a seleção, pelo tribunal de origem, de um ou mais recursos representativos da controvérsia, que são, então, encaminhados à Corte Constitucional¹⁶⁹, enquanto que os demais ficam sobrestados, até o definitivo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰.

¹⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 44.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁶⁹ Ao tratar desse tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam: “O exame da repercussão geral dar-se-á por amostragem. Vale dizer: os Tribunais de origem selecionarão um ou mais recursos representativos da controvérsia (art. 543-B, § 1º, do CPC). A representatividade está na ótima exposição da causa, abordando-a eventualmente em tantas perspectivas argumentativas

Uma vez decididos os casos representativos da controvérsia, o procedimento tem continuidade no tribunal de origem, para que restem igualmente solucionados os recursos extraordinários, que, por não terem sido selecionados para julgamento no Supremo Tribunal Federal, ficaram sobrestados. Nessa etapa, duas situações podem ocorrer, a depender da decisão proferida pela Corte Constitucional nos casos representativos da controvérsia: aquela prevista no § 2º do art. 543-B, ou aquela prevista no § 3º do mesmo preceito legal.

Dispõe o § 2º do art. 543-B, que *“negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”*.

Vê-se que, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal entender que os recursos representativos da controvérsia não possuem repercussão geral, inadmitindo-os, haverá verdadeira vinculação da decisão proferida pela Corte Constitucional, ficando o tribunal de origem obrigado a declarar a inadmissibilidade do recurso paralisado¹⁷¹.

quantas forem possíveis. Acaso um único recurso não contemple toda argumentação possível concernente à controvérsia, é de rigor que se encaminhem ao Supremo dois ou mais recursos, a fim de que, conjugadas as razões, possa-se alcançar um panorama que represente de maneira adequada a questão constitucional debatida.

A escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a mais dialogada possível a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia. Afigura-se apropriado que os Tribunais ouçam as entidades de classe para proceder à escolha (por exemplo, OAB, MP etc.), quiçá organizando sessão pública para tanto” (Idem ibidem. p. 59 e 60).

¹⁷⁰ Essa é a dicção do § 1º, do art. 543-B, do Código de Processo Civil, cujo regramento é severamente criticado por Luiz Guilherme Marinoni: *“A previsão não é adequada, já que seria melhor que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ficasse na dependência da ordem natural do desenvolvimento dos processos. Aliás, tal norma não tem valia diante do grande número de tribunais inferiores, uma vez que os recursos chegam a este ou àquele tribunal de forma absolutamente episódica, de modo que o tribunal X pode ter a possibilidade de selecionar a causa Z muito tempo antes de o tribunal Y ter a mesma oportunidade, o mesmo podendo acontecer diante de outras causas e outros tribunais. O que se quer dizer, em outras palavras, é que a técnica da seleção de causas pode levar o Supremo Tribunal Federal a ter de considerar apenas os argumentos dos advogados e dos juízes de determinado Estado ou região da federação. A menos que, por recursos múltiplos, se esteja a considerar aqueles provenientes de um único Estado ou de uma única região, ou que o Supremo tenha de esperar o tempo razoável ao pronunciamento de todos os tribunais, o que não condiz com o direito fundamental à duração razoável do processo.*

De modo que seria muito mais adequado e natural simplesmente admitir que a decisão proferida em face do primeiro recurso a chegar ao Supremo Tribunal Federal, por constituir precedente vinculante, incide sobre todos os casos ainda não julgados, desautorizando decisão distinta da tomada pela Corte Suprema” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2ª ed. Revista dos Tribunais: 2011. p. 478 e 479).

¹⁷¹ Nesse mesmo sentido são as opiniões de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier: *“Vê-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral. Deverá o órgão a quo, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito” (MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. Revista dos Tribunais. 2008. São Paulo. p. 236). O mesmo raciocínio é feito por Bruno Dantas: “(...) se o STF deixar de conhecer*

De fato, versando os recursos sobrestados sobre a mesma questão constitucional decidida pelo Supremo nos casos representativos, outra solução não poderia ser a eles imposta, na hipótese de a Corte Constitucional inadmitir os recursos representativos da controvérsia por falta de repercussão geral. O § 2º do art. 543-B, nessa medida, garante tratamento isonômico aos casos semelhantes, sobrestados.

O § 3º do art. 543-B, do Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece que *“julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”*.

Segundo o preceito transcrito, pois, *“decidido, pelo STF, o mérito dos recursos extraordinários representativos da controvérsia, os recursos sobrestados na instância de origem não terão sua subida ordenada imediatamente”*¹⁷².

Trata-se de disposição bastante inovadora, uma vez que impõe que a análise dos recursos extraordinários sobrestados seja feita pelos próprios tribunais de origem e não pelo Supremo Tribunal Federal, único órgão jurisdicional que, por determinação constitucional, detém competência para o julgamento de recurso extraordinário. Por estranho que possa parecer, esse regramento justifica-se pelo simples fato de que se assim não fosse, ou seja, se se entendesse que a análise deveria ser feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia negando a razão do próprio procedimento previsto no art. 543-B. Ora, evidente que uma das intenções de referido procedimento é aliviar a quantidade de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal. E entender que somente esta Corte Constitucional pode aplicar a orientação por ela fixada aos recursos paralisados na origem, significa contrariar aquela finalidade, já que todos aqueles recursos que, em um primeiro

dos recursos representativos da controvérsia, mediante a manifestação de ao menos oito ministros, por entender que as questões constitucionais neles discutidas não se revestem de repercussão geral, essa decisão irradiará efeitos vinculantes sobre os recursos que se encontravam sobrestados na origem, e eles estarão automaticamente inadmitidos” (DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual no Brasil: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos*. 2013. Tese – PUC-SP, São Paulo, p. 67).

¹⁷² DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual... op. cit.*, p. 68.

momento, ficaram sobrestados serão, ao final, encaminhados ao Supremo Tribunal Federal¹⁷³.

Entendemos, portanto, que o procedimento previsto no art. 543-B exige, para a solução dos casos sobrestados, o tratamento diferenciado imposto pelo § 3º do mesmo preceito legal. Até porque, ficam os tribunais de origem limitados a, tão somente: a) declarar prejudicados os recursos sobrestados, quando, julgando o mérito do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal tiver negado provimento ao recurso representativo da controvérsia (§ 3º, do art. 543-B); ou b) retratar-se¹⁷⁴, adequando a decisão recorrida àquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (§ 3º, do art. 543-B), ou manter a decisão recorrida (§ 4º, do art. 543-B), na hipótese de o Supremo Tribunal Federal dar provimento ao recurso representativo da controvérsia. Neste último caso, de acordo com o § 5º, do art. 543-B, após o necessário envio do recurso extraordinário à Corte Constitucional, “*poderá o Supremo Tribunal Federal, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada*”.

Percebe-se que se a Corte Constitucional aquiescer a decisão do tribunal de origem, negando provimento ao recurso (hipótese “a” acima tratada), restará, necessariamente, identificada a repercussão geral. Ora, constituindo verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a existência da repercussão geral é indispensável para o enfrentamento do mérito recursal. Nesse caso, portanto, a prejudicialidade dos recursos sobrestados decorre não da falta do requisito da

¹⁷³ Discordando desse regramento, assim sustenta Cassio Scarpinella Bueno: “*Não pode a lei – como parecem pretender os dispositivos destacados – autorizar que os demais Tribunais julguem os recursos extraordinários mesmo que este julgamento se limite a aplicar a orientação já fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso concreto. Esta tarefa é privativa daquele Tribunal e sua delegação só poderia ser admitida por alteração na própria Constituição Federal, o que não foi feito pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Ademais, não há efeitos vinculantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, inclusive quando se fixa a existência (ou a inexistência) da repercussão geral. Por isto, os §§ 3º e 4º do art. 543-B devem ser entendidos como a necessária remessa dos autos dos recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal para que ele – e não os órgãos de interposição daquele recurso – realize os julgamentos em conformidade com o decidido*” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265 e 266).

¹⁷⁴ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “*constata-se que, neste caso, está-se diante de exceção à regra do art. 463 (na redação da Lei 11.232/2005), hipótese em que o recurso extraordinário restará prejudicado (de conformidade com o § 3º do art. 543-B)*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 59). Bruno Dantas, ao tratar do art. 543-B, igualmente sustenta que o legislador “*autorizou que o órgão a quo se retrate depois de proferida decisão final, o que representa mais uma exceção à preclusão pro judicato gerada pela decisão de mérito*” (DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual... op. cit.*, p. 67).

repercussão geral – como no caso do § 2º, do art. 543-B – mas sim da aferição da pertinência da questão constitucional suscitada.

Já quando o Supremo Tribunal Federal dá provimento ao recurso representativo da controvérsia, oportuniza-se ao tribunal de origem o exercício da retratação ou, então, da manutenção da decisão que proferiu anteriormente. Em relação a esses casos, importante notar que, havendo retratação, poderá a parte que se sentir prejudicada interpor novo recurso extraordinário, diante do consequente prejuízo do recurso que havia manejado. Já se o tribunal de origem mantiver a decisão recorrida, o recurso extraordinário sobrestado será, necessariamente, encaminhado ao Supremo, para que esta corte possa “*cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada*”, ou ainda, “*revisar a tese anteriormente firmada (cf. § 5º do art. 543-B...), conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário*”¹⁷⁵.

A exemplo do que foi estabelecido para a análise da repercussão geral, nas hipóteses em que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (art. 543-B, até aqui tratado), a Lei nº 11.672/2008 introduziu, no Código de Processo Civil, o art. 543-C, que trata do procedimento de exame e julgamento de recursos especiais repetitivos.

Tal preceito estabelece que, nos casos em que houver *multiplicidade de recursos* com fundamento em *idêntica questão de direito*, ao Superior Tribunal de Justiça chegarão, apenas, os recursos especiais representativos da controvérsia.

Trata-se de sistemática bastante semelhante à estabelecida pelo art. 543-B.

Com efeito, o procedimento também tem início em segundo grau de jurisdição, com o presidente do tribunal admitindo um ou mais recursos representativos da controvérsia, para remetê-los ao Superior Tribunal de Justiça, deixando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo deste Tribunal Superior.

Caso, no entanto, essa providência não seja adotada pelo presidente do tribunal de origem, “*o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao*

¹⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ibidem*. p. 59.

colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida” (§ 2º, do art. 543-C, do Código de Processo Civil).

Pois bem. Em qualquer das hipóteses, no Superior Tribunal de Justiça, poderá o relator, antes do julgamento dos recursos especiais representativos da controvérsia, solicitar informações tanto dos tribunais federais ou estaduais (§ 3º do art. 543-C), quanto manifestações de pessoas, órgãos ou entidades, ou seja, de terceiros (§ 4º, do art. 543-C), e do Ministério Público (§ 5º, do art. 543-C).

Concluídas essas etapas, dispõe o § 6º, do art. 543-C, que *“o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”*.

O § 7º, do art. 543-C, por sua vez, passa a examinar o destino dos recursos especiais sobrestados na origem, após a publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Segundo este dispositivo, nessa fase, duas situações podem ocorrer: a) se o acórdão recorrido afinar-se com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais paralisados terão seguimento denegado; ou b) se o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados serão novamente examinados pelo tribunal *a quo*. Nesta segunda hipótese, se a decisão divergente for mantida pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial, encaminhando-o para o Superior Tribunal de Justiça (§ 8º, do art. 543-C).

Vê-se que quando a decisão do Superior Tribunal de Justiça coincidir com o teor do acórdão proferido em segundo grau (hipótese “a” acima tratada), será ela vinculante, de modo que os recursos sobrestados na origem restarão prejudicados. Importante notar, neste ponto, que, ao contrário do que ocorre no regime da repercussão geral, *“o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados”*¹⁷⁶.

¹⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 236.

Já quando o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça (hipótese “b” acima tratada), poderá o tribunal de origem exercer juízo de retratação. No entanto, se não se retratar, os recursos especiais sobrestados deverão ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez positivos os juízos de admissibilidade.

Nesse sentir, percebe-se que os regimes introduzidos no nosso sistema jurídico pelos arts. 543-C e 543-B são bastante semelhantes, até mesmo no que diz respeito aos destinos dos recursos sobrestados na origem.

4.4.1. Requisitos

Para que a técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos possa ser utilizada, devem coexistir dois requisitos: a) multiplicidade de recursos e b) idêntica controvérsia ou idêntica questão de direito. É o que se extrai do *caput* dos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, conforme já ventilado no tópico anterior.

A seguir, passaremos a analisar cada um deles, separadamente.

4.4.1.1. Multiplicidade de Recursos

A sistemática disciplinada pelos arts. 543-B e 543-C, ambos do Código de Processo Civil, “*pressupõe uma grande quantidade de casos em que a mesma tese jurídica esteja sendo discutida*”¹⁷⁷.

Assim, somente se houver *multiplicidade de recursos* envolvendo idêntica controvérsia é que a análise da repercussão geral será processada nos termos do art. 543-B. Da mesma forma, o recurso especial só será processado nos termos do art. 543-C, se houver *multiplicidade de recursos* com fundamento em idêntica questão de direito.

¹⁷⁷ DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual... op. cit.*, p. 81.

Disso extrai-se que, para ter vez, a técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos depende da existência de conflitos de massa, capazes de ensejar múltiplos recursos em torno de uma mesma questão de direito. O procedimento previsto nos dispositivos em análise, portanto, somente poderá ser aplicado depois que um conflito de massa for solucionado nas instâncias ordinárias e, além disso, gerar grande quantidade de recursos extraordinários ou especiais em torno de uma mesma controvérsia jurídica.

Sabemos que o direito do consumidor, por exemplo, é uma disciplina jurídica que comporta inúmeras discussões judiciais em torno de uma mesma questão de direito. Ilustrativamente, imaginemos, pois, que um contrato bancário abusivo seja reiteradamente questionado no Poder Judiciário e que esses conflitos recebam soluções, semelhantes ou não, em cada um dos Tribunais de Justiça do país. Certamente, muitos dos sucumbentes irão recorrer da decisão prolatada em seu caso específico, por meio de recursos especiais ou extraordinários, que terão por objeto uma mesma controvérsia jurídica. Essa situação, inegavelmente, justifica a utilização do procedimento de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, ora analisado. No entanto, nota-se que o exemplo citado poderia, igualmente, ser objeto de ação coletiva, com excelentes resultados, uma vez que se trata de hipótese de tutela de direito coletivo *stricto sensu*, a teor do que dispõe o art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁸.

Há casos, entretanto, em que, ainda que o direito tutelado possa, eventualmente, ser considerado de natureza coletiva *lato sensu* (art. 81, do Código de Defesa do Consumidor), o ajuizamento de ação coletiva pode não se mostrar a via mais adequada e eficiente. E isso se dá, no mais das vezes, porque as

¹⁷⁸ Assim reza o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

circunstâncias fáticas de cada caso são extremamente específicas e particulares. Ora, não se mostra razoável, por exemplo, tutelar coletivamente um direito individual homogêneo se os fatos de caso concreto influenciarem, sobremaneira, na liquidação e execução do julgado. É que, neste caso, haverá preponderância de questões individuais sobre as questões comuns, o que retira a homogeneidade necessária para que o direito individual possa ser tutelado pela via coletiva¹⁷⁹. Mais fácil se mostra, portanto, o caminho da ação individual para se obter uma solução judicial acerca da questão de direito debatida. É inegável, entretanto, que, a despeito de desaconselhável a utilização da ação coletiva, essa situação, assim como a anterior, também justifica a utilização do procedimento de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, tendo em vista a necessidade de se conceder unidade na solução das idênticas e múltiplas questões jurídicas comuns.

Esse raciocínio nos leva à conclusão de que a técnica ora estudada mostra-se eficaz para a tutela dos chamados direitos coletivos *lato sensu*, conforme definições contidas no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, ainda que, dependendo das circunstâncias fáticas, a utilização da ação coletiva não se mostre a melhor via para a tutela dos interesses comuns envolvidos.

Na esteira desse raciocínio, pode-se concluir, por outro lado, que a técnica de julgamento de recursos repetitivos é inaplicável quando se está diante da tutela de direitos meramente individuais, por inexistir o necessário liame, qual seja, a origem

¹⁷⁹ É o que ensina Estêvão Mallet: “A homogeneidade dos direitos individuais, determinante para a possibilidade de sua tutela dar-se em processo coletivo, supõe mais do que a mera origem comum, como pretende o legislador brasileiro, no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Supõe, em acréscimo, a predominância das questões comuns sobre as questões individuais. De outro modo, quando predominam as questões individuais, não há como tutelá-los, de modo útil e eficiente, de forma coletiva. Ainda que se venha a tentar tratar coletivamente o pedido, ou o julgamento não terá como deixar de ser genérico e sem relevância prática ou, caso se busque escapar da excessiva generalidade, o exame das questões individuais fará com que se torne inviável a conclusão, em tempo razoável, do processo. Daí a importância de, em cada caso concreto, resolver-se, tão logo seja possível, se predominam as questões coletivas ou não, para evitar, em caso negativo, inútil exercício da jurisdição.” (MALLET, Estêvão. *Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 105, jan/dez 2010. p. 142. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67894/70502>. Acesso em 22/03/2014).

comum, que deve haver entre as questões de direito tratadas nas diferentes demandas¹⁸⁰.

4.4.1.2. Idêntica Controvérsia ou Idêntica Questão de Direito

Por constituir um dos requisitos para que a técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos possa ser utilizada, deve-se investigar o que vem a ser *idêntica controvérsia* ou *idêntica questão de direito*, expressões utilizadas, respectivamente, na redação dos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil.

Importante notar, antes de tudo, que tais expressões são sinônimas, não comportando quaisquer distinções. Com efeito, é fácil notar essa identidade de significados quando lembramos que Carnelutti conceituou *questão* da seguinte forma: “*questão pode se definir em um ponto duvidoso, de fato ou de direito*”¹⁸¹. Ora, dizer que questão é um ponto duvidoso é o mesmo que dizer que questão é um ponto controvertido. Assim, pode-se afirmar que questão de direito é qualquer afirmação impugnada, ou seja, é toda ação praticada pelo autor e impugnada pelo réu, e vice-versa. Nas palavras de Bruno Dantas, “*é o fundamento da ação ou da contestação sobre o qual se instalou uma controvérsia, e que tem em sua essência a análise de um princípio ou de uma regra jurídica*”¹⁸². É dizer, *questão de direito* é uma *controvérsia* instalada, no âmbito do processo, entre as partes litigantes.

Pois bem. Feito esse esclarecimento inicial, cumpre verificar o requisito *idêntica questão de direito* ou *idêntica controvérsia* para fins de viabilização do procedimento de julgamento de recursos excepcionais repetitivos.

¹⁸⁰ Nesse sentido, as lições de Bruno Dantas: “*De todo modo, ainda que a necessidade de preponderância das questões comuns sobre as individuais seja mitigada, deve-se realçar a indispensabilidade da origem comum para se justificar a utilização das técnicas de tutela plurindividual.*”

*Insisto: sem a exigência de **origem comum** – ainda que a comunhão consista em similaridade substancial decorrente de uma multiplicidade de eventos repetidos, sem alterações significativas – amplifica-se severamente o risco de o julgamento por amostragem deixar de considerar aspectos que mereceriam reflexão individualizada*” (DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual... op. cit.*, p. 81).

¹⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1/353 apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 55.

¹⁸² DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual... op. cit.*, p. 83.

Quando tratamos de recursos excepcionais, estamos analisando modalidades recursais de fundamentação vinculada, ou seja, recursos cujo objeto restringe-se a dirimir conflitos envolvendo questões estritamente jurídicas ou de direito, as quais estão taxativamente previstas nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. No caso do recurso extraordinário, a controvérsia envolverá, sempre, questão de direito constitucional. Já no caso do recurso especial, a questão de direito debatida envolve interpretação de lei federal.

Diante desse contexto, não há dúvidas de que os arts. 543-B e 543-C, ambos do Código de Processo Civil, ao utilizarem as expressões *idêntica controvérsia* e *idêntica questão de direito*, indicam que os recursos excepcionais, para serem objeto do julgamento em referência, devem envolver a mesma questão de mérito, que deverá, necessariamente, ser uma tese jurídica, isto é, uma controvérsia de direito relacionada à interpretação de uma norma constitucional, no caso do recurso extraordinário, ou de uma lei federal, no caso do recurso especial.

É importante ressaltar, por oportuno, que toda questão de direito, objeto de recurso excepcional, contém, em seu bojo, uma situação fática já definida e estabilizada, que depende de decisão acerca da sua efetiva qualificação jurídica em face da norma em exame.

Os recursos múltiplos, portanto, para que contenham a mesma tese jurídica, deverão, por consequência, também possuir a mesma base fática. Tal afirmação, contudo, não significa dizer que os fatos estabelecidos em uma demanda devam ser absolutamente idênticos aos das demais, em todos os seus aspectos e circunstâncias. Basta que haja identidade essencial, relacionada aos delineamentos fáticos que serão utilizados pelo julgador no momento de se estabelecer ou de se definir a interpretação da norma jurídica debatida.

A fim de esclarecer o que acabamos de afirmar, importante tratar, neste ponto, da distinção entre questão de fato e questão de direito. Para tanto, faremos uma análise, ainda que breve, das teorias desenvolvidas por dois processualistas de respeitável envergadura, da atualidade: Teresa Arruda Alvim Wambier e Danilo Knjinić.

Pois bem. Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸³ sugere o critério da *preponderância* para se averiguar se se está diante de uma questão de fato ou de direito, já que “*todo fenômeno jurídico envolve fato e direito*”. Nesse sentido, a autora¹⁸⁴ leciona:

“Assim, no plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) graus de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam ‘resolvidos’ os aspectos fáticos (=que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra na exata compreensão da regra jurídica.”

E em outra passagem, afirma:

“Desse modo, quando se visa à qualificação jurídica de um fato, enquadrando-o num determinado conceito legal, não se trata de questão de fato, mas, sim, de questão de direito, porquanto o que se perquire é se houve aplicação correta da lei, e não se e quando o fato ocorreu.”¹⁸⁵

Já Danilo Knijinik¹⁸⁶ sugere a adoção de um novo modelo de classificação das questões objeto de apreciação jurisdicional. Em contraposição à teoria dicotômica, que as classifica em questões de fato e questões de direito, propõe o que chama de teoria tricotômica, acrescentando uma terceira espécie de questão: a questão mista. Segundo argumenta, por existirem questões que não se classificam como

¹⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 224.

¹⁸⁴ *Idem ibidem*. p. 224.

¹⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ibidem*. p. 219-220.

¹⁸⁶ KINIJINIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

puramente de fato ou puramente de direito, nas questões mistas investiga-se se os fatos históricos, admitidos ou estabelecidos conforme as provas dos autos, satisfazem o *standard* legal. Se a regra, da forma como aplicada aos fatos estabelecidos, foi ou não violada. Tratam-se, na verdade, as questões mistas, segundo lições de Danilo Knijnik, de questões compostas por fatos intimamente ligados à respectiva definição jurídica e que, por isso, podem ser tratados nos recursos excepcionais. A questão jurídica a ser debatida pelas Cortes Superiores, nesses casos, não é possível de ser conhecida sem que sejam também tomadas, nas razões de decidir, os fatos e circunstâncias apurados nos autos e que envolvem a temática.

Em que pesem as diferentes teorias adotadas pelos mencionados autores, é possível notar que chegam eles à mesma conclusão. Seja pelo critério da *preponderância*, seja pelo das *questões mistas*, o certo é que, em muitos casos, o fato é indissociável do direito, mas isso não retira da questão a sua natureza jurídica para fins de ser examinada em sede de recurso especial ou extraordinário. O fato de existirem questões jurídicas que, para serem apreciadas, dependem da análise das circunstâncias fáticas delineadas nos autos não significa que está autorizado o debate de tais circunstâncias no âmbito das Cortes Superiores, investigando se realmente ocorreram, quando ocorreram ou de que forma ocorreram. O que haverá é a necessidade de se considerar e ponderar as circunstâncias fáticas já estabilizadas nos autos, para emitir juízo acerca da interpretação da norma em debate.

Assim, uma vez revelando serem as questões preponderantemente de direito e propiciando a realização de um desenvolvimento posterior do direito, podem e devem ser conhecidas pelas Cortes Superiores. Ora, o que se tem que considerar é que, nas questões mistas, a apreciação de alguns dos fatos e provas dos autos somente é feita porque imprescindível para que se realize o raciocínio de reflexão acerca do *standard* legal. Tais fatos são de tal forma ligados à definição jurídica abordada que, sem o seu conhecimento, não é possível estabelecer o alcance e a correta compreensão do aspecto jurídico da questão analisada.

Diante disso, percebe-se que a súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “a pretensão de simples reexame de **prova** não enseja recurso especial”,

deve ser interpretada levando-se em conta tudo o que foi aqui exposto. É, inclusive, o que propõe Henrique Araújo Costa¹⁸⁷:

“(...) na redação da Súmula 7 do STJ não encontramos propriamente a definição de prova – o que nos leva a crer que o conceito apresentado no verbete remonta à ideia clássica de separação estanque entre fato e direito, a qual pretendemos demonstrar no curso do trabalho mostrar-se equivocada. De uma forma ou de outra, teremos sempre a dicotomia diante de nós, em face da qual propomos uma releitura doutrinária em vistas de recentes conquistas epistemológicas e da própria jurisprudência, que tem mitigado as linhas divisórias entre fato e direito e, inevitavelmente, entre prova e direito.”

Tal constatação é de extrema importância para correta e eficiente utilização da técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos.

Com efeito, mostra-se recorrente o equívoco perpetrado pelos Tribunais no momento de realizar o exame da admissibilidade dos recursos excepcionais. Inúmeros são os recursos que acabam obstaculizados em decorrência de interpretação errônea acerca do que é questão de fato e o que é questão de direito.

A causa que nos parece mais evidente para tal situação é a utilização em demasia da chamada jurisprudência defensiva¹⁸⁸. As Cortes de todo o país, por meio de suas assessorias técnicas e com o respaldo dos magistrados que as chefiam, diante do grande volume de recursos apresentados pelas partes, vêm interpretando com muito rigor a orientação no sentido de que o reexame das provas e dos fatos não autoriza a interposição dos recursos excepcionais.

Ocorre, no entanto, que tal comportamento, decorrente da pressão pela redução do número de recursos enviados aos tribunais superiores, vem causando

¹⁸⁷ COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 22-23.

¹⁸⁸ A temática da diferenciação entre questão de fato e questão de direito, analisada diante da utilização rigorosa da chamada jurisprudência defensiva, é apenas mais uma evidência de que nossas Cortes vêm, lamentavelmente, procurando solucionar problemas de natureza estrutural e de produtividade por meio de expedientes que sacrificam direitos e garantias processuais dos jurisdicionados.

uma inadmissível distorção dos pressupostos de admissibilidade desses recursos. Impugnações absolutamente pertinentes, que debatem exatamente a qualificação jurídica dada aos fatos abordados no acórdão, ou seja, pretendendo tão-somente a reavaliação do processo subsuntivo, vem sendo sumariamente obstaculizadas. E o que é pior: isso é feito com uso de decisões padronizadas e que demonstram que o recurso da parte não foi sequer lido adequadamente.

A confusão que se opera, proposital ou não, reside justamente na falta de sensibilidade dos julgadores, que não percebem (ou ignoram) que apenas não devem ser admitidos os recursos cujo exame demande a reavaliação das provas dos autos, com a reavaliação de como os fatos teriam ocorrido. Esquecem-se (ou não consideram) que as questões de direito envolvem exatamente um dos momentos de maior relevância de um julgamento: o processo subsuntivo. Trata-se, como visto, do momento da *incidência* do direito, ou seja, do momento em que se realiza a qualificação dos fatos a partir de um critério legal extraído do texto normativo.

Henrique de Araújo Costa¹⁸⁹, ao fazer considerações acerca do problema da vedação de análise probatória em nível de instância extraordinária, explica:

“(...) o instante metodológico que enceta a vedação antecede até mesmo a focalização de fatos para atribuir-lhes qualificação jurídica. Ao que tudo indica, somente neste exato instante metodológico antecedente é que existe vedação de reexame na instância extraordinária, sendo-lhe no mais tudo permitido analisar. Em outras palavras, são intocáveis as premissas fáticas do como, quando, onde etc, mas não a qualificação atribuída a elas”.

Nesse sentido também as lições de João Batista Lopes¹⁹⁰:

“A apreciação da prova consiste na análise dos elementos de convicção carreados aos autos, como a credibilidade de um depoimento, a autenticidade de um documento, a consistência técnica de um laudo pericial etc. Nesses exemplos, não cabe ao

¹⁸⁹ COSTA, Henrique Araújo. *op. cit.*, p. 76-77.

¹⁹⁰ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3ª.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

Superior Tribunal de Justiça analisar o acerto ou equívoco da decisão recorrida, porque não há questão de direito envolvida.

Já valoração da prova envolve questão de direito e, assim, a matéria se insere no âmbito do recurso especial. Discussão sobre o critério legal da valoração (v.g., aplicação da regra de inversão do ônus da prova, admissibilidade da prova testemunhal, aplicabilidade de regra sobre prova legal) traduz, inquestionavelmente, matéria de direito federal e, como tal, pode ser enfrentada em recurso especial.”

Nesse sentido, não é demais frisar que, como bem aponta Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹¹, “quando o processo subsuntivo é realizado de modo incorreto, está-se diante de erro de direito, de ilegalidade”, ou seja, “de situação passível de ser corrigida pela via dos recursos de estrito direito (recurso extraordinário e recurso especial) e pela ação rescisória”.

A fim de corroborar com tudo o que foi dito, mister se faz a transcrição da seguinte passagem do acórdão proferido no AgRg no REsp 1279422/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 19/03/2012¹⁹², que retrata de maneira exemplar as ideias aqui lançadas:

¹⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial... op. cit.*, p. 223-224.

¹⁹² TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO SEM PODERES DE GERÊNCIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE POSTERIOR À RETIRADA DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DIREITO.

1. Discute-se nos autos o redirecionamento da execução fiscal para sócio não gerente em caso de dissolução irregular da empresa.

2. Na hipótese, a responsabilização do sócio recorrente foi considerada pelas instâncias ordinárias por compartilharem o entendimento de que, mesmo que o desligamento da empresa tenha ocorrido anteriormente à dissolução irregular da sociedade, a saída ocorreu depois de constituído o crédito tributário, e ajuizada a presente execução. O Tribunal de origem deixou de considerar, ainda, que o sócio recorrente nem sequer exerceu qualquer função de diretor, gerente ou administrador.

3. "O redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução." (EAg 1.105.993/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 13.12.2010, DJe 1ª.2.2011.) 4. É viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica destes, o que afasta o óbice contido na Súmula 7/STJ.

5. Manutenção da decisão que deu provimento ao recurso especial para afastar o sócio recorrente do redirecionamento da execução fiscal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1279422/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 19/03/2012)

“DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ.

Por fim, deve ficar registrado que a hipótese vertente não trata apenas de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

A distinção entre "*juízo de fato*" e "*juízo de valor*" mostra-se intensamente controvertida, principalmente em face da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e, sobretudo, ao Direito. O "*fato*" e o "*direito*" revelam-se qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido "*o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas 'idéia' transcendental) do homem real (não do 'sujeito em geral' ou gnoseológico) a 'puro facto' ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido*" (in "Questão de Facto-Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade", Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga "*questão de fato*" da questão de saber "*o que aconteceu*" (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela "*existência*" de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. Karl Larenz, "Metodologia da Ciência do Direito", 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 295/296).

Há hipóteses, portanto, em que a "*seleção*" da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina José Carlos Barbosa Moreira, que, quando "*se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta*

questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida" (in "Temas de Direito Processual" – Segunda Série, Saraiva, 1980, p. 235).

Na lição de José Afonso da Silva, *"os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)". (in "Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", RT, p. 131). Assim, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica destes, conforme a assertiva de Gabriel Marty de "que tout problème de qualification est question de droit" (in "La distinction du fait et du droit", Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 204/205).*

Como concluiu José Miguel Garcia Medina, depois de examinar no corpo de sua monografia, de modo percuciente a matéria, *"excluem-se das questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei". (cf. "O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial", 2ª ed., Ed. RT, item n. 37, p. 306)."*

Diante dessas considerações, fica claro que a ideia de admitir, em casos específicos e pontuais, que questões que contém, ainda que de maneira não preponderante, aspecto fático indissociável do aspecto jurídico debatido sejam tratadas pelas Cortes Superiores, prestigia a garantia constitucional da segurança jurídica, pois amplifica a atividade de uniformização da jurisprudência, garantindo, assim, a unidade da legislação federal e maior previsibilidade das decisões judiciais.

É, pois, nesse sentido que devem ser entendidas as expressões *idêntica controvérsia* ou *idêntica questão de direito*: a identidade exigida pelos arts. 543-B e 543-C é a da questão de direito, ou seja, da tese jurídica discutida nos recursos, ainda que a ela esteja ligado aspecto fático indissociável, por ser imprescindível para a realização do juízo acerca da interpretação da norma em debate.

4.4.2. Polêmicas Doutrinárias e Jurisprudenciais Relevantes

Passaremos, a seguir, a analisar as principais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais relativas à técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos.

4.4.2.1. Recurso Afetado

A técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos inicia-se, como se viu, com a seleção, pelo tribunal de origem, de um ou mais recursos representativos da controvérsia, que são, então, encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, enquanto que os demais ficam sobrestados, até o definitivo pronunciamento das respectivas Cortes Superiores (arts. 543-B, § 1º e 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil).

A tal sistemática deu-se o nome de *julgamento por amostragem*.

Trata-se de método inovador, uma vez que o Tribunal Superior soluciona vários casos idênticos com apenas um julgamento, cuja decisão é aplicada a todas

as outras causas que não foram selecionadas e que, portanto, se encontram paralisadas no tribunal *a quo*.

A eleição dos recursos representativos, também chamados recursos afetados ou pilotos, ocorre quando o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem detecta a existência de vários recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Nessa etapa, deve-se fazer uma seleção de extrema qualidade, a fim de que todos ou, ao menos, os melhores argumentos veiculados nos recursos possam chegar para julgamento nos Tribunais Superiores. Assim, deve o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* eleger os recursos que possuírem não só a maior diversidade possível de argumentos, como também as razões mais bem desenvolvidas, a fim de que o respectivo Tribunal Superior possa proferir decisão fundamentada em exame minucioso da controvérsia. Para tanto, devem ser encaminhados às Cortes Superiores tantos recursos quanto bastem para que, por meio da conjugação de suas argumentações, seja possível obter a representação adequada da discussão travada em torno da idêntica questão de direito¹⁹³. Nesse sentido, fica claro que não existe *“liberdade para que o presidente ou vice-presidente do tribunal a quo escolha o critério de seleção de causas conforme seu próprio juízo de oportunidade e conveniência”*¹⁹⁴. Ao contrário, a eleição dos recursos representativos da controvérsia deve ficar adstrita ao critério da melhor

¹⁹³ Sobre esse assunto, assim discorrem Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos: *“(…) devem ser selecionados os recursos que melhor retratarem a questão discutida, independentemente de as decisões recorridas serem num ou noutro sentido. Se houver acórdãos em sentidos opostos, devem ser selecionados recursos representativos em cada um dos sentidos, eis que a simples existência de decisões antagônicas no âmbito dos tribunais locais já traduz a diversidade de fundamentos a justificar a análise e julgamento pelo STJ. O que se espera dos Tribunais é que sejam enviados ao STJ os recursos que permitam, da forma mais ampla possível, o conhecimento completo da controvérsia havida nas instâncias ordinárias.”* (WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008) e ações coletivas*. Migalhas. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66402,31047-

Recursos+especiais+repetitivos+Lei+116722008+e+acoes+coletivas]. Acesso em: 03.02.14). Nesse mesmo sentido, as lições de Luiz Guilherme Marinoni: *“Afirma-se que o tribunal ordinário deve admitir e encaminhar ao STJ um ou mais recursos representativos da controvérsia. É claro que, para que a controvérsia seja bem representada, é importante encaminhar recursos especiais que concentrem toda a extensão da argumentação deduzida pelas partes e invocada pelo tribunal em seus diversos recursos e acórdãos, evitando-se que fundamento importante para a solução da questão passe sem a devida discussão. Tem o mesmo fim a regra que dá ao Ministro Relator oportunidade para solicitar informações ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal. Objetiva-se permitir à Corte compreender todos os aspectos da controvérsia relativa à questão federal, uma vez que alguns podem não estar presentes no específico recurso especial que deu origem ao recurso repetitivo”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 229).

¹⁹⁴ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 346.

argumentação, a fim de que a decisão proferida pelo Tribunal Superior também seja a melhor possível¹⁹⁵.

Ainda no que concerne à fase de seleção dos recursos representativos da controvérsia, cabe analisar em que momento deve ela acontecer: antes ou depois do exercício do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*?

A lei é omissa nesse ponto e a doutrina divide-se a respeito do assunto.

Nossa opinião coincide com a de Bruno Dantas, no sentido de que “*parece claro que a incidência do art. 543-B do CPC somente ocorrerá depois de exercido o juízo de admissibilidade prévio do RE, perante o tribunal a quo*”¹⁹⁶. O mesmo se diga em relação à seleção de recursos especiais repetitivos. Ora, seria contraproducente encaminhar às Cortes Superiores recursos inadmissíveis.

No entanto, na prática, pode ocorrer o encaminhamento de recurso representativo inadmissível às Cortes Superiores, seja porque o tribunal *a quo* não realizou o juízo de admissibilidade – já que, como se viu, a lei é omissa em relação a essa questão quando se trata de hipótese em que deve haver a aplicação da técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos –, seja porque, ainda que tenha exercido o juízo de admissibilidade, não o fez adequadamente, a exemplo do que será analisado na Questão de Ordem suscitada no julgamento do Recurso Especial 1087108/MS. Nessa hipótese, veremos que a melhor saída é a apreciação do mérito recursal, ainda que o recurso representativo da controvérsia seja inadmissível por ausência de algum requisito intrínseco ou, especialmente, extrínseco do direito de recorrer. Até porque, feita a seleção e encaminhados à Corte Superior, os recursos afetados deixam de ser considerados meros instrumentos destinados a resolver uma controvérsia relacionada a um caso concreto e passam a ganhar *status* de mecanismo de solução de uma questão jurídica relevante, destinada a servir de paradigma para outros casos idênticos. Nesse contexto, o recurso que antes

¹⁹⁵ Discordando desse entendimento, Ticiano Alves e Silva argumenta: “*Com a licença para discordar, acredita-se, porém, que permitir ao juízo de origem conhecer do conteúdo da preliminar de demonstração de repercussão geral, a fim de verificar a força argumentativa desta, seja o mesmo que autorizá-lo a decidir, mesmo que indiretamente, ou no mínimo, permiti-lo que influencie, no julgamento acerca da existência ou não de repercussão geral, o que, como sabido, compete exclusivamente ao STF. Por estas razões, defende-se a escolha aleatória dos recursos que servirão como amostra*” (SILVA. Ticiano Alves e. *Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. Revista de Processo nº 182*. RT, 2010. p. 237).

¹⁹⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 345.

envolvia interesses apenas das partes integrantes da relação jurídica processual, passa a ser de interesse coletivo, pois o seu resultado será observado nas demais causas de idêntica controvérsia e concederá, assim, unidade ao direito federal, constitucional ou infraconstitucional.

Pois bem. Feitas essas considerações, questão que se coloca é: o julgamento por amostragem, previsto nos arts. 543-B, § 1º e 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil, ofende o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal?

A resposta, a nosso ver, é negativa.

Em que pesem respeitáveis vozes em contrário¹⁹⁷, o fato de o litigante que teve seu recurso sobrestado não poder influenciar, com suas razões recursais, a decisão a ser proferida pelos Tribunais Superiores, não é suficiente para caracterizar ofensa aos princípios acima elencados. A uma, porque, como se viu, a seleção do recurso que será efetivamente julgado deve ser a melhor possível, no sentido de conter os melhores e mais bem desenvolvidos argumentos, capazes de retratar a exata discussão travada em torno da idêntica questão de direito e, assim, gerar uma decisão de boa qualidade. A duas, porque, ainda que o recurso afetado não aborde a argumentação de alguns recursos sobrestados, a técnica é representativa, assim como o é o regime democrático em nosso país.

Há, ainda, outras razões para firmarmos esse posicionamento.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o julgamento por amostragem, ao impor o sobrestamento dos recursos nos tribunais locais, contribui para o desafogamento dos Tribunais Superiores¹⁹⁸, ao representar grande economia de atos processuais. Ora, como já foi dito, a técnica de julgamento prevista nos arts.

¹⁹⁷ “No entanto, a técnica dos “processos teste” nos moldes da repercussão geral não permite, como vem sendo analisada, uma participação efetiva dos interessados, eis que os “recursos representativos da controvérsia” serão escolhidos (pinçados) pelo órgão a quo, sem qualquer garantia de que todos os argumentos relevantes para o deslinde da causa, suscitado por todos os interessados, sejam levados em conta no momento da decisão. A participação se limita às partes dos recursos afetados, que podem ou não ter apresentado uma argumentação idônea e técnica” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo nº 177. RT, 2009. p. 23).

¹⁹⁸ Não é de hoje que o Judiciário sofre com os efeitos do congestionamento dos Tribunais Superiores, fato que os impede de desempenhar os seus papéis, constitucionalmente previstos. Nesse sentido, a fim de conceder mais celeridade ao processo, dificultando a chegada de recursos àquelas Cortes, várias técnicas processuais foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico, tais como os amplos poderes concedidos ao relator pela Lei 9.756/1998, a súmula impeditiva de recurso, etc. O julgamento previsto nos arts. 543-B, § 1º e 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil visa, também, colaborar com o descongestionamento das Cortes Superiores, bem como com a qualidade das decisões por elas proferidas.

543-B, § 1º e 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil, permite que o Tribunal Superior solucione vários casos idênticos com apenas um julgamento, cuja decisão é aplicada a todas as outras causas que não foram selecionadas. Esse mecanismo, portanto, permite que a Corte Superior dedique mais tempo ao julgamento de causas inéditas ou complexas e, conseqüentemente, profira decisões de melhor qualidade¹⁹⁹.

Outro motivo que nos leva a crer que o julgamento por amostragem é mecanismo constitucional, deve-se à sua finalidade de conceder unidade ao direito federal e, pois, gerar isonomia e segurança jurídica. Como bem aponta Tiago Asfor Rocha Lima, não se pode entender que há ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, quando se verifica que *“o legislador primou, na espécie, por outros princípios também de envergadura constitucional, a saber, a isonomia e a segurança jurídica”*²⁰⁰. Nesse sentido, há que se entender que a suspensão, na origem, dos recursos não selecionados, constitui decorrência lógica do sistema, a fim de se atingir estabilidade, por meio da aplicação de soluções iguais a casos semelhantes.

Não é demais lembrar, ainda, que o § 6º do art. 543-A, do Código de Processo Civil, dispõe que *“o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”*. Na mesma linha de raciocínio, o § 4º, do art. 543-C, do Código de Processo Civil disciplina: *“o relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”*. Tais dispositivos, ao permitirem verdadeira *intervenção de terceiros*²⁰¹ no exame da repercussão geral e no julgamento por amostragem dos recursos especiais múltiplos, visam atender plenamente ao princípio do contraditório. Isto porque, admitem que os terceiros interessados no

¹⁹⁹ Nesse sentido são as lições de Tiago Asfor Rocha Lima: *“Curioso atentar para o seguinte detalhe: o regime de retenção dos recursos se, por um lado, reduz significativamente o poder de influência na decisão paradigma, de outra parte, promove considerável economia dos atos processuais, desobstruindo ainda os tribunais superiores para resolução dos casos mais complexos e inéditos, com uma tendência de crescimento qualitativo dos julgados e fortalecimento da jurisdição”* (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 332).

²⁰⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 331.

²⁰¹ *“Entre as novidades trazidas com a regulamentação está a previsão da intervenção de terceiros no procedimento de análise da repercussão geral (art. 543-A, § 6º, CPC)”* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. *op. cit.*, p. 28).

juízo dos recursos selecionados possam “solicitar sua manifestação nos autos, arguindo da presença (ou ausência) de repercussão geral, de forma a ampliar o leque argumentativo e de dados que disporão os Ministros para decidir”²⁰². Importante mencionar, neste ponto, que os terceiros de que tratam o § 6º do art. 543-A e o § 4º, do art. 543-C, ambos do Código de Processo Civil, intervêm na condição de *amicus curiae*²⁰³. Quer-se, com isso, dizer que não têm eles interesse jurídico na questão discutida, mas sim apenas “na prevalência da tese sustentada por uma das partes”²⁰⁴. Assim, certo é que os mencionados dispositivos não tratam da intervenção, no julgamento por amostragem, dos recorrentes que tiveram seus recursos sobrestados. Estes, por certo, possuem interesse jurídico na solução da questão, tendo em vista que serão atingidos pela autoridade da coisa julgada. No entanto, em que pese a lei não seja expressa nesse sentido, entendemos ser também possível a intervenção dos recorrentes que tiveram seus recursos sobrestados, a fim de se atender, plenamente, ao princípio do contraditório²⁰⁵, da ampla defesa e do devido processo legal. Assim como Bruno Dantas, em nosso entender, essa intervenção seria aquela prevista no art. 50, do Código de Processo Civil, ou seja, a assistência simples. Isto porque, “o recorrente que se deparar com o sobrestamento da sua impugnação em razão da multiplicidade de recursos fundados em idêntica controvérsia, terá interesse jurídico suficiente a embasar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquele outro recorrente que tiver seu RE

²⁰² *Idem ibidem*. p. 29. Nesse mesmo sentido é a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, que sustenta, ao tratar do assunto, que a questão de direito, com a intervenção do terceiro, passa a poder ser analisada “numa perspectiva mais ampla em relação àquela delimitada pelas partes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 231).

²⁰³ Nesse sentido: “Tendo em vista que, de acordo com o § 1º, in fine, o art. 543-A estabelece que a questão deve ultrapassar ‘os limites subjetivos da causa’, admite o § 6º do mesmo artigo, ‘na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiro’. Admite a norma, assim, a intervenção de *amicus curiae*, à semelhança do que ocorre no controle de constitucionalidade (cf. art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 247).

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 229-230.

²⁰⁵ Essa ideia é muito bem desenvolvida por Ticiano Alves e Silva: “Tem-se, assim, conclusivamente, que a intervenção no julgamento por amostragem dos recorrentes que não tiveram seus recursos escolhidos como paradigma e que possuem teses argumentativas diferentes das já constantes do recurso-amostra é imposição do próprio direito fundamental ao contraditório, entendido, como tantas vezes se disse, como a possibilidade de efetivamente influenciar na convicção do magistrado, tornando legítimo, porque democrático, o exercício da função jurisdicional” (SILVA, Ticiano Alves e. *op. cit.*, p. 248).

*selecionado como representativo da controvérsia*²⁰⁶. A esse respeito, cumpre afirmar, por fim, que em ambos os casos, isto é, seja na hipótese de intervenção de *amicus curiae*, seja na de intervenção de recorrente que teve seu recurso sobrestado, devem ser expostos novos argumentos, diferentes daqueles já lançados nas razões dos recursos selecionados. Somente assim as intervenções poderão ocorrer²⁰⁷.

Vê-se, assim, que o julgamento por amostragem de que tratamos revela-se um importante instrumento constitucional para o alcance da necessária previsibilidade do direito.

4.4.2.2. Suspensão dos demais Recursos Extraordinários e Especiais

O § 1º do art. 543-B e os §§ 1º e 2º do art. 543-C tratam, respectivamente, da suspensão dos demais recursos extraordinários e dos demais recursos especiais, até o pronunciamento definitivo das Cortes Superiores.

A esse respeito, cumpre indagar: quais são os *demais* recursos que devem ser sobrestados, os que se encontram nos Tribunais de origem ou os que já se

²⁰⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral... op. cit.*, p. 324.

²⁰⁷ É o que defende Ticiano Alves e Silva, ao tratar da intervenção do recorrente que teve seu recurso paralisado: “*Por oportuno, ressalte-se que a intervenção da parte que teve seu recurso sobrestado só se justifica se ela dispuser de novos argumentos para convencer o magistrado sobre a existência da repercussão geral ou influenciar no julgamento dos recursos extraordinários múltiplos, de idêntica controvérsia. Caso contrário, tal manifestação não será expressão do direito fundamental ao contraditório e servirá somente para tumultuar o feito. A vedação da intervenção do litigante com recurso sobrestado desprovido de novas teses argumentativas não viola o contraditório simplesmente porque incapaz de gerar prejuízo à parte ou à legitimação da função jurisdicional, sendo, em verdade, uma manifestação vazia, como uma forma sem conteúdo*” (SILVA, Ticiano Alves e. *op. cit.*, p. 247). É também o que esclarece Luiz Guilherme Marinoni, a respeito da intervenção do *amicus curiae*: “*O amicus, ao pedir a intervenção no recurso repetitivo, deve justificar o seu interesse, demonstrando que os seus representados, embora estranhos à coisa julgada a ser formada, podem ser beneficiados ou prejudicados conforme o teor do precedente que venha a ser formado. Além disso, devem esclarecer que irão trazer ao conhecimento da Corte argumentos ainda não oferecidos pelas partes, jurídicos ou não. É interessante lembrar que a Rule 37.1 das Rules que disciplinam o procedimento perante a Suprema Corte estadunidense expressamente exige que o amicus apresente não apenas informações e argumentos relevantes para o julgamento da questão, mas também ‘novos’, ou seja, que ainda não tenham sido oferecidos pelos litigantes. A admissão da intervenção do amicus, portanto, é subordinada à novidade de suas informações e teses jurídicas; só desta forma o brief é considerado of considerable help*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 233).

encontram nos respectivos Tribunais Superiores? A resposta é evidente: todos, ou seja, tanto aqueles, quanto estes. Embora os dispositivos mencionados não sejam claros no sentido de que também os recursos que já se encontram nas Cortes Superiores devam ser sobrestados, não há como negar essa exigência. Ora, entendimento diverso autorizaria a existência de decisões divergentes para casos iguais²⁰⁸.

Essa suspensão deve ser entendida, pois, como necessária para o atingimento da segurança jurídica, consubstanciada na coerente e isonômica aplicação do direito.

Haverá casos, no entanto, em que o sobrestamento de recurso especial ou extraordinário se mostrará indevido, diante da inexistência de identidade entre a questão de direito veiculada no recurso afetado e aquela versada no recurso suspenso. Nestas hipóteses, admissível se mostrará a interposição do agravo previsto no art. 544, do Código de Processo Civil²⁰⁹. Ora, se este é o recurso cabível para os casos de inadmissão do recurso extraordinário ou do recurso especial, é evidente que também encontrará cabimento na hipótese de sobrestamento indevido desses recursos. Isto porque, tanto o ato de inadmitir o recurso, quanto o ato de

²⁰⁸ A esse respeito, cumpre transcrever a seguinte lição de Luiz Guilherme Marinoni: *“Supor que os recursos especiais devem ficar retido nos tribunais mas liberados na Corte Suprema é não perceber que a definição do sentido do direito, ainda que diante de litígios múltiplos, é imprescindível para a tutela da igualdade perante o direito. Lembre-se de que, diante da evolução da teoria do direito e da função da Cortes Supremas contemporâneas, não mais se pode reclamar igualdade perante a lei, sendo imprescindível garantir igualdade perante o direito dos tribunais. Afinal, fidelidade ao Estado de Direito é, sem dúvida, evitar variações de interpretação para a solução de casos iguais ou similares. Assim, a retenção dos recursos nos tribunais ordinários e o concomitante desenvolvimento dos recursos no STJ só poderia ter uma explicação prática relacionada com a limitação da subida de recursos à Corte: julgar-se-ia, por uma questão prática e episódica, apenas os recursos que já chagaram ao STJ, retendo-se os demais. Não é preciso dizer que isso é inaceitável e distante dos valores de um sistema de precedentes e de uma Corte voltada ao desenvolvimento do direito”* (Idem *ibidem*. p. 235).

²⁰⁹ Dessa forma, concordamos com a posição adotada por Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que *“havendo sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário, por esta razão, deverá ser admitido agravo para o STF (cf. art. 544), demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão a quo”* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... op. cit.*, p. 57). Em sentido contrário é o entendimento de Thiago Asfor Rocha Lima, que sustenta ser cabível, primeiramente, agravo interno: *“O indevido sobrestamento de recurso que não tenha por fundamento idêntica controvérsia mediante decisão da Presidência ou Vice-Presidência da Corte deve ser adversado por meio de agravo interno. Em não sendo acolhido o agravo, parece ser a hipótese de imediato agravo de instrumento ao STF contra a decisão do acórdão colegiado”* (LIMA, Thiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 287).

admiti-lo, porém, determinar o seu sobrestamento em razão da existência de recursos representativos da controvérsia, são praticados pela mesma autoridade (presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, de acordo com o art. 541, do Código de Processo Civil) e no mesmo momento processual. Além disso, em ambas as hipóteses, o Tribunal competente para julgar o recurso cabível é a Corte Superior.

Há quem sustente ser igualmente admissível pedido por simples petição²¹⁰. No entanto, em nosso entender, por tratar-se de pedido de reconsideração, tal pleito não tem o condão de interromper o prazo para a interposição do agravo previsto no art. 544, do Código de Processo Civil. Portanto, temeroso seria aguardar o exercício do juízo de reconsideração, para só então agravar da decisão. Além disso, vale lembrar que o agravo já admite o chamado juízo de retratação, o que faria as vezes do pedido por simples petição.

Ainda, importa saber se a suspensão aqui tratada atinge somente a tramitação dos recursos especiais que não foram selecionados como representativos da controvérsia – seja no âmbito dos Tribunais locais, seja no âmbito das Cortes Superiores, como acabamos de ver –, ou se essa suspensão também abrange eventuais execuções provisórias de acórdãos de segundo grau, impugnados por meio dos recursos especiais paralisados.

Em que pesem respeitáveis vozes em contrário²¹¹, entendemos que a analisada suspensão afeta, tão somente, a tramitação dos recursos especiais que não foram selecionados para julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

²¹⁰ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sugerem que antes da interposição do agravo de instrumento seja feito pedido por simples petição: *“Acaso determinado recurso seja sobrestado de maneira equivocada, a solução está em requerer-se, diretamente ao Tribunal de origem, demonstrando-se a diferença entre as controvérsias, via simples requerimento, a imediata realização do juízo de admissibilidade e imediata remessa, em sendo o caso, para o Supremo Tribunal Federal. O processo civil de corte cooperativo impõe esse diálogo prévio. Mantido o sobrestamento, cabe agravo de instrumento”* (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 60 e 61). Os mesmos autores ainda lembram que para a situação oposta, ou seja, se a parte pretender que o seu recurso seja selecionado como representativo da controvérsia, não se mostra cabível qualquer recurso: *“Inexiste direito da parte à escolha de seu recurso para remessa ao Supremo Tribunal Federal para aferição, a partir dele, da existência ou da inexistência da repercussão geral. O ato de seleção procedido pelo Tribunal de origem, se conseguinte, não desafia qualquer recurso”* (*Idem ibidem*. p. 60).

²¹¹ Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Medeiros: *“a compreensão adequada do dispositivo legal autoriza que se afirme abranger, esta regra, o sobrestamento do andamento de todos os recursos especiais, quer daqueles que estejam ainda no tribunal de origem, quer daqueles que já tenham sido encaminhados para o STJ. Além disso, a regra possibilita a suspensão de todos os*

Ora, sabe-se que, como regra, os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo. Sendo assim, o efeito suspensivo, de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 543-C, deve ser interpretado de forma restritiva. Se a lei não diz que a execução provisória fica suspensa, não cabe ao intérprete imprimir este efeito à hipótese. Até porque, segundo dispõe o art. 475-O, do Código de Processo Civil, a execução provisória se processa por conta e risco do exequente, que responderá por perdas e danos em caso de prejuízos causados ao executado, se sobrevier acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução.

Note-se, inclusive, que, pelas mesmas razões acima apontadas, tampouco há óbice legal para que se promova a execução provisória do acórdão impugnado pelo recurso especial selecionado como representativo da controvérsia.

Se não coadunamos do entendimento de que a execução provisória de acórdãos de segundo grau, impugnados por meio dos recursos especiais paralisados, devem ser suspensas, o que se dirá das execuções de sentenças transitadas em julgado. Por certo, com maior razão ainda, referidas execuções devem prosseguir, normalmente. Com efeito, a decisão proferida pelo Tribunal Superior, embora, como se verá, tenha eficácia vinculante, não tem efeito retroativo. Assim, *“se uma nova interpretação, ainda que delineada pela Corte Suprema, não tem eficácia retroativa sobre as interpretações dos tribunais ordinários, não há como pretender suspender execução de sentença transitada em julgado enquanto se processo recurso repetitivo”*²¹².

processos (ou de determinados atos, nesses processos) que tenham por objeto controvérsia idêntica àquela que será resolvida pelo STJ, no recurso selecionado, evitando que, em 1º e 2º graus, sejam realizados atos e proferidas decisões que se revelem incompatíveis, seja no plano jurídico, seja no plano empírico, com a decisão paradigmática do leading case. A regra do art. 543-C dá respaldo jurídico a que se determine, como se observou, também a suspensão da eficácia da decisão impugnada pelo recurso especial sobrestado” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia. *Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau*. Revista de Processo nº 191. 2011. p. 187 e 188). Neste mesmo sentido, as lições de Luiz Guilherme Marinoni: *“Ora, se o curso do recurso especial resta suspenso, esperando a definição do STJ, é certo que, em princípio, o tempo pode incidir de modo desfavorável tanto ao recorrido quanto ao recorrente. Sucede que a identificação de questão que deve ser imediatamente resolvida para se tutelar a igualdade perante o direito é fator suficiente para indicar que, enquanto não houver decisão no recurso repetitivo, não se deve admitir que o acórdão do tribunal ordinário produza efeitos”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 236).

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 237.

Nessa linha de raciocínio, igualmente, não há como se suspender o julgamento de recursos de apelação que versem sobre a mesma questão de direito a ser decidida pela Corte Superior. Há que se ter em mente que, segundo o art. 515, do Código de Processo Civil, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Sendo assim, o tribunal de segundo grau tem por função rejulgar a matéria impugnada, por meio, inclusive, da reavaliação das provas, não podendo sofrer limitações em suas atribuições por força do julgamento dos recursos repetitivos. Sobre o assunto, assim leciona Luiz Guilherme Marinoni²¹³:

“O recurso de apelação está inserido na dimensão da solução do caso conflitivo, conferindo ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal oportunidade para a revisão do caso em toda a sua amplitude, inclusive mediante a valoração das provas. O tribunal ordinário não tem função de interpretação, mas de resolução dos casos litigiosos mediante a aplicação do direito. A falta de proclamação de norma jurídica por parte da Corte Suprema, como é óbvio, não o impede de julgar. Enquanto não definida a interpretação, os tribunais de apelação julgam os casos e, mediatamente, colaboram para a formação do sentido do direito.”

É inegável que todas essas considerações também se aplicam ao art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil.

4.4.2.3. Questões de Ordem Suscitadas no Julgamento dos Recursos Especiais 1063343/RS e 1087108/MS

Com relação ao julgamento de recursos especiais repetitivos, oportuna se faz a análise de duas Questões de Ordem suscitadas no julgamento dos Recursos Especiais 1063343/RS e 1087108/MS: a primeira diz respeito ao pedido de desistência formulado pelo recorrente quando já iniciado o procedimento de

²¹³ *Idem ibidem.* p. 236.

juízo de recurso especial na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, e a segunda refere-se à possibilidade de se julgar o recurso especial afetado, mesmo diante da falta de requisitos de admissibilidade.

Pois bem. A Questão de Ordem suscitada no julgamento do Recurso Especial 1063343/RS²¹⁴ concluiu pelo indeferimento dos pedidos de desistência formulados em recursos representativos processados nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil. Já na Questão de Ordem suscitada no julgamento do Recurso Especial 1087108/MS²¹⁵ entendeu-se pela impossibilidade do julgamento do recurso especial afetado, se a ele faltar os requisitos de admissibilidade.

²¹⁴ *“Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves conseqüências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país. Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado. Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide. Não se pode olvidar outra grave conseqüência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os amici curiae, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência. A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus pólos. Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos. Contudo, após a explanação do Min. Nilson Naves, que, diante da importância do julgamento dos incidentes de recurso repetitivo para este Tribunal e, sobretudo, para os próprios jurisdicionados, considerou ser inviável o deferimento de pedido de desistência formulado nos recursos representativos, reformulei meu entendimento, propondo o indeferimento do pedido de desistência veiculado pelo BANCO VOLKSWAGEN S/A no recurso em exame. Forte em tais razões, proponho que sejam indeferidos os pedidos de desistência formulados em recursos representativos processados nos termos do art. 543-C do CPC.”* (QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2009)

²¹⁵ *“Civil. Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Questão de ordem. Reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça, da existência de multiplicidade de recursos com o mesmo tema. Envio do processo ao STJ, com suspensão das demais ações semelhantes. Desenvolvimento da disciplina relativa ao julgamento dos recursos repetitivos, a partir do quanto já estabelecido no Resp nº 1.061.530/RS.*

No curso do julgamento do Resp nº 1.061.530/RS, a 2ª Seção decidiu que não é possível o estabelecimento de tese jurídica vinculativa quando o recurso especial não puder ser admitido naquele particular.

Assim, entendeu-se que, para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Em que pese a autoridade dos posicionamentos adotados pela Ministra Nancy Andrighi, que figurou como relatora nos dois casos analisados, ousamos entender serem eles não só equivocados, mas também contraditórios.

A seguir, demonstraremos os motivos pelos quais abraçamos esse posicionamento, destacando-se, uma vez mais, que a prática da conhecida jurisprudência defensiva não tem cabimento em sede de julgamento de recursos repetitivos.

4.4.2.3.1. Pedido de Desistência

Como visto, a Questão de Ordem suscitada no julgamento do Recurso Especial 1063343/RS concluiu pelo indeferimento do pedido de desistência, formulado pelo recorrente, quando já iniciado o procedimento de julgamento de recurso especial na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, sob o fundamento, em suma, de que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o particular.

De fato, é evidente que o julgamento do recurso afetado é de interesse coletivo. Isto porque, como se viu, a técnica prevista no art. 543-C determina a suspensão dos recursos especiais não selecionados, que, ao final, terão o destino definido pela solução apresentada pela Corte Superior. Também é inegável que o

Na presente hipótese, verifica-se que o recurso especial selecionado não pode ser conhecido, em face do óbice da Súmula nº 284/STF. Percebe-se, portanto, que nem todo processo remetido ao STJ a partir do reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da existência de representatividade de controvérsia poderá ser realmente julgado nos termos do art. 543-C do CPC.

Muito embora o art. 2º da Resolução nº 8, de 7/08/2008, indique ser o julgamento dos processos desta natureza sempre de competência das Seções ou da Corte Especial, estes órgãos teriam desvirtuada sua natureza de unificadores de jurisprudência se os Ministros Relatores fossem obrigados a levar todos os processos repetitivos em pauta, ainda quando estes sejam notadamente inadmissíveis. Tais órgãos de sobreposição devem ficar vinculados apenas ao exame do mérito dos temas afetados.

Questão de ordem acolhida para estabelecer que o art. 2º da Resolução nº 8, de 07.08.2008, aplicar-se-á aos recursos representativos de controvérsia que, de acordo com o entendimento do Ministro Relator, superem a fase de admissibilidade recursal e sejam admitidos para julgamento de mérito. Verificada a hipótese de não conhecimento do recurso, está autorizado o Ministro Relator a julgá-lo de acordo com o art. 557 do CPC, ou na forma colegiada.

Oficie-se ao TJ/MS a respeito da não instauração do procedimento repetitivo, para que sejam adotadas as providências de estilo.” (QO no REsp 1087108/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 16/02/2009, DJe 04/03/2009)

interesse da coletividade é de suma importância e não pode, evidentemente, sucumbir diante de interesses particulares.

No entanto, de acordo com o que dispõe o art. 501, do Código de Processo Civil, constitui direito da parte desistir do recurso, a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes. E, por óbvio, esse interesse individual, particular do recorrente também não pode ser totalmente suprimido para atender ao interesse da coletividade. Assim, não cabe ao Poder Judiciário cassá-lo em prol do direito coletivo.

Diante disso, há que se estabelecer um necessário equilíbrio entre o direito individual da parte que formula o pedido de desistência com o direito coletivo daqueles que tiveram seus recursos sobrestados na origem ou no próprio Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, entendemos que, no caso em análise, a solução mais adequada seria deferir o pedido de desistência e, ao mesmo tempo, julgar o recurso afetado, determinando, contudo, que seus efeitos não atinjam a parte desistente, mas tão somente os recursos representados, sobrestados na origem. Essa sugestão parece-nos a mais acertada, na medida em que resguarda todos os direitos envolvidos.

Assim, cremos que a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem suscitada no julgamento do Recurso Especial 1063343/RS, está equivocada.

Diante disso, também discordamos do julgamento proferido no Recurso Extraordinário 630.147²¹⁶, que extinguiu o feito sem resolução de mérito, por

²¹⁶ “ACÓRDÃO – REDAÇÃO – ÓPTICA VENCIDA – PROCLAMAÇÃO. Ante proclamação do redator na assentada de julgamento, fica em plano secundário o fato de o designado haver ficado vencido em determinadas matérias, no que se tornaram prejudicadas em face da perda de objeto do recurso. REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO – PROCESSO ELEITORAL – LEI – RETROAÇÃO. Surge a repercutir, além dos muros subjetivos do processo, controvérsia sobre aplicar-se lei que, de alguma forma, altere o processo eleitoral a certame realizado antes de decorrido um ano da respectiva edição, presente ainda eficácia retroativa impugnada na origem. Considerações. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO – CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE FUNDO. Na dicção da ilustrada maioria, descabe, mesmo que na apreciação de fundo do recurso, adentrar a análise da harmonia, ou não, da lei – da qual se argui certo vício – com a Constituição Federal. Considerações. REGISTRO – CANDIDATURA – LEI DE REGÊNCIA – CONTROVÉRSIA – RENÚNCIA – PREJUÍZO DO EXAME. Vindo o candidato a renunciar à candidatura, acaba prejudicado o exame do recurso voltado ao deferimento.” (RE 630147, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011 EMENT VOL-02639-01 PP-00001)

reconhecer a perda superveniente do objeto da demanda, em decorrência do pedido de desistência formulado pela parte. A solução mostra-se igualmente desarrazoada na medida em que desconsidera todo o procedimento até então estabelecido, bem como as consequências sofridas pelos particulares que tiveram seus recursos sobrestados na origem.

4.4.2.3.2. Falta de Requisitos de Admissibilidade no Recurso Selecionado

Quanto à questão referente ao julgamento do recurso especial afetado, que não preenche os requisitos de admissibilidade, também vamos contra o citado posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sustentamos, pois, pela possibilidade da apreciação do mérito recursal, ainda que o recurso representativo da controvérsia seja inadmissível por ausência de algum requisito intrínseco ou, especialmente, extrínseco do direito de recorrer.

A razão de filiar-mo-nos a essa ideia é simples: conceder eficácia ao procedimento diferenciado previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil. Entendemos que defender a impossibilidade de julgamento do recurso especial afetado, se a ele faltar requisitos de admissibilidade, significa negar o intuito do legislador reformista de 2008. Isto porque, tal atitude não trará qualquer celeridade à prestação jurisdicional, mas, ao contrário, implicará em tardia apresentação da solução do conflito aos jurisdicionados. Com efeito, a já longa espera daqueles que tiveram seus recursos sobrestados na origem tornar-se-á ainda mais extensa, pois terão que aguardar nova seleção do recurso representativo, nova manifestação dos tribunais, de terceiros e do Ministério Público, para só então, depois do julgamento do recurso representativo, poderem receber uma resposta do Poder Judiciário. Isso se o novo recurso selecionado não padecer, novamente, da ausência de algum requisito de inadmissibilidade!

Melhor seria, então, *de lege ferenda*, que o juízo de admissibilidade recursal fosse realizado no momento da seleção dos recursos representativos da controvérsia. *De lege lata*, no entanto, inexistente regra legal capaz de impor que a

análise dos requisitos intrínsecos e extrínsecos do direito de recorrer seja feita naquela oportunidade, de modo que, muitas vezes, tal exame é realizado depois da referida seleção. Mesmo diante dessa incongruência do sistema, supõe-se que o recurso selecionado tenha enfrentado o mérito de forma exemplar, já que representará diversos outros paralisados. Com isso, mesmo diante da falta de algum requisito de admissibilidade, justifica-se o enfrentamento do mérito recursal, com julgamento cujos efeitos atinjam somente os recursos representados, sobrestados na origem, e não as partes.

Aqui, mais uma vez, verifica-se a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre o interesse individual daqueles que deixaram de observar algum requisito de admissibilidade, com o direito coletivo daqueles que tiveram seus recursos paralisados na origem.

Diga-se, ainda, que, em muitos casos, seria possível, até mesmo, superar a falta do requisito de admissibilidade, de modo que os efeitos do julgamento atingiriam não só os recursos sobrestados, mas também as partes do recurso afetado. Tratam-se das hipóteses de ausência de algum requisito extrínseco do direito de recorrer, cuja flexibilização tem sido muito debatida atualmente.

4.4.2.3.3. Contradição

Importante notar, inclusive, que as posições do Superior Tribunal de Justiça nas duas Questões de Ordem ora analisadas não guardam coerência, pelos próprios fundamentos adotados em suas decisões. Ora, se o interesse coletivo justifica o indeferimento do pedido de desistência recursal, deveria também justificar a possibilidade do julgamento do recurso afetado que não preenche todos os requisitos de admissibilidade.

Quer-se, com isso, dizer que o interesse coletivo, argumento utilizado para amparar uma das decisões – aquela que indeferiu o pedido de desistência recursal – , revelou-se absolutamente ignorado na outra decisão, tendo em vista que, como já se demonstrou no tópico acima, os litigantes que tiveram seus recursos suspensos foram demasiadamente prejudicados com uma tardia prestação jurisdicional.

Por meio da análise desses dois casos, percebe-se que a Corte responsável pela uniformização do direito infraconstitucional – e isso ocorre também quando estamos tratando do Supremo Tribunal Federal – não guarda coerência em suas decisões, na medida em que o argumento utilizado para justificar um posicionamento é simplesmente ignorado em outro caso que também deveria ter apoio nesse mesmo argumento.

Essa situação não pode ser admitida.

Por essas razões, discordamos daquilo que ficou decidido nas Questões de Ordem ora tratadas. Em nosso entender, o interesse coletivo é argumento que deve justificar tanto o julgamento do recurso sobre o qual recai pedido de desistência, quanto o julgamento do recurso afetado que não preenche todos os requisitos de admissibilidade.

4.4.2.4. Julgamento de Teses Jurídicas?

Alguém poderia dizer que os entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, nas analisadas Questões de Ordem, estariam corretos pelo fato de que esta Corte, bem como o Supremo Tribunal Federal, devem julgar casos e não teses. É que a súmula 456, deste Tribunal Superior, que também é acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 257²¹⁷ de seu Regimento Interno), assim dispõe: “*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”.

Nesse sentido, os defensores dessa doutrina argumentariam que seria impossível adotar as sugestões propostas neste trabalho, no sentido de se a) deferir o pedido de desistência e, ao mesmo tempo, julgar o recurso afetado, determinando, contudo, que seus efeitos não atinjam a parte desistente, mas tão somente os recursos representados, sobrestados na origem, e b) admitir o julgamento do recurso

²¹⁷ “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

afetado que não preenche todos os requisitos de admissibilidade, tendo em vista que, nessas hipóteses, estar-se-ia julgando teses e não causas.

Em nosso sentir, entretanto, não é esse o entendimento que deve prevalecer.

Não há como negar que, diante de suas funções de conceder unidade ao direito constitucional e federal, nossas Cortes Superiores devem atender ao interesse coletivo – ideia esta que restou, inclusive, muito bem demonstrada na própria fundamentação das decisões prolatadas nas Questões de Ordem em análise. Essa assertiva ganha ainda maior força quando nos lembramos da hoje chamada objetivação do recurso extraordinário, a qual também se discute para o recurso especial. Portanto, inadmitir o julgamento de teses por parte do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal é negar a própria função a eles concedida, bem como o interesse coletivo em questão.

Também como decorrência desse interesse coletivo, que envolve a função uniformizadora dos Tribunais Superiores, em que pese estejam estes autorizados e até mesmo obrigados, no âmbito dos recursos extraordinários e dos recursos especiais, a não só exercer o controle de legalidade da norma, mas igualmente o juízo de rejuízo da causa, a atuação mais importante não é esta última, mas sim a primeira. Aliás, a própria circunstância de que não se admite nas Cortes Superiores a rediscussão acerca dos fatos da causa, restringindo o julgamento apenas à interpretação da norma e à sua subsunção à base fática já estabilizada nas instâncias ordinárias, também é indicativo de que a função primordial dos Tribunais Superiores é, antes de dar solução ao caso concreto que lhe foi submetido, realizar o julgamento da tese jurídica.

Nesse contexto, o atual perfil das Cortes de Justiça de nosso país, que devem zelar, de maneira prioritária, pela uniformização do direito e não pelo julgamento das causas a elas submetidas, não mais acolhe, de maneira absoluta, a previsão da súmula 456, acima transcrita.

Note-se, inclusive, que, especificamente com relação aos recursos sobrestados, os arts. 543-B e 543-C criaram um juízo semelhante ao de cassação e reenvio, existente em algumas Cortes europeias. Isto porque, em relação a tais recursos, não haverá rejuízo da causa por parte da Corte Superior; a

aplicação da tese jurídica estabelecida no julgamento dos recursos representativos da controvérsia será realizada, ou não, pelo Tribunal local.

Diante disso, no julgamento por amostragem, as Cortes Superiores somente irão realizar o rejuízo das causas dos recursos afetados, de modo que aos que ficaram sobrestados na origem será aplicada a tese de direito fixada naqueles casos selecionados.

Em nosso entender, esse procedimento, estabelecido pelos mencionados dispositivos legais, não ofende os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, respectivamente, os recursos extraordinários e os recursos especiais. Isto porque, ainda que as causas relativas aos recursos sobrestados não sejam julgadas, num primeiro momento, pelas Cortes Superiores, caso os tribunais locais não apliquem a tese jurídica estabelecida no julgamento dos recursos representativos da controvérsia, o acesso à via excepcional não restará obstaculizada. Os recursos sobrestados, nesse caso, terão seguimento, sendo admitidos e remetidos ao Tribunal Superior competente, para, então, lá serem devidamente julgados (arts. 543-B, § 4º e 543-C, § 8º).

Note-se que o juízo de rejuízo exercido pela Corte Superior, no caso dos recursos sobrestados, fica apenas diferido e condicionado à eventual desobediência do tribunal local em seguir a orientação por ele firmada, mas nunca obstado.

Com relação aos recursos que ficaram suspensos, mas que, uma vez fixada a tese no julgamento dos recursos representativos, tiveram nova solução dada pelo tribunal local (acolhendo a tese), em que pese não tenham sido objeto de rejuízo por parte da Corte Superior, tal circunstância não gera qualquer prejuízo à parte interessada, já que, em última análise, teve a sua pretensão recursal atendida. Nesse sentido, não haverá mais, sequer, interesse recursal para se exigir o seguimento do recurso antes sobrestado.

Com isso, demonstra-se não só o acerto da técnica de julgamento por amostragem, como a sua inegável necessidade em um sistema que pretende conferir previsibilidade ao direito.

4.4.2.5. Eficácia Vinculante das Decisões?

Conforme já demonstrado em tópico anterior, as decisões proferidas por força do julgamento de recursos excepcionais repetitivos possuem efeitos vinculantes quando: a) no caso de recursos extraordinários, for negada a existência de repercussão geral, e b) no caso de recursos especiais, o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, o Código de Processo Civil expressamente determina que, nas aludidas hipóteses, os recursos sobrestados serão, necessariamente, obstaculizados pelo tribunal de origem.

Já nas hipóteses em que, por ocasião do julgamento do mérito dos recursos especiais e extraordinários, a orientação do tribunal superior divergir dos acórdãos recorridos, embora haja possibilidade de o tribunal local retratar-se ou manter a sua decisão, entendemos que também há efeito vinculante. Em que pese não haja previsão legal expressa nesse sentido, a disciplina jurídica prevista nos arts. 543-bb e 543-C determina que, mesmo nas hipóteses em que os tribunais locais mantiverem os acórdãos recorridos, os recursos excepcionais serão, necessariamente processados, quando, então, far-se-á valer a orientação da respectiva Corte Superior.

Embora criticada por muitos, que argumentam que a força obrigatória dos precedentes fere diversos princípios constitucionais, tais como os princípios da separação dos poderes, da independência do juiz e da garantia de acesso à justiça, certo é que os efeitos vinculantes das decisões proferidas no julgamento de recursos excepcionais repetitivos decorrem logicamente do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, sendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça responsáveis, respectivamente, pela interpretação da constituição e da legislação federal, em todo o território nacional, evidentemente, não se pode admitir que as decisões dos Tribunais hierarquicamente inferiores contrariem a interpretação firmada pelas Cortes Superiores acerca de alguma específica questão de direito. É que, como já visto, a ideia de respeito às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores é conatural à necessidade de se garantir segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito.

Imprescindível notar, ainda, que, embora o efeito vinculante aqui defendido não tenha sido expressamente previsto nos arts. 543-B e 543-C, a sistemática imposta por estes dispositivos deixa clara a opção legislativa de se conceder força obrigatória aos precedentes formados em sede de julgamento de recursos excepcionais repetitivos. Ora, não fosse essa a intenção do legislador, razão não haveria para se prever a suspensão dos múltiplos recursos extraordinários ou especiais que versem sobre a mesma questão de direito veiculadas nos recursos selecionados para julgamento (§§ 1º, arts. 543-B e 543-C). Tampouco a negativa de repercussão geral determinaria a inadmissão automática dos demais recursos sobrestados (art. 543-B, § 2º). Igualmente, não seria imposta a necessária negativa de seguimento dos recursos especiais sobrestados na origem, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 7, I). Também, seria absolutamente desnecessária a possibilidade conferida aos Tribunais locais de reapreciar os recursos sobrestados, podendo declará-los prejudicados ou retratar-se, na hipótese de julgamento do mérito do recurso extraordinário (art. 543-B, § 3º). Da mesma forma, não seria lógico permitir que os recursos especiais sobrestados fossem novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (art. 543-C, § 7º, II). Por fim, certamente não haveria a previsão autorizando o Supremo Tribunal Federal a cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º).

Por essas razões, é inegável que a natureza jurídica das decisões proferidas em sede de recursos excepcionais repetitivos é de “precedente vinculante”, *“haja vista que somente precedentes com efeitos vinculantes tem o poder de determinar aos juízos inferiores que adaptem seus julgamentos (mesmo aqueles já ocorridos) à orientação advinda da instância máxima em matéria de uniformização e interpretação do direito federal”*²¹⁸.

Entendimento diverso, no sentido de negar a força vinculante dos precedentes formados em sede de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, implicaria em negativa da própria sistemática criada pelos arts. 543-B e 543-C, cujo

²¹⁸ LIMA. Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 319.

escopo é “*justamente o de acelerar o julgamento dos processos que versem sobre teses repetitivas e, concomitantemente, reduzir a sobrecarga*”²¹⁹ de trabalho dos Tribunais Superiores, além e principalmente, é claro, de conceder unidade à interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, produzindo segurança e igualdade no seio da sociedade.

Note-se, no entanto, que a decisão que julga um recurso repetitivo tem natureza de precedente vinculante somente para os demais recursos que permaneceram sobrestados na origem ou na Corte Superior, por força da sistemática imposta pelos arts. 543-B e 543-C, que determina que os Tribunais de segundo grau de jurisdição adequem as suas decisões à solução proferida pelas Cortes Superiores. Isto quer dizer que para os juízes de primeiro grau de jurisdição e para os casos futuros, essa decisão tem natureza, tão somente, de precedente persuasivo²²⁰. É que, ao contrário do que ocorre com os recursos sobrestados, não decorre logicamente da sistemática prevista nos dispositivos acima mencionados essa obrigatoriedade em relação ao primeiro grau de jurisdição. Pelo contrário, na hipótese de os magistrados singulares não seguirem as decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivos, inexistente qualquer previsão legal de instrumento hábil a fazer valer as orientações da Corte Superior respectiva.

Essa situação é bastante grave, na medida em que desautoriza decisão que, diante do sistema jurídico vigente, deveria ter caráter vinculante para todas as instâncias judiciais. É por isso que coadunamos do entendimento no sentido de que, para esses casos, deve ser admitida a reclamação, a exemplo do que ocorre com o descumprimento da chamada súmula vinculante. Com efeito, estar-se-á diante de grave afronta à autoridade das decisões proferidas pelas Cortes Superiores (arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, ambos da Constituição Federal), fato que, por si só, autoriza o manejo da reclamação nas hipóteses de inobservância, pelo primeiro grau de jurisdição, do entendimento fixado pelos Tribunais Superiores. Essa mesma solução

²¹⁹ *Idem ibidem*. p. 324.

²²⁰ Sobre essa questão, importante citar a seguinte lição de Thiago Asfor Rocha Lima: “*Se, de um lado, essa falta de vinculação dos juízes de primeiro grau às decisões proferidas nos julgamentos por amostragem revela uma incoerência do sistema, que impõe a adequação das decisões de magistrados mais experimentados aos seus precedentes; de outro, garante ao jurisdicionado a possibilidade de fruição do duplo grau de jurisdição*” (LIMA. Thiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 53).

também deve ser adotada nos casos em que o tribunal de segundo grau contraria o precedente firmado. É o que explica Luiz Guilherme Marinoni²²¹:

“Uma vez negada a retratação, o recurso especial – caso não exista outro motivo para a inadmissibilidade – terá que ser admitido para que o STJ reverta a decisão do tribunal ordinário. Contudo, a reclamação deve ser oportunizada, diante da presença dos seus pressupostos, como instrumento que pode ser utilizado concomitantemente ao recurso especial. Note-se, porém, que a reclamação é possível apenas no caso em que o tribunal ordinário se nega a se retratar e não em qualquer caso em que o tribunal diverge de precedente do STJ”.

A título de ilustração e de modo a ratificar o entendimento acerca não só do cabimento da reclamação constitucional na hipótese de inobservância da orientação firmada pelas Cortes Superiores por parte dos juízos hierarquicamente inferiores, como da própria força vinculante das decisões proferidas em sede de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, importante destacar o quanto decidido na Reclamação nº 10.252-MG²²², do Superior Tribunal de Justiça.

Referida reclamação foi ajuizada em face de decisão de primeiro grau de jurisdição, que determinou a cobrança antecipada das custas pertinentes ao ato de

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte... op. cit.*, p. 238.

²²² “PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - RECLAMAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO DE DESPESAS COM ATO CITATÓRIO - ENTENDIMENTO DA CGJ/MG - ESFERA ADMINISTRATIVA - SUBMISSÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ - RESP 1.017.543/SP - ART. 543-C DO CPC - ARTS. 27 DO CPC E 39 DA LEF.

1. A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, está dispensada do recolhimento antecipado das custas com a realização do ato citatório, que serão recolhidas, ao final, pelo sucumbente, nos termos dos arts. 27 do CPC e 39 da Lei 6.830/80.

2. Tese firmada no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010, julgado segundo o procedimento do art. 543-C do CPC.

3. Entendimento proferido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais - CGJ/MG, em procedimento de consulta, por ostentar natureza administrativa, não prevalece frente à jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento representativo de controvérsia.

4. Reclamação provida para cassar a decisão impugnada e determinar a observância da tese fixada no REsp 1107543/SP pelo juízo reclamado” (Rcl 10252/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013).

citação postal do devedor em execução fiscal para cobrança de IPTU, violando, com isso, a orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo (REsp 1107543), *“no qual se entendeu que as despesas relativas à citação postal inserem-se na categoria de custas processuais, sendo isentos do respectivo recolhimento antecipado os entes públicos, devendo recolhê-las ao final, se vencido”*.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a reclamação, entendeu que a decisão impugnada não deve prevalecer frente à sua jurisprudência pacífica, cassando-a e determinando *“que nos procedimentos futuros seja observado o entendimento consolidado no RESp 1107543/SP acima indicado”*.

De qualquer maneira, o que deve ficar claro é que a decisão proferida em sede de julgamento de recursos excepcionais repetitivos tem natureza jurídica de *precedente*. Vinculante ou persuasiva, trata-se de *uma* decisão com *status* diferenciado – pois decorrente de uma sistemática igualmente diferenciada –, cujo conteúdo é capaz de surtir efeitos para o futuro, no sentido de orientar o destino dos casos vindouros²²³.

4.4.3. Superação de Precedente Vinculante no âmbito da Repercussão Geral e dos Recursos Especiais Repetitivos

Questão que vem à tona quando se estuda os procedimentos relativos à repercussão geral e ao julgamento de recursos especiais repetitivos, refere-se à superação dos precedentes vinculantes formados no âmbito de mencionados institutos. Como é a sistemática a ser seguida e quais os seus efeitos?

A simples leitura dos arts. 543-A, 543-B e 543-C, que disciplinam as matérias ora analisadas, nos faz perceber que o legislador omitiu-se acerca dessa temática. Ora, a única menção a respeito de “revisão de tese” foi feita no § 5º, do art. 543-A, que assim dispõe: *“negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para*

²²³ Lembre-se que, como já demonstrado, o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, capaz de solucionar não só este caso específico, mas também os casos sucessivos, de modo que a decisão sobre o caso precedente seja *universalizável*.

todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Referido dispositivo, nada diz. Sua dicção não permite inferir qualquer regra a ser observada no momento em que for necessária a revisão da tese formada no âmbito da repercussão geral. A consulta ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também não é de grande valia. Nenhuma disposição relativa a esse assunto é encontrada, a não ser uma única norma – o art. 327²²⁴ – que também nada diz a respeito do procedimento a ser adotado nas hipóteses em que deve haver a superação do precedente vinculante antes estabelecido.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a situação é a mesma. O Código de Processo Civil não disciplina a questão e o seu Regimento Interno igualmente não cuida de regulá-la.

Essa situação é bastante preocupante, tendo em vista a necessidade que o direito tem de evoluir, conforme as modificações da sociedade. Embora, como já se observou, as alterações no âmbito social não se deem de maneira abrupta, haverá casos em que o entendimento conferido pelo Poder Judiciário a de determinada questão jurídica deverá refletir os novos anseios da sociedade, o que implicará a necessária alteração da orientação antes fixada. *“As constantes mutações sociais podem, hipoteticamente, tornar relevante e transcendente uma matéria constitucional que em uma determinada época não o era, passando, pois, a questão a ter repercussão geral e a viabilizar a admissão do recurso extraordinário”*²²⁵. Igualmente, as alterações sociais podem implicar na modificação de orientação firmada por anterior julgamento de recurso representativo da controvérsia. Portanto, de extrema importância se mostra a regulamentação, por parte dos legisladores, acerca da superação dos precedentes formados no âmbito da repercussão geral e do julgamento de recursos especiais repetitivos.

²²⁴ “Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.”

²²⁵ LIMA. Tiago Asfor Rocha. *op. cit.*, p. 292.

Essa necessidade ganha ainda maior força quando se pensa na eficácia temporal que se deve conferir ao julgamento que revoga o precedente antes firmado. Isto porque, inúmeras situações jurídicas estabelecidas sob aquele antigo entendimento podem restar desestabilizadas, a depender da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* confiada à decisão proferida nesse novo julgamento.

Diante do quadro apresentado, entendemos que, enquanto não houver disciplina sobre a matéria, devem-se aplicar, analogicamente, dispositivos dos respectivos Regimentos Internos das Cortes Superiores. Sendo assim, no caso de superação do precedente vinculante formado no âmbito da repercussão geral, aplicável se mostra a regra do art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²²⁶, que assim dispõe: “*qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário*”. Já no caso de superação de precedente formado em sede de julgamento de recursos especiais repetitivos, deve-se utilizar “*as disposições do art. 125, caput e parágrafos, do Regimento Interno do STJ, que cuidam da revisão dos enunciados sumulares*”²²⁷.

Não se pode perder de vista, no entanto, que, em qualquer dos casos, a superação de precedentes vinculantes somente restará autorizada diante da manifestação dos jurisdicionados. É dizer, somente se houver uma quantidade significativa de *novos* recursos excepcionais veiculando *novos* argumentos, é que se justificará a revogação do precedente vinculante em questão. Do contrário, deve-se manter estabilizado o entendimento sedimentado na Corte Superior, com vistas à promoção da segurança jurídica.

No que tange à eficácia da decisão proferida no julgamento que revoga o precedente anterior, nosso posicionamento é no sentido de que deve atingir tão somente os casos futuros, ou seja, deve ser *ex nunc*. Do contrário, haveria grave ofensa não só à segurança jurídica, com também ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico*

²²⁶ *Idem ibidem*. p. 294.

²²⁷ LIMA. Tiago Asfor Rocha. *op.cit.*, p. 320.

*perfeito e a coisa julgada*²²⁸. Bem por isso, entendemos, ainda, pela impossibilidade de se manejar ação rescisória com o objetivo de desconstituir a coisa julgada em virtude da nova orientação firmada pela Corte Superior, tendo em vista que a decisão que se pretenderia rescindir estava, à época, de acordo com a jurisprudência então pacificada. Situação diversa, que autorizaria o ajuizamento da ação rescisória, seria a hipótese de trânsito em julgado de decisão contrária à atual orientação firmada pelas Cortes Superiores²²⁹.

²²⁸ Nesse sentido, também é o entendimento de Thiago Asfor Rocha Lima: *“Deve, pois, o Superior Tribunal de Justiça atentar para os casos já julgados e ainda para aqueles jurisdicionados (pessoas físicas, jurídicas, entes despersonalizados etc.) que adequaram seu modo de ser à própria orientação da Corte, por depositarem confiança no Direito jurisprudencial ali sedimentado.*

A mudança desavisada e repentina da jurisprudência consolidada num tribunal impacta grosseiramente contra a segurança jurídica, despreza a confiança depositada pelo jurisdicionado, produz instabilidade no sistema, ignora o princípio da irretroatividade do Direito, faz descaso da boa-fé, base das relações entre Estado e indivíduo, e, em última medida, abala as estruturas do Estado de Direito.

Isso explica, racionalmente, a necessidade de a Corte, ao rever entendimento por ela consolidado, comportar-se coerentemente e apresentar solução que alcance aqueles jurisdicionados que padronizaram suas ações em conformidade com a orientação pretoriana.

A eficácia pro futuro ou ex nunc é, pois, medida que se impõe, a depender do caso concreto, mediante o qual os julgadores têm o dever de sopesar os valores em conflito, inclusive para, se for o caso, adiar a entrada em vigor do novo entendimento” (Idem ibidem. p. 321).

²²⁹ Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE.

1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada.

2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional.

3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte.

4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade.

5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva.

4.4.4. Finalidades da Técnica de Julgamento de Recursos Excepcionais Repetitivos

Diante de todas as considerações até aqui despendidas, fica claro que a Lei nº 11.418/2006, que incluiu o art. 543-B no nosso Código de Processo Civil, bem como a Lei nº 11.672/2008, que introduziu o art. 543-C no mesmo diploma legal, representaram importante avanço na racionalização do julgamento dos recursos extraordinários e especiais, na medida em que conferiram maior celeridade e eficácia no encaminhamento das questões constitucionais e federais infraconstitucionais para julgamento nas Cortes Superiores. No entanto, *“não há porque pensar que esse modelo sirva apenas para otimizar o trabalho da Corte e dar agilidade ao julgamento dos casos”*²³⁰; tal sistemática promove, igualmente, a isonomia e a segurança jurídica.

Como bem ensina Luiz Guilherme Marinoni²³¹, *“o objetivo de garantir a coerência do direito e a igualdade está presente quando se tem em conta que o recurso repetitivo almeja evitar que os recursos especiais recebam decisões diferentes”*.

Assim como Bruno Dantas²³², cremos que dentre as elencadas finalidades dessas técnicas de julgamento, destaca-se, com especial importância, a isonomia por elas alcançadas, já que possibilitam que casos iguais, tenham tratamentos semelhantes²³³.

6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória.”

(REsp 1163267/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 10/12/2013)

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte...* op. cit., p. 228.

²³¹ *Idem ibidem*. p. 228.

²³² DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual...* op. cit., p. 69.

²³³ Não é outro o posicionamento sustentado por Tiago Asfor Rocha Lima: *“A ratio essendi da Lei nº 11.672/2008 foi a de uniformizar o tratamento das questões repetitivas, aquelas em que coincidem as teses jurídicas, muitas vezes um dos polos processuais da ação e, claro, o resultado delas, que, se distinto fosse, implicaria tremenda injustiça.*

Logo, a fim de evitar (i) tratamentos jurisdicionais contraditórios entre questões materialmente idênticas e, ainda, (ii) sobrecarga de recursos no STJ, versando sobre controvérsias já decididas pelo Colegiado e com orientação consolidada pela Corte, formulou-se procedimento específico para o

Nota-se, assim, que o julgamento por amostragem de recursos excepcionais repetitivos mostra-se altamente capaz de conceder previsibilidade ao direito, na medida em que promove a isonomia de tratamento de questões idênticas.

Não se pode olvidar, outrossim, que essa técnica não inviabiliza nem restringe a capacidade de adaptação do Direito às modificações da sociedade. É que, como visto, embora não previstos expressamente na lei processual, existem meios eficazes para se revisar as orientações estabelecidas em sede de julgamento de recursos repetitivos.

4.5. Projeto do Novo Código de Processo Civil: Brevíssimas Considerações

Não se pretende, aqui, fazer uma análise pormenorizada do Projeto do Novo Código de Processo Civil, já que o enfoque deste trabalho é o estudo de técnica vigente, disciplinada no atual diploma processual. No entanto, ainda que *en passant*, necessário se faz o exame de algumas previsões inseridas no Projeto de Lei 8.046/10 (conforme redação final, aprovada em 25 de março de 2014, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer acerca do mencionado Projeto), por demonstrarem que a sistemática dos recursos repetitivos não só será mantida, como, também, aperfeiçoada.

Com efeito, note-se o que dispõe o art. 522, de referido substitutivo:

“Art. 522. 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.”

Como se vê, pretende-se não só conservar a técnica referente ao julgamento de recursos excepcionais repetitivos, como também expandi-la aos segundo e primeiro graus de jurisdição, por meio do chamado incidente de resolução de demandas repetitivas.

Referido incidente, a exemplo do que ocorre com o julgamento de recursos excepcionais repetitivos, terá por objetivo consagrar o valor segurança, ao possibilitar a solução uniforme de casos idênticos. É o que se extrai, inclusive, do art. 988, do substitutivo ora tratado, que dispõe que o incidente de resolução de demandas repetitivas será admissível quando, *“estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”*.

A diferença entre esses dois institutos reside no fato de que, enquanto o julgamento de recursos repetitivos fixa tese jurídica a ser necessariamente seguida pelos tribunais de segundo grau, o incidente de resolução de demanda repetitiva fixará tese que vinculará os juízes de primeiro grau de jurisdição.

A sistemática introduzida nos tribunais de segundo grau permitirá que, uma vez identificado grande volume de processos versando sobre a mesma questão de direito, os juízes de primeira instância provoquem o Tribunal de Justiça de seu estado, ou o Tribunal Regional Federal local, para que decida a controvérsia, aplicando-se a solução a todas as ações daquele específico estado.

Vê-se, assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas será instrumento mais amplo e eficaz, se comparado ao julgamento de recursos repetitivos, tendo em vista que desafogará não só as Cortes Superiores, mas também os próprios primeiro e segundo graus de jurisdição. Ora, se as decisões proferidas no incidente devem ser seguidas pelos magistrados singulares, restará, inevitavelmente, inibido o ajuizamento de novas ações envolvendo idêntica controvérsia.

Já com relação à carga de trabalho dos Tribunais Superiores, esta será significativamente reduzida, na medida em que chegará para julgamento, a depender do caso concreto, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, apenas um recurso especial ou um recurso extraordinário de cada estado.

Percebe-se, assim, que se a nova técnica, que se pretende implementar com a edição do Novo Código de Processo Civil, prosperar, corre-se o risco de a sistemática de julgamento de recursos excepcionais repetitivos restar inócua e perder a razão de existir.

Como se disse há pouco, este trabalho não é sede para profunda digressão acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas. As considerações até agora lançadas bastam para o almejamos demonstrar: a previsibilidade do direito é o caminho a ser perseguido pelo nosso sistema jurídico.

O incidente, que se pretende implementar em nosso ordenamento jurídico, mostra-se, a um só tempo, mecanismo eficaz na garantia dos princípios da celeridade e da economia processual e no alcance da segurança jurídica, na medida em que permite tratamento isonômico de casos semelhantes. A maior previsibilidade quanto ao teor das decisões que serão proferidas pelo Judiciário beneficiará todos os jurisdicionados, em especial aqueles com grande número de demandas, que já saberão, de antemão, a solução que será dada ao litígio, o que favorecerá toda a sociedade.

A legislação processual que se avizinha, portanto, encontra-se em perfeita sintonia com a necessidade de se atingir a previsibilidade do direito, característica fundamental para o pleno estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, sob o enfoque da técnica de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, permitiu-nos concluir que a previsibilidade do direito é inerente ao sistema jurídico brasileiro, constituindo um valor constitucional com *status*, ousamos dizer, de direito fundamental do jurisdicionado. Sendo assim, deve ser perseguida e efetivada pela legislação processual.

Isso se verifica não só em razão da própria estrutura e organização político administrativa do Estado Brasileiro, mas também pelo próprio modelo constitucional do processo, que tem dentre as suas características a prevalência de valores como a segurança jurídica e a isonomia.

Com a Constituição da República de 1988, o Brasil adotou a configuração de um Estado Democrático de Direito. Esta forma de Estado tem por característica não só a garantia do amplo exercício dos direitos individuais básicos, mas também uma atuação estatal com vistas à promoção da igualdade jurídica, por meio da adoção de medidas positivas de realização dos valores consagrados constitucionalmente.

Já com a proclamação da República em 1889, que estabeleceu o fim da monarquia absolutista, bem como com o advento da primeira Constituição republicana, em 1891, o Estado brasileiro passou a incorporar valores democráticos, relacionados ao estabelecimento de um sistema de garantias fundamentais. Entretanto, nessa época, os valores democráticos que ganharam importância na nova ordem constitucional revelavam prevalência dos ideais liberais individualistas, diante dos quais o Estado assumia uma posição de não intervencionismo, limitando-se a abster-se da prática de atos capazes de violar os direitos e garantias individuais.

A democracia brasileira incorporou aspectos de cunho social somente com a promulgação da Constituição de 1934, editada sob um contexto histórico ditatorial, momento em que o Estado passou a ser destinatário de obrigações positivas, objetivando a concretização dos direitos sociais.

Mas foi a Constituição de 1988 que conferiu a atual configuração do Estado Democrático de Direito do nosso país, ao reconhecer a existência de direitos individuais e sociais básicos, impondo não só ao Estado, mas a toda a sociedade, o dever de realizar os valores, os fundamentos e os objetivos da república, tais como o da segurança jurídica e o da igualdade.

A adoção do regime republicano, nesse sentido, não só permitiu o desenvolvimento e a garantia de direitos individuais e sociais, mas também implicou na adoção da forma federativa de Estado, cuja característica principal é a autonomia dos Estados-membros em relação ao Poder Central.

Essa estrutura estatal, em um primeiro momento, parece contrariar o princípio da segurança jurídica, na medida em que os Estados ganharam autonomia para interpretar a lei federal, criando-se a possibilidade de uma mesma lei federal ser interpretada de maneira diferente pelos diversos tribunais locais. Diante dessa aparente incongruência do regime republicano em sua forma federativa, é que nasce a necessidade de existir um órgão de cúpula com a missão de dar uniformidade de entendimento ao direito federal. Essa estrutura permite que os diversos órgãos jurisdicionais apliquem o direito positivo de maneira uniforme, com vistas à garantia da segurança jurídica.

No Brasil, os órgãos de cúpula que tem por função revelar o verdadeiro significado do direito constitucional e revelar o verdadeiro significado do direito infraconstitucional, são, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A existência destas Cortes Supremas em nosso país é fundamental para a garantia da unidade do direito positivo, e, conseqüentemente, da segurança jurídica, valor este buscado não só pelo Estado Democrático de Direito, mas também pela República, em sua forma federativa.

A constitucionalização do processo civil é outro fenômeno que merece destaque quando se analisa a previsibilidade do direito.

Com efeito, contemporaneamente, o processo é visto não só como uma relação jurídica autônoma, mas também como um instrumento de solução de conflitos, cujas bases estão previstas na ordem constitucional e que tem por objetivo a realização dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e do interesse público.

Nesse sentido, o Direito deve ser estudado sob o enfoque constitucional, tendo em vista que é a Constituição Federal que dá os alicerces do processo, enquanto que as leis processuais infraconstitucionais buscam realizar esses valores constitucionais.

A concepção individualista do processo também perdeu espaço diante da massificação das relações jurídicas. A sociedade capitalista de massa gerou o fenômeno conhecido por coletivização do processo, na medida em que proporcionou o aumento da litigiosidade no campo do consumo.

As demandas surgidas com a sociedade de massa passaram a envolver questões jurídicas semelhantes, cuja titularidade poderia ser atribuída a uma categoria ou classe de pessoas, que tivessem, entre si, elementos identificadores comuns.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor foi o instrumento que possibilitou a tutela dessa pluralidade de conflitos de interesse. Com a sua promulgação, viabilizou-se o ajuizamento de ações coletivas para a tutela dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, outorgando a determinadas pessoas, entes e órgãos, a legitimidade para promover as ações judiciais pertinentes.

No entanto, diante da ineficiência da utilização de ação coletiva em determinadas situações, surgiram novos mecanismos, em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de solucionar casos semelhantes da mesma maneira, como por exemplo, a técnica de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, por meio da qual é possível tratar de forma isonômica casos que envolvem idêntica controvérsia, assegurando a unidade e a previsibilidade do direito, sem a necessidade de ajuizamento de ação coletiva nos moldes propostos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Vê-se, assim, que em uma sociedade em que as demandas judiciais se repetem, a estabilidade do direito é desejável, na medida em que proporciona segurança jurídica e tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Há que se notar que o princípio da segurança jurídica é um direito individual básico, fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito, devendo materializar-se, no âmbito do Poder Judiciário, por meio da estabilidade e da

uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais acerca das questões jurídicas que lhe são submetidas. Assim, impossível conceber um ordenamento inconstante no que diz respeito aos posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário sobre casos iguais, em um mesmo período histórico.

Quanto ao princípio da isonomia, também é ele basilar em um Estado Democrático de Direito. E, assim como a segurança jurídica, garante-se a isonomia com a estabilidade do direito. Isto porque quando situações semelhantes recebem tratamento idêntico do Poder Judiciário, apenas uma tese jurídica é fixada para regular um mesmo tipo de situação, a qual será aplicada a todos, indistintamente, viabilizando o tratamento isonômico dos cidadãos.

A previsibilidade do direito, no entanto, não pode inviabilizar a sua evolução. Com efeito, deve o direito adaptar-se conforme as mudanças na sociedade, a fim de que as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário sejam condizentes com a realidade de um determinado momento histórico.

Há que se notar, no entanto, que uma vez que as mudanças sociais sempre levam muito tempo para se sedimentar, a evolução do direito deve ocorrer de uma forma natural, sem que aconteçam alterações repentinas na interpretação jurídica dos fatos e das normas que os regulam.

Diante dessa necessidade de se manter a estabilidade do direito, por um lado, e de se permitir a sua evolução, por outro, há que se estabelecer um equilíbrio. E para tanto, desponta o precedente judicial como mecanismo eficaz no atingimento desse mister.

Com efeito, é o precedente um instrumento eficiente de compatibilização entre a previsibilidade e a adaptabilidade do Direito, já que reflete os valores vigentes na sociedade, em um determinado momento histórico. Conforme destacamos no capítulo em que tratamos desse tema, o precedente judicial é um mecanismo que permite uma saudável evolução do Direito, de maneira lenta e gradual, garantindo-se a unidade do seu entendimento.

É importante destacar que o precedente de que tratamos nesse trabalho não se confunde com o precedente no sistema do *common law*. Isto porque, neste sistema, o precedente revela-se como verdadeira fonte primária do direito, enquanto

no nosso sistema jurídico, o precedente possui natureza eminentemente interpretativa do texto legal.

Não há que se falar, entretanto, em criatividade judicial em se tratando de precedentes. Conforme esclarecido no decorrer do presente trabalho, é importante que se estabeleça os exatos limites da atuação do magistrado, na formação do precedente judicial, uma vez que não é absoluta a sua liberdade para definir o alcance e os objetivos das normas jurídicas que demandam interpretação. E esse limite é estabelecido não só pelo direito material, em razão das normas e princípios que o informam, como também pela própria formação do precedente judicial, o que se dá quando um determinado entendimento resta sedimentado e passa a servir de parâmetro para casos futuros.

Aspecto relevante que merece ser destacado é o de que a adoção de um sistema de precedentes é fator de fortalecimento da magistratura, na medida em que o Judiciário, como centro de todo o sistema jurídico, deve ser visto como uma verdadeira instituição social, formadora de regras de conduta. É que, como visto, toda decisão judicial surte efeitos para fora do processo, influenciando, diretamente, o meio social.

A formação do precedente, nesse contexto, desestimula a litigiosidade sobre as questões que já foram pacificadas, uma vez que já se saberá a posição do Poder Judiciário acerca de uma determinada questão jurídica. Além disso, essas circunstâncias viabilizam e estimulam a composição espontânea dos litígios.

A unidade conferida ao direito, a partir do precedente, portanto, tende a fortalecer a magistratura, com o aumento da sua credibilidade perante o meio social.

Quanto à independência do Judiciário, também ficou claro que a adoção de um sistema de precedentes não é capaz de ofendê-la. Isto porque, ao adotar o precedente, o magistrado evita a arbitrariedade e prestigia o entendimento consolidado sobre determinada questão, promovendo a previsibilidade do direito, bem como a segurança jurídica e a isonomia.

É importante ressaltar que o magistrado, ao criar o direito, dentro do processo de formação do precedente judicial, não tem liberdade para atuar como verdadeiro legislador ordinário, utilizando, como substrato, as suas experiências subjetivas. Não é essa a criatividade que lhe é atribuída na condição de magistrado.

Com efeito, o direito criado no processo de formação do precedente judicial relaciona-se apenas com a integração e a interpretação das normas jurídicas preexistentes e que fazem parte do sistema jurídico. E para tanto, deve o juiz levar em conta os valores sociais vigentes à época do litígio.

Como se vê, o precedente judicial, em nosso ordenamento jurídico não constitui fonte primária do direito, diferentemente do que ocorre nos países que adotam o *common law*. Neste sistema, além de o precedente ser fonte primária do direito, a sua observância é obrigatória por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que se estruturam de maneira hierarquizada.

A formação do precedente judicial no Brasil também difere da atuação das Cortes de Cassação europeias. Isto porque, como visto, nessas Cortes o juízo realizado pelos magistrados é apenas de controle de legalidade dos atos jurisdicionais, com reenvio da causa ao tribunal de origem, para que nova decisão seja proferida.

Note-se, contudo, que seja nos sistemas jurisdicionais de *common law*, seja no âmbito das Cortes de Cassação europeias ou no sistema de precedentes judiciais criado pelos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, o objetivo é o mesmo: a busca da segurança jurídica e, em última análise, da previsibilidade do Direito.

A técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, introduzida no nosso ordenamento jurídico por meio dos arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, como mecanismo de formação de precedentes judiciais, revela-se um instrumento eficaz na concretização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Conforme amplamente abordado neste trabalho, a referida técnica consiste, basicamente, na realização de julgamento por amostragem de uma multiplicidade de recursos com fundamento em uma mesma controvérsia de direito.

Por meio da seleção de recursos extraordinários ou especiais que melhor abordem a controvérsia jurídica que se repete, o Tribunal proferirá a decisão cuja tese jurídica deverá ser observada na solução dos demais recursos que ficaram sobrestados, tanto nos tribunais locais, quanto no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se, assim, a introdução, em nosso ordenamento jurídico, de um verdadeiro sistema de precedentes vinculantes, já que, a exemplo do que ocorre no *common law*, o posicionamento adotado pela Corte Superior, a respeito da questão jurídica a ela submetida, deverá ser obrigatoriamente observado nos demais casos idênticos.

Da mesma forma, é possível concluir que as Cortes Superiores, no processo de julgamento de recursos repetitivos, atuam, antes de qualquer coisa, no julgamento de teses.

Ora, como visto, o atual perfil das Cortes de Justiça de nosso país, que devem zelar, de maneira prioritária, pela uniformização do direito e não pelo julgamento das causas a elas submetidas, não mais acolhe, de maneira absoluta, a previsão da súmula 456 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os Tribunais Superiores devem julgar as causas, aplicando o direito à espécie.

Com relação aos recursos representativos da controvérsia, não há dúvida de que serão eles julgados de maneira ampla, por meio de um juízo de cassação e re julgamento, na forma do mencionado verbete jurisprudencial. No caso dos recursos sobrestados, no entanto, os arts. 543-B e 543-C criaram um juízo semelhante ao de cassação e reenvio, a exemplo das Cortes europeias. É que, em relação a eles, não haverá re julgamento da causa por parte da Corte Superior. Pelo contrário, a aplicação da tese jurídica estabelecida no julgamento dos recursos representativos da controvérsia será realizada pelo Tribunal local. E, se não o fizer, o recurso sobrestado terá seguimento, para que o faça a Corte Superior.

Em que pesem as demais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao tema, cuja análise deu-se de maneira pormenorizada no decorrer desta pesquisa, é certo que a técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos promove inegável racionalização da atuação do judiciário, conferindo maior celeridade e eficácia no encaminhamento das questões constitucionais e federais infraconstitucionais para julgamento nas Cortes Superiores. Além disso, mostra-se altamente capaz de conceder previsibilidade ao Direito, na medida em que promove a isonomia de tratamento de questões idênticas.

Cabe apontar, por fim, que o projeto do novo Código de Processo Civil pretende implantar o sistema de precedentes judiciais também no âmbito do primeiro

grau de jurisdição, por meio do que chama de incidente de resolução de demandas repetitivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio de. *Recurso especial. Visão Geral. In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no STJ*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª edição, 3ª tiragem. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.

AURELLI, Arlete Inês. *Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário*. Revista de Processo nº 151. Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. In AGUILAR, José. *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro, 1960.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de experiência e conceitos indeterminados*. Revista Forense, nº 261, jan.-mar. 1996.

_____. *As bases do direito processual civil*. In Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. Malheiros: 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior. Sala de Notícias. *Ministro Luiz Fux defende a súmula vinculante e repercussão geral para o STJ*. 15 jan.2009.

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90589>. Acesso em: 22 ago. 2012

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. “*Jurisprudência lotérica*”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, nº 786, abr. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1/353 apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *Recurso extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante*. *Revista de Processo* nº 151. RT, 2007.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth. *Ativismo Judicial e o novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. Ano 37. Vol. 205 – março/2012.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Clipping Eletrônico AASP. *Novo presidente do STJ quer súmula vinculante e repercussão geral*. In *Valor Econômico – Legislação & Tributos*. 24 ago.2012. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=12764. Acesso em 24 ago.2012

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2ª ed. Itália: Il Mulino, 1998.

COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Delpalma, 1997.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais*. Editora JC, Rio de Janeiro, 11/01/2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/01/4587/>> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. *Tutela recursal plurindividual no Brasil: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos*. 2013. Tese – PUC-SP, São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. “*Família homoafetiva*”. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. nº 10 (jan./jun. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

_____. *União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno vol. 2*. São Paulo: Malheiros.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, 2008, do prefácio, IX apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 2ªed. Atlas. São Paulo, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 3ª reimpressão, 2002. JMB, 1997.

KINIJINIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Civis no Brasil*. Saraiva: São Paulo, 2013.

LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo nº 116. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. “*Natureza Jurídica do Processo e Conceito de Tutela Jurisdicional*”. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.) *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil – passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A prova no Direito Processual Civil*. 3ª.ed. São Paulo: RT, 2006.

MALLET, Estêvão. *Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 105, jan/dez 2010. p. 142. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67894/70502>. Acesso em 22/03/2014

MACCORMICK, Neil. *Rethoric of the Rule of law*, Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*”. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no Processo Civil*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. “*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*”. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no Processo Civil*. 10ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. Tese. USP. São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo 209, 172.

_____. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em 20 jun. de 2013.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª ed. Revista dos Tribunais: 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. “O processo como instituição constitucional”. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore – Napoli, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes.

SANTOS. Evaristo Aragão. “Em torno do conceito e da formação do precedente judicial”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1963.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA. Ticiano Alves e. *Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem*. Revista de Processo nº 182. RT, 2010.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo. Vol. 199. Set/2011.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo nº 177. RT, 2009.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização de Jurisprudência*. Revista de Processo. Out./Dez. 2001, v. 104.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VON BÜLOW, Oscar; tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2ª ed. Campinas: LZN, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008) e ações coletivas*. Migalhas. Disponível em: [<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66402,31047-Recursos+especiais+repetitivos+Lei+116722008+e+acoes+coletivas>]. Acesso em: 03.02.14.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *“Precedentes e evolução do direito”*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,

_____. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, nº 172, jun-2009.

_____. *Súmula vinculante: figura do common law?*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html> Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia. *Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau*. Revista de Processo nº 191. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. RT, 2007.